

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XI

Febrero de 1935

Núm. 122

Justa causa traditionis

RECONSTRUCCION ACEPTABLE

Entremos ahora a tratar del otro Fr. procedente de Ulpiano.

Admitimos que hay que suplir un *est* detrás de *videndum*, con lo que se indica que el planteamiento de la cuestión de si existe préstamo, procede de Ulpiano y no de Juliano y que, por consiguiente, éste, como otras veces otros autores, dejaban la solución incompleta. Ni Juliano habló sino de que no había donación ni admitió que existiera préstamos, como conjetura Eisele. Contra esto nada prueba otro texto del mismo Juliano XVIII *Digestorum* (en tanto que el Fr. 18 pertenecía a X *Digestorum*) Fr. 20 D. *De rebus creditis* 12,1, porque en él no se plantea el mismo caso. En Fr. 18 se habla de disenso respecto de la causa, y en Fr. 20 se enuncia de esta manera: *Si tibi pecuniam donassem ut tu mihi eamdem crederes, an credita fieret?* Si Juliano hubiera hablado de que no había ni mutuo ni donación, la cuestión que se habría planteado en Fr. 36, D. 41,1, lo estaría en estos términos: *Julianus scribit necque mutuam necque donationem esse, sed an nummi fiant accipientis videndum est.*

El encadenamiento lógico del razonamiento lleva a pensar que habiendo dicho *magisque nummos accipientis non fieri*, resulta insuficiente que se diga únicamente como consecuencia, *quare si eos consumpsérit conductione teneatur*, y más bien nos vemos llevados a suponer que hubiera aquí la fórmula tradicional, *quare si*

quidem exstant nummi vindicentur, etc. (1). Hasta a ello nos lleva la compulsa de Fr. 5, § 18, D. 24,1 del propio Ulpiano.

Esto trae como consecuencia que la frase *licet condicione teneatur* está interpolada.

Pero también es sospechoso de interpolación lo que sigue, en que se otorga una excepción de dolo, porque en frase de Monnier, es imposible que Ulpiano, que no admite donación, haya atribuído a la tradición la misma importancia que si la hubiera habido y sobre todo que haya presentado tal solución como consecuencia directa del hecho que el *accipiens* no se había hecho propietario de las monedas que se le habían entregado.

No tenemos, pues, inconveniente en dar la siguiente reconstrucción del texto de Ulpiano :

Si ego tibi quasi donatus deder, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, *donationem non esse*; sed an mutua sit videndum (est). Et puto *nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione accepit*. Quare (si quidem exstant nummi vindicentur); si eos consumpserit *condicione* (tenebitur).

Ya tenemos los textos de Ulpiano y de Juliano despojados de la envoltura bizantina que los oscurecía, sobre todo al pasaje de Ulpiano, en la parte que se habla de la *condicione*.

A primera vista parece que existe contradicción entre ambos; no obstante, creemos que no hay tal cosa y que Juliano representa la verdadera doctrina.

La explicación y superación de esta diversidad nos la da Dernburg, quien explica los textos de la siguiente manera: el caso es el mismo en un texto que en otro, uno que da *animo donandi* y otro que recibe *animo mutui*, pero con la fundamental diferencia de que en el de Juliano se trata de un sencillo malentendido, mientras que Ulpiano parte de un disentimiento expreso, el accipiente sólo quiere recibir las monedas si se le entregan en préstamo. Esto significaría las palabras *quum alia opinione accepit*.

Esto aparte de que, como dice Exner, la discrepancia importaría poco para la doctrina de la justa causa, ya que razones de fondo llevarían a consagrar la opinión de Juliano como la verdadera. Para nosotros sigue incólume la frase de Donello IV, XVIII, § 6,

(1) Comp. D. 12, 6, 29 (Ulpiano) e Inst. II, 8 *Quibus alien. licet 2.*

et convenit inter omnes Juliani sententiam veram esse sine contro-versia.

Si del período clásico, en el que, como digo, hay que dar preferencia a la tesis de Juliano, aunque en rigor no esté Ulpiano en contradicción con él, pasamos al momento Justiniano, veremos que hemos de afirmarnos más en nuestro punto de vista.

En primer lugar, el sitio donde van insertos ambos frag. ya indica de qué lugar está la preferencia. Ulpiano va inserto en un título que reza *de rebus creditis*, en tanto que Juliano va en el que dice de *adquirendo rerum dominio*, es decir, en su lugar adecuado.

Pero si examinamos las modificaciones introducidas por los compiladores, se pone de relieve inmediatamente el pensamiento de los juristas bizantinos.

Nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipien-di dissen serimus. Esta coletilla añadida al párrafo de Juliano, a pesar de ser completamente innecesaria, porque en lo anterior va bien indicado ese mismo pensamiento, revela claramente la intención de los compiladores de hacer resaltar esa idea.

La supresión en el texto de Ulpiano del giro *si quidem exstant nummi vindicentur* y la añadidura de *tamen doli exceptione uti poterit quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consūmpti*, hablan también en nuestro favor, es decir, que a pesar del pensamiento de Ulpiano, los bizantinos suprimen la concesión de la reivindicatoria y conceden sólo la *condictio*, pero también condicionada y limitada por la otorgación a favor del *accipiens* de una *exceptio doli*.

LA L. 25, § 1º, D. DE USUFR. 7, 1.

Es un escollo bastante difícil de salvar y con el que tropieza la tesis que estamos sosteniendo.

El caso en cuestión supone la existencia de un esclavo que es objeto de usufructo. Este esclavo compró a su vez otro esclavo y lo recibió por tradición, pero no pagó el precio, sino que dió fianza. Hasta tanto que se pague el precio, el dominio está en suspenso y sólo el pago declarará a quién pertenezca y lo será de aquel de quien sea el precio pagado. ¿Qué ocurrirá si el pago del precio se

hace desaparecido el usufructo? Marcelo y Mauriciano estimaron que el esclavo se hace del dueño del siervo usufructuario, sin tener en cuenta de quién sea el precio; pero Juliano y Ulpiano, aun aquí, dicen que por equidad ha de hacerse de aquél que pagó el precio. Y si se pagó con dinero de ambos, la cosa será copropiedad.

Y continúa lo que nos interesa de la siguiente manera:

Quid tamen si forte simul solverit ex re utriusque ut puta decem millia pretii nomine debebat et dona solvit ex re singulorum, cui magis servus adquirat? Si enumeratione solvit, intercerit cuius priores nummos solvat; nam quos postea solverit aut vindicavit aut si fuerint nummi consumpti, ad conditionem pertinent; si vero simul in sacculo solvit, nihil fecit accipientis, et ideo nondum acquisisse quisquam dominium videtur, quia quum plus pretium solvit servus, non faciet nummos accipientis (1).

Salta a la vista la gravedad del texto, no sólo para lo que sabemos del pago de lo indebido, sino que también para la doctrina de la transmisión de propiedad por transmisión, por el hecho de conceder la reivindicación para lo pagado de más.

Strempel (pág. 40) despacha el asunto diciendo que en este caso no hay que preocuparse del hecho del exceso del poder de administración que fué otorgado al esclavo.

Dernburg es quien mejor ha estudiado este caso (2) y nosotros seguimos sus indicaciones.

Partimos de la base de que el esclavo tiene la libre administración de los bienes del peculio y no tenemos inconveniente en aplicarle el fragmento de Juliano I. IV *ex Minicio*, D. 46, 1, 19, *in fine*.
...Si vero extra causam peculii fidejuserit, quos ex pecunia dominica solverit, acque vindicabitur, quod ex peculio condici poterit (3).

(1) Mas ¿qué se dirá en el caso de que pagare a la vez del caudal de ambos; por ejemplo, debía diez mil por razón del precio y pagó los diez del caudal de cada uno, para quien adquiere el siervo? Si hizo el pago contando las monedas, conviene saber a quién pertenecían las primeras que entregó, pues que las que entregó últimamente o las reclamara o si el dinero se hubiese consumido, interpondrá la correspondiente condición; pero si pagó todo simultáneamente en una bolsa, ni una ni otra cantidad se hizo del accipiente y, por lo tanto, se reputa que ni uno ni otro adquirió el dominio, porque habiendo satisfecho el siervo mayor precio no adquirirá las monedas el accipiente.

(2) *Archiv. fur die civilistische Praxis*, t. 40, págs. 1 y siguientes.

(3) D. 46, 1, 19. .. Si no fué fiador por causa perteneciente al peculio,

Pero en rigor no es éste el caso, sino más bien los siguientes: El siervo usufructuario paga el doble del precio la mitad del caudal de cada uno, es decir, propietario y usufructuario. Los 10.000 del ejemplo primeramente entregados determinarán a quién ha de ir a parar el esclavo comprado. Los otros podrán reivindicarse. Otro caso es aquel en que el esclavo entregó los 20.000 metidos en una bolsa, en cuyo caso no será válido el pago.

Este segundo caso no ofrece ninguna dificultad, porque no hay traspaso de propiedad, por error *in corpore*, aunque a decir verdad el vendedor pueda retener la cantidad hasta que se le pague el precio.

Veamos en el otro caso las varias hipótesis que pudo Ulpiano tener a la vista al escribir lo que escribió.

El esclavo pagó a sabiendas el doble de lo debido: según 1. 53. D. *De diversis regulis juris arti qui* 50, 17 (1), habría una donación, y consecuentemente estando prohibido al esclavo que administra un peculio, donar y salir fiador, la donación sería nula y el dueño del dinero tendría la reivindicatoria. Nada hace presumir que fuera éste el caso de Ulpiano y hasta el adverbio *forte* parece indicar lo contrario.

Tampoco creemos, como tampoco cree Strempej, que la solución esté en admitir un exceso de poder por parte del esclavo.

La solución está en la consideración del error que puede haber movido al esclavo a pagar 20.000 en lugar de 10.000, que realmente debe.

Pudiera ser que el esclavo pensara que compraba en 20.000, cuando en realidad sólo lo hacía por 10.000: En este caso el esclavo tiene la intención de transferir la propiedad de 20.000, y aunque no se consiga la finalidad del pago, la propiedad se transmite y sólo hay lugar a una *condictio*. Tampoco es ésta la hipótesis de Ulpiano, porque consecuentemente hubiera dado la solución que

lo que pagase con dinero del señor también lo puede pedir como propio, y por lo que pagase del peculio le competirá *condictio*.

