

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XI

Abril de 1935

Núm. 124

Justa causa traditionis

LA DOCTRINA DE LA JUSTA CAUSA TRADITIONIS Y LAS CONDICTIONES

Ya hemos visto cómo uno de los argumentos más fuertes usados por Warnkönig, en su artículo tantas veces citado contra la concepción tradicional de justa causa, era precisamente el de que la doctrina de las *condictiones* contradecía aquélla totalmente. Veamos muy brevemente, para no dar proporciones desmesuradas a este trabajo, algunos aspectos de esta doctrina de las *condictiones*:

Vaya por delante que Warnkönig era lógico en su época, porque se ajustaba a la concepción de *condictio* entonces dominante: a la de Savigny.

Según la doctrina de Savigny, la *condictio* reemplaza siempre, para el que ha cesado de ser propietario, una *vindicatio* que ha perdido; cree que se llegó a esto partiendo de un principio que originariamente sólo se aplicó al *mutuo*, y después extendido, de un lado, al pago de lo indebido, a las *datationes ob causam*, en las cuales hay todavía pérdida de la propiedad si no hay convención de devolver; de otro lado, aun al contrato literal y al verbal, donde hay traslación ficticia de propiedad a consecuencia de su carácter de derivados del *nexum*.

Para Savigny, pues, *condictio* y *vindicatio* son conceptos antagónicos que suponen: el primero, que el actor no es ya propietario, y el segundo, que aún lo es.

Strempel insiste en este punto de vista y así dice dos veces, en

la página 36, que las *condictiones ob turpem vel ob injustam causam*, ya por su nombre contradicen la doctrina tradicional de justa causa. En otro sitio muy inmediato al anterior, cuando trata de la *condictio sine causa*, al citar el Fr. 9, § 6, D., *De reb. cred.*, 12, 1, dice que, «sin embargo, al reconocer la idoneidad de la *condictio*, se admite, con ello, la transmisión de propiedad». Y ya al final de su trabajo, en las páginas 145 y 46, sostiene que, a pesar de que la *obligatio* sea inválida, la *traditio* puede ser válida, pues no otra cosa ocurre en la Ley 5, C. 1, 14, «pues si no hubiera debido cesar la *condictio ob turpem vel injustam causam*».

Girard (647, nota 1) dice claramente que la doctrina de Savigny está en desacuerdo con textos que dan la *condictio* sin traslación de propiedad. Puede concretarse el conjunto de *condictiones* en que no obstante no hay en rigor transmisión de propiedad en tres grupos. Uno, formado por la *condictio* furtiva, representado por aquel adagio *neminem nisi a fure rem suam condicere posse*. Otro, formado por el conjunto de *condictiones ob injustam causam*, donde una *vindicatio* se da al mismo tiempo que ellas. Y, finalmente, otro muy parecido al anterior, en que se da la *condictio* porque la *vindicatio* es materialmente imposible (este grupo y el anterior está representado en los textos con la frase *quare si quidem exstent nummi vindicentur, si vero non exstent condicantur*).

Hagamos caso omiso de L. 1, pr. 1, 3, D., 12, 7, donde se habla de *ipsam obligationem condicere*.

La frase repetida en el Digesto, *condictione teneatur: ad condictionem pertinet*, y otras, pueden, a juicio de Hoffmann, tener dos significaciones: o bien que la *vindicatio* es imposible, o expresar con ello que se admite la repetición de lo dado. Añade este mismo autor que a los romanos interesaba más fijar la posibilidad de repetir lo dado que el modo. La frase *repeti potest* abarca hasta la acción real (L. 43, D., 6, 1; Sent. Paulo, II, 14, y Gayo, II, 82).

Veremos ahora los casos en que la *condictio* no es incompatible con la *vindicatio*, y a continuación examinaremos los casos de las *condictio indebiti* y *condictio ob turpem causam*.

La *condictio* se otorga a menudo porque el objeto propio no existe ya. La relación de la *vindicatio* con la *condictio*, en este caso, es la siguiente: la vindicación supone un consumo o enajenación de la cosa de mala fe, en tanto que la *condictio* se da allí donde ese

consumo o enajenación han ocurrido de buena fe. En el primer caso puede haber, al lado de la reivindicación, una *condictio*: la furtiva, y aun una *actio ad exhibendum* (L. 7, § 1, D., 13, 1) (1); lo mismo ocurrirá, por lo general, con los frutos consumidos por un *malae fidei possessor*. Decimos por lo general porque L. 3, C. 4, 9 (2), no autoriza a otra cosa y porque no es *fur* todo *malae fidei possessor*, ni lo llega a ser tampoco por cualquiera *consumtio* de los frutos.

El consumo de los objetos consumibles no necesita del dolo para dar motivo a una *condictio* y frustrar la *vindicatio* anteriormente posible. Así resulta que la *vindicatio* no tiene ninguna importancia cuando se trata de monedas, ya que éstas se consumen por el mero hecho de mezclarlas con otras propias; en cambio, y por eso mismo, la *condictio* rige para ellas con caracteres de generalidad.

Si nos fijamos ahora en la *condictio ob injustam causam*, nos encontraremos con que se repite el fenómeno de la no exclusión de la *vindicatio* por la *condictio*, o, mejor dicho, existencia de la *condictio* cuando la reivindicación es materialmente imposible.

Veamos algunas de éstas: L. 5, § 18, D., 24, 1 (Ulp.).

«In donationibus autem jure civili impeditis hactenus revocatur donum ab

(1) L. 7, § 1, D., 13, 1 (Ulpiano): «Furti actio poenam petit legitimam condictio rem ipsam; ea res facit, ut neque furti actio per condictioem, neque condictio per furti actionem consumatur. Is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et condictioem, et vindicationem; habet et ad exhibendum actionem» (*).

(2) L. 3, C., 4, 9: «Mala fide possidens, de proprietate victus, exstantibus fructibus vindicatione, consumtis vero condictioem conventus, eorum restitutioni parere compellitur» (**).

(*) L. 7, § 1, D., 13, 1: «La acción de hurto es la que persigue la pena legítima, y la *condiction* persigue la misma cosa robada; lo que hace que ni la acción de hurto quede extinguida por la *condiction*, ni ésta por aquélla. Por lo tanto, aquel a quien se hizo el hurto, tiene no sólo la acción de este nombre, si que también la *condiction* y la reivindicación, así como igualmente la acción *ad exhibendum*.»

(**) L. 3, C. 4, 9: «El poseedor de mala fe vencido en el juicio de propiedad debe entregar los frutos pendientes en fuerza de la reivindicación, y los percibidos, en fuerza de la acción condicional.»

eo, ab eavē cui donatum est, ut si quidem exstent res vindicetur, si consumpta sit condicatur hactenus, quatenus, locupletior quis eorum factus est.»

L. 36, pr. D., 24, 1 (Paulo):

«Si donatae res exstent, etiam vindicari poterunt...» (1).

Por si estos textos no fueran bastante expresivos, me bastará remitirme a la exposición de Girard del mecanismo seguido con la aplicación de la ley Cincia. Si la cosa donada contra las prescripciones de la Ley ha sido entregada y existe en poder del donatario, podrá pedírsele por reivindicación. Si no está más que prometida, entonces puede rechazarse la reclamación del donatario por la *exc. legis Cinciae*, exactamente lo mismo que se rechazaría la *exc. rei donatae et traditae*, opuesta a la *reivindicatio* del donante, por medio de una *replicatio legis Cinciae*.

Pero si la *vindicatio* del donante ya no es posible, porque se haya dado en *acceptilatio*, entonces cede aquélla y sólo es posible una acción personal. Tal es el sentido de

L. 2, C. «De acceptilationibus», 8, 44: «Si donationis gratia novatione facta, per acceptilationem praestitisti, liberationem omnis agendi via perempta est.»

Lo mismo ocurre en el Fr. Vaticano, 266:

«Professio donationis apud acta facta, cum neque mancipationem neque traditionem subsequutam esse dicas, destinationem potius liberalitatis quam effectum rei actae continet ea propter quod non habuit filius tuus dominium si quae adfirmas vera sunt, o obligari pacto suo creditori non potuit; nec quod sine effectum gestum est, vindicationem tui juris impedit» (2).

Igual ocurre en Digesto, 44, 4, 5, 5, siempre en el mismo tema de donaciones *supra modum*.

(1) L. 36, pr. D., 24, 1 (Paulo): «Si existen las cosas que se donaron, también se podrán vindicar...»

(2) «La confesión de donación hecha por escrito, al no decir que ha seguido mancipación ni tradición, encierra más bien intención de liberalidad que efecto de cosa hecha, por lo mismo y porque tu hijo no tuvo el dominio, si lo que afirmas es verdad, no pudo obligarse al acreedor por su pacto; ni lo que se hizo sin efecto impide la vindicación de tu derecho.»

«Si eum qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit... conditione tenetur debitor, quide delegavit... ut vel liberet debitorem, vel si solvit ut pecunia ei reddatur» (1).

Digesto, 39, 5, de donde 21, 1, confirma la tesis defendida :

«Sed si debitorem meum tibi donationis inmodicae causa promittere jussi, an summo veris donationis exceptione, necne, tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam ei credideris. Sed ego si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit, ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus; sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc quod modum legis excedit, habeo contra te conditionem» (2).

Citemos, referente a donación *inter virum et uxorem*, el siguiente texto de ley única, § 5, C. *De rei uxoriae actione*, 5, 13 :

«... Vel ex qua causa, ob res donatas retentio introducat, quum sit donatori facultas, per actionem in rem directam, vel per utilem, vel per conditionem suo jure mederi...? (3).

La misma razón que en los textos anteriores hay para conceder

(1) D., 44, 4, 5, 5 : «Si a un acreedor mío le hubiere yo delegado al que quería hacerme donación excediéndose de la tasa legal, no podrá utilizar la excepción contra el demandante, porque el acreedor pide lo suyo..., está obligado por la condición el deudor que delegó..., o para que libere al deudor, o, si pagó, para que se le devuelva el dinero.

(2) D., 39, 5, 21, 1 : «Pero si yo le mandé a un deudor mío que te prometiera por causa de donación inmoderada, se discutirá si serás o no rechazado con la excepción de la donación. Y ciertamente que mi deudor no puede rechazarte con la excepción al ejercitar tú la acción, porque yo soy considerado lo mismo que si te hubiere donado la suma cobrada de mi deudor y tú se la hubieres prestado. Pero si verdaderamente aún no hubieran sido pagadas las cantidades por mi deudor, tengo contra éste la acción rescisoria por lo que te prometí sobre la tasa de la ley, de suerte que te quedé obligado solamente por lo demás; mas si cobraste de mi deudor las cantidades, tengo contra ti la condición por lo que excedió de la tasa de la ley.

(3) Ley única, § 5, C., 5, 13 : «... ¿O en virtud de qué causa se introducirá la retención por razón de los bienes donados, teniendo facultad el donante para proveer a su propio derecho por medio de la acción real directa o de la útil, o por la condición...?»

a la mujer casada que intercede por su marido contra el S. C. Velejano, una *condictio* subsidiaria de la reivindicación, cuando ésta se haga imposible por consunción de la cosa o por haberse vendido por el acreedor y perecido en poder del nuevo comprador. La L. 32, § 2, D., 16, 1, no lo dice tan explícitamente, porque se queda a medio camino, pero como hay la misma razón de derecho, debe haber idéntica disposición.

«Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emtor acceptam pecuniam viro referret et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradidita, sed replicabitur a muliere: «aut si ea conditio contra Senatus consultum facta sit». Et hoc procedit, sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. Idem est, et si non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit» (1).

A lo que añade Hoffmann que los casos de *vindicatio ob injustam causam* son *mutatis mutandis*, al mismo tiempo casos de *condictio ob injustam causam*. Pero no viceversa. Hay más casos de los últimos que de los primeros. Pero aun en estos casos distintos hay, al lado de la *condictio*, una *vindicatio*, siquiera no sea siempre una *vindicatio ob injustam causam*. Recuérdese especialmente el caso del *malae fidei possessor*, que no recibió la cosa por tradición del propietario, L. 3, C. *De cond. ex lege et sine causa vel injusta causa*, 4, 9 (Diocleciano):

«Mala fide possidens, de proprietate victus, exstantibus fructibus vindicatione, consumptis vero conditione conventus, eorum restitutioni parere compellitur.»

Piénsese, además, en las tradiciones que son inválidas, pero no por su causa, tales las enajenaciones de predios del pupilo sin decreto autorizándolas. La tradición no se verifica en este caso en base

(1) D., 16, 1, 32, 2: «Asimismo, si la mujer vendió un fundo a un acreedor de su marido y lo entregó con esta condición: que el comprador diese al marido el dinero recibido, y reivindica este fundo, ciertamente que se le opone la excepción de cosa comprada y entregada, pero se replicará por la mujer: «o si esta venta hubiera sido hecha contra el Senado consulto». Y procede esto, ya si hubiere comprado el mismo acreedor, ya si hubiere interpuesto a otro, para que por esta razón quede privada la mujer de su propia cosa. Lo mismo es también, si no por su marido, si no por otro deudor, entregó una cosa suya.»

de injusta causa, pero toda la tradición es una injusta causa de enriquecimiento.

L. 15, C. 5, 71 (Diocleciano): «Si minor viginti quinque annis praedium rusticum, quum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti, dominium a te discedere non permisit senatus consulti auctoritas» (1).

L. 16, C. 5, 71 (Diocleciano): «Si praedium... in pupillari aetate constituta tutore auctore, vel adulta sine decreto praedis provinciae, in qua situm est, venum dedisti, secundum senatus consulti sententiam dominium ejus sive jus a te discedere non potuit, sed vindicationem ejus et fructuum vel his non existentibus conditionem competere constituit...» (2).

No vamos ahora a tratar de las *conditiones* en sus diferentes aspectos, porque esto puede verse en cualquier manual de Derecho romano, o en la monografía de Voigt, *Die conditiones ob causam*, pero sí trataremos muy brevemente de las *conditiones ob turpem causam*, que son el más firme puntal de la doctrina *savignyana*.

Para los autores de esta tendencia que se han planteado el problema de las relaciones entre *vindicatio* y *condictio ob turpem causam*, la contestación es que la *condictio ob turpem causam* es lo regular y corriente; la *vindicatio* es la excepción. Así Strempel (página 145) dice que la regla es que por las *causae injustae* sólo se invalida la obligación, pero no la tradición que cumple todos sus efectos. Bähr (*Annerkenung*, § 4), «Aun a base de negocios descalificados legalmente, la propiedad es transmitida por tradición, como lo demuestra la doctrina de la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Sólo excepcionalmente actúa... la prohibición..., anulando al mismo tiempo la transmisión de propiedad.»

Nosotros creemos, con Hoffmann, que *vindicatio* y *condictio ob turpem causam* no se relacionan como regla y excepción, sino que tienen campos distintos.

Ya vimos, al hablar de nuestro concepto de *justa causa tradi-*

(1) L. 15, C. 5, 71: «Si siendo menor de veinte y cinco años diste en pago, sin decreto, un predio rústico, cuando debieras otra cosa, la autoridad del Senado consulto no permitió que el dominio se separara de ti.»

(2) L. 16, C. 5, 71: «Si siendo de edad pupilar, vendiste con autorización del tutor, o adulta sin decreto del presidente de la provincia, en que se halla sito, un fundo..., no pudo separarse de ti, conforme al sentido del Senado consulto, su dominio o su derecho, sino que constó que compete su reivindicación y la de los frutos, o, no existiendo éstos, la condición...»

tionis, que era esencialmente negativo, las no prohibidas por la Ley y que, por tanto, las *injustae causae* eran cosa precisa y determinada. Puede aceptarse la definición de Exner de *injustae causae* (331-337), como ciertos impedimentos singulares que tienen una naturaleza completamente excepcional.

Ya hemos expuesto cómo en esos casos se dan una *vindicatio* y una *condictio*. Son los casos de la mujer casada que intercede contra el S. C. Veleyano, de las donaciones entre esposos, etc. Todas las *causae injustae* de que hemos hablado.

Son casos ciertamente excepcionales, pero no tienen nada de común con los casos de *traditionis turpis causae*. En los primeros, hay negocios válidos que, por hechos o circunstancias concurrentes, se ven impedidos en su desarrollo por prescripciones legales, pero no hay en ellos ninguna *turpitud*. En cambio, en los de causa torpe hay un negocio válido, que produce sus efectos reales, pero que, a causa de una *turpitud accipientis*, no se ve protegida en sus efectos. (Comp. D., 12, 5, 4, 4, Ulpiano: *Si tibi indicium dedero, ut fugitivum meum indices, vel furem rerum mearum, non poterit repeti, quod datum est; nec enim turpiter accepisti...*) (1).

Es lo que expresa Hoffmann, mejor que yo podría hacerlo cuando dice: que «mientras en la *condictio ob turpem causam* todo en el caso concreto depende de la conciencia del *accipiens*, no ocurre lo propio en la *vindicatio ob injustam causam*. Compárense los siguientes casos:

1) Donación entre esposos; no hay *turpitud*, y, sin embargo, no hay transmisión de propiedad.

2) Constitución de dote en caso de matrimonio entre próximos parientes; sin embargo, se transmiten las cosas dadas *dotis nomine* a la propiedad del *accipiens* (L. 5; D., 12, 7, Papiniano: *Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit, neque nupsit, an eadem repetere possit, quaesitum est. Dixi quum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia sumeretur, cessare condictioem, et in delicto pari potioem esse possessorem; quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem condictioem. Sed recte defendi non tam turpem causam in proposito, quam*

(1) D., 12, 5, 4, 4: «Si yo te hubiere dado un premio para que me descubras mi esclavo fugitivo, o el ladrón de cosas mías, no podrá repetirse lo que se dió: porque no recibiste torpemente».

nullam fuisse, quum pecunia quae daretur, in dotem converti nequirit; non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse) (1). Por muy inmoralmente que hayan obrado las partes, la *causa dotis* es la *justissima causa de la transmisión*. Decide, pues, en todas partes la cualidad genérica de la causa en sentido técnico. Se permite ésta, entonces la tradición es válida; no se permite, entonces será inválida».

Y añade a continuación: «la *turpitud* por cuya causa se da una *condictio* está, o en los motivos, o también en el contenido concreto del contrato correspondiente, según su especie. La prohibición de la tradición por cuya causa tiene lugar la *vindicatio*, está en la causa próxima que imprime su cuño jurídico al negocio. La donación al juez es *turpis*, porque está en el fondo una intención inconfesable. La donación al esposo es injusta, porque es una donación. Allí, pues, decide la cualidad individual del negocio; aquí, la cualidad general. Aquí, la voluntad de hacer tradición contiene la infracción legal; allí la tradición persigue algo inmoral o prohibido (empero luego se niega regularmente también la *condictio*, o, al revés, algo tan obligado que constituye una *turpitud accipientis* dejarse pagar por ello, sea el cumplimiento de un deber positivo (L. 2, § 1; L. 9, pr. D., 12, 5), sea el de un deber negativo (L. 2, pr. D., *Eodem*)».

Se discute si son dos acciones distintas la *condictio ob turpem* y la *condictio ob injustam causam*. Pacchioni (III, 276) dice que se duda si los clásicos conocieron esta distinción, o si solamente es producto de la actividad de Justiniano. Hoffmann, en cambio, cree que es una distinción que ya poseían los clásicos.

Si comparamos la *condictio ob turpem causam* con la *ob injustam causam*, encontraremos las diferencias siguientes:

a) En la *condictio ob turpem causam* se trata de un *datum ob*

(1) L. 5, D., 12, 7: «Una que había de casarse con su tío materno, le dió en dote cierta cantidad y no se casó; se preguntó: ¿Se podría acaso repetirla? Dije que cuando se entrega dinero por causa torpe del que lo da y del que lo recibe, deja de haber la condición, y que en igualdad de delitos es mejor la condición del que posee, y que tal vez alguno, habiéndose atendido a esta razón, respondería que no deberá tener la mujer la condición. Pero que con razón se defiende que, en el caso propuesto, la causa no fué tanto torpe como nula, puesto que el dinero que se diese no podría convertirse en dote, porque no se dió por causa de estupro, sino de matrimonio.»

causam, en tanto que en la *condictio ob injustam causam*, no se trata de eso.

b) *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus*. Esto ocurre así porque, aun habiendo una *turpitudine accipientis*, es, no obstante, todo el negocio *turpis*, y porque el dinero o lo dado se hace del *accipiens*, ya que *in pari causa possessoris conditio melior habeatur* (L. 2; C. 4, 7). En cambio, se permite la repetición del dinero perdido en el juego en la *condictio ob injustam causam*.

c) La *condictio ob turpem causam* supone una *turpitudine* de parte del *accipiens* en todo caso, mientras en la *ob injustam causam* no depende de esto.

d) La *condictio ob injustam causam* se da a falta de *vindicatio ob injustam causam*; en cambio, no hay *vindicatio*, sino sólo *condictio ob turpem causam*. Es decir, la *traditio ob turpem causam* es válida; la *traditio ob injustam causam* no lo es.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO,

Doctor en Derecho.