(1) L. 53 (Paulo): *Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est* (*).

(*) L. 53 (Paulo): Lo que se da por error se puede repetir, pero lo que se da con pleno conocimiento, es donación.

para caso análogo da en 1. 26, § 4, D., *De cond. indeb.* 12, 6 ; es decir, sólo hubiera concedido una *condictio*.

Pero el error puede darse en el momento del pago, es decir, que el esclavo entregara 20 pensando que entregaba solamente 10. En este caso sólo se traspasa la propiedad de 10 y los otros restantes podrán ser reivindicados si el dinero no está consumido ; serán, en cambio, objeto de una *condictio* cuando lo haya sido.

Explicado de esta manera el ejemplo planteado por Ulpiano, no está en contradicción de la doctrina de la *condictio indebiti*, y en consecuencia no puede oponérsenos como argumento contra el concepto de justa causa.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO,
Doctor en Derecho.

La reforma del artículo 20 se debe complementar con el 2.^º y siguientes párrafos del artículo 34 de la ley Hipotecaria

I

Se acaba de publicar la nueva reforma del artículo 20 de la ley Hipotecaria respecto al tercer párrafo y al sexto.

La nueva redacción del párrafo tercero está clara y con los términos completivos de una ley. No podemos decir lo mismo del párrafo sexto. ¿Por qué no lo habrán dejado como estaba antes, que estaría suficientemente? Antes establecía que no resultando inscrito a favor de persona alguna el derecho que se ha mencionado en los párrafos anteriores y no se justificase tampoco que lo adquirió el otorgante, según previene el citado tercer párrafo, los Registradores harán anotación preventiva... Pero en la última reforma dicho sexto párrafo está poco explícito, y según la regla cuarta del correspondiente artículo 87 del Reglamento, recientemente reformado, parece que quiere decir algo más que el sexto párrafo viejo. Según esta regla 4.^a podrá hacerse anotación preventiva cuando no resulte inscrito el derecho a nombre de persona alguna en los casos siguientes:

1.^º Cuando se presente un título a inscribir y no se justifique que el transferente adquirió su derecho mediante información posesoria que autoriza el artículo 392 de la Ley, mediante la información de dominio que establece el artículo 400 de la misma Ley o mediante cualquier otro título inscribible. Suponemos que este *cualquier otro título inscribible* habrá de ser: un título que produzca una inscripción que no tenga la limitación de dos años que preceptúa el párrafo cuarto del artículo 20, por ejemplo, un título anterior a 1863 y además el testimonio de una sentencia

declarando la propiedad de los bienes inmuebles de capellanías colativas extinguidas o el mejor derecho para la conmutación de las existentes y las actas de la conmutación (artículo 16 del Reglamento), las resoluciones definitivas en los interdictos, las copias notariales de las actas judiciales de deslindes y amojonamientos, los deslindes administrativos (artículo 17 del Reglamento), las certificaciones de posesión dadas por los Jefes de las dependencias del Estado y corporaciones civiles y eclesiásticas, certificación de la administración del Estado para inscribir el retracto administrativo, las hojas de valoración de los inmuebles en los casos de expropiación forzosa y el acta de posesión de los ocupados en la reforma o ensanche de poblaciones. Todos estos documentos son títulos inscribibles que permiten inmatricular la finca bien a nombre del transferente, como inscripción previa, bien directamente a nombre del adquirente.

2.º Cuando se trate de inscribir al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley y no constasen en los documentos públicos presentados las circunstancias esenciales de la adquisición anterior. Si estas circunstancias de la adquisición anterior se acreditan en documento fehaciente se podrá inscribir y no anotar, según claramente previenen las reglas 2.º y 3.º del mismo artículo 87.

En resumen, que ahora podrá inscribirse el documento público: 1.º, cuando aparece acreditada la pertenencia del derecho del transferente o causante por el Registro en la inscripción a su nombre (primer párrafo del artículo 20 de la Ley); 2.º, cuando se justifique la adquisición anterior con los documentos públicos a que nos hemos referido antes en el primer apartado al tratar de la regla 4.º; 3.º, cuando se acredite la adquisición anterior con documentos públicos y con documentos privados que sean fehacientes, conforme el artículo 1.227 del Código civil, y que estos privados fehacientes que se presenten habrán de ser archivados en el Registro, y 4.º, cuando consten en el documento público que se presente a inscribir las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, tales como la persona de quien el transferente adquirió su derecho, el acto que motivó la adquisición anterior, funcionario que expidió el documento, si es público, y la fecha del documento que acredite la adquisición anterior.

¿Quiere decir esto la nueva reforma de los citados artículos de la Ley y del Reglamento? Pues entonces hagamos un llamamiento a los Notarios y a los Registradores a dignificar las dos instituciones. ¿Cómo? No acordándose del arancel hasta que el acto esté autorizado o inscrito, pensando con juicio estoico y puritano en que a la Notaría, y principalmente al Registro, no deben ir más que actos lícitos sobre inmuebles de procedencia muy justificada. Dáandonos unos y otros cuenta de esto estoy seguro que no habrá en lo sucesivo Notarios ni Registradores que aleccionen a sus clientes para disfrazar la descripción de las fincas, a fin de que en el Registro puedan pasar como fincas no inscritas, sirviendo esto para que alguno de ligera cultura jurídica pueda decir que el Registro no vale para nada. Es preciso que desaparezca la creencia en que los honorarios de la inscripción pueden hacer disminuir el número de escrituras públicas y que se den cuenta de que, si hay clientes que pretenden hoy ahorrar los honorarios de la inscripción, mañana ahorrarán también los honorarios de la escritura notarial, limitándose a hacer documento privado; para ellos será lo mismo, porque su ignorancia no les permite conocer los efectos preventivos de todo pleito que lleva la inscripción, y atienden sólo a la satisfacción presente de poderse ahorrar unas pesetas prescindiendo de la inscripción y luego de la escritura pública, porque se percatan de que la escritura pública tiene su valor sólo como preparatoria de la inscripción y observan, y así se lo advierten los Abogados, que el documento privado liquidado produce efecto contra tercero civil, como la escritura pública; es decir, que aprecian que la eficacia de la escritura pública, por sí sola, estará en la fuerza adquisitiva, sin darle importancia al valor secundario de poder sacar otra copia si se pierde la primera, y aprenden en la realidad que si el dueño de una finca la vende en escritura pública que no se inscribe y que luego o antes el mismo vendedor la vendió a otro que compra con buena fe en documento privado, que es liquidado, tomando posesión, este adquirente es el que está comprendido en la preferencia que establece el artículo 1.473 del Código civil.

Es preciso también que no haya un Registrador que tenga sólo presente la producción crematística de la inscripción, sin preocuparse de la eficacia jurídica de la misma; no se debe hacer huir

del Registro con enormes cuentas de honorarios a los clientes; hay que percatarse que significa mucho más la profesión cobrando de honorarios muchos pocos que pocos muchos, además de resultar mayor la utilidad económica y superior el esplendor de la institución, ya que, cobrando poco, vendrá toda la titulación al Registro. Esto pueden tenerlo presente también los Notarios.

Repite, pues, que 'Notarios y Registradores seremos, principalmente con la administración del nuevo artículo 20 de la Ley, los responsables en lo sucesivo del prestigio de la escritura pública y de la inscripción, y por ello todos estaremos obligados a delatar a aquel que por su conducta profesional desprestigie la eficacia de las instituciones, principalmente el 'Registro, por la inmatriculación de fincas cuya pertenencia del transferente no esté suficientemente acreditada. Démonos cuenta de una vez que los intereses de los Notarios y de los Registradores deben estar íntimamente hermanados para bien de unos y otros y para la mayor eficacia de las funciones notarial y registral.

II

En la inmatriculación de fincas es muy importante la publicación por medio de edictos, a fin de que si hay alguien que tenga sobre las mismas mejor derecho que el inscrito puede hacerlo valer en el plazo de dos años, y los Registradores debemos ser verdaderamente diligentes y celosos en la publicación de edictos, procurando que los Alcaldes de los pueblos donde radiquen las fincas los tengan durante un mes expuestos en el tablón de anuncios, y el Reglamento debiera preceptuar en el artículo 87 que por el Norte y Noroeste de España, donde se dividen por parroquias los términos municipales, debía ser leído un extracto del edicto por el Alcalde de barrio de cada parroquia en que radique la finca a la salida de la misa mayor, durante los cuatro domingos del mes en que esté expuesto el edicto en el Ayuntamiento, toda vez que sabemos todos que los de las parroquias no van al Ayuntamiento para nada y, por tanto, no pueden conocer el edicto allí fijado.

Es de advertir que a los interesados muchas veces no les gusta que se publique la inscripción por edictos, porque temen en las compras al retracto, y para evitar este peligro se debe procurar

que los edictos no sean colocados en el Ayuntamiento hasta que hayan transcurrido los nueve días desde la inscripción que hacen prescribir la acción del retracto. De no ser así, la publicación de edictos será muchas veces causa para que los interesados digan que no se inscriba.

III

Hay además otro artículo en la ley Hipotecaria que podría perfeccionar la inmatriculación de fincas y el mismo sistema hipotecario. Nos referimos, deontológicamente desde luego, al artículo 34 de la Ley en su párrafo segundo y siguientes y a su correspondiente artículo 96 del Reglamento. Se dirá, seguramente: ¿cómo va a completar y perfeccionar el sistema hipotecario y la inmatriculación un precepto de la Ley que ha estado siempre en desuso? Ha estado en desuso porque ha sido poco estudiado y su alcance no está claro para los tratadistas. En la exposición de motivos de la Ley del 69 se decía que tenía por objeto tal precepto favorecer el crédito territorial porque de otro modo, con los preceptos de la Ley del 61, los terceros quedaban expuestos a perder su derecho si *el título del hipotecante fuese falso o nulo* y reclamasen los bienes otros que con anterioridad al mismo hubiesen inscrito su título, peligro que no podía evitarse ni aun con el examen de todos los títulos inscritos referentes a los mismos bienes si su contenido no revelaba la falsedad o nulidad.

Escosura decía que esta reforma del artículo 34 era antimoral, antilegal y antieconómica.

Transcribamos un párrafo de Barrachina: «A pesar de las censuras, esa modificación subsiste; se la cree justa y necesaria, aunque otra cosa sostenga el insigne Escosura, cuyo ilustre comentarista, presentando el caso del dueño de una masía a quien durante su viaje de dos meses de veraneo por el extranjero regresa a su finca y se le sorprende con la nueva de haber sido enajenada por un falso vendedor, habiendo apelado el tercer adquirente al medio de liberación para tener asegurado su derecho, exclama con estas elocuentes palabras: «Si esto es posible, ¿hay legislación que lo sancione, país que lo sufra, Gobierno que lo tolere, hombre de ciencia que lo aplauda?» Pero el mismo Barrachina dice que este aspecto espiritualista tiene que ceder ante el aspecto utilitario

presidido por el interés general, por el régimen jurídico en su expresión externa, por las exigencias del sistema hipotecario, que no consiente que peche el inocente, el que contrata de buena fe, culpas y delitos de otros.

Díaz Moreno opina que la notificación que establece dicho artículo 34 es una ficción de derecho y que puede dar lugar este procedimiento a que títulos anteriormente inscritos y muertos por la cancelación que produce en las inscripciones posteriores, según el artículo 77 de la Ley, causen la nulidad de inscripciones vivientes.

A esto dice Morell: «La opinión de Díaz Moreno y las mismas palabras de la exposición de motivos de la Ley del 69 ponen otra vez sobre el tapete una cuestión de que nos ocupamos antes en este mismo comentario: la nulidad de las inscripciones en virtud de títulos muertos, primero, y resucitados, después. No; la Ley se refiere a títulos anteriores registrados y vivos, a inscripciones vivientes contradictorias de otras posteriores. Si el artículo sólo se ocupase de títulos falsos, podría dudarse; no cabe hacerlo al referirse como se refiere, en general, a toda clase de actos y contratos nulos. No; el artículo 77 nos dice que las inscripciones se extinguen por la transferencia del derecho inscrito, y si esto es así, el título anterior, que se encadena con otros posteriores, sirviéndoles de base y garantía, no es título inscrito con anterioridad a que la Ley se refiere, porque esa inscripción murió y porque eso sería lo mismo que decir: la inscripción puede anularse en perjuicio de tercero por causas que consten claramente del Registro o por causas ocultas que no resulten de él y que estén encubiertas en títulos anteriormente inscritos o en inscripciones canceladas.

Se trata, como hemos dicho, de inscripciones anteriores vivientes no extinguidas. ¿Es posible eso? Desde luego, aun habiendo desaparecido la fuente principal de tales títulos e inscripciones que estaba en los asientos de la Antigua Contaduría. Quedan como fuentes esos mismos asientos si se ha pedido su traslación; quedan los títulos anteriores al 1863 o al 1909, cuya inscripción se consiente sin otra inscripción previa; quedan los asientos de posesión convalidados por la prescripción. Y queda siempre la posibilidad, la realidad, mejor dicho, en un sistema no fundado

en el catastro, de inscribirse dos veces una misma finca a favor de distintas personas.

A. tiene una finca inscrita por herencia (sigue diciendo Morell) y muere dejando esposa e hijos. Su viuda vende a un tercero B., y éste a C., quien presenta e inscribe su título como anterior al 1909, sin falsificación y sin falta alguna en el Registrador, porque los linderos o algunos de ellos han cambiado y porque el transmítente B. nada tenía inscrito. Los hijos de A., muerta su madre, se adjudican la finca y, fundados en el título de su padre, inscrito y vigente, piden y obtienen la nulidad, que perjudica a C. y a quien de él adquiriese algún derecho, porque en el conflicto entre dos títulos inscritos, ambos amparados por la Ley, ésta prefiere al más antiguo. Este es, en nuestra opinión, el caso del artículo. Si así no fuese, si estuviésemos equivocados respecto a ese otro grupo de inscripciones muertas, primero, y resucitadas después, suscribiríamos la opinión de Díaz Moreno, aunque siempre quedaría el otro grupo, el único que admitimos, en el que esa opinión no tiene ya fundamento.»

Como se ve, los tratadistas no están acordes sobre el sentido de tal precepto. Desde luego el autor del segundo y siguientes párrafos del artículo 34 estuvo poco explícito para que pudieran comprender su sentido los interesados y aun los Registradores, y seguramente haya sido por no tener exacto conocimiento a este respecto de la realidad registral. Diremos, por de pronto, que estamos conformes con el criterio de Morell. El primer párrafo del artículo 34, además de dar idea del tercero hipotecario, se corresponde con el primer párrafo del artículo 23 y con el artículo 36; es decir, que los títulos no inscritos o causas ocultas y que no constan claramente en el Registro no enervan en nada y ceden su eficacia a los títulos inscritos que se refieran en todo o en parte al mismo derecho. Pero puede resultar también que dos o más personas pretendan ser dueños de un derecho o de un inmueble mediante títulos inscritos, y este caso no podría resolverse por el primer párrafo del artículo 34 y del artículo 23, que son los preceptos fundamentales de la Ley y que son normalmente los punitivos sobre los que se desenvuelve la eficacia de la institución registral; pero por la falta del catastro y por las consiguientes deficiencias del funcionamiento del Registro, en la realidad apare-

cen situaciones jurídicas algo anormales quizá, pero que existen y que hay que darles solución hipotecaria. Podrían resolverse, acaso, por los artículos 26 y 28 y aun por el espíritu del 17 de la Ley; pero los adquirentes no podrían adquirir tranquilos, temiendo a que, por deficiencias del mecanismo del Registro, podría haber otro adquirente que haya inscrito su título también. Y esto podría haber inducido al legislador a agregar al primer párrafo del artículo 34 los seis párrafos siguientes, y lo hizo, pero con expresión poco clara. Dice el segundo párrafo que tampoco se invalidarán en perjuicio de tercero, aunque luego se anule o resuelva el derecho del otorgante (o transferente) en virtud de título anteriormente inscrito si la inscripción hecha a favor del transferente se hubiere notificado a los que en los veinte años precedentes hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes y no hubieran reclamado contra ella en el término de un mes. ¿Quiénes serán estos que hayan poseído en los veinte años precedentes según el Registro? ¿Precedentes a qué momento? El párrafo tercero indica que esos poseedores son los anteriores adquirentes que tuviesen registrado su derecho; son los que hayan adquirido antes que el transferente. ¿Desde cuándo? Al solicitar al Registrador que se haga la notificación se examina el Registro y se verá qué adquirentes de la finca en cuestión le han precedido al dueño actual en los veinte años anteriores a la fecha de la solicitud.

Si, por ejemplo, hace más de veinte años que adquirió e inscribió el transferente, no hace falta notificar a ningún adquirente porque no hay ninguno en los últimos veinte años que sea anterior a la inscripción del otorgante; más puede resultar que haga poco tiempo que adquirió el transferente y en los últimos veinte años pudo haber varias transmisiones y, por lo mismo, habría que notificar a todos los adquirentes en éstas. Y se dirá, y no sin fundamento, que todos estos adquirentes que precedieron a la adquisición inscrita del transferente fueron causantes del derecho de éste mediante títulos calificados por el Registrador y que, por tanto, ¿qué derecho podrán alegar sobre lo que aparece transmitido por ellos o por ministerio de la Ley? ¿Será por si habrán suplantado la personalidad de alguno de los adquirentes anteriores y que, por tanto, éste podrá presentar su título inscrito de perte-

nencia y que, notificado que sea y probando que hubo suplantación podrá perjudicar al tercero? Esto parece que era lo que asustaba y alarmaba a Escosura en el caso de que por el precepto del segundo párrafo del artículo 34 triunfase el tercero hipotecario y perjudicado aquel dueño de la masía, que por haber ido a veranear dos meses al extranjero se quedase sin finca. Nosotros entendemos que para quedar sin la masía este veraneante no hacía falta la aplicación del segundo párrafo del artículo 34; basta que el adquirente por título oneroso haya adquirido conforme al primer párrafo del artículo 34, aunque no haya precedido la notificación que previene el segundo párrafo, porque en el citado caso de suplantación o falsedad se anularía el derecho del transferente, o del hipotecante, que dice la citada exposición de motivos, o sea el adquirente por la suplantación, no por un título anterior inscrito (el del veraneante), sino por causas que no resultan claramente del mismo Registro, por causas como la suplantación de personalidad que el tercero no pudo conocer del Registro y que, por tanto, fundado en lo que éste le expresaba, adquirió con buena fe.

Los preceptos legales serán útiles y con vida en tanto satisfagan alguna necesidad jurídica, y el segundo párrafo y siguientes del artículo 34 tendrán sólo aplicación en el sentido en que lo interpreta Morell, y puede convertirse muy útil ahora con la amplitud que adquirió el párrafo tercero del artículo 20 mediante la última reforma y que debe ser objeto de una disposición reglamentaria a fin de que aparezca clara su aplicación en el sentido que voy a exponer, como para los foros establece el segundo párrafo del artículo 99 del Reglamento hipotecario.

‘Cuando el historial de una finca figura bajo dos números, por haberle desfigurado en alguna transmisión, con buena o mala intención, los linderos y el nombre de la finca, y se inscribió como finca nueva bajo otro número distinto del que ya tenía en el Registro; vamos a ver la posibilidad de hacer dobles títulos inscritos y colisión de derechos sobre una misma finca. Ejemplos: Uno puede servir, el que hemos transcripto, de Morell. Otra parecido, y cuya realidad conozco, es el siguiente: Una finca venía inscrita a nombre de A.; un día éste la vendió a B. en documento privado que fué liquidado; pasado algún tiempo B. vendió la finca en escritura pública a C. describiéndola con los linderos actuales, que hacen que la

finca aparezca distinta de la que estaba inscrita, y el Registrador la inscribió como finca nueva, y después de los dos años de inscrita, C. la vende a D. que resulta tercero hipotecario, fundado en este nuevo historial de la finca. Vamos al otro historial: Falleció A., y sus herederos, no sabiendo que su causante había vendido la finca en documento privado, y hallando en el Registro la finca a su nombre, la adjudicaron a uno de ellos, que luego también la vendió a E., que inscribe el título de compra. He aquí a dos terceros hipotecarios sobre una misma finca; es decir, dos dueños con título inscrito cada uno; D., que la compró a quien era dueño, según el Registro, y E., que hizo lo mismo, ambos con buena fe. Surge el litigio, y D. se defiende presentando inclusive un título que no está inscrito, el documento privado en que A. había vendido a B. para corroborar el título posterior inscrito, en perjuicio del tercero E., según permite el artículo 390 de la ley Hipotecaria, y resultó vencido E. por fundar su derecho en un título inscrito con posterioridad al de D. Otro ejemplo: A., que tiene inscrita a su nombre una finca, y un día, con buena o mala fe, la vende a B. en escritura pública con linderos distintos de los del Registro, y a lo mejor con otro nombre por tener dos o más el pago, y B. inscribe su título, abriéndose un nuevo número a la finca por no encontrarse inscrita con tal descripción; pasados dos años, A., que seguía con la finca inscrita a su nombre, la vende a C., que ignoraba que la finca estuviese ya vendida, y éste inscribe creyendo que era un tercero hipotecario, y surge la contienda entre B. y C., y gana el pleito B., mediante el artículo 1.473 del Código civil.