ANA E L E R S

Cajera en las oficinas de la Asociación de Registradores de la Propiedad.

Gestor administrativo. Habilitación de Clases pasivas. Presentación de toda clase de instancias en la Dirección general de los Registros y en los demás Centros oficiales. Gestiones en los mismos. Certificaciones de penales, últimas voluntades y demás. Fianzas, jubilaciones, viudedades y orfandades.—San Bernardo, 42, segundo derecha.—Teléfono 13906.

Interpretación de la ley ^(*)

I

La expresión de la doctrina clásica sobre la asimilación de las fuentes de derecho, y más concretamente sobre *interpretación de las leyes*, se encuentra en Savigny (1) a mediados del pasado siglo. La frase no se refiere solamente a las leyes oscuras, puesto que la imperfección del texto no es una condición necesaria de la interpretación. *Quamvis sit manifestissimum Edictum Praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus*. Sin duda, la importancia y necesidad de la interpretación aparecen, sobre todo, si se trata de textos defectuosos, pero el estado de salud al cual debe ser llevada toda desviación sirve de base para el estudio completo y profundo de la enfermedad, y, por otra parte, la función hermenéutica más noble y fecunda consiste en abarcar intelectualmente las leyes no defectuosas, poniendo de relieve la variedad de sus relaciones en la riqueza de sus desenvolvimientos. De otro modo quedarían tan sólo al intérprete las zonas comprendidas entre la luz y las sombras. Ahora bien: la libertad de interpretación se halla restringida cuando el sentido de una ley ha sido fijado por otra posterior o por una costumbre constante (interpretación *auténtica* y *usual*, respectivamente). Estas dos especies pueden ser reunidas bajo el calificativo de *legal* y ser contrapuestas a la interpretación, por excelencia, *doctrinal*: tarea científica cuya finalidad es conocer el contenido de una ley. Con esto queda fijada su posición frente a Zachariä y a cuantos atribuían el papel principal a la interpretación *legislativa*, confiándola a ciertos funcionarios o ciudadanos por medio de una delegación de soberanía, como si se tratara de modificar la ley.

En la interpretación de leyes aisladas su sentido debe ser abarcado en toda su pureza por los Juristas, Magistrados y ciudada-

(*) Véase en el número anterior «El Código Napoleón y el pensamiento jurídico francés».

(1) En el capítulo IV del libro 1.º de su célebre *Sistema de derecho romano*.

nos que se colocan en el lugar del legislador, reconstruyen su pensamiento y obtienen una intuición cierta y completa del contenido. Para ello hay que distinguir cuatro operaciones o elementos: *gramatical*, que tiene por objeto las palabras y el lenguaje; *lógico*, que descompone el pensamiento y enfoca las relaciones dialécticas de sus diferentes partes; *histórico*, que investiga el estado de derecho en el momento de la promulgación y el cambio introducido, y, en fin, el *sistemático*, que pone de relieve el lazo íntimo que une instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad.

Lo que no pertenece al contenido, es extraño a la interpretación; así la *ratio legis*, bien se entienda como *razón suficiente* (regla superior de donde se deduce), bien como *intención de la ley* (motivo), aunque se halle consignada en el mismo texto, no es parte integrante de aquélla. Pueden invocarse estas razones para precisar la naturaleza de la regla (*jus commune, jus singulare*) y su alcance como derecho absoluto o supletorio, pero con precaución, ya que su empleo varía con el grado de certeza, y, según la afinidad, con el contenido de la ley. La razón de la ley tiene un carácter objetivo, se trasluce cuando no aparece con claridad y se distingue de las causas ocasionales, de valor subjetivo e irrelevantes para la interpretación.

Estas reglas son suficientes para interpretar, en circunstancias normales, las leyes cuyo pensamiento es completo y cuyo contenido no se presta a dudas. Las leyes defectuosas que por lo indeterminado de su expresión no encierran un pensamiento completo, o por la impropiedad de sus términos presentan un sentido directo contradictorio con su razón, sólo pueden ser interpretadas mediante la ayuda de los siguientes recursos:

- a) Examen de la legislación en su conjunto, comparando la parte defectuosa con las otras de la misma ley, o con otras leyes.
- b) Cotejo de la ley con sus motivos, teniendo en cuenta la certidumbre de los mismos y su afinidad con el contenido de aquélla.
- c) Valoración del resultado obtenido con estas operaciones.

El primer medio es de aplicación general; el segundo, sirve más bien para los casos de expresión indeterminada; el tercero, es aventurado y de límites estrechos.

La indeterminación puede nacer de una expresión incompleta o de ambigüedad de los términos empleados o de construcción anfi-

biológica. Al aplicar los indicados procedimientos a estos casos bastará, a veces, el examen de la legislación en su conjunto para resolver la dificultad. En otras ocasiones habrá que enfrentar el motivo especial de afinidad directa con el contenido de la ley; después, atender al motivo general, y, en fin, apelar a la equidad. Para valorar los resultados se aplicarán criterios de razón, práctica, humanidad y benignidad.

Cuando las expresiones dan un sentido claro, pero diferente, del pensamiento real, no se estará a las palabras, sino al espíritu (*vim ac protestatem*), y como aquéllas pueden decir más o menos, hay que rectificar con una interpretación extensiva o restrictiva, respectivamente, que devuelva la armonía al texto. Aquí faltan las pruebas lógicas y se echa mano de las históricas y de los remedios más arriba indicados. Las palabras que siguen al texto oscuro, la relación de la excepción a la regla, de lo concreto a lo abstracto, de lo especial a lo general..., servirán de clave, así como la consideración de las personas a quienes se quiere favorecer, la finalidad perseguida, las ventajas de un particular sentido, la posibilidad de una ampliación de resultados prácticos, si no está prohibida por el mismo legislador. Por esta vía entra el *argumentum a contrario*, si el texto establece un límite. Por otra parte, el empleo de la *aequitas* es inseguro y la valoración de los resultados serviría más para modificar la ley que para rectificar la expresión impropia.

Dejando a un lado la aplicación de estas reglas generales al derecho romano, hemos de anotar que, cuando las fuentes son insuficientes para la solución de una cuestión jurídica, Savigny entiende que la laguna no puede colmarse por un derecho universal (*jus naturalis*), sino que el derecho se completa en virtud de su fuerza orgánica por la *analogía*, que sirve tanto para crear una institución en armonía con el derecho existente como para resolver los problemas nuevos de conformidad con los principios y la naturaleza de cada institución. Aquí se parte de la ausencia de toda disposición legislativa y se busca la solución en la unidad orgánica, no contradictoria y armónica del derecho. Pero el intérprete que pretende corregir el pensamiento y no la letra, su realidad y no su apariencia, se coloca encima del legislador y desconoce el límite de sus poderes: esto ya no es interpretación, sino verdadera formación del derecho.

II

En virtud de fuerzas revolucionarias y corrientes jurídicas, cuyo estudio nos alejaría de nuestro tema, el Código Napoleón y el sistema procesal francés quedaron asentados sobre dos pilares que paulatinamente fueron admitidos por los pueblos del occidente de Europa: la obligación impuesta al Juez de fallar, a pesar del silencio o de la oscuridad de la ley, y el establecimiento de los Tribunales de casación destinados a defenderla contra las interpretaciones arbitrarias y a unificar la doctrina con autoridad suprema.

Por de pronto, la *casación* ha provocado un resurgimiento de las llamadas leyes *interpretativas* o destinadas a desvanecer la oscuridad o precisar el alcance del texto discutido en el pleito. Según el artículo 21 del capítulo V de la Constitución francesa de 1791, «cuando después de dos casaciones el fallo del tercer Tribunal fuese impugnado por los mismos medios que los dos primeros, la cuestión no podrá ser llevada al Tribunal de casación sin haber sido sometida al Cuerpo legislativo, que pronunciará un decreto declaratorio de la ley, al cual deberá atenerse el Tribunal de casación». La ley de 16 de Septiembre de 1807 transfirió la facultad de interpretar al Consejo de Estado. Más tarde (en 1823) el mismo Consejo distinguió entre la interpretación general de las leyes que competía al Poder legislativo y la interpretación especial relativa a un caso particular, que correspondía al Rey por vía reglamentaria. Actualmente los juristas franceses, para eludir las consecuencias del principio de la *irretroactividad de las leyes*, han construido una especie de teoría de la interpretación auténtica. Se repite, con Bacon, que la ley interpretativa no quiere regir los tiempos futuros, sino que declara confirmar o anular los actos realizados desde la promulgación de la ley interpretada. A esto contesta Jèze (1) que la ley interpretativa produce exactamente los mismos efectos que una ley nueva.

Aun la *interpretación usual* encontraba una resistencia formal en la técnica del recurso de casación. En principio, se niega a la costumbre la energía necesaria para derogar o modificar las leyes de orden público, las imperativas y hasta las supletorias de volun-

(1) *Les principes généraux du Droit administratif*, tercera edición, pág. 170.

tad. Pero cuando la ley o el reglamento deben su origen a circunstancias ya desaparecidas o a sucesos históricos de carácter excepcional, se atribuye al legislador la intención de subordinar la vigencia del precepto a tales condiciones de la vida social y se busca la manera de disimular el ataque directo a la letra de la ley.

En cambio, la costumbre se admite para completar la ley, creando verdaderos derechos, provistos de acción en caso de necesidad, o suministrando al Juez elementos de hecho; para interpretar las disposiciones del derecho de cosas (*jura vicinitatis*), o suplir el deficiente ordenamiento familiar (nombre y apellidos, potestad paterna, educación religiosa de los hijos), y para desenvolver las concesiones en precario, los efectos de la tolerancia o del permiso (1) en materia civil.

Pero, sobre todo, los usos y prácticas son de un indiscutible valor para interpretar los actos jurídicos que no vayan directamente contra lo dispuesto en la ley o cuyas cláusulas no deban quedar subordinadas, por falta de claridad, al texto legal. Bajo esta rúbrica han entrado en las legislaciones imperfectas el contrato de edición, la cuenta corriente, las cesiones de clientela, las prohibiciones de competencia desleal, las instalaciones de gas, electricidad y radio por los inquilinos, etc.

La tarea resulta mucho más fácil dentro de ordenamientos jurídicos como el español, siempre inclinado a conceder a la costumbre la categoría de fuente de derecho, que no para el francés, que abre la puerta de la casación solamente a los usos y prácticas que sirven para interpretar la ley, o se incorporan a ella por mandato especial del legislador, o se apoyan en textos de una vaga generalidad, o sirven de criterio para fijar el alcance del contrato en litigio.

Contra lo que pudiera esperarse, la sabiduría antigua, cristalizada en aforismos, adagios, refranes, brocardos y máximas, sobre todo si se hallan en latín, ha servido para fecundizar textos estériles y trata de imponerse con el aparatoso título de *principios de derecho*. A los que la última edición de las Leyes civiles de Medina y Marañón (2) enumera bajo los apartados «Reglas generales», «Ley, Derecho, Justicia», «Propiedad, Posesión, Prescripción», «Testamentos, Herencias, Sucesiones», «Donaciones, Privilegios» y «Enjuiciamiento».

(1) V. Perreau: *Technique de la jurisprudence*. París, Rivier, 1923.

(2) Páginas 527-535.

ciamiento civil, Pruebas, Sentencias, etc...», podrían unirse otros muchos de igual autoridad extraídos del *Corpus juris, Partidas*; Barbosa, «De axiomatibus juris usu frequentioribus»; Dupin, «Principia juris civilis»; Camus, «Lectures sur la profession d'avocat», y, viniendo a nuestro tiempo, Mucius Scaevola (apéndice a los Comentarios, II); Joanneau, «Recueil de maximes et citations latines à l'usage du monde judiciaire» (París, 1912); Stolfi, «Diritto civile» (I, Turín, 1917); López de Haro, «Diccionario de las reglas de Derecho» (1922).

Algunas de estas máximas, por ejemplo *malitiis non sit indulgendum*, que se cita como precursora de la teoría del abuso del derecho; *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, que va sufriendo grandes restricciones en los casos de ventas ilícitas, mandatos torpes, préstamos para pagar deudas de juego...; *venire contra factum proprium*, de donde ha sacado nuestra jurisprudencia la doctrina de los actos propios, son tan vagas como utilizables en los recursos de casación y están muy necesitadas de profundos estudios. Pero son aceptadas como principios inconcusos, aducidas como pilares de la justicia, colocadas por encima de la costumbre y equiparadas a la ley escrita.

Tampoco se han contenido los Tribunales de casación dentro de los límites restringidos de sus funciones, ni se han ceñido a las normas clásicas de la interpretación que, al exponer las doctrinas de Suárez y Savigny, hemos puesto de relieve. Por de pronto, no vacilan en corregir los errores materiales, ni las erratas de la ley y en atenuar el alcance del precepto cuando por las circunstancias del caso se corre el peligro de violentar la conciencia social o desnaturalizar el pensamiento del legislador. Perreau, en el citado estudio, distingue la interpretación deformante a), de la extensiva b), de la restrictiva c).

a) Designa con la calificación de deformante la que sustituye a la significación original del texto, que es completamente extraña a la intención de sus autores.

b) Frente a motivos de equidad y utilidad, la jurisprudencia extiende con decisión el sentido ordinario de las palabras (como cuando asimila los bienes materiales a los inmateriales y *extra-commercium*), induce un principio general de disposiciones particulares (por simple operación lógica, o porque los casos son nuevos y han

escapado a la previsión del legislador), y aplica reglas establecidas para ciertas hipótesis a otras diferentes, aunque vecinas o de cierto parecido (analogía). La extensión tiende frecuentemente a modernizar soluciones tradicionales, a facilitar el funcionamiento de la justicia o a mantener el interés general y a la aplicación, como regla del precepto excepcional, buscando el espíritu del legislador. En fin, por motivos de orden público, la jurisprudencia extiende incapacidades, caducidades y penalidades tomando las palabras en su más amplia acepción y supliendo en los textos las no consignadas.

c) Aunque menos corriente, la interpretación restrictiva es empleada por la casación francesa para contener, dentro de sus límites, a las derogaciones del derecho común, o cuando por equidad procede desentenderse de este último y aplicar un precepto excepcional que se reputa más adecuado para la protección de ciertos intereses, o también cuando la aplicación lógica roza gravemente la equidad o resulta contradictoria del interés general. Como resorte que cambia en cuestiones de hecho los más interesantes problemas, maneja la jurisprudencia el principio de la libertad contractual o la autonomía de la voluntad para dar paso a compromisos sospechosos o desenvolver a la sombra de la probable intención de los contratantes una doctrina determinada. Poco a poco las reformas jurídicas que han ido introduciéndose con la tutela de la voluntad tácita (por ejemplo: la prohibición de abrir un nuevo establecimiento impuesta al que vende un comercio) se transforman en normas u organizaciones perfectas. De un modo indirecto se amplía el campo de la contratación y libre disposición, se restringe el dominio del *jus cogens*, se levantan los límites impuestos a las convenciones, se reputa lo imperativo del precepto como interpretativo de la voluntad, se dispensan las solemnidades del acto formal.

La jurisprudencia concederá exigibilidad a los compromisos más indeterminados (si llegó a mejor fortuna), robustecerá las obligaciones de honor y de conciencia, los legados indefinidos y sólo se detendrá por consideraciones de moralidad, buenas costumbres u orden público.

Por otro lado, los Tribunales de casación, a base de argumentos racionales por excelencia, obtendrán nuevas orientaciones: el respeto al individuo, la organización familiar, las funciones sociales, con una serie de corolarios (derecho sobre la propia fisonomía, ga-

rantía del secreto de las cartas, responsabilidades de padres y esposos, facultades para exigir indemnizaciones, deberes de los comerciantes), o, sin necesidad de contradecir el texto legal, forzarán sus términos para proteger al que contrate, por ejemplo, con el heredero aparente. Frente a la ley escrita, la jurisprudencia eleva el edificio de las obligaciones naturales apoyadas sobre la paz social y la jerarquía natural, sobre las nociones de equidad y honestidad y sobre los sentimientos de benevolencia y humanidad. Las frases *utilitatis gratia, aequitatis causa, officium pietatis, ex fornicatione*, enriquecimiento indebido, explotación de credulidad, falta de consideración, abuso de derecho, actos desleales..., amenazan con una invasión de las corrientes morales los campos cultivados por el Juez.

En el mismo sentido actúan como modificadores del derecho escrito la complacencia, la cortesía, los usos sociales, las prácticas tradicionales y la misma rutina. En general, no engendran derechos a favor de ninguna de las partes interesadas, ni contra los terceros, pero no faltan casos en que se da al beneficiario (de igual manera que en el precario romano) una acción directa contra el que cause un daño. Y, sobre todo, el Tribunal utilizará tales normas para formar un criterio sobre la licitud de los actos, las consecuencias de la conducta o el alcance injurioso de su inobservancia, y aun para matizar o alterar el precepto jurídico que, tomado al pie de la letra, no correspondería a la realidad social (por ejemplo, las reglas de la donación no se aplicarán con rigor a las propinas).

Tampoco es aplicada la ley cuando se alega sin otro interés que el de causar un daño, o si existe desproporción entre el provecho que se trata de obtener y el perjuicio que se impone a la parte adversa, ni tampoco en los supuestos de ocultación maliciosa de circunstancias, hechos y facultades sometidas a cierta publicidad, o que impliquen una notable desviación de las finalidades enfocadas por el legislador.

En especial, se persiguen los actos realizados *in fraudem legis* que los Jueces anulan, a pesar de la resistencia doctrinal, y se procura asegurar la buena fe buceando en el análisis de la capacidad, consentimiento, objeto y causa contractuales, y en el fondo de las cláusulas para templar el rigor de las estipulaciones.

Más extendido es el llamado *contrôle* judicial de las sanciones, en cuya virtud los Tribunales eligen las proporcionadas al resulta-

do justo, circunscribiendo las acciones al interés y evitando las rescisiones, nulidades y revocaciones.

La gran amplitud concedida al Juez en la apreciación de los hechos de cada litigio, sea porque engendran directamente el derecho (contrato, acto, costumbre, legislación extranjera), sea para apreciar su naturaleza o importancia jurídica (muebles, frutos, etc...), sea en virtud de los poderes de elección y ejecución delegados por la misma ley, recuerdan a Perreau las acciones *in factum* del derecho romano, toda vez que, sin atenerse a un precepto explícito, se halla obligado a sentenciar por motivos de equidad o en atención al bien general.

Las modernas acciones *in factum* se refieren a las personas (habilitaciones, autorizaciones y ampliaciones de patria potestad, uso de patronímicos, concurrencia desleal), a la teoría de los bienes (tumbas familiares, colaboraciones artísticas, cosas de valor moral, recuerdos...), al derecho de obligaciones (aplazamientos, disoluciones de sociedades, responsabilidad solidaria), lo mismo que a materias procesales. Aquí la naturaleza del procedimiento y la manera de trabar el litigio cierran el paso a la casación y hacen casi inútil la motivación de los fallos.

¡ Cuán lejos estamos ya de la ley !

III

Con las reseñadas orientaciones, el argumento *a contrario sensu*, los razonamientos *a pari* (en los casos semejantes), *a majori ad minus* (para pasar de lo mayor a lo menor) y *a minori ad majus* (de lo menor a lo mayor), el manejo de la restricción en los preceptos singulares o excepcionales (*strictissima interpretationis*) y la poderosa palanca de la analogía, podía imprimirse a la norma legal un giro insospechado por el mismo legislador, sin perjuicio de apoyarse en la costumbre y en la equidad para introducir un nuevo derecho frente al escrito.

La consecuencia es que, «con el pretexto de respetar mejor la ley, dice Geny (1), se desnaturaliza su esencia ; en los jurisprudenciosos que pregonan la más escrupulosa veneración al texto legal se

(1) Geny : *Método de interpretación*. Traducción española. Reus. Página 58.

hallan a veces ideas enteramente personales que atrevidamente imputan al legislador. Esta desnaturalización de la ley para mí no sería más que a medias un mal, si se confesase así y se practicase abiertamente. Pero el principal peligro es la hipocresía con que se enmascara. La creencia de que toda solución debe atrincherarse tras un texto, limita necesariamente la libertad de movimientos del intérprete, de una manera estéril y perniciosa sobre todo, porque, para descubrir en el legislador un pensamiento insuficiente, en realidad estamos obligados a tener en cuenta todo lo que él nos ha dejado».

Por otra parte, como el mismo autor reconoce, los Tribunales de casación van afirmando sus atribuciones, aislándose cada vez más del Poder legislativo y extendiendo su dominio a todo el derecho.

Después de poner de relieve la acelerada marcha de la técnica durante el pasado siglo y la enorme complicación de la vida social, que dejaban muy atrás a los grandes Códigos y multiplicaban anualmente las leyes especiales, Sternberg (1) hace notar que los Jueces del Occidente de Europa «han coincidido en salirse de los párrafos, y aun en juzgar contra los mismos, guiándose, a la manera del antiguo derecho natural, *por la finalidad, por la naturaleza de la cosa, teniendo en cuenta el sano juicio humano...*» «Como se daban decisiones que, sin estar basadas en la ley, aparecían conformes a la misma, el peligro de la arbitrariedad, en lugar de disminuir, quedó agravado por esta hábil envoltura. A juzgadores y juzgados la Justicia y la Jurisprudencia debieron parecer repugnantes, estériles, inanimadas, y la encarnación de una insinceridad hipócrita.»

Y se eleva un clamor unánime : ¡ Hay que ser francos ! Debemos revalorizar las funciones de la ley y del fallo, corregir los papeles del legislador y del Juez, sin renunciar al beneficio de la separación constitucional de Poderes.

Ya Aristóteles, en la *Ética a Nicomaco*, y Platón, en la *Política*, habían indicado que la ley es, por naturaleza, general. Como obra humana se halla lejos de la perfección y no puede cubrir con seguridad el campo de lo futuro, aunque sea el suyo propio. El mismo Cambacères limitaba su finalidad a sentar principios fecundos que sirvan para resolver y evitar dudas. Portalis, reconocía que las leyes no podían nunca reemplazar el uso de la razón natural.

(1) «Introducción a la ciencia del Derecho». *Colección Labor*, 149 y sigs.

Lombard, declara que el legislador no puede tener la pretensión de crear el derecho ni la de encerrarlo en reglas pobres frente a la riqueza de los fenómenos sociales. La ley escrita, concluye Geny, sobre la cual nuestra ciencia jurídica positiva pretende hoy edificar todo su sistema, no puede ser tenida por otra cosa que una *información* muy limitada del derecho. Oskar Bülow había avanzado la idea de que la ley encierra únicamente el proyecto de una reglamentación jurídica, que llega a ser derecho sólo en la extensión en que sea aceptada por la vida social.

En algunos cerebros fructificó entonces la *œuvre de franchise*, un convencimiento y un requerimiento de sinceridad: el derecho (ley) tiene lagunas (Ehrlich, en 1888). La supuesta integración lógica del derecho (ley) es una fantasía (Jung, en 1900). Las lagunas son necesarias y pueden fijarse de una manera metódica (Zitelmann, en 1903). Como los casos planteados ante el Tribunal no admiten espera, en ellos compete al Juez asumir funciones de legislador (Bülow, en 1885) y llenar las lagunas por medio de una *libre recherche du droit* (Geny, en 1889, y Lambert, en 1903), de un libre hallazgo del derecho y de una ciencia libre del Derecho (Ehrlich, en 1903), que no descende de la voluntad del legislador, sino que procede con una actividad creadora consciente (1).

La jurisprudencia sociológica propugnada se aleja del positivismo legal y reconoce como derecho solamente la regla de conducta confirmada por el pueblo, frente a lo cual la norma legislativa es *derecho muerto*.

Geny (2) presenta una muestra de la investigación libre con referencia al derecho privado, distinguiendo:

- a) La regulación de los intereses patrimoniales en cuanto emana de voluntades libres.
- b) La organización imperiosa de las relaciones pecuniarias; y
- c) Elaboración jurídica de intereses que, por su naturaleza, escapan a la voluntad.

Estos tres grupos de reglas directivas o supletorias, imperativas o prohibitivas, y, por último, propiamente dispositivas, han de responder, en nuestra organización social, a tres principios, respectivamente: 1.º, autonomía de la voluntad; 2.º, orden público o inte-

(1) Sternberg: Op. cit., 151.

(2) Op. cit., 551 y sigs.

res superior, y 3.º, principio del equilibrio de los intereses privados.

Del estudio comparativo del Derecho a través del tiempo y del espacio deduce Lambert un fondo internacional de ideas jurídicas que puede suministrar sólida base a la interpretación judicial. En el prólogo al ensayo de la sociología jurídica, publicado por Jorge Cornil (1), insiste en la marcha individual del derecho privado hacia un ideal cada vez más acentuado de individualización (como en el derecho penal) que provocará el *juicio sobre casos* en detrimento del *juicio sobre reglas*: «o sea la sustitución progresiva de directivas flexibles y equitativas a las reglas ciegas y mecánicas como guías de la acción judicial».

Refiriéndose a las diferencias que pueden señalarse entre Geny y Lambert, dice Cornil (2): «Lo esencial es, a mi juicio, que estos dos autores están de acuerdo en no subordinar toda la actividad judicial a una sumisión exclusiva del Juez al texto de la ley. Importa poco que un buen Juez busque sus inspiraciones extralegales en la *naturaleza positiva de las cosas* revelada por la libre investigación científica o en un fondo internacional de ideas jurídicas denominado *derecho común legislativo*.» Y después de renunciar al descubrimiento de un método jurídico integral e inmutable, centra el problema en la formación sociológica de un tipo de jurisprudencia dotado de espíritu afinado y flexible, más partidario de la observación que de la deducción, en contacto siempre con las realidades sociales.

Todavía hemos de aludir al resurgimiento del *derecho natural* que, enfrentado con el positivismo, niega que el ordenamiento jurídico tenga por base principal la *positividad*. La existencia empírica queda por bajo de la idea del derecho y del ideal jurídico. Si coincide con ellos la regla promulgada, adquiere vigor y efectividad; si no, por muy organizado que se halle el grupo social respectivo, no pasa de ser un acuerdo de bandidos. El derecho natural puede ser invocado para anular el precepto escrito, y para cumplir nuestro deber hemos de predicar la cruzada del derecho contra la ley.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) «El derecho privado». *Manuales Reus*, XLVII.

(2) Ob. cit., pág. 119.

Los créditos del trabajo.— Hipoteca legal del obrero

IV. BIENES INCORPORADOS EN LA EMPRESA: *a*), MUEBLES; *b*), INMUEBLES NO HIPOTECADOS; *c*), INMUEBLES HIPOTECADOS.—V. CRÉDITOS PREFERENTES.—VI. PERSONAS FAVORECIDAS POR LA PREFERENCIA.—VII. PREFERENCIA SEGÚN LA LEGISLACIÓN CIVIL O MERCANTIL.—VIII. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.—IX. LA HIPOTECA LEGAL DEL OBRERO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—X. JUICIO CRÍTICO.

IV. Después de ordenar los derechos del obrero sobre los bienes que hayan de incorporarse a su trabajo, el número 2.º del artículo 55 de la Ley de 21 de Noviembre de 1931 dice que *gozarán también de igual preferencia respecto de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o explotación, salvo cuando se trate de créditos pignoratícios o hipotecarios sobre dichos bienes.*

Nada exige la ley sobre la fecha de la incorporación de los bienes a la empresa o explotación. Parece natural que el privilegio del obrero nazca en el momento de surgir el crédito, y por tanto, en el momento de efectuarse los servicios u obras que engendran el salario o sueldo, pero nada se opone a que la garantía se conceda voluntaria o legalmente mediante actos posteriores al nacimiento del crédito garantizado.

Cuando la ley no distingue, el intérprete no debe tampoco hacer distinciones para restringir o aumentar el sentido normal del precepto dudoso. Aquí, pues, todos los bienes incorporados a la empresa o explotación quedan gravados con el privilegio otorgado al trabajador, sin distinguir la fecha de la incorporación, ni el título mediante el cual se realiza.

Habla la norma de los bienes incorporados a la empresa o explotación, y no de los bienes que en general posea el deudor, sobre los cuales sólo goza el obrero del derecho que se deriva del artículo 1.911 del Código civil. Es esencial la afectación de los bienes al negocio a que esté adscrito el trabajo del obrero. La afectación unas veces implica la adquisición para el deudor, y otras un simple cambio en el destino de los bienes.

Los términos *empresa* o *explotación* no son usuales en la ley del Contrato de Trabajo. Su artículo 5.º habla de obra, explotación, industria o servicio donde se preste el trabajo. En este sentido parece que ha sido empleado por el artículo 55 de la repetida Ley de 21 de Noviembre de 1931.

a) *Muebles*.—Los muebles incorporados a la empresa responden también especialmente de los créditos por salarios o sueldos devengados por los trabajadores de la misma. Deben comprenderse todos los salarios o sueldos, y, por tanto, se extiende el privilegio a los créditos procedentes de la *reparación y conservación* de los muebles. Por esta razón dijimos antes que de ellos no se había olvidado el legislador. Así quedan modificados los artículos 1.922 y 1.926 del Código civil.

Sólo se anteponen a los créditos del obrero aquellos que ostenten los acreedores pignoratícios. Como la ley no habla de la fecha en que debe constituirse la prenda para tener preferencia sobre el sueldo o salario, tendremos aquí reproducida una cuestión análoga a la que antes expusimos respecto a la hipoteca.

b) *Inmuebles no hipotecados*.—El régimen de estos bienes, incorporados a la empresa, es análogo al de los bienes no hipotecados, a los que precisamente haya de incorporarse el trabajo. Existe, sin embargo, una diferencia importante, porque ahora es preciso respetar siempre el crédito hipotecario, *inscrito o no*, garantizado con los mismos inmuebles. En consecuencia, la hipoteca legal tácita e ilimitada del obrero ocupará un lugar inmediatamente posterior a las también hipotecas legales del fisco y aseguradores (artículos 1.923 y 1.927 C. c., 168 L. H., 12 Ley de Hacienda y concordantes), y a las comprendidas en los artículos 347 y 348 de la Ley Hipotecaria, puesto que todas ellas vienen al margen del Registro de la Propiedad. Las demás hipotecas legales no perjudican el privilegio del obrero mientras no se cumplan los requisitos que

ad solemnitatem exigen los artículos 146 y 159 de la ley Hipotecaria y 1.875 del Código civil.

c) *Inmuebles hipotecados*.—Cuando esta clase de bienes se hallen incorporados a la empresa, su régimen es análogo al ya expuesto para los inmuebles hipotecados incorporados al trabajo del obrero acreedor. Aquí no se exige que la hipoteca esté inscrita en el Registro de la Propiedad; pero como la inscripción es requisito esencial, y sin ella no puede haber hipoteca, voluntaria o legal, salvo en los casos ya conocidos, la única diferencia que podemos observar consiste en que se respetarán no sólo los derechos del fisco y aseguradores, sino también los correspondientes a los acreedores hipotecarios que aún existan con títulos anteriores al 1.º de Enero de 1863. (Arts. 347-348 L. H.)

V. Establece a continuación el número quinto del artículo 55 de la Ley de 21 de Noviembre de 1931 que *la parte de crédito que no satisfaga en virtud de la regla 1.ª, gozará de la prelación que, según su naturaleza, le reconozcan el Código civil, o el de Comercio, en los respectivos casos.*

Este precepto de la ley está mal redactado, es inútil y, además, inexacto. Está mal redactado, porque en la edición oficial falta, indudablemente, completar la forma reflexiva con el pronombre personal de tercera persona. Es inútil, porque habiéndose derogado sólo las disposiciones que se opongan a dicha Ley (disposición adicional), parece incuestionable que continúan en vigor los preceptos del derecho civil o mercantil, en cuanto no resulten expresamente modificados, e indudablemente no lo están respecto de los créditos de cualquier clase, que escapan a las previsiones de las normas ordenadoras del contrato de trabajo. Es inexacto, porque alude sólo a los créditos que dejen de satisfacerse, con los bienes que hayan de incorporarse al trabajo del obrero acreedor, olvidándose por completo de la parte de crédito que no se llegue a satisfacer con los bienes incorporados a la empresa o explotación. Estos créditos, aunque la norma no lo crea, también gozan de la prelación establecida en los Códigos civil y mercantil. Luego nos ocuparemos de la preferencia de los créditos del trabajo, según el derecho común.

VI. Ya sabemos que, según la regla 6.ª del artículo 55 de la ley del Contrato de Trabajo, las demandas sobre los créditos a que se refiere el indicado artículo sólo podrán interponerse por

el obrero, dependiente o empleado acreedor, y no por sus acreedores.

El artículo 55 de la Ley de 21 de Noviembre de 1931 hace referencia a tres órdenes de créditos: los que reglamenta expresamente, los que sin reglamentar reconoce, remitiendo a la legislación civil o mercantil, y aquellos que ni reglamenta ni reconoce expresamente, pero que, según acabamos de decir, también deben ordenarse por el derecho civil o mercantil. ¿Se refiere a todos ellos la prohibición legal? Ya hemos dicho que el pensamiento de la norma conduce a una respuesta afirmativa, puesto que debe interpretarse en el sentido que acuse mayor protección al proletariado. En este caso recordaremos que la protección que deseó el ordenamiento no se traduce en beneficio alguno económico para los trabajadores (véase II).

Sólo los obreros y sus herederos pueden hoy ejercitar las acciones correspondientes para hacer efectivos los créditos por salarios o sueldos, ora se amparen en la Legislación social contenida en la Ley de 21 de Noviembre de 1931, ora se amparen en el Código civil o mercantil.

VII. También los créditos de trabajo gozan de preferencia sobre los demás acreedores, según la legislación civil y mercantil, pero de un modo limitado. Los preceptos generales que vamos a exponer sólo pueden aplicarse a la parte de créditos del trabajo que no se satisfagan con el producto de los bienes que hayan de incorporarse a la obra o servicio, o que estén ya incorporados a la empresa o explotación. Trátase de una preferencia sobre los demás bienes del deudor, no comprendidos en ninguno de los dos casos anteriores.

Los salarios derivados de trabajos de elaboración, construcción o reparación de bienes muebles, que permanezcan en poder del deudor, o derivados de trabajos incorporados a determinados inmuebles, en cuanto no puedan satisfacerse, conforme a las reglas expuestas, y los demás salarios procedentes de otros trabajos gozan de la prelación reconocida en los artículos 1.924 y 1.929 del Código civil. Después de los créditos a favor de la provincia o del municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el número 1.º del artículo 1.923, y de los devengados; por gastos de justicia y administración del concurso en in-

terés común de los acreedores, hechos con la debida autorización o aprobación ; por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su mujer y los de sus hijos, constituídos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios, y por gastos de la última enfermedad de las mismas personas causados en el último año, contado hasta el día del fallecimiento, dispone el apartado D) del artículo 1.924 del Código civil, que *con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor*, gozan de preferencia los jornales y salarios de dependientes y criados domésticos, correspondientes al último año. A pesar de que el Código civil no alude expresamente a los obreros, el moderno sentido de nuestra legislación social no consentirá que queden excluidos del ambiguo concepio empleado.

Los créditos anteriores al último año se pagarán a prorrata con todos los créditos comunes del deudor, sin consideración a sus fechas, conforme a los artículos 1.925 y 1.929 del Código civil.

En caso de quiebra, la prelación de los créditos se regula por los artículos 908 a 919 del Código de Comercio. El artículo 913 establece que con el producto de los bienes muebles del quebrado se paguen los créditos por trabajo personal, comprendiendo a los dependientes de comercio por los seis últimos meses anteriores a la quiebra, pero después de pagar los gastos de entierro, funeral y testamentaria, y los alimentos al quebrado o su familia. Con el producto de los bienes inmuebles, según el artículo 914 del mismo Código de Comercio, se pagarán los créditos derivados del trabajo personal después de pagar a los acreedores por derecho real, y a todos los antes enumerados. Dentro de cada clase el pago se hace a prorrata, sin distinción de fechas, salvo los acreedores hipotecarios y escriturarios (artículo 917 del Código de Comercio).

VIII. *El acreedor hipotecario que hubiere satisfecho los salarios de las dos semanas y el sueldo del último mes a que se refiere la regla primera, tendrá derecho a pedir ampliación de la hipoteca por el importe de las cantidades satisfechas.* Así lo dispone la regla 4.^a del artículo 55 de la Ley de 21 de Noviembre de 1931.

El acreedor hipotecario puede avenirse a pagar voluntariamente el importe de los salarios o sueldos privilegiados y preferentes a su crédito, bien antes de formularse la demanda judicial contra el patrono, o bien durante el período de ejecución de sentencia. No cree-

mos posible su intervención como tercero en el proceso que pueda seguirse ante las jurisdicciones del trabajo entre patronos y obreros. Los artículos 427 y 435 del Código de Trabajo, y los artículos 47, 48, 49, 67 y 87 de la ley de Jurados Mixtos de 27 de Noviembre de 1931, se oponen normalmente a la intervención de personas ajenas a la categoría profesional. La excepción establecida a favor de los aseguradores en el artículo 101 del Reglamento de Accidentes del Trabajo en la industria, de 31 de Enero de 1933, modificado por Decreto de 29 de Junio de 1934, no puede hacerse extensiva al acreedor hipotecario, porque éste no se subroga, como aquéllos, en los derechos y deberes del patrono.

Si el acreedor hipotecario, antes de toda reclamación judicial, abona los sueldos o salarios preferentes a su crédito, estaremos en el caso previsto en los artículos 1.158 y 1.159 del Código civil. Pagando contra la expresa voluntad del patrono deudor, sólo podrá repetir del mismo aquello en que le hubiera sido útil el pago.

Cuando la jurisdicción del trabajo competente declare la existencia de una obligación patronal, relativa al pago de sueldos o salarios, y trate de hacerse efectiva, sobre bienes hipotecados, que pertenezcan al deudor, el acreedor hipotecario podrá, con menos riesgos, satisfacer los créditos laborales preferentes al suyo, y ampararse luego en lo dispuesto en la regla 4.^a del artículo 55 de la Ley de 21 de Noviembre de 1931. Si observamos que en la mayoría de los casos los créditos del trabajo, correspondientes a dos semanas de jornales o un mes de sueldo, devengados precisamente en obras o servicios incorporados a determinado inmueble, representan un escaso valor, con relación al importe total del mismo, y recordamos que los acreedores hipotecarios suelen dejar un amplio margen (ordinariamente el 50 ó 25 por 100) sobre las tasaciones de las fincas para cubrir los riesgos inherentes al curso de los cambios, quizás deduzcamos que normalmente nada pueden temer los repetidos acreedores hipotecarios cuando se enajenen las fincas gravadas, ya que a tenor del artículo 1.519 de la ley de Enjuiciamiento civil, la adjudicación de las fincas se entenderá sin perjuicio de las hipotecas anteriores a las del ejecutante, y también de las posteriores, si el precio de la venta fuese suficiente para cubrirlas, y a tenor de las reglas 8.^a y 13 del artículo 131 de la ley Hipotecaria, los rematantes deben aceptar los gravámenes anteriores; cualidad que concu-

re en la hipoteca inscrita con relación a los créditos del trabajo, que excedan de los límites expresados.

Si, por excepción, el acreedor hipotecario paga los créditos del trabajo preferentes, bien antes de la reclamación judicial, o bien consignando el principal (no las costas de la *ejecución*), para cumplir la ejecutoria, puede pedir ampliación de la hipoteca por el importe de las cantidades satisfechas. Establece aquí la ley del Contrato de Trabajo, en favor del acreedor hipotecario, una nueva hipoteca legal no comprendida tampoco en el artículo 168 de la ley Hipotecaria. Queda en consecuencia derogado, o sin eficacia jurídica, el artículo 157 de la expresada ley Hipotecaria.

Para constituir la hipoteca en la forma prevenida en los artículos 158 y 159 de la repetida ley Hipotecaria, si el propietario del inmueble no accede voluntariamente a otorgar la correspondiente escritura pública, creemos que gozará el acreedor hipotecario de las acciones que se derivan del artículo 165 del mismo cuerpo legal, sin acudir al juicio ordinario que señala el artículo 115, para otra ampliación.

Constituida esta hipoteca legal, que autoriza la regla 4.^a del artículo 55 de la ley del Contrato de Trabajo, es preciso ordenar su rango hipotecario, pues aun cuando se trate, según la ley, de una *ampliación*, no podrá perjudicar a tercero que tenga inscrito su derecho. Si la finca hipotecada perteneciera al deudor de los sueldos o salarios, y éste fuese el mismo deudor del crédito garantizado con hipoteca, sin la concurrencia de otros derechos reales inscritos, la cuestión no ofrece dificultad y puede llegarse a la ampliación que tan optimistamente prevé la ley del Contrato de Trabajo.

Las dificultades comienzan cuando la finca hipotecada pertenece a un tercero, que a su vez puede o no ser el deudor de los sueldos o salarios, cuando antes de nacer los créditos del trabajo, o antes de la ampliación de la anterior hipoteca, se adquiere un derecho real inscrito sobre las fincas hipotecadas, y cuando a pesar de no haber variado de propietario la finca hipotecada es un tercero el deudor de los salarios.