Pues bien, estos casos, que, aunque raros, a veces existen, podrían evitarse mucho con la aplicación de los párrafos segundo y siguientes del artículo 34 de la Ley y el artículo 96 del Reglamento, pero haciendo los Registradores las notificaciones de oficio, sin esperar la solicitud de los interesados, que desconocen el mecanismo del Registro, y hacerlo los Registradores con el mayor celo cuando vean que puede surgir alguna contradicción en el historial de una finca. El Registrador en tales casos deberá procurar notificar por sí mismo en cuanto le fuese posible a los que residan en el partido a fin de que él pueda saber con exactitud si los notificados tienen algún derecho sobre la finca que vaya a ser objeto de inscripción y tener la seguridad de que fueron notificados. ¿Que los notificados

no tienen interés alguno respecto de la inscripción que se notifica ? Que el Registrador así lo haga constar en las diligencias.

Sucede muchas veces que cuando se hace la busca de una finca se encuentran otras parecidas por estar en el mismo pago y por tener linderos iguales y parecidos, y sin embargo puede suceder, y generalmente acontece, que no son las mismas fincas ; porque, supongamos un pago llamado Mansilla, donde hay muchas fincas pertenecientes a distintos dueños y que linda tal pago por el Oeste, con camino, y por el Este, con arroyo ; pues bien, todas las fincas que se extiendan de Este a Oeste del pago tendrán dos linderos iguales y precisamente dos linderos que no varían. ¿Qué hará el Registrador en estos casos, y principalmente cuando coincide o se aproxima la cabida y sin embargo sucede constantemente que no es la misma finca ? ¿Va a recurrirse al procedimiento que establece el artículo 29 del Reglamento, comunicándolo al Juez de primera instancia para que dé vista a los interesados y dicte luego auto declarando haber lugar a la inscripción, produciendo con esto un gasto que muchas veces ascenderá a más de lo que vale la finca ? ¿No sería mucho más práctico que el Registrador en estos casos hiciese uso del segundo y siguientes párrafos del artículo 34 de la Ley, haciendo sencillamente el requerimiento a los dueños de las fincas parecidas para que manifiesten si tienen algún interés en la finca que va a inscribirse, y, si dicen que no, hacerlo constar en el Registro ? Admitido este procedimiento, cuando se presente a inscribir por vez primera una finca y tuviésemos sospecha de que tal finca podrá ser alguna que está inscrita a nombre de otro que no sea el transferente, que frecuentemente resulta un causante remoto, se debería hacer la notificación al titular, o a sus causahabientes, de la finca parecida, y dirán seguramente que no tienen interés alguno en la misma, y esto se debía hacer constar en la nueva inscripción, poniendo además una nota al margen de la inscripción vieja, haciendo referencia a la inscripción nueva, evitando así la posibilidad de dobles ventas de una misma finca, ya que, si luego se quisiese seguir el historial de la finca vieja, enajenándola a otro, el Registrador encuentra al margen de la inscripción la nota de referencia y advierte al comprador que tal finca podrá estar vendida a otra persona según la inscripción a que hace referencia la nota marginal, y el adquirente en tal caso procurará enterarse en la realidad si efect

tivamente se trata de la misma finca. Y como en la inscripción nueva se habrá hecho constar también que fueron notificados los titulares de otra inscripción, que puede referirse a la misma finca, sin que hayan hecho reclamación alguna, cuando luego enajene el primer inscribente o causahabientes su derecho, pasados que sean los dos años que dice el párrafo cuarto del artículo 20, el comprador o adquirente por título oneroso podría acogerse a los efectos del segundo párrafo del artículo 34 y, por tanto, no habría de ser perjudicado ni aun por su título anterior inscrito si éste derivase del otro historial viejo de la finca.

¿Cabe hacer todo esto dentro de la actual ley? Creo no será disparate afirmarlo y mucho más cuando conduce a la perfección de la institución registral y sin perjuicio para nadie. Las leyes no son piezas de una máquina que hayan de ir a ocupar precisamente su hueco, sino que son normas derivadas de la maleabilidad de la razón para que sean plegadas a la frondosa realidad al surgir la necesidad jurídica.

Todo esto del artículo 34 deberá conceptuarse como parte del mecanismo interno del Registro, y los Registradores en tal caso estamos en el deber de realizarlo con gran celo en aras de la perfección de la institución registral, sin mirar a la percepción de los honorarios, y si fuese posible, que puede ser, sin cobrar nada por las notificaciones y notas a fin de no encarecer la inscripción de los títulos.

Debemos tener además los Registradores un índice de personas, auxiliar, que comprenda el nombre de los transferentes con el nombre de la finca o del pago, indicando el tomo y folio, y con esto se contribuye a evitar que una misma persona pueda vender dos veces una finca con descripciones distintas, pero en algo parecidas, una descripción adaptándose al Registro, y en otra presentando la finca disfrazada para que sea inscrita como finca nueva.

Contribuyamos, pues, a que el mecanismo del Registro sea sencillo y económico para que resulte más perfecto, y que todo el movimiento de la propiedad inmueble se refleje en el mismo.

MANUEL VILLARES PICÓ,
Registrador de la Propiedad.

La ley ante sus intérpretes

I

En cuanto la norma jurídica indeterminada y nebulosa cuaja en una forma verbal que, por la autoridad y solemnidad con que es conscientemente promulgada, queda elevada a la categoría de ley escrita, se coloca en una posición de recelo y de desconfianza respecto de las otras fuentes por donde el derecho surge a la vida social, al mismo tiempo que se siente aprisionada en las mallas de la interpretación como *leyenda* o expresión gráfica de un pensamiento. El fenómeno aparece con plenos relieves, sobre todo en las grandes codificaciones que intencionan abarcar y agotar sistemáticamente extensos sectores jurídicos, y así nos encontramos con que la evolución del Derecho positivo de un pueblo tan bien dotado en este sentido como el romano, y en donde la jurisprudencia ejerció tan poderoso influjo, parece terminar con cierto desprecio de la *prudentium interpretatio*, con una censura del *jus respondendi* concedido por los primeros emperadores a los más eminentes juristas. En el prólogo del *Digesto*, Justiniano, que tenía delante de los ojos las dudas, excepciones y variantes a que había dado lugar el Edicto perpetuo de Juliano, prohíbe terminantemente que se hagan *Commentarios üisdem legibus*, ni interpretaciones, o mejor dicho *perversiones* que afeen y confundan los preceptos, bajo pena de considerar a los autores como falsarios y arrojar al fuego sus libros. Sólo autorizaba las versiones, los sumarios y los paralelos. De igual modo, Pío IV prohibió hacer glosas del Concilio de Trento, y Napoleón dió por perdido su Código cuando tuvo noticias de los primeros comentarios. Las Partidas (L. XIII-1-1.^a) preceptúan que las leyes deben entenderse «bien e derechamente tomando siempre ver-

dadero entendimiento dellas a la más sana parte e más provechosa, segund las palabras que fueren y puestas». Parece que con este criterio y con la afirmación final de que el saber de las leyes «non están solamente en aprender e decorar las letras dellas, más el verdadero entendimiento», se abre la puerta al juzgador sin recelo ni desconfianza, pero la L. 14 del mismo título, afirma que sólo el legislador puede aclarar las dudas surgidas «por yerro de escriptura o por mal entendimiento» del que leyese, y aunque Gregorio López añade que la costumbre (*consuetudo etiam interpretatur leges*), el juez (*judex etiam, in causa de qua cognoscit*) y los doctores pueden interpretar la ley, suenan sus palabras únicamente como un eco de Azon y el Abad y quedan desvirtuados por la referencia hecha al Ordenamiento de Alcalá y a las Leyes de Toro.

Efectivamente, en el título XXVIII del Ordenamiento se indica con toda claridad que «al Rey pertenece, o ha poder de facer fueros, e Leyes, e de las interpretar, e declarar e enmendar do viere que cumple», y al final de la Ley primera de Toro, después de aludir a la Ordenanza «que habla cerca de las opiniones de Bártnolo y Baldo y Juan Andrés y el Abad: qual dellas se debe seguir en duda a falta de ley», se declara que lo así hecho «por estorvar la prolixidad y muchedumbre de las opiniones de los Doctores, ha traído mayor daño y inconveniente», por lo cual se anulaba la Ordenanza de Madrid y mandaba que «de aquí adelante no se use della».

II

Mientras tanto, los estudios de teología y jurisprudencia habían adelantado lo suficiente para que la interpretación no se ahogara en cauces tan estrechos. Los textos del Digesto, en especial los títulos *De verborum significatione* y *De regulis juris* (1), los pasajes del Codex, sobre todo los contenidos en el título 24 del libro 1.º, los títulos paralelos de las Decretales, del *Sexto*, de las Clementinas y de las Extravagantes de Juan XXII, habían sido puestos a contribución para formar una doctrina hermenéutica de amplios vuelos. Filósofos y Juristas de la talla de nuestros

(1) Títulos 16 y 17 del libro L.

Domingo Soto, Francisco de Vitoria, Fernando Vázquez de Menchaca y Francisco Suárez, que enfrentados con la más alta concepción de la ley (divina, natural) discutían sobre su dispensa y aplicación, no podían sentirse coartados por los restrictivos preceptos de los Estatutos, Ordenamientos y Fueros vigentes en reducidos territorios.

Partiendo de que la ley únicamente es válida cuando resulta útil a la comunidad, Vázquez de Menchaca (1), apoyado en la que parece ser *communis Theologorum sententia*, admite que si la ley llega a ser nociva al común de los ciudadanos pierde su fuerza vinculante y no debe ser llevada a ejecución. La ley se apoya indefectiblemente en su *ratio*, no es ni la escritura ni las palabras y la defraudaremos cuando por seguir las nos apartamos de su espíritu. De ahí que no solamente el principio, sino también cualquier Juez ordinario, puede violar las leyes cuando empiezan a ser perjudiciales (2), y que los Estatutos injustos no tengan poder de obligar y puedan ser violados aun por aquel que hubiera jurado observarlos (3). Con gran lujo de citas demuestra que el Juez *ex causa* puede disminuir y cambiar los preceptos jurídicos aun en el supuesto de que la ley declarara que aquél no puede dar ni más ni menos, porque donde existe justa causa no hay transgresión de la ley, sino más bien interpretación por el Magistrado en cumplimiento de su deber (4).

La interpretación de la ley aparece sistemáticamente desen-
vuelta en el libro VI del *Tractatus de Legibus ac Deo legislatore* del eximio Suárez (5), dedicado a la interpretación, cesación y mudanza de las leyes humanas y especialmente en los nueve pri-

(1) *Non aliter valere quam si publice utilis sit. Controversiarum illustrium.* Libro I, capítulo XLVI-2.

(2) Capítulo 30 del mismo libro, conclusión 71.^a

(3) Loc. cit., conclusión 75.^a

(4) Libro I, capítulo V-20.

(5) Puede verse un ligero extracto en Gómez del Campillo «El P. Suárez y la conciencia canónica», páginas 54 y siguientes; y un estudio completo en «La interpretación de las leyes y la doctrina de Francisco Suárez», por Román Riaza, Madrid. *Rev. de Archivos*, 1925. Para mayor información, si no se dispone de algún ejemplar latino, consultese la versión de Torrubiano, «Tratado de las leyes y de Dios legislador», por el padre Francisco Suárez. Tomo VI, Madrid, Hijos de Reus, 1918.

meros capítulos del mismo libro, que tratan, respectivamente: 1.^º Del modo de interpretar rectamente la ley humana en cuanto a su legítimo sentido; 2.^º Cuándo y de qué modo ha lugar a su extensión; 3.^º Si puede extenderse a casos no comprendidos en alguna significación de las palabras, por semejanza o identidad de razón; 4.^º Resolución de dudas sobre la extensión de la ley por identidad de razón o por otros modos; 5.^º Cuándo y cómo puede restringirse; 6.^º Si puede cesar el vínculo legal, aunque no haya dispensa o revocación; 7.^º De la excusa de la ley por epiqueya o equidad; 8.^º Cuándo es lícito usar de epiqueya, y 9.^º Caducidad de la ley por cesación de su causa. Los capítulos siguientes (1) estudian con gran detenimiento la dispensa de la ley, y los tres últimos (2) las causas, potestad, modo y efectos de la abrogación.

Dentro de un concepto amplio de *mudanza*, comprende el eximio jesuíta las alteraciones parciales *ab intrínseco* originadas por defecto de la materia, del fin o de la razón, en los casos de interpretación de la ley o de aplicación de la equidad, y el cambio total de aquélla por los mismos motivos, que él llama cesación, y asimismo las mudanzas *ab extrínseco* que tienen lugar por acto de potestad contraria en los supuestos de dispensa y abrogación de la ley.

Distingue, en primer término, variando un poco la clasificación de la glosa, la interpretación auténtica (por el mismo legislador, por su sucesor o por superior que tenga jurisdicción), la interpretación usual (por la costumbre, que se estudia separadamente en el capítulo VII del libro VII) y la interpretación doctrinal (por la ciencia y juicio de los prudentes). La interpretación por sentencia del Juez pasa a ser incluida en el estudio de la costumbre.

Para colegir el verdadero sentido y la fuerza vinculadora de la ley debe atenderse a sus palabras, a la mente del legislador y a la *ratio legis*. Respecto de las palabras ha de considerarse, en primer lugar, su significado propio, teniendo presente el uso común de todo el pueblo, y si se tratara de vocablos técnicos (usucapión, prescripción), su valor jurídico. Cuando las palabras tuviesen varios significados, se examinarán los antecedentes y consiguientes,

(1) Desde el X al XXIV inclusive.

(2) XXV-XXVII.

la materia, la *ratio* y otras circunstancias y se adoptará el más adecuado. La mente del legislador, entendida no en el sentido de voluntad puramente interna, sino en el de espíritu vivificador del precepto, tiene la primacía sobre el valor aislado y neto de las palabras, siempre que sea suficientemente conocida o pueda ponérse de relieve mediante conjeturas basadas en la materia de la ley, en la injusticia que pudiera derivar de la interpretación literal, en los resultados de la comparación con otras leyes y en la necesidad de concordar las vigentes. Por último, la razón de la ley (que no es la mente del legislador ni el texto mismo) tiene distinto valor, según se halle incorporada al precepto, en cuyo caso ocupa tras las palabras el primer puesto, o sea inducida por los intérpretes, en el cual se acerca más a una conjetura probable que a un juicio cierto.

Pero la interpretación de la ley no se detiene en la mera declaración de su inmediato sentido, sino que trasciende a los supuestos de extensión, restricción, excusa o cesación de la norma promulgada.

La extensión hermenéutica se desenvuelve en un cuádruple sentido: dentro del significado natural de las palabras (1), más allá del significado natural y dentro del técnico o civil (por uso o ficción) (2), fuera de ambos sentidos y con cierta violencia de las palabras, de su enlace o de su consignación por escrito (3) y, en fin, al amparo de la semejanza de casos o de la identidad de razón.

Pero la sola semejanza y aun la identidad de razón no permiten la extensión imprudente del precepto a casos en que ni la voluntad de la ley aparece de su texto, ni puede deducirse de su materia y circunstancias en que fué promulgada, y únicamente se debe abrir paso a la *extensión comprensiva*, atribuyendo a las palabras una significación menos propia, cuando la razón examinada sea necesaria y suficiente para justificar el mandato legal y el fin único que este mandato se propone conseguir. Aun a las leyes penales y correctoras puede aplicarse un criterio extensivo cuando es ne-

(1) Las leyes no odiosas se extienden a todos los casos comprendidos en ellas.

(2) Cuando se trata de leyes favorables.

(3) Si de otro modo la ley resultare inútil, injusta o absurda.

cesario para mantener la justicia del precepto o se halla en perfecta congruencia con la finalidad del mismo.

De un modo paralelo, puede interpretarse restrictivamente la ley para evitar la injusticia, la iniquidad o el absurdo o cuando la razón adecuada, intrínseca y expresada en el texto legal es menos trascendental que las palabras preceptivas, o, en fin, por la materia de que trata la ley o por su comparación con otra ley (1).

En estos capítulos el autor hace un supremo esfuerzo para condensar dentro de breves enunciados las discusiones, reglas, excepciones y limitaciones de los glosadores, teólogos y jurisperitos.

El capítulo VI del libro examinado entra de lleno en la cesación de la ley por epiqueya, como decía Aristóteles, o por equidad, según la palabra latina, y enfoca, con el criterio de Santo Tomás, Cayetano Soto, Escoto y Tiraquelo, la enmienda de la ley por benignidad del derecho, conforme indicaba Bártilo, o por el dulzor de la misericordia, según apuntaba el Panormitano, y principia por extender la excusa tanto a los preceptos negativos como a los positivos. Para ello no basta, sin embargo, que la razón de la ley cese *negativamente*; es decir, no alcance o no corresponda al caso aislado, sino que ha de cesar *contrariamente*, de modo que con el incumplimiento del precepto se evite un acto inicuo, una obligación por lo gravosa injusta, o un resultado notoriamente desproporcionado con la voluntad vinculante del legislador. Cuando el problema aparezca con evidencia, sea porque el legislador no puede ordenar lo claramente injusto, o porque el mandato, aunque de ser obedecido no resulte iniquidad, grave desmesuradamente al súbdito, la solución se obtiene fácilmente con el temperamento de la epiqueya; pero cuando existen dudas sobre la potestad del legislador para imponer tal precepto o sobre la desproporción entre el esfuerzo del resultado y la finalidad enfocada por la ley, entran en juego criterios variadísimos (probabilidad del juicio, respeto debido a la ley, estado de necesidad, posibilidad de acudir en consulta al superior, conflictos de la ley positiva con los más amplios ordenamientos del derecho natural) que el autor procura armonizar concediendo al hombre la facultad de obrar contra las palabras de

(1) Así resuelve las relaciones entre la ley general y los casos especiales, que Socino desenvolvía en 55 limitaciones.

la ley con arreglo a su conciencia, si hay peligro de pecado en la ejecución de aquélla, mientras que si no hay tal peligro ha de ajustarse, en los casos de duda sobre su obligatoriedad, es decir, si no tiene un juicio probable de excusa, al texto promulgado.

Frente a estos supuestos de excusa por razón de la persona o de las circunstancias especiales del caso, desarrolla el autor en el capítulo siguiente (IX) la caducidad total o parcial de la ley por cesación de la razón o fin de la misma, y vuelve a centrar la discusión sobre la mudanza, no meramente *negativa*, sino *contraria*, de la materia o características que hacen el cumplimiento de lo mandado injusto o torpe, imposible o difícil, inútil o vano respecto del bien común. Cuando esto resulta evidente, la ley puede dejar de ser observada, sin necesidad de revocación explícita. Pero ha de tenerse en cuenta que la razón legal es cosa distinta de la voluntad imperativa, que no todas las razones en que se apoya una ley van expresadas en su contenido y que el cumplimiento de la misma puede estar libre de pecado, ser recomendable, constituir un buen ejemplo y evitar el peligro de la excesiva indulgencia. En fin, existe una capital diferencia entre las leyes cuya materia es de suyo honesta (por ejemplo, las referentes a la oración, ayuno, etc.) y las que sancionan actos indiferentes (uso de armas, tasas, exportaciones); respecto de las primeras, el valor intrínseco del precepto sirve para mantener vigente la ley, aun cuando haya desaparecido el fin peculiar a que iba dirigida su promulgación, en tanto que las segundas pierden su valor cuando el acto ordenado, en sí indiferente, resulta ya inútil o inadecuado para la exclusiva finalidad perseguida.