Examinemos brevemente cada uno de estos casos:

a) *La finca hipotecada pertenece a un tercero, deudor de los salarios.*—Después de constituida la hipoteca, el deudor enajena la finca, y el nuevo propietario resulta deudor de sueldos o salarios

devengados en trabajos que hayan de incorporarse a la finca hipotecada. Si el acreedor hipotecario, después de pagar el crédito preferente, se ampara en la regla 4.ª del artículo 55 de la Ley de 21 de Noviembre de 1931, «¿tiene derecho a pedir *ampliación* de la hipoteca por el importe de las cantidades satisfechas?» Aunque así lo diga la ley del Contrato de Trabajo, no creemos que esto sea posible, por dos razones: 1.ª, el deudor del crédito garantizado con hipoteca no tiene para qué soportar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones patronales por parte de su sucesor en la propiedad de la cosa hipotecada, y 2.ª, aunque quisiera *ampliar* la hipoteca anterior, encontraría una barrera infranqueable en el número 2.º del artículo 1.857 del Código civil, y en los artículos 20 y 139 de la ley Hipotecaria.

El repetido acreedor hipotecario gozará sólo del derecho de obtener del actual propietario de la finca, y deudor de los salarios preferentes, la constitución de una *nueva* e independiente hipoteca. Esto es lo que debió querer ordenar la ley del Contrato de Trabajo.

b) *La finca hipotecada pertenece a un tercero, que no es el deudor de los salarios.*—En el caso anterior, una segunda enajenación del inmueble, después de denegados los salarios, y antes de que el acreedor hipotecario haya pagado los preferentes, vendrá a complicar la cuestión. El deudor de los salarios ya no puede constituir la hipoteca por haber perdido el dominio que exige el número 2.º del artículo 1.857 del Código civil. Caben en este caso dos soluciones: 1.ª, estimar que al mismo no se refiere el número 4.º del artículo 55 de la ley del Contrato de Trabajo, a pesar de su redacción absoluta o ilimitada; 2.ª, buscar una interpretación que haga posible el tan deficientemente expresado pensamiento de la norma legal. Esta solución pudiera quizás encontrarse acudiendo a los preceptos del artículo 1.210 del Código civil. Según los comentadores del expresado cuerpo legal, el ordenamiento de este artículo establece, *ex lege*, la novación subjetiva por cambio de acreedor, cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente, sin que pueda invocarse para la solución contraria el precepto de los artículos 1.158 y 1.159 del mismo Código civil, referentes principalmente al caso de que pague un tercero no interesado. (Manresa-VIII-p. 450.) Esta subrogación, conforme al artículo 1.212 del Código civil, transfiere al subrogado el crédito con todos los derechos a él anexos, ya contra

el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas. Trátase, en opinión de De Buen, de una institución que se aproxima a la sucesión.

Tenemos, pues, conforme a la ley civil, que si el acreedor hipotecario paga los créditos del trabajo preferentes, se subroga en los derechos del obrero, no sólo contra el deudor, sino también contra los terceros, sean fiadores o titulares de un derecho real de hipoteca. Como los trabajadores gozan, frente a todos, de una hipoteca legal tácita para garantizar los salarios de las dos últimas semanas y los sueldos del último mes, dentro del área del Derecho civil, parece lógico que dicho acreedor hipotecario pueda hacer efectiva la garantía legal del obrero al amparo de la regla 4.ª del artículo 55 de la Ley de 21 de Noviembre de 1931, frente al actual propietario de la finca donde haya de incorporarse el trabajo, sin perjuicio de las acciones que pueda éste ejercitar respecto del transmitente, deudor de los salarios. Esta es una de las consecuencias lógicas de la regla 1.ª del artículo 55 de la ley del Contrato de Trabajo, donde, según dijimos, se admite el libre juego de cargas reales, constituidas, *ex lege*, a consecuencia de actos extraños o prohibidos por el propietario de la finca gravada.

¿Consienten en este caso la aplicación de la regla 4.ª del artículo 55 de la ley de Contrato de Trabajo los principios fundamentales de nuestro Derecho inmobiliario comprendidos en los artículos 17 y 20 de la ley Hipotecaria? El principio de impenetrabilidad hipotecaria cierra para siempre, de un modo definitivo, las puertas del Registro para títulos de igual o anterior fecha, por los cuales se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble, salvo en casos excepcionales que examinan los tratadistas de Derecho hipotecario sin referirse a la nueva modalidad laboral de nuestro Derecho social. El principio del tracto sucesivo impide la inscripción de documentos sobre transmisión o gravamen del dominio o posesión de bienes inmuebles, si previamente no está inscrito o anotado el derecho de la persona que haga la transmisión o gravamen.

En nombre de la impenetrabilidad hipotecaria, o del tracto sucesivo, no creemos que pueda negarse la inscripción de la hipoteca constituida por el actual poseedor de la finca a favor del acreedor hipotecario a que se contrae la regla 4.ª del artículo 55 de la ley de Contrato de Trabajo, puesto que para dicho sujeto no se halla cerra-

do el Registro y puede disponer hipotecariamente de las cosas inscritas a su favor.

Si voluntariamente se allana a las pretensiones del acreedor hipotecario, conforme a los artículos 1.210 y 1.212 del Código civil, y regla 4.^a del artículo 55 de la ley de Contrato de Trabajo, y otorga la correspondiente escritura de *ampliación* (según la norma), o mejor de constitución de nueva hipoteca para su entrada en el Registro de la Propiedad, no surgirán inconvenientes nacidos de asientos anteriores. Si, por el contrario, el actual poseedor de la finca hipotecada, que no es deudor de los salarios, se opone a las expresadas pretensiones del acreedor hipotecario y llega a promoverse el incidente previsto en el artículo 165 de la ley Hipotecaria ante el Juez competente, la cuestión puede adquirir caracteres más graves. Frente a la demanda, dirá el propietario del inmueble que a tenor del artículo 25 de la ley Hipotecaria, los títulos inscritos surten su efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común. Su posición, sin embargo, no será inexpugnable por las consideraciones siguientes:

a) El artículo 25 de la ley Hipotecaria, en sentir de Campuzano, se enlaza íntimamente con el artículo 23 del mismo cuerpo legal, viniendo a constituir el anverso y reverso de una misma idea, que en forma negativa expresa el 23 y el 25 en forma positiva. Con arreglo a ello, un título que *debiendo inscribirse* en el Registro no se inscriba, no podrá hacerse valer en perjuicio de tercero, y en cambio, habiéndose inscrito un título, puede hacerse valer contra todos. (*Legislación hipotecaria*, 1926, pág. 311.) Trátase, pues, de títulos inscribibles, conforme a los artículos 2.º y 5.º de la ley Hipotecaria, cuando la inscripción sea forzosa para que perjudique a tercero, y no de aquellos otros títulos que por ministerio de la ley engendran gravámenes tácitos sobre determinados bienes inmuebles.

b) Los preceptos del artículo 25 de la ley Hipotecaria no pueden enervar el efecto natural de la hipoteca legal tácita concedida a favor del obrero, según la regla 1.^a del artículo 55 de la ley de Contrato de Trabajo, como tampoco pueden enervar los efectos de las hipotecas análogas concedidas a favor del fisco y de los aseguradores, cuando los créditos garantizados de uno u otros hayan nacido antes de la inscripción del dominio a favor del actual poseedor del inmueble.

c) Los créditos del obrero no son privilegiados, según la «legislación común», puesto que nacen del derecho social, cuyos límites no coinciden precisamente con los del derecho privado. (Véase el prólogo de nuestras *Leyes sociales de España*, 1935.) En atención a estas consideraciones, podrá ser vencido en el incidente el actual propietario de la finca, quien se verá obligado, mediante decreto judicial, a otorgar la escritura de *ampliación* de hipoteca a favor del acreedor hipotecario, subrogado en los derechos preferentes de los obreros, cuya escritura habrá de inscribirse conforme ya expusimos.

c) *Antes de nacer los créditos del trabajo se adquiere un derecho real inscrito sobre las mismas fincas hipotecadas.*—Después de cuanto llevamos expresado no es preciso insistir sobre la preferencia de los derechos del obrero, y en su lugar del acreedor hipotecario, titulares de una hipoteca legal tácita y preferente. Verdad es que el artículo 17 de la ley Hipotecaria no impediría normalmente la inscripción de la *ampliación* de la hipoteca otorgada al amparo de la regla 4.^a del artículo 55 de la ley de Contrato de Trabajo para garantizar créditos laborales nacidos después de hallarse inscrito un derecho real sobre la misma finca, porque el indicado precepto no es aplicable a los títulos de constitución de gravámenes, sino únicamente a los títulos traslativos del dominio o la posesión de los inmuebles o derechos reales, pero habría que respetar el principio, *prior tempore...*, que consagran los artículos 17, 25 y 26 de la ley Hipotecaria, si no fuera por el carácter absolutamente preferente que tiene la hipoteca legal tácita del obrero, conforme a la regla 1.^a del artículo 55 de la Ley de 21 de Noviembre de 1931. El derecho real inscrito no puede enervar la preferencia de los créditos laborales nacidos después de la inscripción, a pesar de los principios fundamentales de nuestro sistema inmobiliario.

d) *Antes de la ampliación de la hipoteca anterior se adquiere un derecho real inscrito sobre las fincas hipotecadas.*—Con más razón, si cabe, que en el caso anterior, debe prevalecer el crédito privilegiado del trabajador, que después de satisfecho por el acreedor hipotecario, éste ostenta frente a terceros que puedan tener inscrito un derecho real incompatible en el Registro de la Propiedad.

e) *El deudor de los salarios es un tercero, y no el propietario de la finca hipotecada.*—En este caso, el deudor del crédito hipote-

cario y propietario de la finca es la persona obligada a consentir la ampliación de su hipoteca conforme a la regla 4.^a del artículo 55 de la ley de Contrato de Trabajo, a pesar de no ser el deudor de los salarios. A tan extraña conclusión conduce, según ya sabemos, la regla 1.^a del artículo 55 de la Ley de 21 de Noviembre de 1931, cuando establece la hipoteca legal tácita del obrero sobre los inmuebles a los que precisamente se haya de incorporar el trabajo, sin acordarse de que además del propietario pueden ordenar legítimamente ciertos trabajos, a veces de importancia, sobre las fincas, los inquilinos de habitaciones, los arrendatarios de fincas rústicas, los simples precaristas, etc.

Para terminar de exponer los derechos del acreedor hipotecario, diremos dos palabras sobre el medio de llegar a enterarse de las reclamaciones de los obreros, ya que sin este previo conocimiento es imposible que pueda pagar los créditos preferentes y exigir la ampliación o constitución de la hipoteca, que prevé la regla 4.^a del artículo 55 de la ley de Contrato de Trabajo. Esta norma, como otras muchas, redactadas por manos apresuradas e inexpertas, se olvida de tan importante detalle. En ningún texto de Derecho social encontramos la obligación de notificar al acreedor hipotecario que los trabajadores, para saldar sus créditos, pretenden ampararse en el párrafo 2.º de la regla 1.^a del artículo 55 de la Ley de 21 de Noviembre de 1931. El acreedor hipotecario sólo podrá enterarse de algo tan importante para sus derechos como es la actitud de los trabajadores respecto de la finca hipotecada, si benévola quiere comunicarlo alguna de las partes contratantes en la relación jurídica derivada del contrato de trabajo, si el Juzgado le hace saber el estado de la ejecución, conforme al artículo 1.490 de la ley de Enjuiciamiento civil, o si antes llega a enterarse de la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad. En estos dos últimos casos ya se habrán producido gastos inútiles y fácilmente evitables, mediante una notificación, antes de comenzar la vía de apremio.

IX. En la regla 3.^a del artículo 55 de la ley de Contrato de Trabajo dicese que *«cuando conste en el Registro de la Propiedad que se ha hecho uso del derecho de prelación sobre la hipoteca, no podrá reclamarse de nuevo aquel derecho de prelación sobre los mismos bienes hipotecados»*. Prescindiendo de los efectos limitativos que para el derecho del obrero representa esta norma, por haberlos

examinado antes, sus preceptos nos conducen a exponer la situación de la hipoteca legal del obrero en el Registro de la Propiedad.

Esta hipoteca podrá llegar al Registro en los casos siguientes:

a) Mediante la constitución de una hipoteca especial. Aunque se trate de hipoteca legal tácita determinada, no existe ningún obstáculo para que se constituya en la forma ordenada en el artículo 159 de la ley Hipotecaria. b) Por anotación preventiva de embargo, decretado por el Juzgado de primera instancia o Tribunal Industrial, llamados a ejecutar una sentencia sobre sueldos o salarios, conforme a los artículos 33, 36 y 71 de la Ley de 27 de Noviembre de 1931 y 497 del Código del Trabajo. La anotación preventiva en este caso se halla comprendida en el número 3.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria. c) Mediante la inscripción del título donde conste la enajenación o adjudicación del inmueble al que precisamente haya de incorporarse el trabajo por consecuencia de procedimiento de apremio seguido para hacer efectivo judicialmente algún crédito por salarios o sueldos singularmente privilegiados sobre la misma finca. d) Por la inscripción del título donde conste la ampliación de la hipoteca, conforme a la regla 4.ª del artículo 55 de la Ley de 21 de Noviembre de 1931.

Una vez que conste en el Registro de la Propiedad que se hizo uso del privilegio que otorga sobre la hipoteca la regla 1.ª del artículo 55 de la ley de Contrato de Trabajo, se agota el derecho preferente del obrero «sobre los mismos bienes hipotecados», o más bien mientras no se cancele la misma hipoteca, según antes expusimos.

X. El examen detallado del artículo 55 de la ley de Contrato de Trabajo nos sugiere dos observaciones críticas: constituye un rudo golpe para el crédito inmobiliario, perturbando de un modo sensible el sistema hipotecario español, y no implica verdaderas y positivas garantías para los créditos laborales de la gran mayoría del proletariado.

El crédito inmobiliario debe resentirse, porque se crea una nueva hipoteca legal tácita, más gravosa que las reconocidas en favor del fisco y aseguradores. Las contribuciones e impuestos de la Hacienda correspondientes al último año y a los meses del corriente siempre representan una cantidad pequeña y proporcional con el líquido imponible, constituyendo un crédito de cuantía limitada y

conocida por el futuro acreedor hipotecario. Las primas de dos años en el seguro a prima fija, y los dos últimos dividendos en el seguro mutuo, también son créditos limitados en su cuantía y normalmente insignificantes con relación al valor de la finca, porque en otro caso dejaría de existir la razón técnica y económica del seguro. En cambio, la hipoteca legal tácita del obrero es ilimitada en su cuantía, ya que multiplicando el importe del salario de las dos últimas semanas y los sueldos del último mes (la cuantía de ambos varía según las bases de trabajo de cada categoría profesional) por un número de obreros que la Ley no fija, y, por tanto, puede resultar muy elevado, llegaremos a cifras totalmente desproporcionadas con el valor de la finca ofrecida como garantía a un futuro acreedor hipotecario, quien ni aun aproximadamente podrá, en muchos casos, calcular el importe de los créditos que por ministerio de la Ley han de anteponerse al garantizado con la hipoteca. Los efectos de este sistema para la riqueza nacional, en orden a la potencialidad económica de la propiedad inmobiliaria, no pueden ser más desastrosos.

El sistema hipotecario español ha sufrido una sensible perturbación con el artículo 55 de la ley de Contrato de Trabajo. La existencia de hipotecas legales tácitas siempre es incompatible con los principios fundamentales de la ley Hipotecaria. Ante la hipoteca legal del obrero, júzguese de la suerte que corren los principios de publicidad, especialidad, legalidad (el contrato de trabajo surge mediante la conducta de patronos y obreros), tracto sucesivo y, sobre todo, el fundamental que consagran los artículos 17, 25 y 26 de la ley Hipotecaria. Basta recordar cuanto llevamos expuesto para deducir que muy poco se salvará de ellos luego de haber pasado sobre una finca hipotecada el huracán de los créditos privilegiados del obrero.

Si todos estos sacrificios exigidos a la propiedad inmobiliaria estuviesen compensados con el reconocimiento de derechos en favor del obrero de un amplio contenido económico y social, quizás pudieran justificarse; mas resulta bien sensible que a pesar de la orientación que quiere imprimirse a la Ley de 21 de Noviembre de 1931, los beneficios de su artículo 55 no alcancen a la gran mayoría del proletariado español.

Pensemos en el panorama laboral español, y tendremos seguramente que las industrias que ocupan mayor número de trabaja-

dores son las extractivas (minas, salinas y alumbramiento de aguas), siderurgia y metalurgia, industrias químicas (explosivos, cuenpos químicos, papel, etc.), textiles, del mar, confección, vestido y tocado, alimentación, artes gráficas, transportes ferroviarios, terrestres y marítimos; agua, gas y electricidad; comunicaciones en general, comercio, servicios de higiene, banca, seguros y oficinas, espectáculos públicos y profesiones. Sumando al censo obrero de estas explotaciones el que corresponde a otras dedicadas a la fabricación de objetos diversos que expende el comercio (material eléctrico y científico, muebles, cerámica, etc.), llegaremos a una cifra muy superior a la que nos suministran las industrias agrícolas y forestales, de la construcción y algunas otras, cuyos trabajos se incorporan precisamente a determinados inmuebles.

En las industrias primeramente citadas, el trabajo obrero no se incorpora a ningún inmueble, limitándose en algunas de ellas a incorporarse a ciertos muebles, destinados a pasar inmediatamente a manos de terceras personas. Los numerosos obreros que prestan sus servicios en estas industrias, quizás la inmensa mayoría de los trabajadores españoles, ninguna garantía especial obtienen al amparo de la regla 1.ª del artículo 55 de la ley de Contrato de Trabajo. ¿Puede compensarse el golpe que se da al crédito inmobiliario y la herida que se abre en el Derecho hipotecario con la pequeña garantía que se concede a un puñado de campesinos y obreros de la construcción?

El número 2.º del artículo 55 de la Ley de 21 de Noviembre de 1931 permite que los créditos del obrero gocen de preferencia sobre los refaccionarios anotados en el Registro y sobre las demás anotaciones preventivas. Si aquellos créditos laborales son de fecha posterior a la anotación preventiva, tendremos una nueva excepción de los principios fundamentales de nuestro derecho hipotecario, con derogación del artículo 1.927 del Código civil (T. S., 5 Noviembre de 1927, 20 Noviembre 1928, 14 Julio 1933, etc.). A pesar de ello, la garantía que ofrece al obrero es más aparente que real. Depende de la voluntad del deudor, y suele representar un insignificante valor en venta. Lo primero, porque la incorporación de bienes a una cierta explotación es siempre un acto voluntario y revocable, y lo segundo, porque las naves, máquinas, hornos, herramientas y demás elementos de trabajo, una vez paralizada la explotación (du-

rante ella es difícil que dejen de pagarse los jornales), casi no se cotizan en el mercado y suelen enajenarse como chatarra. Así con frecuencia se dará el caso de que los obreros de una explotación o empresa que haya cesado en su actividad industrial o mercantil no puedan cubrir sus créditos con el valor de los escasos bienes incorporados a dicha empresa, por lo que se verán precisados a gozar sólo de la prelación que reconoce el Derecho civil o mercantil sobre los demás bienes del deudor. Para llegar a esta conclusión, más que posible, probable en la mayoría de los casos, ciertamente no se explica la necesidad de inferir un rudo golpe al crédito territorial y de causar hondas perturbaciones en el sistema de nuestro Derecho hipotecario. Hubiera sido preferible hallar una fórmula más eficaz para proteger los créditos del obrero, sobre todo el patrimonio del deudor, sin desvalorizar los elementos que lo constituyen y sin alterar los principios fundamentales de la ley Hipotecaria.

FAUSTINO MENÉNDEZ-PIDAL,

Juez de primera instancia.

De la subrogación real ⁽¹⁾

(A P U N T E)

En el lenguaje del derecho la palabra «subrogar» significa poner en una cierta relación jurídica una cosa en lugar de otra cosa (es la subrogación real) o una persona en lugar de otra persona (es la subrogación personal).

Nuestro Derecho hace de la subrogación real algunas aplicaciones en diversos campos.

Enumeremos las hipótesis más importantes, en las cuales la subrogación real se opera en virtud de un texto.

1.º En materia de regímenes matrimoniales la subrogación tiene por fin asegurar la conservación del patrimonio propio, del de la sociedad conyugal y del patrimonio dotal.

Para los bienes propios, el artículo 1.396, número 3 del Código civil en relación con el 1.337, número 2; artículo 1.396, número 4, también del mismo Código y que la jurisprudencia, de acuerdo con la presunción del artículo 1.407, interpreta restrictivamente.

Cuáles serán gananciales por subrogación lo expresan: artículo 1.401, número 1, del mismo Código; artículo 1.404, número 1 y número 2.

En el régimen dotal tenemos infiltrada claramente la subrogación real a través del artículo 1.337, números 1.º, 3.º y 4.º, y el mismo principio late en el tránsito del antiguo régimen de inalienabilidad específica de la dote a la moderna inalienabilidad genérica o de sus valores.