En cuanto a la caducidad parcial de la ley, es necesario tener en cuenta si los varios mandamientos o miembros que contiene son o no separables e independientes: caso afirmativo, cesa la vigencia de unos y siguen vigentes los otros; caso negativo, habrá que ponderar las ventajas e inconvenientes del todo para resolver si la ley es nociva o provechosa.

La cesación *simpliciter* de la ley se apoyará en un defecto permanente, porque si la causa es sólo temporal, se provocará la suspensión, no la extinción de aquélla.

III

Antes de entrar en el estudio de la hermenéutica frente a los grandes códigos europeos, queremos dar una idea de los juicios violentos y de los apasionados ataques que contra la interpretación de la ley por Jueces y Abogados se formulaban en vísperas de la Revolución francesa, y para ello nos referiremos a un *tratado utilísimo* escrito por el célebre Muratori, tan conocido en la República de las Letras, como dice su traductor al castellano, bajo el título *Defectos de la Jurisprudencia* (1).

Ya en la primera página de la introducción arremete contra el texto de Ulpiano, que de memoria repetirán hoy la inmensa mayoría de los Letrados, con estas frases: «Ciencia de lo justo o injusto podrá ser que pase, sin embargo de que la práctica no parece se conforma siempre con semejante pretensión... Pero *¿conocimiento de las cosas divinas y humanas?* ¡Oh!, esto es ciertamente querernos excitar a risa...» Por más que los «Juris-consultos quieran hacer resonar las glorias de su magnífica profesión», el autor nos llama la atención sobre las confusiones, contiendas y desórdenes que advierte en los Tribunales. Las leyes «se hacen para evitar los pleitos, y éstos se han aumentado; debían, a lo menos, abreviarlos, y con todo se ve que no tienen fin. Todo esto dimana de que la sutileza, la malicia y prurito de los ingenios, o amantes de la novedad, o ansiosos de conseguir victoria en las causas, o, por último, deseosos de favorecer a alguno en la decisión, han suscitado infinitas cuestiones e inventado doctrinas y conclusiones opuestas...» El pobre que deba pleitear se apercibe muy bien de semejante plaga, pero los Doctores, «que conocen lo turbio y proceloso de estas aguas, no por eso se aflijan, antes bien se complacen en semejante revolución y tumulto, porque al paso que otros lloran, porque todo lo pierden o porque les cuesta muy caro lo que recobran o conservan, los Abo-

(1) Madrid, 1794, Ibarra. Pocos meses antes de morir el malogrado profesor de la Universidad Central, Sr. Pérez Bueno, me remitió un ejemplar con acotaciones que pondré de relieve.

gados, Procuradores y Jueces se enriquecen por este medio y aun ascienden a los primeros honores».

Tres clases hay de estudiosos que ejercen jurisdicción en el mundo: los Teólogos moralistas, los Médicos y los Juristas, y de ellos dependen, respectivamente, el alma, el cuerpo y la Hacienda de los hombres. En las tres profesiones se encuentran infinitas contradicciones y discordias; pero así como en la Medicina y en la Teología moral se puede desear, pero no esperar, una eficaz decisión de las controversias, podrían los soberanos purgar a la Jurisprudencia, si no de todos, por lo menos de un gran número de los defectos y opiniones que la afean.

La Ciencia legal tiene, en verdad, defectos intrínsecos a los cuales jamás se podrá aplicar eficaz remedio. El primero procede de las mismas leyes, que han de ser claras y explicar la mente del legislador. Cuantas más palabras se usan para redactarlas tanto suelen ser más oscuras y susceptibles de distintos sentidos. En segundo lugar, las leyes no pueden proveer a todos los casos, y de aquí las excepciones, limitaciones y variantes impuestas por las circunstancias. El tercer defecto surge por la necesidad de inquirir e interpretar la voluntad e intención de los hombres, sacándola de sus mismos hechos o palabras. El cuarto proviene de las flaquezas, caprichos y volubilidad de los Jueces. «En los casos claramente descifrados o prevenidos por los legisladores, aun cuando se originen leves motivos de dudas, se puede decir que la ley ha determinado o determina; pero cuando se presentan gravísimas dudas acerca de si los casos ventilados están o no comprendidos en la ley o sobre a cuál de las leyes debe referirse éste o aquél caso, entonces lo han de decidir los Jueces de su cabeza. Y si alguno no sabe lo que son las cabezas de los hombres, estúdielas y hallará que no son otra cosa que un emporio de opiniones, de presunción, de inconstancia, de debilidad y de errores.»

No tienen menor importancia los que el autor llama defectos extrínsecos de la Jurisprudencia. Con rápida mano traza el cuadro de la marcha de los comentarios, desde el Edicto Perpetuo a la Glosa, la multiplicación posterior de los alegatos, consultas y decisiones y la formación de la asombrosa biblioteca legal. «¿Cuál es el fruto de tantos libros o qué utilidad ha traído a esta Ciencia un montón tan excesivo de volúmenes?» «Hacer más difícil, en-

redada y escabrosa la Jurisprudencia y más inciertos y dudosos los juicios.» Para comprobarlo basta dar una ojeada al *Speculum Aureum*, del español Jerónimo Ceballos, que contraponiendo opiniones a opiniones llena cuatro tomos en poner de relieve la discordancia y presenta a la Jurisprudencia como un campo de batalla en que jamás se conoce quién ha de ser vencedor o quién vencido. «*In quanta caligine et obscuritate totum jus versetur, cum nulla sit opinio certa et verissima quaenon possit pluribus contrariis opinionibus et fundamentis contrariari.*»

Unanse a la multiplicidad de los textos legales las corrupciones, mutilaciones y depravaciones de los comentaristas y las oscilaciones de los Tribunales, Rotas y Senados y se encontrará justificada la afirmación de que «en el día apenas hay cosa alguna en el Foro que, ya por una o por otra parte, no esté sujeta a disputa y opinión».

El abundantísimo depósito de justicia era, según San Bernardo, un manantial fecundísimo de pleitos. «*Haec autem non tam leges* (decía refiriéndose a las de Justiniano) *quam lites sunt, et cavillationes subvertentes judicium.*» Si la Jurisprudencia es, en consecuencia, un jardín que, al contrario de los verdaderos, cuanto más se cultiva tanto más se llena de abrojos, ¿cuál podrá ser el remedio de sus abusos y males?

El primero, reducir la República legal «a aquellos mismos términos en que deseó el emperador Justiniano que quedase; es, a saber: limitando todo el estudio de los Abogados y los Jueces a sólo el texto de las leyes y desterrando la interminable turba de todos sus intérpretes, tratadistas y consultores». Laudable es la prohibición de citar en las alegaciones a Doctor alguno en las materias legales, como ya venían haciendo los Estados del occidente de Europa: *Melius Republica sine tot Doctoribus gubernaretur*, repite con nuestro compatriota Ceballos; pero no es bastante, ni tampoco Muratori se atreve a proponerlo, condenar «a las llamas o a las especierías muchas de las tareas de los pobres Juristas». Piensa que sería de mejores resultados que los soberanos, con el maduro consejo de los más doctos y sabios, resolvieran las cuestiones disputadas. Como decía nuestro Ceballos, por quien siente el autor cierta predilección: «*quae omnia optime providerentur, si omnes hae contrariae opiniones ad certam legem redigentur.*

rentur. Y a este fin examina las obras del Cardenal Tusco, del Sabelli, del Cardenal de Luca, de Antonio Falcó, Jerónimo Borja..., alude a la opinión de los que aconsejaban la promulgación de cuarenta fórmulas obligatorias de testamentos, o, por mejor decir, de sustituciones, y concluye por manifestar su deseo de un Código trabajado por cualquier sabio maestro, discutido luego por los más juiciosos y autorizado después por el principio.

En vano intenta Muratori en el capítulo siguiente centrar los remedios sobre la *indiferencia* de los Jueces, a quienes «debe desnudarse enteramente de todo deseo, amor y odio, temor o esperanza»; en vano propone como máximas trascendentales la obligación de seguir la opinión más probable y la de no destruir la justicia con el pretexto de la equidad; en vano vuelve más tarde sobre la larga duración, por no decir la eternidad de los pleitos, y sueña con un proceder «*summarie et de plano, sine strepitu et figura judicij, omnibus rejectis cavillationibus et sola facti veritate inspecta...*»; estas líneas directrices son demasiado vagas y hay que esperar el más eficaz remedio de la ley «*ut judices secundum scripta legem, juste judicent, non secundum arbitrium suum*».

«El soberano debe obligar a que se respeten y ejecuten sus leyes, y ha de evitar que forme otras nuevas el capricho de sus ministros con limitaciones y ampliaciones arbitrarias.»

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

ANÁELES

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.

Los créditos privilegiados sobre el buque^(*)

(*La Convención de Bruselas de 1926 y el nuevo Proyecto de Código Marítimo Italiano.*)

Una primera visión del Proyecto italiano, después de haber examinado las reglas que sobre privilegios e hipotecas navales se aprobaron en la Convención de Bruselas de 1926, pone claramente de manifiesto hasta qué punto se adoptan en aquél las referidas reglas. Y así, en el Real decreto-legge 6 Gennaio 1928 (1) se da (en el número segundo del artículo primero) pleno y completo reconocimiento a la Convención Internacional para la unificación de algunas reglas concernientes a los privilegios y a las hipotecas marítimas, firmada en Bruselas el 10 de Abril de 1926 (2).

(*) Para la mejor inteligencia de este trabajo, pueden verse los artículos 58º de nuestro Código mercantil y 35 y 36 de la de Hipoteca Naval, de 21 de Agosto de 1893.

(1) Número 2.528, en la *Gazzetta Ufficiale* del 26 de Septiembre, número 224, convertido en ley el 19 de Julio de 1929; número 1.638, *Gazzetta Ufficiale* del 26 de Septiembre de 1929, número 224.

(2) Esta es la causa de que con el Real decreto-ley de 5 de Julio de 1928, número 1.816 (convertido en ley el 31 de Diciembre de 1928, número 3.055), haya sido modificado el entonces vigente Código de Comercio con la derogación de los artículos que se referían a los créditos privilegiados e hipotecas navales, y en el cual se adoptan casi íntegramente las disposiciones de la Convención. Aparecen suprimidas las trece categorías del Código y sólo se admiten las cinco de la Convención; si bien, por lo que se refiere a las disposiciones sobre abordaje o por otros accidentes de la navegación y a las indemnizaciones correspondientes por lesiones corporales o pérdidas o averías en el cargamento, se debe advertir que adquirirán pleno vigor únicamente con la efectiva entrada en vigor de la Convención; es decir, cuando por parte de Italia se haya hecho precisamente la ratificación de la Convención.