2.º Si el ausente se presenta, o sin presentarse se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan y el precio de los enajenados o los adquiridos con él; artículo 194 del Código civil.

3.º La mayor parte del contenido técnico del artículo 812 del

(1) Hemard: *Précis de droit civil français*.—Sirey, 1928-1930.

Capitant: «Essai sur la subrogation réelle» (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo XVIII, 1919, pág. 385).

Demogue: «Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle» (*Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, tomo LXVIII, 1901, pág. 236).

Henry: *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*. Tesis Nancy, 1913.

Saieilles: Nota en el Sirey (*Recueil général des lois et arrêts, fondé par J.-B. Sirey*, 1894, II, p. 185) a una S. Cour de Dijon de 30 de Junio de 1893.

Código civil, vive también al amparo de la subrogación real y legal ; «Los ascendientes suceden, con exclusión de otras personas, en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió.»

4.º El acreedor tiene, en virtud del artículo 1.911 del Código civil, un derecho de prenda general sobre el patrimonio de su deudor, y este derecho se ejerce no sólo sobre los bienes existentes en este patrimonio al momento de nacer su crédito, sino también sobre todos los bienes que puedan ingresar posteriormente en él ; «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».

5.º Podrán detraerse de la masa de la quiebra ; artículo 909 del Código de Comercio... 2.º Los bienes parafernales que la mujer hubiere adquirido por título de herencia, legado o donación, bien se hayan conservado en la forma que los recibió, bien se hayan subrogado o invertido en otros, con tal que la inversión o subrogación se haya inscrito en el Registro Mercantil... 7.º Las cantidades que estuvieren debiendo al quebrado por ventas hechas de cuenta ajena, y las letras o pagarés de igual procedencia que obraren en su poder, aunque no estuvieren extendidas en favor del dueño de las mercaderías vendidas, siempre que se pruebe que la obligación procede de ellas y que existían en poder del quebrado por cuenta del propietario para hacerlas efectivas y remitirle los fondos a su tiempo, lo cual se presumirá de derecho si la partida no estuviere pasada en cuenta corriente entre ambos.

Sobre estos casos elevémonos a los diversos sistemas teóricos que han sido propuestos para explicar la subrogación real y extender el reemplazo más allá de los casos previstos por la ley. Los autores antiguos hablaban ya de subrogación, pero la idea que de ella se hacían era extremadamente confusa. La consideraban, generalmente, como efecto de una ficción establecida por la ley o por la convención.

Sus casos de aplicación los referían a dos máximas sacadas del Digesto : *In judiciis universalibus, pretium succédit loco rei et res*

loco pretii; In judiciis singularibus, pretium non succedit loco rei nec res loco pretii. En nuestros días, la idea de una subrogación a título universal, operándose *ipso jure*, y fuera de un texto legal, es frecuentemente combatida o al menos aceptada restrictivamente (1) por la razón de que la subrogación real es una institución de derecho estricto y no puede resultar más que de la ley o de la convenición de las partes en el caso de que la ley no la haya prescrito.

Para Demogue la subrogación no es una ficción: es una operación que deriva de la voluntad implícita del legislador o de los particulares y que tiene por fin conservar su valor a un bien que esté afecto a ciertas personas.

«En déclarant des biens propres en les frappant de dotalité, en les grevant de substitution, on a voulu a des degrés divers assurer leur valeur a certaines personnes en dépit d'obligations imprudemment contractées par le mari, les deux époux ou le grevé. Pour empêcher la valeur ainsi affectée de périliter, il faudra peut-être aliéner le bien qui la représente. *Il s'agit de transporter certaines qualités d'un bien à un autre*; la subrogation s'impose alors come une nécessité.»

La subrogación se producirá, pues, todas las veces que se esté en presencia de valores de afectación, y tendrá por fin solamente el transportar de un bien a otro ciertas cualidades que no son inherentes a los bienes, pero que están establecidas por la ley o por la voluntad de las partes en vista de la afectación del valor de estos bienes a un fin determinado.

Se producirá igualmente, cuando en interés de un crédito la ley admite que un derecho se pierda para su titular sin su consentimiento, ejercitando entonces éste un derecho análogo sobre los bienes que el enajenante ha adquirido en cambio o reemplazo del precio. En este caso la subrogación sería una aplicación de la acción de *in rem verso*.

En los dos casos la subrogación descansa sobre la necesidad «de mantener la estabilidad relativa de los derechos, transportándolos de un bien a otro cuando estos derechos, ya por su naturaleza o accidentalmente, no siguen a los bienes a cualquier mano que pasen».

Capitant toma un punto de partida ligeramente diferente para

(1) En este sentido, Baudry-Lacantinerie, Demolombe, Planiol y Ripert; en sentido contrario, Capitant, Demogue Enry, Hemard y Saleilles.

explicar la subrogación. La subrogación tiene un doble papel; de una parte, evitar la confusión entre un grupo de bienes y los otros bienes que forman parte de un mismo patrimonio; y de otra, evitar la confusión de dos patrimonios que, teniendo cada uno distinto titular se encuentran momentáneamente en manos de una misma persona. En estos dos grupos de hipótesis, la subrogación, produciéndose de pleno derecho, tendría por efecto la cosa sin poseer sobre ella un derecho de persecución.

Por último existiría otra subrogación de un género particular que no tendría lugar más que en el primer grado, pero que produciría sus efectos en todos los casos. Tendría por resultado sustituir el crédito del precio a la cosa enajenada en provecho del acreedor, que tendría un derecho sobre esta cosa, sin tener sobre ella el derecho de persecución.

La idea de la subrogación, considerada como resultante de una ficción, ha sido traída de nuevo por Saleilles. Según este autor la subrogación se opera ya en virtud de una ficción de la ley, y en este caso es de derecho estricto, ya en virtud de la voluntad expresa o tácita de los individuos. En el primer caso es una ficción en el sentido de que su finalidad es suponer en una cosa una cualidad que ésta por su propia naturaleza no podría tener. Así, la ley francesa de 19 de febrero de 1889 ha establecido una ficción, llevando sobre la indemnización del seguro los derechos que poseían los acreedores privilegiados e hipotecarios sobre el inmueble asegurado, porque solamente los inmuebles son susceptibles de una hipoteca, y en esta materia la convención no puede crear una hipoteca allí donde la ley no la autoriza. En España, por contra, se admite la potencialidad del pacto para hacer extensiva la hipoteca a los subrogados, aunque sean de naturaleza mueble.

Debe distinguirse también entre la subrogación a título particular, cuya finalidad es dar a la cosa nuevamente adquirida la cualidad de la cosa enajenada a quien reemplaza y la subrogación universal, en virtud de la cual un bien se encuentra unido a un conjunto de otros bienes, formando un patrimonio particular afectado a cierto fin.

En esta concepción la subrogación sería tanto de derecho estricto, puesto que tiene el carácter de una ficción, como sería susceptible de interpretación extensiva, puesto que resulta de la con-

vención y se ejerce en un campo en que la ficción es inútil y donde la voluntad contractual produce todos sus efectos.

Las tres teorías que acabamos de relatar hacen llamamiento a la idea de que un individuo puede tener en su patrimonio una cierta categoría de bienes afectos a un fin especial o sometidos a un régimen particular. Así lo expresan las palabras *valores de afectación, universalidad de derecho*. La noción de pluralidad de patrimonios ha sido aclarada por Hemard, que hace depender directamente la teoría de la subrogación de la teoría del patrimonio.

En su «Précis de droit civil» (1), este autor presenta una crítica de la teoría clásica de patrimonio tal como se la encuentra en Aubry y Rau y en la mayoría de los autores.

Aubry y Rau, en Francia, se elevaron a una noción abstracta del patrimonio, y en su concepto la idea de éste se deduce directamente de la idea de personalidad, porque el patrimonio, en su más alta expresión, es la misma personalidad del hombre considerada en su relación con los objetos exteriores, sobre los cuales tiene o puede tener derechos, de donde se infiere que el patrimonio es una emanación de la personalidad.

La noción de patrimonio, representativa de la teoría clásica, destaca los tres caracteres que esta doctrina asigna al patrimonio, a saber; pecuniaridad, universalidad, pero no una *universitas, facti vel hominis*, sino una *universitas iuris*, y, por último personalidad, de cuyo carácter derivan las siguientes consecuencias o reglas:

- 1.^a Solamente las personas pueden tener un patrimonio.
- 2.^a Toda persona tiene necesariamente un patrimonio.
- 3.^a Cada persona posee un solo patrimonio.
- 4.^a El patrimonio es inseparable de su titular.

Pero la crítica moderna ha revisado la teoría clásica del patrimonio, tanto en sus principios como en su técnica, poniendo de relieve el vicio de origen de esta doctrina.

Y así se han destruido las reglas clásicas de la personalidad del patrimonio oponiendo determinadas figuras jurídicas, como los patrimonios en administración, los patrimonios colectivos y

(1) Hemard: Ob. cit., tomo I, tít. II, cap. II, núms. 216-223.

los patrimonios separados, hipótesis esta última que es la que más nos interesa ahora.

Existen, en efecto, hipótesis en las cuales grupos distintos de bienes se encuentran reunidos bajo el señorío de una misma persona como sujetos a distintas reglas; así, por ejemplo, la dote inestimada, los bienes parafernales, los fideicomisos, las reservas troncales o matrimoniales, los bienes gananciales, los adquiridos por herencia con beneficio de inventario, los pertenecientes a una persona cuya ausencia haya sido declarada, los peculios, las participaciones en una mancomunidad mercantil, los patrimonios regulados por legislaciones especiales, como casas baratas, ahorro postal, lotes o parcelas en una colonia agrícola; en todos estos casos la teoría del *patrimonio-personalidad* se quiebra.

Para Hemard existe un patrimonio cuando un conjunto de bienes se halla afectado a un fin común, y así se descarta la confusión realizada por la teoría clásica entre el patrimonio y la personalidad.

La concepción del *patrimonio-fin* conduce a conclusiones muy interesantes, pero naturalmente opuestas a las de la teoría clásica. Rechaza la noción de unidad y de indivisibilidad del patrimonio y admite que una persona pueda tener tantos patrimonios como fines o intereses distintos.

Desde el punto de vista de la subrogación real, esta idea conduce a las conclusiones siguientes:

La subrogación a título particular supone la posibilidad para una persona de tener diversos patrimonios. Si uno de los elementos de tal patrimonio desaparece y se encuentra reemplazado por otro, este nuevo bien debe ocupar su puesto en el mismo grupo de bienes a fin de quedar afecto al mismo interés; así, en el grupo de los bienes dotales, la subrogación aparece como el instrumento destinado a asegurar la integridad de los bienes dotales, remediando los inconvenientes de una inalienabilidad demasiado absoluta.

Pero la subrogación es un arma de doble filo y el interés de terceros puede encontrarse lesionado por su ejercicio, que tiende generalmente a paralizar la acción de ciertos acreedores sobre una categoría particular de bienes. Es necesario, pues, dar a los terceros serias garantías frente a casos de subrogación de que no pu-

dieran obtener conocimiento. Así, la subrogación a título particular, aun produciéndose de plano, no tiene lugar más que cuando se cumplen las tres condiciones siguientes :

1.^a Es preciso que un bien se encuentre efectivamente reemplazado por otro inmediatamente, como en la permuta, o mediatamente, como en el reemplazo.

2.^a El reemplazo debe producirse en el interior de un patrimonio separado, en un conjunto de bienes afectos al mismo fin (patrimonio dotal, bienes parafernales, propios de comunidad, etcétera).

3.^a Por último, es necesario que una cierta publicidad advierta a los terceros del cambio que se ha operado en el patrimonio en cuestión y del carácter particular que reviste el nuevo bien.

Existe, además, una subrogación universal, cuyo fundamento es diferente. Esta subrogación es invocada por aquel que reivindica un patrimonio por medio de una acción general, como la de petición de herencia.

Se trata entonces de bienes que constituyen un patrimonio especial por su origen común. El demandante tiene sobre ellos un derecho de contenido general, los sigue tal como se encuentren, ya en natural ya en valor, si han sido enajenados por el detentador.

Según Hemard la máxima *In judiciis...* no tiene el sentido que generalmente se le asigna ; ella significaría que en las acciones que tienen un carácter general (las acciones generales del derecho romano, tal como la *petitio hereditatis*), el demandante puede prevalecerse del efecto de la subrogación. En Roma, en efecto, la subrogación no se producía más que en cierta clase de acciones.

La subrogación universal no tiene lugar fuera de los casos previstos por la ley, que son, principalmente, la petición de herencia y la reivindicación por un ausente de su patrimonio frente a los herederos aparentes que entraron en posesión de él. Esta limitación se concibe puesto que la subrogación universal supone que el demandante ejerce una acción general sobre un patrimonio. Tales acciones no existen más que en los casos limitados previstos por la ley.

Es a la subrogación universal a la que se ha recurrido en materia de dote mobiliaria. La dote mobiliaria está afectada de una

inalienabilidad que es solamente global; entre sus elementos hay una subrogación universal operante, y el reemplazo de unos por otros no tienen lugar en natura, pero sí en valor.

Tales son, rápidamente expuestas, las teorías más conocidas y características que han sido propuestas para explicar la subrogación real.

A pesar de sus divergencias tiene bastantes puntos comunes, por lo mismo que tienden todas ellas a sistematizar las soluciones de la práctica y los diferentes casos de subrogación previstos por la ley, que proponen hacerlos extensivos a los casos similares.

Pero las conclusiones a las cuales conducen son más o menos favorables a la extensión de la subrogación fuera de los textos, lo que, en definitiva, es la cuestión más importante; parece ser que los Tribunales se verán precisados en días no lejanos a precisar su doctrina y a orientarse hacia una aplicación más extensa de la subrogación real, a fin de salvaguardar, contra la inestabilidad de los patrimonios y las enajenaciones cada vez más frecuentes, la estabilidad de los derechos.

Y, sin embargo, la doctrina es a menudo todavía hostil a la idea de la subrogación. Contra ella se levantan dos especies de críticas. La subrogación es una ficción, dicen, y como tal no puede ser extendida fuera de los términos de la ley. Es una ficción, porque tiene por resultado atribuir a un bien las cualidades de otro y sólo la ley puede operar contra la naturaleza de las cosas semejante desplazamiento de cualidades.

Pero, ¿puede decirse con verdad que sea una ficción admitir la subrogación, por ejemplo, del precio a la cosa en el caso en que tenga por objeto asegurar la continuidad de un derecho o la afectación especial de esta cosa? El precio de una cosa es su valor expresado en numerario, es su equivalente, su representación más perfecta.

En realidad, la sustitución del precio a la cosa tiene lugar en todos los casos; para que no se produjera sería preciso un texto que lo prohibiese. Por otra parte, la noción misma de la ficción carece de utilidad en nuestro derecho; «el empleo de la ficción, dicen Colin y Capitant (1) podía parecer familiar a los romanos,

(1) *Cours élémentaire de droit civil français*, quinta edic., t. II, tít. II, capítulo II, secc. V, § 2.

pero entre nosotros no tiene ninguna utilidad vista la diferencia de nuestros procedimientos legislativos. Actualmente el legislador no tiene necesidad de fingir, sino que ordena».

Se reprocha también a la subrogación el ser una amenaza contra los terceros, dañando el crédito y haciendo incierta la condición jurídica de los bienes.

Pero la ley y la jurisprudencia imponen al funcionamiento de la subrogación tales condiciones de publicidad o de prueba, que este reproche no parece debe tenerse en cuenta; eso en materia de regímenes matrimoniales.

En cuanto al ausente que reivindica su patrimonio, puede recobrar sus bienes *en el estado en que se hallen*, mientras se encuentren en poder de la persona a quien fueron adjudicados o de sus herederos, pero no puede recobrar los que a título oneroso, como el de venta y permuta, hayan pasado legalmente a poder de un tercero; respecto de estos bienes sólo podrá reclamar del enajenante el precio en que los haya enajenado o los adquiridos con él.

El ausente, por tanto, sólo tiene acción contra el poseedor de su patrimonio.

El perjuicio único que pueden temer los acreedores del poseedor del patrimonio de un ausente que regresa y lo reivindica es el ver disminuir el montante de los bienes que constituían en sus manos la prenda general garantizadora de sus créditos.

Asimismo el ascendiente donante que ejerce su derecho de recobro contra la sucesión del donatario e invoca la subrogación (subrogación universal) para recoger en valor los bienes donados, no puede causar ningún perjuicio a los terceros, puesto que los recupera tal como se encuentran, y solamente en la sucesión y contribuyendo a las deudas.

Además, la subrogación universal se aplica restrictivamente en el sentido de que no se le acepta más que en los casos previstos por la ley.

Por tanto, las críticas dirigidas a la teoría de la subrogación real, no son bastante fuertes para hacer renunciar a la posibilidad de una subrogación ejercida de plano; sus ventajas sobrepasan con mucho a los inconvenientes que pudiera tener por el hecho de su oponibilidad a los terceros.

JOSÉ M.^a FONCILLAS,

Notario,

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

COMPRAVENTA POR MENOR EDAD. EMANCIPACIÓN. NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE COMPRA DE INMUEBLES POR UNA MENOR DE EDAD A QUIEN SU PADRE EMANCIPA DE LA PATRIA POTESTAD AL SOLO EFECTO DE PODER ADQUIRIRLOS, PORQUE ESA EMANCIPACIÓN LIMITADA NO CABE EN NUESTRO DERECHO POSITIVO, SINO QUE HA DE CONCEDERSE CON LA AMPLITUD QUE ESTABLECE LA LEY, YA QUE LO CONTRARIO LLEVARÍA A LA IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA MIXTO DE EMANCIPACIÓN Y PATRIA POTESTAD. NO PUEDEN TENER CAPACIDAD PARA ADQUIRIR LOS QUE HAYAN DE CONTINUAR SOMETIDOS A LA POTESTAD PATERNA.

Resolución de 31 de Enero de 1935. (Gaceta de 11 de Marzo.)

Ante el Notario de Córdoba D. Domingo Barber y Lloret se autorizó escritura por la que dos señoras venden una casa a doña Soledad González, de veinte años y soltera, a la que su padre emancipa, en escritura ante el propio Notario y con la misma fecha que la de compra, de la patria potestad *al solo efecto* de que pueda comprar toda clase de bienes inmuebles.

El Registrador de la Propiedad de Córdoba no admitió la inscripción de dicha escritura..., «pues siendo el adquirente menor de edad y sujeta a la patria potestad, carece de capacidad, meramente por sí, para adquirir bienes inmuebles. Se ha presentado en el día de hoy, como documento complementario de esta escritura, una copia expedida en el día de hoy sin nota de impuesto de Derechos reales, de otra escritura otorgada en esta ciudad a 23 de Junio de

1932, número 639 del protocolo del Notario Sr. Barber, por la cual D. Rafael González Madrid, se dice, «emancipa» a su hija la señora Soledad González Clementson «al solo efecto de que pueda comprar bienes inmuebles». Y como la emancipación es una institución jurídica distinta e incompatible con la patria potestad, y nuestro Código civil no admite emancipaciones parciales, sino que ha de ser total y no fragmentaria, no procede otorgar la emancipación, que en su iniciación es concesión de los padres y en su formalización un perfecto contrato a placer y a convención libre de unos y otros, sino que forzosamente ha de ser en los términos y con las limitaciones consignadas en los artículos que constituyen el capítulo I del título XI del libro primero del Código civil. No estimándose subsanable el defecto, no procede la anotación preventiva».

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado con las siguientes consideraciones:

Sin entrar en el debatido problema planteado en la doctrina civil acerca de si el derecho de familia ha de estimarse parte del Derecho privado o del Derecho público, es posible afirmar que los poderes atribuidos por aquél tienden a lograr finalidades determinadas y pueden ejercitarse tan sólo conforme a las mismas, y, por tanto, con limitación de la libertad de obrar de los investidos con aquellas potestades.

Aun cuando pudiera estimarse conveniente la gradual concesión al menor de facultades en orden al régimen de su persona y bienes que, preparándole para los actos de la vida civil, evitasen el tránsito brusco de la incapacidad a la capacidad plena, es lo cierto que la emancipación voluntaria concedida al menor, limitada o restringida a actos concretos, no se halla admitida en nuestro Derecho positivo ni puede inferirse de las normas reguladoras de las relaciones paternofiliales.

En consecuencia, si la emancipación concedida por el padre o madre a los hijos sometidos a su potestad ha de entenderse con la amplitud establecida por la ley y para todos los actos relativos al régimen de la persona y bienes del menor, salvo los expresamente prohibidos, es evidente la imposibilidad de extender tales prohibiciones a supuestos distintos de los legales, y mucho menos, como se pretende en el caso debatido, conceder al menor una mera facultad

adquisitiva que llevaría consigo la instauración de un régimen mixto de emancipación y de patria potestad, términos que en nuestro Derecho se excluyen, puesto que la concesión de la primera es causa de extinción de la segunda.

Por lo expuesto, al no poder estimarse emancipada de la patria potestad a la señorita González Clementson, debe negársele capacidad para la prestación del consentimiento y, por tanto, para la formalización del contrato de compraventa que llevó a efecto mediante la escritura de 23 de Junio de 1932, ya que al continuar sometida a la potestad de su padre ha de considerársela incurso en la causa de incapacidad prevista en el número 1.º del artículo 1.263 del Código civil.

* * *

Es tan clara la doctrina de la precedente Resolución, que no necesita comentario alguno. Tampoco podemos traer a cuento antecedentes que la confirmen o contradigan, por ser esta la primera vez, que sepamos, que se plantea este problema de la capacidad de un menor que se emancipa al solo efecto de poder adquirir inmuebles. La patria potestad, dice el artículo 167 del Código civil, se acaba... «por la emancipación», no recobrándose sino en muy contados casos, como el de fallecer el adoptante, en cuyo momento vuelve al padre del adoptado. La emancipación tiene lugar... por voluntariedad de los que ejerzan la patria potestad (art. 314), capacitando al menor para la ejecución de todos los actos atribuidos a un mayor de edad, con las limitaciones, no susceptibles de ampliación por su carácter restrictivo, que señala el artículo 317 del mismo Código. Así, pues, no se concibe que el padre tenga potestad para conceder al hijo una sola de las facultades—la adquisitiva—, habilitarlo para un solo efecto de la emancipación y continuar el menor sometido en lo demás a la patria potestad. La emancipación así otorgada carece de eficacia, porque niega la libertad de acción de quien ha de prestar su consentimiento para contratar al que para los demás continúa sujeto en su persona y bienes a la autoridad paterna. Sería una innovación que ni siquiera podría tener como apoyo el comentario de alguno de los tratadistas de nuestro Derecho civil, ya que ninguno de ellos insinúa la posibilidad de que una persona pueda ser sui juris y alieni juris al propio tiempo.

Haremos constar, como de pasada, que según Resolución de 8 de Julio de 1912 es defecto subsanable en las escrituras otorgadas por un emancipado la no inscripción en el Registro civil de la emancipación.

HIPOTECA. ESPECIALIDAD. NO SE HALLA BIEN EXTENDIDA UNA ESCRITURA DE HIPOTECA EN LA QUE NO SE DETERMINA, ADEMÁS DE LA CANTIDAD DE QUE POR PRINCIPAL RESPONDA LA FINCA, LA SUMA QUE DENTRO DE LA SEÑALADA COMO HIPOTECA ACCESORIA CORRESPONDA AL CONCEPTO INTERESES Y AL DE COSTAS CON SEPARACIÓN, PORQUE LA SEGURIDAD DEL TERCERO, EL CONOCIMIENTO EXACTO DE LA CARGA REAL Y LA PRECISIÓN DE LOS ASIENTOS HIPOTECARIOS ASÍ LO EXIGEN.

Resolución de 14 de Febrero de 1935. (Gaceta de 12 de Marzo.)

El Notario de Alcira D. Claudio Miralles Gaona autorizó escritura por la que una persona «en garantía del capital prestado—10.000 pesetas—y por 3.000 pesetas más para asegurar los intereses no garantizados por la Ley y las costas y gastos en su caso» hipotecaba una finca.

El Registrador de la Propiedad de la misma ciudad, después de inscribir el documento en cuanto a la hipoteca por el principal, suspendió la inscripción «por lo que respecta a la hipoteca constituida para garantía de los intereses y de las costas y gastos, por no fijarse la cantidad que, dentro de la señalada, corresponde a cada uno de estos dos conceptos, intereses, costas y gastos, ni expresarse si en ella van incluidos los intereses asegurados por el artículo 114 de la ley Hipotecaria».

El Presidente de la Audiencia desestimó el recurso interpuesto por el Notario, y la Dirección general confirma el auto apelado con los siguientes fundamentos y la cita de las Resoluciones de 9 de Febrero de 1898 y 19 de Febrero de 1904 :

El principio de especialidad, íntimamente enlazado con todo el mecanismo hipotecario, logró modernamente grandes desenvolvimientos y fué extremadamente cuidado respecto de las hipotecas, en las que es posible distinguir la garantía real, que sujeta *erga omnes*, y sobre todo frente a terceros, una parte del valor de la finca al cumplimiento de las obligaciones contraídas, de los efectos ejecutivos

que el título inscrito pueda producir, para que el acreedor obtenga la plena efectividad de sus derechos.

El conocimiento exacto de la carga real, o sea de la cantidad deducible del precio en la futura subasta por razón de la hipoteca, interesa tanto a los adquirentes de la finca y a los cesionarios del crédito hipotecario como a las personas a favor de las cuales haya de constituirse cualquier derecho real y, en general, a los terceros que se apoyen en el Registro; por cuyo motivo la ley se preocupa, en primer término, de determinar el crédito asegurado en forma que evite ambigüedades, en armonía con los fundamentales motivos del sistema inmobiliario español.

Las obligaciones que garantiza la finca en los préstamos con garantía hipotecaria son de distinta naturaleza, pues mientras la hipoteca que asegura el pago del principal y de los intereses es cierta, la que tiene por objeto garantizar el pago de las costas y gastos, en caso de incumplimiento, depende de un hecho futuro e incierto, y esa diferente naturaleza, la seguridad del tercero y la precisión de los asientos hipotecarios exigen se dé a conocer por medio de datos numéricos la extensión de la garantía por razón de costas, de acuerdo con aquellos fundamentales motivos y para eliminar toda confusión al practicar una liquidación de réditos en la cuenta corriente de finca, que el tercero deba soportar.

En su consecuencia, si es indiscutible el derecho de los interesados a pactar que la hipoteca responda de los intereses de todo el tiempo de duración del contrato, garantizados por la ley en perjuicio de tercero, dos anualidades y la parte vencida de otra, parece necesario que al asegurarse los «no garantizados por la ley», sin precisar el tiempo, al amparo de la libertad de contratación, procedía determinar específicamente la cantidad a que alcanzase tal responsabilidad, que resulta indeterminada al ser reunida con las costas y gastos.

Por último, sin desconocer que los intereses y costas son prestaciones accesorias engendradas por la principal; que la hipoteca, al constituirse por aquellos conceptos, resulta una hipoteca de caución y seguridad hasta el máximo que garantiza, lo cual justifica en cierto modo la práctica por el recurrente aludida; sin hacer gran aprecio de las Resoluciones citadas, que no plantearon realmente el problema discutido, y sin estimar tampoco de ineludible aplicación

los preceptos referentes a las anotaciones preventivas, por ser asientos que por su carácter provisional exigen menor determinación, es de tener muy en cuenta, aparte los modelos oficiales, que la necesidad de aplicar un principio riguroso a las costas, que pudiera deducirse de la misma exposición de motivos de la ley primitiva, aparece con claridad de los párrafos primero y segundo de la regla quinta y primero de la décimoquinta del artículo 131 de la ley Hipotecaria.

* * *

El deseo de dar un paso más en el sistema adoptado por la Exposición de motivos de la ley Hipotecaria y su base de la especialidad de la hipoteca, como oposición a las hipotecas generales y como complemento del de publicidad, es, a nuestro entender, el motivo que ha tenido la Dirección para dictar la doctrina que queda expuesta.

Hasta ahora la práctica constante, lo mismo de los Notarios al redactar las escrituras que de los Registradores al inscribirlas, una cierta confusión gramatical en la frase de la ley «intereses, costas y gastos», que llevaba a unir los tres conceptos confundiéndolos; la no existencia de un precepto legal que de manera clara, rotunda y terminante estableciera la necesidad de que quedasen bien precisadas en la inscripción las responsabilidades de cada finca por cada uno de los varios conceptos de que se las hace responder en contratos como el que examinamos; el hecho de poder atribuirse el carácter de obligaciones con condición suspensiva a las responsabilidades que no lo sean por el concepto de capital; el considerar aplicable en cierto modo a las hipotecas lo que está ordenado para las anotaciones preventivas—asientos que deben contener las mismas circunstancias que las inscripciones—o sea que se manifestara «el importe de lo que por principal, intereses y costas, se trate de asegurar»; el creer que con totalizar dos cantidades se determinaba pecuniariamente el máximo de responsabilidad que el tercero tenía que respetar siempre y aceptar en caso de pretender adquirir, y, sobre todo, el no haberse planteado antes la controversia que ahora se suscitó, han sido, al parecer, las causas determinantes de que hasta el momento se haya entendido por todos que se cumplían las exigencias legales en esta materia de hacer constar en la inscripción

la extensión del derecho que se inscribe y su valor si constare—artículo 9.º, regla 2.ª de la ley Hipotecaria—, señalando, además de la cantidad para principal, una sola cifra para las obligaciones posibles, futuras e inciertas—intereses no asegurados por la Ley y gastos y costas.

Es ahora cuando la Dirección, con vista de un caso en que el Registrador inscribe una escritura de hipoteca en cuanto al principal que grava la finca, y la suspende por lo que atañe a la hipoteca constituida para los intereses, costas y gastos por no separar la cantidad de cada uno de estos conceptos, resuelve que ha de señalarse, al tratar de asegurar intereses no protegidos por la ley, sin precisar el tiempo, la cantidad a que alcance dicha responsabilidad, la que no resulta determinada si se la une con la de gastos y costas. Lo mismo ha de hacerse con la que está llamada al pago de este último concepto. Es innecesario, por quedar arriba copiados, reproducir los fundamentos de la doctrina, tendente, ante todo, a un «canonamiento exacto de la carga real, o sea de la cantidad deducible del precio en la futura subasta por razón de la hipoteca».

Bastante es ya, como dificultad para poder precisar la cuantía de los gravámenes de que una finca haya de responder, la permanencia de los no redimibles, y, como dice el primero de nuestros tratadistas hipotecarios, D. Jerónimo González, en su obra «Principios hipotecarios»—pág. 258—, la falta «en nuestra legislación de un precepto análogo al artículo 882 del Código civil alemán, que permita fijar un *máximum* de responsabilidad en la constitución de los derechos reales no redimibles, para el caso de ejecución forzosa con subrogación en el precio de subasta», para que no se vea con agrado todo lo que tienda a determinar con todo rigor, y con la máxima exactitud, la cantidad o cantidades de que en el momento que interese responde una finca.

No cabe entrar ahora en el examen del acto ejecutado por el Registrador, inscribiendo en parte y suspendiendo en otra, ni de las consecuencias que en orden no doctrinal, sino arancelario, puedan derivarse de la doctrina expuesta, porque estas líneas sólo tienen la finalidad, por lo menos la intención, de sugerir temas a los que con competencia jurídica quieran dedicarse a su estudio.

RECURSO GUBERNATIVO. PERSONALIDAD DEL NOTARIO. LA TIENE ÉSTE PARA INTERPONERLO CUANDO LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SE APOYA EN MOTIVOS QUE, POR HABER SIDO CONOCIDOS Y TENIDOS EN CUENTA, PUDIERAN DAR LUGAR A LA CREENCIA DE QUE DICHO FEDATARIO NO SABÍA APRECIAR EL ALCANCE DE LAS RELACIONES O PARTICULARIDADES JURÍDICAS EN CUESTIÓN.

Resolución de 28 de Febrero de 1935. (Gaceta de 24 de Marzo.)

Al disolverse cierta sociedad conyugal por fallecimiento de la esposa, el viudo y los hijos formalizaron mediante acta autorizada por el Notario de Tafalla, D. Ambrosio Eduardo Cabezudo, las operaciones particionales, olvidándose declarar que quedaba cancelada la hipoteca constituida por el marido en garantía de la dote de su fallecida cónyuge. Fallecido aquél a su vez, sus herederos, uno de ellos por sí y con poder de dos de sus hermanas, otorgaron ante el Notario de Pamplona, D. Benjamín Arnáez Navarro, escritura de protocolización de operaciones testamentarias, subsanando el olvido padecido en las anteriores y pidiendo la cancelación de la referida hipoteca, toda vez que el crédito dotal estaba ya pagado.

A la primera copia de esta segunda escritura puso el Registrador de la Propiedad de Pamplona nota denegatoria por falta de capacidad en el apoderado para consentir en la cancelación por insuficiencia del poder. Interpuso recurso el Notario; alegó el Registrador la falta de personalidad de aquél para dicho acto; recayó auto presidencial de acuerdo con la petición del Registrador, y la Dirección general revoca el auto apelado repitiendo doctrina constante de dicho Centro directivo, en armonía con el artículo 121 del Reglamento hipotecario, y, además, que, «aun sin apreciar los antecedentes que se tuvieron en cuenta para la cancelación de la hipoteca, apoyándose la nota recurrida en la falta de capacidad del mandatario para consentirla, según los poderes insertos en la escritura calificada, es indudable que queda afectado el prestigio profesional del Notario recurrente, aunque no sea más que por la afirmación que hizo de la capacidad de los otorgantes».

* * *

En el recurso que antecede se presentan dos cuestiones: una de

capacidad para cancelar, por no abarcar este extremo el poder en cuya virtud se actúa; otra de personalidad del Notario para recurrir de la calificación del Registrador. Sobre la primera no ha habido controversia, porque aquél en su informe alegó la falta de tal facultad en el Notario, sobre la que la Dirección se pronuncia como queda dicho, confirmando la doctrina de varias Resoluciones, entre otras las de 5 de Mayo de 1930 (Gaceta del 26 de Mayo) y 10 de Enero de 1934 (Gaceta de 17 de Febrero), que pueden consultarse en las páginas 638 del número 69 y 290 del 112, ambos de esta Revista.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad

FE DE ERRATAS.—En el número 122 de esta Revista, correspondiente del mes de Febrero, en esta misma Sección: Página 128, línea 11, la palabra «extinguida» debe leerse «exigida», y en la página 135, línea 31, la palabra «toda» debe leerse «todas».

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas: Glorieta de Bilbao, 6 y Glorieta de Atocha

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas

Capital desembolsado . . . 51.355.500 —

Reservas 67.621.926,17 —

400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo

Este Banco realiza toda clase de operaciones bancarias.—Compra y venta de valores.—Descuento y cobro de cupones y títulos amortizados.—Custodia de valores.—Giros, transferencias, cartas de crédito, órdenes telegráficas sobre todos los países del mundo.—Aceptaciones, domiciliaciones, créditos comerciales simples y documentarios, etc., etc..

TIPOS DE INTERES

I.—Cuentas corrientes.

A la vista 2 por 100 anual.

II.—Operaciones de ahorro.

A) Libretas ordinarias de ahorro de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas 3 1/2 por 100 anual.

B) Imposiciones.

Imposiciones a plazo de tres meses . . . 3 por 100 anual.

Idem a seis meses 3,60 — —

Idem a doce meses o más 4 — —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de correos, núm. 297

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ADVERTENCIA

En el presente número se inicia la publicación de la jurisprudencia correspondiente al año 1935. REVISTA CRÍTICA, fiel a la promesa hecha en Noviembre de 1933 (N.º 107), ha logrado corregir el retraso en la publicación de sentencias, y si éstas no aparecen inmediatamente después de dictadas por la Sala, es debido al tiempo que se necesita para el examen de todas y selección de las más interesantes (la publicación de la totalidad sería prácticamente imposible y en parte innecesaria) aparte del trabajo que supone la ordenación de las notas que siguen a las mismas, con el fin de facilitar a los lectores de la REVISTA un pequeño fichero que les sirva para ampliar su contenido. REVISTA CRÍTICA procurará, no obstante, adelantar en lo posible la publicación de extractos y está a la disposición de los suscriptores para dar más amplias referencias de las notas que, rigurosamente controladas, figuran al final de las sentencias.

10. *Servidumbre de aguas.—El paso por las márgenes del cauce, ¿constituye una servidumbre distinta e independiente de aquélla?*
Sentencia de 12 de Enero de 1935.

Entablada demanda contra una Compañía por varios dueños de diferentes fincas rústicas que se veían privados por obras realizadas por aquélla del riego de sus campos, el Juzgado estimó en parte la demanda declarando que los demandantes tenían derecho al riego

de las tierras, confirmando la Audiencia de Oviedo la sentencia del inferior; interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo:

Considerando que es norma de obligado cumplimiento en materia de casación, que no pueden prevalecer en el recurso de esta naturaleza, aquellas cuestiones que no fueron planteadas y resueltas en trámite de instancia; y apartando para el examen de este recurso aquellos temas que por tener ese carácter de cuestiones nuevas se hallan fuera del ámbito de lo que debe ser materia propia de la casación, queda reducido el problema litigioso en el presente recurso a determinar si se trata de dos servidumbres distintas con vida propia y sustantividad independiente, como son la que regula la Sección segunda del capítulo segundo y libro segundo del Código civil en materia de aguas, y la que sobre servidumbre de paso trata la Sección tercera de los mismos capítulos y libro del expresado Código; o si, por el contrario, el paso por la margen del cauce por donde discurren las aguas es complementario o inherente al disfrute de aquéllas.

Considerando que aparece de la sentencia recurrida que el Tribunal *a quo*, en su facultad privativa de apreciación de las pruebas practicadas en el pleito, estimó que el paso de los beneficiarios en el riego por las márgenes de la acequia es inherente al derecho de aprovechamiento de las aguas, tanto para efectuar en el cauce las limpiezas necesarias, como para accionar las compuertas o tapacúñas con las que se regula y distribuye el agua entre las fincas que tienen derecho a su disfrute; declaración de la Sala sentenciadora que ha de prevalecer mientras no se demuestre que incurrió en error de hecho o de derecho al apreciarlo así, con arreglo a la norma procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento; y si bien constituye esta alegación uno de los motivos del recurso, no puede prevalecer el error de hecho, porque la escritura de adquisición otorgada en Lugo en 1.º de Julio de 1929, que se invoca como documento auténtico demostrativo del evidente error padecido por el Tribunal de instancia al hacer tal apreciación, de ningún modo acredita la existencia de ese supuesto error, y por lo que se refiere al de derecho, a base de la infracción del artículo 1.253 del Código civil, por no haber procedido la Sala sentenciadora en la forma que dicho precepto legal dispone al establecer presunciones, tampoco aparece la debida justificación de este aserto para que pueda ser

apreciado en la forma pretendida por la parte recurrente, y, en su consecuencia, ha de quedar reconocido, como hecho, que el Tribunal *a quo* da por probado que el paso por la margen del cauce que conduce las aguas, es un acto inherente al disfrute de la servidumbre de apropiación de aquéllas, y, por tanto, no constituye, con carácter de independencia, otra servidumbre de paso propiamente llamada así.

En materia de aguas nos remitimos a la bibliografía publicada al final de las sentencias de 9 de Enero de 1932, 6 de Enero de 1933 y 5 de Junio de 1933 (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, págs. 550, 710 y 856). Sobre servidumbres en general, véase «Arno». Las servidumbres rústicas y urbanas. Madrid (sin fecha. La España moderna). «Servitù», en «Il Digesto Italiano», vol. XXI, pág. 1.

II. *Investigación de la paternidad.*—Los preceptos constitucionales no son textos legales concretos sobre los cuales pueda ejercitarse la casación. Sentencia de 29 de Enero de 1935.

La madre de un menor entabló demanda contra tres hermanos, alegando que un hermano de éstos, ya fallecido, era padre del menor, en razón de lo que en su demanda exponía; el Juzgado y la Audiencia desestimaron tal pretensión y el Supremo no admite el recurso:

Considerando que consignada en el artículo 43 de la Constitución de la República española una declaración de principios tan expresiva y terminante como la de investigación de la paternidad, sobre la cual haya de desenvolverse *en su día* la legislación específica aplicable a casos similares al debatido en el recurso de autos, no puede aceptarse de un modo absoluto la doctrina de la Sala de instancia respecto a la improcedencia de esta acción de estado, que no autorizaba el ordenamiento jurídico anterior al precepto constitucional referido, porque latente en dicha norma novísima con categoría de fundamental el derecho a indagar las relaciones de filiación y a obtener por tal causa su reconocimiento ante los Tribunales, queda así constituido virtualmente un supuesto básico y trascendente en expectativa de regulaciones civiles, con cierta influencia sobre las decisiones de jurisprudencia positiva, mientras aqué-

llas no consigan lograr corroboración concreta dentro del cuadro de nuestro derecho privado.

Considerando que por dicha razón no cabe decir hayan sido infringidos el artículo 135 del Código civil en relación con el 43 de la Constitución vigente, toda vez que el primero encierra el contenido de una acción reconocitiva dentro del ámbito estricto y limitado de los dos casos previstos en su letra, cuyo volumen es cuestión de hecho y susceptible, por lo tanto, de discusión, a tenor del caso 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, tema del último motivo; y el segundo precepto supone una decisión dilatoria abstracta, de índole programática, sin directa proyección sobre la especie jurisdiccional en litigio, y no asume, por lo tanto, en méritos del considerando anterior, calidad de texto legal concreto, contra el cual pueda ejercitarse la casación.