Naturalmente, el Proyecto, base del Derecho Marítimo italiano del futuro, no podía por menos de seguir la orientación dada en el Real decreto-legge del 1928 (3); y así vemos que se suprinen en el Proyecto las trece categorías de créditos privilegiados admitidas en el Código de Comercio italiano (4) y se aceptan solamente las cinco establecidas por la Convención (5); pero hasta qué punto sea real esta disminución, es decir, hasta qué punto sea menor el número de

(3) El artículo 443 del Proyecto reproduce exactamente el artículo 2 de la Convención de Bruselas de 1926.

El artículo 444, aunque no es reproducción de ninguno de los aprobados en Bruselas, no contradice ni modifica para nada los acuerdos internacionales, desde el momento que se limita a determinar que *i privilegi estendono i loro effetti alle imbarcazioni, agli attrezzi, agli arredi, alle suppellettili et a tutte le altre cose costituenti dotazione della nave*; se limita, por consiguiente, a repetir algo ya sabido, cual es que los privilegios gravan, no solamente a la nave considerada en su individualidad, sino también a los diversos accesorios de la nave.

El artículo 445 reproduce el 4 de la Convención, y el artículo 446 no hace sino repetir lo dicho en el párrafo último del mismo artículo 4 de la Convención.

El artículo 447 del Proyecto es reproducción del 5 de la Convención, y a su vez el 448 lo es del 6. El artículo 449, aun permaneciendo fuera de los límites de las materias reguladas en la Convención de Bruselas, carece de interés doctrinal y no producirá consecuencias prácticas desde el momento que se limita a conceder a los giratarios, cesionarios o acreedores la facultad de hacer anotar en los registros de la Administración Marítima el giro, cesión o constitución de hipoteca ya transcrita y anotada.

El artículo 450 repite el primer párrafo del 11 de la Convención, y los 451, 452 y 453 son fiel reproducción de los artículos 10, 8 y 9, respectivamente, de la Convención de Bruselas.

En el artículo 454 se utiliza la facultad concedida a las legislaciones nacionales por el artículo 9 de la Convención para establecer otras causas de extinción de los privilegios además de las previstas en Bruselas.

Los artículos 455 (liberación de la nave), 456 (instancia de venta en subasta de la nave y términos) y 457 (obtención de la propiedad de la nave) permanecen fuera de la Convención. Finalmente, el artículo 458 es reproducción del 7, y el 459 lo es a su vez del artículo 13 de la Convención.

Puede, pues, afirmarse que el Proyecto italiano, más que seguir las huellas del texto definitivamente aprobado por la Convención de Bruselas, se limita, simplemente, a hacer una traducción de las normas que en él fueron establecidas.

(4) Ya vimos en la nota 1 cómo esto no es derecho vigente en Italia en la actualidad.

(5) En realidad en esos cinco pueden encontrarse, como veremos, casi la totalidad de los que en el Código italiano aparecían distribuidos en trece números.

privilegios existentes en el Proyecto, con relación a los establecidos en el Código, es algo de lo que inmediatamente nos queremos ocupar.

LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS EN EL CÓDIGO Y EN EL PROYECTO

Puede afirmarse decididamente que el nuevo Proyecto de Código Marítimo italiano no disminuye (o al menos no introduce disminuciones de gran importancia) el número de los créditos privilegiados admitidos en el primitivo artículo 675 del Código de Comercio; si el propósito del legislador italiano era sancionar las reglas de Bruselas y obtener así aquella reducción, no ha ciertamente conseguido su propósito, como, por otra parte, tampoco lo ha conseguido la misma Convención de Bruselas.

No ha hecho otra cosa que reunir en cinco números los créditos privilegiados que anteriormente se encontraban más ampliamente distribuidos; y también es preciso hacer notar que si bien ha suprimido alguno de los privilegios existentes, también ha añadido algunos a aquellos que se encontraban sancionados en la precedente legislación.

Así vemos que, en el número 1 del artículo 443 del nuevo Proyecto se recogen los créditos que en el Código se encontraban en los números 1, 2, 3 y 4 del artículo 675; y que en el mismo número 1 del artículo 443 del Proyecto pueden ser comprendidos sin dificultad los privilegios indicados en los números 5 y 6 del indicado artículo del Código, ya que la terminología empleada en el Proyecto es mucho más susceptible de aplicación por extensión que la empleada en el Código, en el cual solamente se podían defender los créditos privilegiados expresamente mencionados como tales.

En el número 2 del artículo 443 del Proyecto se indican los mismos créditos que en el número 7 del artículo 675; pero se hace con un alcance mayor aún que el mismo del Código.

En el número 3 del artículo 443 del Proyecto se reproduce el 8 del artículo 675 del Código, con la particularidad que mientras éste habla solamente de las «sumas debidas por contribución a las averías comunes», el Proyecto se refiere a las «remuneraciones debidas por salvamento y asistencia y la contribución de la nave a las averías comunes».

El número 11 del Código viene a constituir el último párrafo del número 4 del Proyecto, y en éste se trata de las «indemnizaciones por pérdida o avería de la carga o de los equipajes»; bien entendido que mientras en el Código esas indemnizaciones eran privilegiadas únicamente en los casos en que las pérdidas o averías hubieren sobrevenido por culpa del Capitán o de la tripulación, en el Proyecto no se alude para nada a este elemento causal.

Finalmente, el número 5 del artículo 443 del Proyecto puede considerarse, y así es efectivamente, como una reproducción del número 9 del 675 del Código.

Por consiguiente, después de tal examen nos encontramos con que únicamente los créditos privilegiados mencionados en los números 10, 12 y 13 del artículo 675 del Código de Comercio no encuentran su puesto entre las normas correlativas del Proyecto a cuyo examen dedicamos el contenido de estas notas. Ahora bien: para lo que se refiere a los créditos mencionados en el número 13, es decir, para el préstamo a la gruesa y para aquellos otros en que la nave ha sido dada *in pegno*, no es de interés su conservación en el artículo 443 del Proyecto; para aquél, porque puede considerarse abolido de hecho su empleo en el comercio marítimo; para los segundos, porque la hipoteca naval (ésta es la traducción que hay que hacer de la expresión italiana *in pegno*, si bien, literalmente, su valor es muy otro en nuestra terminología jurídica) encuentra su propia organización en otros títulos del Proyecto, y por consiguiente no se puede dudar de su subsistencia.

Por lo que hace referencia a los créditos mencionados en el artículo 675, número 10, del Código, no tienen necesidad de ser expresamente recogidos en el Proyecto para gozar de la cualidad de privilegiados; ciertamente, nada es tan fácil a los aseguradores como descontar sobre la indemnización de seguro las primas debidas. Por consiguiente, aunque de un superficial y rápido examen del Proyecto parezca deducirse lo contrario, únicamente los créditos correspondientes al vendedor por el precio de la nave todavía debido han perdido su cualidad de privilegiados en el nuevo Proyecto. Por otra parte, en el Proyecto se atribuye esa cualidad a créditos que en el Código carecían de ella: son los mencionados en el párrafo primero del número 4 de su artículo 443; aquellos que corresponden a las indemnizaciones por abordaje u otros ac-

incidentes de la navegación, por daños a las obras de los puertos y vías navegables, y, finalmente, las indemnizaciones por lesiones corporales a los pasajeros o a los individuos de la tripulación.

Por todo lo expuesto puede afirmarse que el Proyecto no solamente no disminuye en gran cantidad el número de los privilegios anteriormente existentes, sino que incluso llega a añadir a ellos algunos créditos que en el Código no gozaban de la cualidad de privilegiados.

JUSTIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS

La diversidad de la naturaleza de los créditos privilegiados reunidos en un mismo número del Proyecto hacen imposible un examen totalitario de cada uno de estos números. Por otra parte, no estimamos indispensable hacer una clasificación de los créditos privilegiados para discurrir sobre la necesidad o utilidad de que la Ley les conceda preferencia; por esto nos limitaremos a buscar los motivos, las razones que originan la concesión del privilegio a cada uno de los créditos, siguiendo el mismo orden que emplea el Proyecto para su enumeración.

4) Gastos de justicia debidos al Estado y gastos hechos en interés común de los acreedores para la conservación de la nave o para llegar a su venta y a la distribución del precio.

Son estos créditos los primeros mencionados (6) por el artículo 443 en su número primero, y lo son como aceptación en el Derecho Mercantil de las normas de Derecho común más generalmente admitidas; efectivamente, sería difícil encontrar una legislación en la cual los gastos de justicia hechos en interés de los acreedores no tuvieran la condición de privilegiados (7), y todas

(6) Exactísima la posición del profesor portugués Cunha Gonçalves, cuando afirma que este crédito *nao é propriamente um privilegio especial ou geral; é um credito «hors concours» pago sempre em primeiro lugar.* (*Comentário ao Código comercial português*. Vol. III, pág. 304. Livraria Ferin. Lisboa, 1922.)

(7) Por lo que se refiere a la legislación italiana, nos encontramos con que el artículo 1.956 del Código civil establece este privilegio.

las razones que sirven para justificar la concesión de este privilegio en Derecho común actúan con la misma fuerza en la materia de que nos ocupamos, y los argumentos a actuar serán los mismos tanto en unas como en otras relaciones jurídicas. El privilegio de que se trata se basa en la equidad; en la idea de que es justo, ante todo, reembolsar al acreedor o acreedores de los gastos realizados en interés común de todos (8). Y la utilidad de tal actuación debe venir determinada en función de la medida en que ha contribuido a la conservación de la garantía común; aquellos gastos que han cooperado a la referida conservación de la garantía de todos los créditos, desde el momento que eran necesarios para la subsistencia de la fortuna de mar en condiciones propicias para que los acreedores puedan ser sobre ella pagados, deben indudablemente considerarse como privilegiados. Naturalmente, este grupo se limitará a los gastos hechos en interés de la totalidad de los acreedores y no podrán incluirse en él aquellos otros hechos en atención al interés personal de cada acreedor; estos gastos a que acabamos de referirnos, todo lo más se adjuntarán al crédito al cual han favorecido y se ordenarán en su mismo rango (9). Es preciso añadir, como advierte Brunetti (10), y fué ya hecho notar por Chironi (11), que este criterio de utilidad existe no para los acreedores con una garantía particular, sino para aquellos otros protegidos por una garantía general, que encuentra su origen en una obligación preexistente; así, por ejemplo, no existe para los acreedores que tengan una garantía hipotecaria (12).