Considerando que, limitada la materia propia del recurso en estudio, según su segundo extremo, a combatir el fallo de la Sala sentenciadora que denegó el reconocimiento de la posesión de estado de hijo natural, pretendido por la parte actora, resulta evidente la ineficacia del intento, por no haberse patentizado el error de derecho padecido por el Tribunal *a quo*, frente a actos o documentos auténticos que no fueron esgrimidos en contraste, como tampoco se cita violada la ley de la prueba, ni cabe sustituir el criterio autorizado del juzgador, al apreciar el valor en conjunto de los medios probatorios por el juicio particular del recurrente, según reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo, lo que obliga a desestimar también este motivo de impugnación.

El Supremo, fiel a la laudable orientación en materia de investigación de la paternidad que hemos puesto de manifiesto con motivo de las sentencias de 27 de Abril de 1934 y 15 de Junio de 1934 (REVISTA CRÍTICA, X, págs. 543 y 636), entre otras, insiste en la importancia y trascendencia que para las decisiones de jurisprudencia positiva supone el artículo 43 de la Constitución, orientación que resumíamos al final de la sentencia de 21 de Noviembre de 1934 (XI, pág. 56), diciendo que «los preceptos de la Constitución no constituyen una norma jurídica completa mientras no se dicte la legislación complementaria, pero pueden influir en la legislación suavizando la interpretación de determinados textos». Este criterio

se opone por ahora a mayores avances en materia de investigación de la paternidad, y de paso pone un freno a los impacientes que quisieran ver amparados por el Tribunal Supremo los derechos que inútilmente ha reconocido el Código fundamental. Tenemos noticia de que la Audiencia de Madrid ha de resolver en breve plazo una situación creada al amparo, por una parte, de esas disposiciones de la Constitución, y de otra, por una interpretación dada a la cuestión por nuestro Centro directivo; si la Audiencia y el Supremo, más adelante, dan la razón al Juzgado que no admite la emancipación realizada por una madre, casada segunda vez, una de dos, o la Constitución está en suspenso o la ley que con ella está en desacuerdo es perfectamente constitucional y la Constitución es la que está fuera de ley. De desear sería que los textos legales quedasen perfectamente armonizados y no se diera el caso, hoy frecuente en la práctica, de un menor emancipado por su madre, con perfecta capacidad, según la Constitución, y litigando con su consejo de familia, que, según ésta, ya no tiene razón de existir, viviendo la madre.

12. *Partición practicada por Contadores partidores, nombrados por el testador sin prórroga de plazo para efectuar su cometido y después de transcurrido un año del fallecimiento. ¿Es válida y eficaz la prórroga concedida judicialmente? Citación para el inventario hecha «por carta». Sentencia de 23 de Enero de 1935.*

Fallecido don I. con testamento ológrafo, luego modificado y todo debidamente protocolizado, practicaron los Contadores nombrados las operaciones divisorias, que fueron impugnadas por algunos herederos, por haberse realizado sin su citación, por prescindirse de los albaceas, como tenía ordenado el testador, por estar hechas fuera de plazo y por otros motivos. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda y el Supremo no admite el recurso.

Considerando que aunque la alegación hecha por los recurrentes en el segundo y principal motivo del recurso de que el fallo impugnado viola el artículo 4.º del Código civil, envuelve al parecer una petición de principio, puesto que, contra lo que ellos sostienen presuponiendo la existencia de errores de hecho y de derecho en la sentencia recurrida, afirma en ella el Tribunal *a quo* que la partición

combatida no adoleció de las infracciones jurídicas que anotan, por lo que el precepto del artículo 4.º del Código civil era inatinerente en el caso de autos como el citado motivo del recurso, al par que en el número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, fundándose en el séptimo, habrá de examinarse si el Tribunal sentenciador incidió al apreciar la prueba practicada en el pleito en los indicados errores que los recurrentes le atribuyen en los cuatro apartados en que se desgrana el motivo.

Considerando que no procede estimarle respecto del supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba que aducen por haber declarado la Sala sentenciadora que para la formación del inventario de los bienes relictos por don I. se hizo por los Contadores la citación prevenida en el artículo 1.057 del Código civil, por cuanto, aparte la dificultad intrínseca de demostrar la negación que a ello oponen los recurrentes, señalan éstos a tal efecto como documento auténtico la escritura de partición de los bienes del causante; pero, además, de que necesariamente tuvo que tomarla en cuenta con las demás probanzas el Tribunal de instancia, para afirmar, como lo hace, la concurrencia de aquella citación que los recurrentes contradicen, el supuesto cuarto de la escritura de partición que ellos invocan, se refiere a la citación para formar el inventario y en él consignan expresamente los Contadores que tan pronto como recibieron determinados resguardos de valores *citaron por carta* para que concurrieran a la ciudad de León a formar el inventario y avalúo de todos los bienes que constituían la herencia, a la viuda, a los herederos y albaceas, no pudiendo hacerlo al que de estos últimos había fallecido, y como estas explícitas aseveraciones de la escritura de partición desvirtúan la pretendida demostración contraria que al documento atribuyen los recurrentes, claro es que nunca podría fundarse en este particular la estimación del motivo segundo del recurso, así como tampoco en la supuesta falta de asistencia de los albaceas al inventario y valoración de los bienes, en que también pretenden los recurrentes apoyar dicho motivo en el apartado B) del mismo, puesto que reconociendo aquéllos que los Contadores no necesitan en general la concurrencia de los albaceas para la práctica de la partición, pretenden basar el mencionado vicio que a la misma imputan, en que, cuando el testador así lo ordena, es absolutamente necesaria la asistencia a aquélla de los albaceas; mas como lo que el testador

dijo en la cláusula décimonovena de su testamento que en el apuntamiento consta fué que «concedía *in solidum* a los Contadores partidores que nombraba las más amplias facultades que en derecho procedieran, a fin de que, ocurrido el fallecimiento y asistidos de sus albaceas, inventariasen y avaluasen todos sus bienes», etc., y de las anteriores frases no es posible deducir en buena lógica que el testador impusiera a aquéllos el concurso imprescindible de éstos para realizar dichas operaciones según opinan los recurrentes, pues antes bien, la imprecisa forma de expresión del testador acerca de dicha asistencia revela que sólo puede tomarse en el sentido de que los albaceas facilitasen, favorecieran o prestaran accidental ayuda a los Contadores partidores en el desempeño de su misión, cual lo confirma el que el testador para nada aludió al incumplimiento por los albaceas de aquella obligación que presumen los recurrentes, ni previno su sanción, claro es que la improcedencia del motivo segundo en el aspecto indicado es manifiesta.

Considerando que otros de los vicios que a la partición achacan los recurrentes como tercer puntal en que intentan apoyar la procedencia del motivo segundo del recurso es el de que fué hecha aquella después de transcurrido con exceso, el plazo de un año que fija el artículo 904 del Código civil para el caso de que el testador no hubiere señalado plazo ninguno, como ocurrió con el causante de la sucesión de que se trata, por entender los recurrentes que la inaplicación del artículo 905 del citado Código al caso aquí debatido no era ni siquiera dudosa, pero siendo hechos ciertos; que según consignaron en el supuesto octavo de la partición los Contadores partidores, obtuvieron las dos prórrogas judiciales que expresan para cumplir su cometido, según se reconoce en el recurso; que en el apuntamiento consta la oportuna referencia a ello; que en los autos del pleito traídos para mejor proveer se comprueba que fallecido don I. el 20 de Agosto de 1921, por auto del Juzgado de León de 12 de Junio de 1922 obtuvieron la prórroga de dos años que habían solicitado; que por providencia del mismo Juzgado en 24 de Mayo de 1924 se les concedió otra de un año, y que con fecha 28 de Marzo de 1924, por nadie impugnada, firmaron y suscribieron en León los Contadores partidores el cuaderno particional con las cuentas, liquidación y adjudicación de la herencia que fué protocolizado por escritura pública de 4 de Febrero de 1925 en dicha ciudad, puesto que

al no fijar don I. en el caso de autos un término para el albaceazgo nada pudo expresar en cuanto a su prórroga ni entenderse, por tanto, ampliado por un año, conforme al párrafo primero del artículo 905 del Código civil, el plazo prescrito en el 904, si el párrafo segundo de aquel artículo enseña que aun habiendo existido la prórroga a que se refiere el primero, cuando transcurrida ésta sin haberse cumplido todavía la voluntad del testador, podrá el Juez conceder otra prórroga por el tiempo que fuese necesario, atendidas las circunstancias del caso, lógico ha de ser que cuando no existió tal prórroga y el plazo del artículo 904 del Código civil con que cuentan los albaceas por ministerio de la ley para cumplir su encargo esté próximo a agotarse sin haber podido realizarse, con mayor razón deba otorgarles el Juez, conforme al párrafo segundo del artículo 905 del mismo cuerpo legal la prórroga que soliciten, si se dan las condiciones que este último precepto exige, como en el caso de autos, por tratarse de una cuantiosa testamentaria con bienes existentes en España, y en París, y en Londres, y no haber expresamente prohibido en su testamento el causante de la herencia la prórroga del término establecido por la ley, estimó el Juez de primera instancia de León; y evidenciando lo expuesto que la sentencia recurrida no hizo la indebida aplicación que los recurrentes suponen del repetido artículo 905 del Código civil, claro es que tampoco puede servir de base para la estimación del motivo segundo del recurso la pretendida infracción de dicho precepto que bajo la letra C) alegaron los recurrentes.

Considerando que dentro siempre del motivo segundo del recurso señalan aún los recurrentes con la letra D), en concepto de otro supuesto vicio de nulidad que imputan a la consabida partición, el de que los Contadores partidores adjudicaron puramente a la viuda del causante el usufructo sobre el remanente de la herencia después de cubiertos su cuota viudal y los legados, infringiendo así la cláusula décimocuarta del testamento causante que daba carácter condicional a aquella institución, aun cuando los razonamientos que los partidores expresan en el supuesto décimocuarto de la partición para justificar la innecesaria diferenciación, a su juicio, entre los valores y sus resguardos relativos al usufructo de la cuota viudal y al voluntario, envolvieran una equivocada interpretación de la citada cláusula catorce del testamento, ello no podría producir el

efecto anulatorio de la partición que los recurrentes persiguen en el motivo segundo del recurso, puesto que en la ley de la sucesión que es el testamento del causante no se establece por él tan gravísima sanción ni aun para el caso en que los Contadores partidores culposamente contradijeran la repetida cláusula décimocuarta, no siendo, por lo tanto, posible estimar tampoco en este punto el citado motivo del recurso, y mucho menos cuando por constar transcrita la citada cláusula décimocuarta del testamento en la partición, al inscribir ésta en el Registro de la Propiedad correspondiente quedaría en él de manifiesto aquélla.

Considerando que por referirse el motivo tercero del recurso hallado en el número primero del artículo 1.692 a la rendición de cuentas por los Contadores, restitución de cantidades indebidamente pagadas y recibidas y entrega de títulos y documentos, libros y papeles del causante, con violación de los artículos 907, 1.718, 1.720 y 1.726 del Código civil, adviértese, desde luego, que en tanto podría prosperar el indicado motivo en cuanto estimado el que le antecede se declarase en su consecuencia la nulidad de la partición de que se trata; pero no estimándose el motivo segundo del recurso y subsistiendo la partición, claro es que como en ella formularon sus cuentas los Contadores partidores y realizaron todo lo necesario para dejar cumplido el encargo que del testador recibieron, dando la herencia y adjudicando los bienes según el testamento, con entrega de los respectivos títulos y demás documentos a los partícipes, no ha podido existir en la sentencia combatida la violación de los artículos del Código civil que citan los recurrentes y es improcedente el motivo tercero del recurso.

Sobre albaceazgo y acerca de la imprecisión que reina en materia de la distinción que existe entre los cargos de la ejecución testamentaria, véanse las sentencias de 18 de Mayo de 1933, que declara innecesario el juicio de testamentaria habiendo Contadores; la de 4 de Octubre del mismo año, que establece que la partición constituye el medio más adecuado que el Albacea tiene de dar cuenta del encargo conferido por el testador; la de 30 de Octubre del mismo año, que estima innecesaria la citación para el inventario si todos los herederos son mayores, y la de 10 de Enero de 1934 sobre partición hecha por Comisario (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, págs. 631,

942 y 941, y tomo X, pág. 224). Con relación al plazo de actuación, véase Charrin: «*Término del Albaceazgo*», «*Revista General de Legislación*», tomo LXXXIX, página 431.

Resuelve algunas cuestiones relacionadas con la citación para el inventario, la consulta publicada en «Revista General de Legislación» (tomo CXXXVII, pág. 556), que opina debe ser citado el tutor en nombre de unos menores. La Dirección general de los Registros ha hecho constar en repetidas ocasiones su opinión en materia de citación para el inventario, exigiendo en Resolución de 18 de Agosto de 1909 que la citación se haga en forma «fehaciente» (la fehacienda de las cartas, como no sean enviadas notarialmente, no se nos alcanza), aunque en alguna otra Resolución, como en la de 30 de Abril de 1917, se muestra del todo liberal y le basta la afirmación del Comisario de que «citó para el inventario», sin más, e insiste en este criterio de liberalidad en la de 6 de Marzo de 1923, con motivo de la afirmación, hecha también por un Comisario, de que había citado al defensor judicial.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de derechos reales

XVII

Suspensión de pagos. Compraventa de muebles e inmuebles. 1.º Si en una suspensión de un comerciante se anuncia una subasta de sus bienes, que se declara desierta, y se adjudican particularmente el arriendo de un inmueble y el negocio total del suspenso, no procede tener por hecha la adjudicación en la subasta, por no haber acta que lo pruebe y no coincidir las declaraciones en los datos esenciales. 2.º El arriendo que sólo consta en cartas de comerciantes, no está sujeto al impuesto, por ser preciso documento público. 3.º Está sujeta y no exenta la compra de todo el negocio mercantil del suspenso, aunque se haya hecho el contrato por correspondencia. 4.º Si el comerciante entregó ésta, base de la liquidación, la multa sólo es del 50 por 100.

Caso.—Un comerciante se declara en suspensión de pagos, y, en consecuencia, se aprueba un convenio por el que se establece que sus bienes serán administrados por una Comisión, firmando aquél los documentos precisos, y que, si no hay unanimidad, las ventas se efectuarán en subasta extrajudicial; se anunció en los periódicos la del comercio de tejidos del suspenso y la del edificio en que se hallaba, admitiéndose proposiciones en pliegos cerrados, reservándose la Comisión el rechazarlos todos; según un libro de apuntes, se rechazaron, en efecto, todos, acordándose dirigirse particularmente a cada proponente para ver si mejoraba sus proposiciones, prometiendo uno de los proponentes hacerlo, recibiendo el

local en arriendo y comprando el lote de mercaderías, entendiéndose directamente con el Presidente de la Comisión; en el libro de actas de la Comisión liquidadora falta esta última parte, por estar arrancado un folio, y así consta de acta notarial que por orden judicial, a instancia del liquidador, se ha levantado; mediante cartas del Presidente de la Comisión y del comerciante X, aceptó aquél la proposición de éste, hecha también por carta, de adquirir el lote de mercancías que integran el lote del suspenso en 173.666 pesetas, y arrendar el local en que está arrendado el comercio en 300 pesetas mensuales; el comerciante X publicó un anuncio según el que era adjudicatario del comercio de tejidos y procedía a la liquidación de las existencias.

La Oficina liquidadora, noticiosa de que se había hecho la adjudicación aludida, requirió al adjudicatario para que presentase los documentos precisos para la liquidación, y él presentó las cartas cruzadas con el Presidente de la Comisión liquidadora, y la Oficina liquidadora, no estimando que coincidiesen esas cartas con las actas de subasta, recibió declaración de testigos, uno de los cuales solamente afirmó que la liquidación se efectuó; dos, coincidieron en el precio del inmueble y discreparon en el del género, sin que ninguno afirmarse se hubiera firmado acta de subasta o documento de adjudicación, y uno de los que intervinieron en la Comisión afirmó que se hizo la adjudicación a X, pero sin decir que el adjudicatario firmase documento alguno.

El liquidador, con estos datos, giró dos liquidaciones a X: una de compra de inmuebles, al 5 por 100, y otra de muebles, al 2,50 por 100 con multa y demora. X recurrió alegando que no hubo adjudicación en la subasta, por haberse rechazado las proposiciones, y que el arriendo del local y la compra de las mercancías se hizo por correspondencia, y, por lo tanto, es improcedente la liquidación del inmueble, porque no se efectuó su compra y la de las mercancías por estar exentos.

El Tribunal Central fija esta doctrina:

En el expediente se ha incluido como prueba una certificación del acta de la subasta (acta que desapareció después del libro, y según la que no se hizo adjudicación alguna) y declaración de dos testigos, que dicen lo contrario; aun cuando se concediera mayor valor probatorio a estas declaraciones que a dicha certificación, es

lo cierto que ninguno de ellos ha declarado que haya firmado documento alguno en que conste la adjudicación, no ya por el dueño —único que podía hacerlo, según el convenio de suspensión—, pero ni aun por la Comisión liquidadora de la suspensión; aun dando por supuesta la adjudicación, y aun prescindiendo que los testigos hubiesen declarado coincidentemente el precio de la compra de los muebles, no sería posible girar la liquidación, porque el artículo sexto, número quinto de la ley del Impuesto, exceptúa los contratos verbales mientras no se lleven a documento público. Lo único que aparece como base para girar el impuesto son las cartas entre el Presidente y X, en las que hay la coincidencia de la oferta y de la aceptación, por escrito, de arrendar el local y de comprar los géneros que en él existían. El arriendo del local no es acto sujeto al impuesto, según el artículo 2.º, número 14 del Reglamento del impuesto, por no aparecer que se otorgase mediante documento público. Y en cuanto a los muebles no procede aplicar la exención del número octavo del artículo 3.º de dicha ley del Impuesto, pues no fué un simple lote de mercancías lo vendido, sino la totalidad del negocio o comercio del suspenso lo enajenado, sin retirarlo del local en que se hallaba instalado y en que el nuevo dueño continuó la explotación de ese negocio, como lo prueban los anuncios cuya autenticidad no se ha impugnado. La multa no puede ser más que el 50 por 100, pues X aportó las cartas en que se funda la liquidación, y así procede conforme al artículo 214 del Reglamento. Se anula, por ello, la liquidación del inmueble y se mantiene la de muebles con el 50 por 100 de multa.

XVIII

Herencias. Rebaja de créditos. 1.º No procede deducir de la herencia un crédito del causante contra tercero, aunque por los herederos se haga constar que es incobrable mediante escritura pública, si no se han acompañado las diligencias judiciales por las que se demuestre que no se ha podido cobrar. 2.º Instituida la viuda heredera usufructuaria y nudopropietarios los sobrinos que sobrevivan a ésta, debe aplicarse la liquidación de la nuda propiedad hasta que se cumpla la condición, por ser indetermina-

dos los herederos, salvo en cuanto al impuesto sobre el caudal relicto.

Atendiendo a las condiciones de efectividad del crédito origen de las liquidaciones impugnadas, no es procedente su exclusión del caudal hereditario para la liquidación del impuesto por la única razón de no ser cobrable, aunque tal manifestación se hace en escritura pública, ya que según el artículo 55, párrafo 4.º del Reglamento del impuesto de 16 de Julio de 1932 no se consideran incobrables los créditos no obstante lo que declaren los interesados si no se acredita documentalmente que las gestiones judiciales para el cobro han resultado ineficaces.

Tampoco puede admitirse la baja del crédito personal referido, fundada en la no aceptación de la herencia por los herederos, pues según éstos fué otorgada anteriormente la escritura de partición de los bienes del causante, comprensiva de otras fincas, lo que implica la previa aceptación de la herencia respecto de esos bienes y de los que posteriormente apareciesen, conforme al artículo 990 del Código civil, que dispone no se puede aceptar la herencia a plazo ni condicionalmente. No obstante, a tenor del artículo 20 del Reglamento de 29 de Julio de 1924 deben examinarse las demás cuestiones del expediente. En la cláusula de institución de herederos del testamento se dispone que a la muerte de la viuda, heredera usufructuaria, adquieren los bienes por partes iguales cinco sobrinos o los que sobrevivan a aquélla; y por ello es indudable que hasta que ocurra el fallecimiento de la heredera usufructuaria no puede conocerse quiénes serán los sobrinos del causante que hayan de adquirir los bienes, pudiendo suceder que ninguno llegue a heredar; de donde se deduce que la transmisión de la nuda propiedad a favor de las sobrinas se halla suspendida de derecho por el incumplimiento de una condición, y conforme al artículo 57 del Reglamento del impuesto, debe aplazarse la liquidación hasta que se cumpla la condición y pueda determinarse de un modo cierto quiénes sean los adquirentes de la nuda propiedad; por lo cual, en la actualidad, deben girarse únicamente las liquidaciones de la cónyuge viuda por gananciales, cuota viudal y herencia de cónyuges, y la del caudal relicto por determinar el artículo 254 del Reglamento que la condición suspensiva sólo es causa del aplazamiento

de esta última liquidación del caudal relicto, si de la condición depende el fijar que parte o todos los bienes están exentos por tratarse de herencia a favor de los padres descendientes, establecimientos de beneficencia o institución (o de cónyuge viudo si la herencia se causa después de la Ley de 11 de Mayo de 1932 y no en las anteriores a esa fecha). (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Octubre de 1934.) 149 de 1934.

XIX

El contrato por el cual un Centro oficial adquiere directamente del vendedor determinados elementos mediante vales y pagándoles por libramiento, no haciéndose constar aquél en documento público ni privado, no está sujeto al impuesto.

El contrato en cuestión se efectuó mediante vales de pedidos del Centro a la casa vendedora, que a fin de mes se hacían efectivos por libramientos a favor de esta última; esta adquisición se ajustó a estas normas: del estudio de los almacenes del Centro se deducía cuál era el material más conveniente; el fichero de compras proporcionaba los datos más convenientes acerca de proveedores, precios y calidades: el Capitán y el Teniente, con los Oficiales de compras, examinaban los materiales en los almacenes de los proveedores en que se pensaba hacer la adquisición, se discutían los precios, reduciéndoles al mínimo, y se imponía a los proveedores el 2 por 100 de descuento de pronto pago; la Junta de compra del Centro aprobaba la propuesta del Jefe de detall; y *verbalmente*, sin pliego de bases concertado, y sin contrato escrito alguno, se hacía el pedido a los proveedores designados, entregándoles el vale provisional que se usa en el Centro, recogiendo los materiales en las casas proveedoras y transportándolos a los almacenes del Centro en camiones y personal del mismo.

La adquisición por ello es una compra directa y verbal al pie del mostrador, haciéndose descuento de pronto pago, y si no se hace el pago al pie de caja es por causas independientes de la voluntad del centro. Según se infiere de los trámites relacionados, el contrato no se hizo constar en documento público ni privado ni hubo

aceptación y oferta por escrito, y la calificación que le corresponde es la de compra de mercancías en forma verbal y en establecimiento público de venta, por tener el vendedor establecimiento abierto al público para tales ventas; el artículo 3.º, número 5.º del Reglamento del impuesto exceptúa del mismo los contratos verbales mientras no se eleven a escritura pública y el número 8.º los verbales que se celebren en los establecimientos mercantiles públicos de venta; todas las diligencias y trámites de la Administración del Estado hasta la adquisición del pago del material y pago del precio son requisitos que la propia Administración ha de observar en sus contratos con los particulares y en ellos no interviene el particular hasta que expresa su consentimiento verbal o escrito, y, por lo tanto, tales diligencias no pueden estimarse como el contrato mismo ni deducirse de ellas que éste consista en documento escrito. (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Octubre de 1934.) 52 de 1934.

XX

Beneficencia. La institución de herencia a favor de los establecimientos de un país extranjero, facultando al albacea para que la distribuya y la reparta sin especificar el testador los establecimientos beneficiados concretamente, debe liquidarse en concepto de extraño, por no tener parentesco el albacea, verdadero heredero, con el testador.

De los números 8 y 9 de la tarifa del impuesto, referentes, respectivamente, a los conceptos de Beneficencia e Instrucción pública o privada y particular, se dispone que cuando las transmisiones tengan lugar por herencia se aplicará el tipo que según su cuantía corresponda de los señalados en el número 29 de la tarifa; y a continuación añade que cuando las transmisiones tengan lugar a favor de personas, Asociaciones o Sociedades y no a favor de los establecimientos mismos de Beneficencia o Instrucción a que se refiere este número, se aplicará el concepto de esta tarifa, según el de adquisición que corresponda.

En el testamento del causante se instituye herederos en general a las casas o instituciones de Beneficencia de la República de X,

dejando como albacea al señor Z en libertad para que lo cumpla y distribuya la herencia y la reparta; de donde se deduce que ninguna casa concreta o institución de las genéricamente señaladas puede recabar un derecho o participación concreta en la herencia; y no habiéndose demostrado la adscripción de los bienes a los fines benéficos a que se refiere el número 7.º del artículo 28 del Reglamento, procede entender hecha la transmisión al albacea y aplicarle el número de la tarifa referente a extraños, pues ningún pariente tiene con el causante. El establecimiento de Beneficencia de nación extranjera no puede gozar en España de la consideración legal de establecimiento benéfico, pues tal concepto sólo es para los españoles sometidos al protectorado del Gobierno español, según el Real decreto de 14 de Marzo de 1899; el Tratado de 28 de Diciembre de 1836 de paz y amistad de España y X, que alega el recurrente no contiene excepción a las normas generales citadas; antes bien, somete a los naturales de X a los mismos tributos que a los españoles. (Acuerdo del Tribunal Central de 17 de Abril de 1934.) 54 de 1934.

XXI

La adquisición directa en un comercio o casa de maquinaria de materiales para un centro del Estado mediante vales y sin que medie contrato escrito está exenta del impuesto.

Caso idéntico al anterior, con iguales fundamentos. (Acuerdo del Tribunal Central de 8 de Octubre de 1934; 56 de 1934.) (Otro caso igual en acuerdo de 13 de Octubre de 1934; número 62 de 1934.)

XXII

Nulidad. La cuestión de personalidad es eminentemente jurídica y no cabe, decidida por el Tribunal Central, que éste conozca de recurso de nulidad referente a la misma.

Desestimada, en parte, una denuncia por el Tribunal Provincial, acudió el denunciante al Central que, a su vez, en 16 de Enero

de 1934, desestimó el recurso por la falta de personalidad del recurrente denunciante. De nuevo acudió éste al Central entablando recurso de nulidad, que también es rechazado por aquél.

Según el artículo 105 del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924 las resoluciones firmes no pueden ser revocadas en vía administrativa ni modificadas de oficio ni a instancia de parte, cualquiera que sea la causa que para ello se alegue, excepto en los casos que el mismo enuncia, que son: a) Haberse dictado una resolución con manifiesto error de hecho que afecte a la cuestión de fondo; b) Que después de la resolución se recobren documentos con valor y eficacia bastantes para que la reclamación hubiese sido resuelta en sentido contrario o diferente al del fallo recaído; c) Acuerdos dictados en virtud de documentos declarados falsos o bien en virtud de prueba testifical, hecha por testigos que hubieran sido declarados por falso testimonio; o d) Por cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, con las circunstancias que en cada uno de esos casos señala ese precepto. El acuerdo del Central de 16 de Enero de 1934 se limitó a rechazar el recurso por falta de personalidad del recurrente, cuestión de exclusiva interpretación jurídica y en la que no cabe, por tanto, incurrir en error de hecho, y sobre ella no puede tener eficacia un documento de arrendamiento de bienes referente al fondo del asunto, que no fué lo tratado y resuelto en dicho acuerdo.

Los demás casos del artículo 105 citado son de evidente inaplicación al punto debatido, y no hay base para el recurso de nulidad. (Acuerdo del Tribunal Central de 8 de Mayo de 1934.) 59 de 1934.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

BIBLIOGRAFIA

REFLEXIONES SOBRE LAS LEYES DE INDIAS (*)

Para contribuir con su personal aportación al desenvolvimiento del tema que con fines de investigación científica ha discutido la Academia de Ciencias Morales y Políticas, el Jefe del Estado, don Niceto Alcalá-Zamora, acaba de publicar, en un folleto de 94 pá-

(*) Recordaremos a nuestros lectores que por Real Cédula de Carlos II, fechada en 18 de Mayo de 1660, se mandó guardar las leyes dadas para la buena gobernación y administración del Consejo de Indias, Casa de Contratación de Sevilla, Indias Orientales y Occidentales, Islas y Tierra firme del mar Océano, Norte y Sur y sus viajes, Armadas y Navíos. En la misma Cédula se hace a modo de historia una indicación de los despachos dados a diferentes Virreyes para que coleccionasen las disposiciones y mandatos, de cómo Felipe II ordenó que continuasen los trabajos en España de la formación de un cuerpo parcial relativo al Consejo de Indias (24 de Septiembre de 1561), de la publicación de cuatro tomos por Diego de Encinas (1596) y de *haber corrido un libro* con el título de Sumarios de la Recopilación general de las leyes (1628).

El cuerpo legal, aprobado con el nombre de «Recopilación de las leyes de Indias», consta de nueve libros: el 1.º, dividido en 24 títulos, comprende las materias relativas a la Santa Fe Católica, Iglesias, Monasterios, Hospitales, Cofradías, Patronazgo Real, Arzobispos, Visitadores, Concilios, Bulas, Jueces eclesiásticos, Dignidades, Clérigos, Religiosos, Diezmos, Mesada eclesiástica, Sepultureros, Inquisición, Santa Cruzada, Cuestores y limosneros, Universidades, Colegios, Seminarios y Libros; el 2.º, con 34 títulos, se refiere a las leyes, Consejo Real de las Indias, Audiencias, Chancillerías Reales, Juzgados de Provincias, Juzgado de bienes de difuntos, informaciones y pareceres de servicio, visitadores generales y particulares; el 3.º, en 16 títulos, trata de la jurisdicción, oficios, virreyes, presidentes y gobernadores de la guerra, armas, fábricas, castillos, capitanes, soldados, corsarios, piratas, informes de servicios, precedencias, ceremonias, cortesías y de los correos en general; el 4.º tiene 26 títulos dedicados a los descubrimientos, pacificaciones y poblaciones, ciudades, villas,

ginas, un originalísimo estudio sobre las leyes de Indias, materia que, con justicia, estima vale el esfuerzo de considerar sin prejuicios por haber servido de fundamento y base para la organización del más vasto imperio colonial de ayer y ser hoy, todavía, elemento delineante de la civilización que ha conseguido sobrevivirla.

Como medio para llevar a la práctica tarea tan hondamente patriótica, el autor, cuyos vastos conocimientos jurídicos son de sobra conocidos, se ha propuesto, y lo logra ciertamente, exponer el pensamiento rector y las directrices seguidas por los legisladores del Siglo de Oro hispánico, en la inmortal y magna empresa del ordenamiento jurídico ultramarino que, con visión totalitaria y sintética, se abarca y expone en este trabajo.

cabildos y consejos, procuradores de población, venta, composición y reparto de tierras, propios, pósitos, alhóndigas, sisas, derramas y contribuciones, obras públicas, comercio, minas, monedas y metales, pesquerías, perlas y piedras preciosas; el 5.º trata en 15 títulos de gobernaciones, gobernadores y alcaldes, médicos, alguaciles mayores, escribanos, pleitos y sentencias, renunciaciones, apelaciones y suplicaciones, entregas y ejecuciones, y de las residencias y jueces que las han de tomar; el 6.º dedica 19 títulos a los Indios, reducciones y pueblos, cajas de censos y bienes de comunidad, tributos y tasas, protectores, caciques, encomiendas, del buen tratamiento de los Indios, servicio personal, hacras, viñas, olivares y sangleyes; el 7.º contiene 8 títulos referentes a pesquidores y jueces de comunión, juegos y jugadores, casados ausentes de sus mujeres, vagabundos, mulatos, negros, cárceles, delitos y penas; el 8.º desenvuelve en 30 títulos la contaduría de cuentas, tribunales de hacienda, administración, tributos y quintos reales, minas, tesoros, alcabalas, aduanas, derecho de esclavos y venta y renuncia de oficios, estancos, almonedas, salarios y libranzas, y, en fin, el 9.º consagra 46 títulos a la Real Audiencia y Casa de Contratación que reside en Sevilla, Juez oficial que reside en la Ciudad de Cádiz, despacho de flotas, prior, cónsules y universidad de cargadores, compradores de plata, general, almirantes y gobernadores de flota, veedor, contador, cosmógrafos, pasajeros y licencias, extranjeros que pasan a Indias, registro, carga y descarga, visitas, navegaciones y viajes, navíos de aviso, navíos arribados, derrotados y perdidos, seguros y riesgos, jueces oficiales, de registro, comercio y navegación de las Islas Canarias, navegación y comercio de las Islas de Barlovento, Puertos, armadas del mar del Sur, navegación y comercio de Filipinas, consulados de Lima y de Méjico.

En el pasado siglo se publicaron dos ediciones (además de otras cuatro anteriores), la quinta Boix, Madrid 1841, y la última por la Biblioteca judicial, Madrid 1889-90; y como extractos merecen especial mención el añadido al *Febrero* por Aguirre y Montalbán (Madrid, 1846), y el artículo que dedica al asunto el señor Sánchez Román en el tomo I de sus conocidos estudios.

La formación histórica dentro de los diferentes territorios, y el crecimiento espontáneo y progresivo de la legislación, sirven en el capítulo I para poner de relieve que la unidad de propósito y la continuidad de traza son las características más destacadas de las leyes de Indias, lo mismo en la época de los Reyes Católicos que en los posteriores períodos de los Austrias y Borbones.

Se analizan en el capítulo II los elementos, ordenación y contenido de un derecho que, teniendo como principales fuentes el indígena y el de Castilla, que allí prepondera sobre los demás de la Península, tanto por consecuencia de una política unificadora como por la fuerte personalidad adquirida, en definitiva, y por el afán de proteger a los indios, cristaliza en una legislación eminentemente tutelar y humanitaria.

El capítulo III, uno de los más logrados de todo el trabajo, resume, en síntesis sustanciosa, el sistema colonial de gobierno, en el que, a impulsos del absolutismo naciente en España, pierde el poder de las Cortes tanto como gana en importancia el papel del Consejo de Indias, pero en el que igualmente se advierten un esbozo de división de funciones entre las de gobierno, asignadas a Virreyes y Presidentes, y las de guerra, que competen a los Capitanes Generales: y una yuxtaposición de jerarquías, de naturaleza casi feudal, que tienen por instituciones respectivas el cacicazgo indígena y la encomienda colonial.

Se ocupa el capítulo IV de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, de la enseñanza y del fuero eclesiástico, y al analizarlas, con razón, se hace notar que en el criterio ordenador de aquellas relaciones se encuentra ya en los siglos XVI y XVII, de un modo implícito, aquel deseo de tener en la práctica la Iglesia libre dentro del Estado libre, que había de ser el regulador de tendencias políticas del siglo XIX en el viejo Continente.

El capítulo V expone y razona cómo la atracción moral y la igualdad jurídica, respecto de los indígenas, fué el propósito capital que persiguieron las leyes de Indias, y sin pasar por alto la existencia de abusos, siempre condenados, y aun de ciertas vacilaciones y transigencias en materia de esclavitud, evidencia magistralmente cómo aquella directriz no se abandona ni un solo momento en nuestro imperio de Ultramar.

En el capítulo VI los comentarios sugeridos por las leyes de In-

días se enderezan más especialmente a la consideración de los grandes avances que, gracias a ellas, se consiguen en lo social y en lo político. El derecho de guerra, el de conquista y hasta la evangelización, se condicionan y limitan; se decreta la inviolabilidad de la correspondencia, verdadero anticipo de cultura política sobre la de la época; se establece la jornada de ocho horas para los trabajadores; la asistencia social aparece contenida entre los preceptos del ordenamiento jurídico colonial con el carácter de preocupación y mandato, así como la libertad del trabajo, y, en fin, hasta cuando se cometen errores, como el de implantar en América los oficios enajenados, se invoca, para justificarlos, la dura ley de la necesidad.

Estudia el capítulo VII el Derecho procesal y las causas a que obedeciera su extraordinario desarrollo en las Indias; explica la minuciosidad con que se regulan las competencias entre distintas jurisdicciones y las recusaciones e incompatibilidades, y concluye con la instauración del típico juicio de residencia, que sirve a la vez de investigación oportuna de conductas pretéritas y de ejemplaridad para las venideras.

Dentro de la legislación que los monarcas españoles dictaron para su imperio de Ultramar, aparece la que se contrae a lo administrativo-fiscal y lo mercantil con volumen en extremo considerable, y de la extraña mezcla de preceptos referentes a esos tres órdenes brota, según hace ver el capítulo VIII, un esbozo de economía dirigida y de monopolio comercial, en que entra más la inexcusable precisión de defenderse contra los corsarios que los imperativos de la codicia, como lo evidencia la legislación minera, que, apartándose del principio de derecho castellano que sustraía esta riqueza a la propiedad privada, permite descubrir y beneficiar las minas a todos los españoles e indígenas.

Y para que en el cuadro que en la obra se traza no falte tampoco la nota del ambiente en que la vida y el derecho colonial se desarrollaban, el capítulo IX describe sumariamente el ceremonial y las preocupaciones que en los preceptos legislativos se consagran y exteriorizan.

De extraordinario interés para nuestros lectores, dada su condición de especialistas, ha de ser, sin duda alguna, el juicio sintético con que el señor Alcalá-Zamora pone digno remate a su tarea en

el X y último de los capítulos. Se ocupa en él del lugar preeminente que cabe en la historia del Derecho patrio a este original monumento legislativo, del cual «es uno de sus principales méritos encerrar el alma duradera y casi inmortal de un Código en el cuerpo reformado de una compilación», si inferior en el método a las Partidas, muy superior a ellas por la originalidad del espíritu, que, al alumbrar preceptos que «nacen con vitalidad asegurada y llegan a ser longevos», no admite posible comparación con las, por decedentes, caducas recopilaciones de las leyes metropolitanas.

Las exageradas y severas censuras que ciertos críticos contemporáneos hacen de las leyes de Indias obedecen, a juicio del autor, las más de las veces, al olvido de la obligada distinción entre precepto y cumplimiento, y a que pierden de vista que, habiendo sido la misión de ellas no conservar, sino crear, el hecho de que haya prevalecido después del hundimiento de un imperio la unidad de cultura que engendraran, es la prueba más convincente de que acertaron a llenar plenamente su principal objetivo.

En esta última parte del trabajo que comentamos puede decirse que se resume y compendia la utilidad que, lo mismo en la esfera del Derecho que en la de la Cultura en general, puede reportar. La clara idea de conjunto de la obra de patronato llevada a cabo por España en sus antiguas Colonias, que la lectura deja impresa en el ánimo, posee todas las cualidades de las visiones panorámicas: mientras los detalles se esfuman, las notas características que expresan las cualidades dominantes del ordenamiento jurídico resultan fuerte y armoniosamente acusadas; permite contemplar de una ojeada el fondo del problema y da, además, una noción sintética de los elementos que lo condicionan y de las enseñanzas que se desprenden de la tarea que nuestros legisladores de Indias acometieron con tanto éxito.

TEORIA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Esta obra de *Adolfo Merkl* es algo que se distingue, no sólo de la sencilla exposición con que en la Universidad encantaba al estudiante el señor Santamaría, sino de la más oscura disciplina puesta en boga hace unos cuarenta años por el maestro Posada, y tiende a

suministrarnos, dentro de la orientación fundamental de la escuela Kelseniana, lo específico de los diferentes derechos administrativos que, en un estadio de cultura determinado, se desenvuelven dentro de las grandes organizaciones estatales. La teoría general presenta, pues, lo típico de un gran número de ordenamientos jurídicoadministrativos, haciendo abstracción de cada ordenamiento particular.

Obtenido como carácter negativo del concepto de la Administración el de comprender toda la actividad del Estado fuera de la legislación y de la justicia, pasa el autor a destacarla como una manifestación de la división clásica de los Poderes.

Después estudia, dentro del orden jurídico de la Administración, sus fuentes, el derecho público subjetivo, el arbitrio administrativo y el lugar que la Administración ocupa en la estructura escalonada del orden jurídico.

Agotada así la parte general, el autor enfoca, en la especial, las formas de actividad (actos administrativos, cosa juzgada y procedimiento), las mismas actividades (ramas, policía, potestad sancionadora y ejecutoriedad), los órganos administrativos, con los sistemas de organización, la relación entre la Administración y la forma del Estado, y, en fin, la autoadministración, que no presenta como un régimen histórico (por ejemplo, el selfgovernment, inglés; o el pouvoir municipal, francés), sino como una forma intermedia entre la sociedad libre y la sociedad políticamente organizada.

La última sección se consagra a las vías de fiscalización y a la justicia administrativa.

Precisamente por el carácter abstracto y general de la obra, son de gran interés para los estudiantes de cualquier nación los desenvolvimientos rígidos de la Teoría que acaba de traducir D. Eugenio Imaz para la Editorial *Revista de Derecho Privado*, y de cuya revisión se han encargado los Catedráticos D. Recaredo Fernández de Velasco y D. Segismundo Royo.

LA DIRECCIÓN.