(8) *Ils sont faits (los gastos de justicia) pour l'intérêt commun des créanciers; il est par conséquent juste que tous y contribuent: celui qui les a avancés, doit donc et être remboursé avant tout.* (Boulay-Paty: *Cours de droit commercial maritime*. Rennes, 1821. Vol. I, pág. 112.)

(9) Así también Ripert, en *Droit maritime*. Arthur Rousseau, ed. París, 1913. Núm. 1.022, pág. 804.

(10) Ved Brunetti: *Diritto marittimo privato italiano*. U. T. E. T. Torino, 1929. Vol. I. Núm. 164, pág. 539.

(11) Véase Chironi: *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*. 2.^a ed. Torino, 1912. Vol. I. Núm. 80, pág. 171.

(12) *L'utilità consiste nella conservazione della garanzia generale, e siccome questa interessa quei creditori che sono privi di garanzia particolare, così di regola l'utilità non esiste per i creditori rispetto ai quali la garanzia sia concretata nell'ipoteca; esiste per quelli che hanno soltanto la garanzia generale derivante dall'obbligazione.* (Brunetti, ob. cit. Núm. 164, pág. 539.)

En el Proyecto italiano ha dejado de existir un inconveniente que se presentaba en el Código francés: nos referimos a la dicción del artículo 191, número 1.º, que a las palabras «*frais de justice*» añade «*et autres*». Esto es demasiado indeterminado para una materia tan delicada como los créditos privilegiados, y las opiniones acerca de cuáles créditos debían considerarse indicados con las palabras «*et autres*» no han sido unánimes. Así, en tanto existen tratadistas que estiman que se refieren siempre a gastos de justicia (comprendiendo aquí los extraordinarios derivados de incidentes procesales) (13), otros afirman que estas palabras aluden a los gastos que debe hacer el adjudicatario de la nave para alcanzar la libre disposición de la misma; así, por ejemplo, las sumas debidas a la Caja de inválidos de la Marina, los derechos de nacionalidad, los gastos de registro, etc. (14).

Parece más justa la primera opinión, ya que debe tratarse siempre de gastos realizados en interés común de los acreedores todos, y los indicados en el segundo grupo son hechos por el adjudicatario de la nave en su propio interés personal y, por consiguiente, no se aprecia claramente la razón de que sean considerados como privilegiados (15).

B) Los derechos de anclaje, de puerto y las demás tasas e impuestos públicos de la misma especie.

C) Los gastos de práctico de puerto y los de custodia y conservación después de la entrada de la nave en el último puerto.

Nos encontramos frente a gastos de conservación; son necesarios

(13) Así, entre otros, Boistel: *Précis de droit commercial*. 2.ª ed. París, 1878. Núm. 1.125, pág. 831; De Valroger: *Droit maritime. Comment. théor.-prat. du L. II du C. de Comm.* París, 1883-1886. Vol. I, núm. 17; Desjardins: *Traité du droit commercial maritime*. París, 1878-1882. Vol. I, núm. 107; Laurin, sobre Crep: *Cours de droit maritime annoté*. 1876-1882. Vol. I, pág. 92; Lyon-Caen et Renault: *Précis de droit commercial*. París, 1885, núm. 2.452, pág. 532.

(14) Así Bedarride: *Droit commercial. Commentaire du Code de commerce*. París, 1859-1875. Vol. I, núms. 56-73; Demangeat, sobre Bravard: *Manuel de droit commercial*. París, 1875. Vol. IV, pág. 35.

(15) Véase Lyon-Caen et Renault, ob. cit., pág. 533, nota segunda.

rios para la conservación de la nave en buenas condiciones y, por consiguiente (por ser ésta el centro y la parte más importante de la fortuna de mar), para hacer subsistir lo más íntegramente posible la garantía común de los acreedores.

Los gastos de práctico, anclaje, puerto y similares deben llevarse a cabo en atención a la utilidad o, mejor dicho, a la indispensabilidad de los mismos para colocar en seguro el buque; son gastos absolutamente indispensables para poder llegar a la venta de la nave y, por tanto, para que los acreedores puedan ver satisfechos sus legítimos y privilegiados derechos. Y como, por otra parte, es necesario que estos gastos sean pagados para poder utilizar la nave según su propio destino y aprovechan a todos los acreedores, es lógico que por todos sean soportados; de ahí su carácter de privilegiados. Además se debe añadir, como justamente recuerda Boulay-Paty, que éstos son derechos debidos al Estado, los cuales deben colocarse entre los privilegiados (16). Y es preciso no olvidar tampoco que, como dice Brunetti (17), este privilegio es solamente aplicable a los gastos hechos en el puerto donde la nave va a ser vendida y precisamente para los originados por su último viaje, y no para los de viajes precedentes.

En relación con los gastos de práctico se encuentran los gastos derivantes del contrato de remolque, y es ciertamente justo que tengan el mismo tratamiento de los primeros (18); pero, de todas maneras, el carácter restringido de los privilegios prohíbe esta

(16) *Ce sont là des droits dus au Gouvernement, lesquels, constituant une branche des revenus publics, doivent être colloqués avant les créanciers particulières.* (Ved Proceso verbal del 7 de Julio de 1807, núm. 14.) Boulay-Paty, ob. cit., vol. I, pág. 112.

(17) *In armonia agli scopi che il privilegio si propone esso sarebbe invocabile per le spese fatte per mettere la nave al sicuro nel porto in cui deve essere venduta, e non per le spese della stessa natura incontrate nelle traversate precedenti, sia nello stesso porto come in altri nei quali la nave abbia soggiornato; giacchè in nessun caso i privilegi dei viaggi precedenti possono cumularsi sulla nave a detrimento dei terzi.* (Brunetti, ob. cit., núm. 164, pág. 542.) En el mismo sentido, Próspero Ascoli: *Del commercio marítimo e della navigazione.* Volumen VIII del *Codice di commercio commentato.* (Leone Bolaffio y Cesare Vivante. 5.^a ed., núm. 1.241, pág. 957.)

(18) Así ha hecho la ley belga del 21 de Agosto de 1879, en el núm. 2.^o de su artículo 4.^o

extensión, que aun justificada por razones de identidad de la naturaleza de ambos gastos, no encuentra en la letra de la Ley su punto de apoyo. Son justas las palabras de Lyon-Caen (19) cuando escribe: *On ne peut, dans le silence de la loi, déclarer cest droits privilégiés.*

Para lo que se refiere a los gastos de custodia y de conservación se presenta un primer problema, y es éste: si cuando el Proyecto habla de «gastos de custodia y conservación después de la entrada de la nave en el último puerto» se refiere solamente a los gastos de custodia y conservación propiamente de la nave, de la entidad buque, o si se quiere también aludir a los de sus aparejos, pertrechos y especialmente al alquiler de los almacenes donde éstos sean conservados.

Parece que el proyecto quiere referirse a todos estos gastos que acabamos de indicar, y no estimamos que con esta interpretación se haga una extensión ilícita de lo estrictamente dispuesto por la Ley. Su misma redacción nos autoriza a considerar entre los privilegiados los gastos de custodia de los aparejos y pertrechos, ya que, efectivamente, leyendo con atención y escrupulosidad la ley, se llega a ese convencimiento desde el momento que dice textualmente «gastos de custodia y de conservación después de la entrada de la nave en el último puerto», y aquí no se pueden entender gastos limitados solamente a la nave, sino gastos referidos a todos los bienes que forman la garantía común; y parte de esta garantía son los aparejos y pertrechos, que indudablemente tienen su valor, y a veces no pequeño.

En apoyo de nuestra posición viene también la Corte de Apelación de Génova (20), que ha declarado que los gastos de conservación (*manutenzione*) se limitan a los necesarios para las reparaciones necesarias a la nave, a sus aparejos y pertrechos, y no se extiende a la reposición de aquellos que por encontrarse estropeados deben ser sustituidos. Por consiguiente, está claro que, según la interpretación de la jurisprudencia, entre los créditos privilegiados deben ser considerados aquellos créditos nacidos para

(19) Véase ob. cit., núm. 2.453, pág. 533.

(20) Corte de Apelación de Génova, sentencia de 11 de Junio de 1878, en *Foro italiano*, repertorio 1878, vocablo «Nave», núms. 56 y 57.

proveer a la conservación y custodia de los aparejos y pertrechos.

Otra cosa sería si el Proyecto hablase de «gastos de conservación y de custodia de la nave después de su entrada en el último puerto». Entonces nuestra interpretación sería ilícita por aplicación extensiva de la Ley, ya que, en tal caso, la Ley se habría referido solamente a la conservación y custodia de la nave y nada más, y, como consecuencia, el alquiler de los almacenes donde se conservasen los aparejos y pertrechos no adquiriría el rango de privilegiado. Pero, dado que no es así, estimamos nuestra interpretación perfectamente justa y de acuerdo con el pensamiento del Proyecto.

Debemos finalmente destacar que, según la interpretación de la Corte de Casación de Florencia (21), entre los créditos privilegiados que aquí estudiamos deben incluirse solamente los limitados y no de gran volumen, gastos necesarios para la conservación y custodia de la nave y de sus aparejos y pertrechos después del último viaje, pero no aquellos otros gastos que encuentran su origen en reparaciones o trabajos de restauración. En sentido contrario, la Corte de Apelación de Génova (22) declara que en este grupo de créditos privilegiados deben incluirse, además de los originados por la conservación de la nave, aquellos otros necesarios para reponer a la nave misma en estado de volver a emprender la navegación comercial.

La necesidad de ciertos gastos de conservación de la nave es indudable; los buques, incluso cuando permanecen inactivos siempre en el mismo puerto, tienen con una cierta frecuencia necesidad de cuidados sin los cuales su valor intrínseco experimentaría seguras y a veces importantes disminuciones; esos gastos son nece-

(21) Corte de Casación de Florencia, en sentencia de 16 de Enero de 1905 (en *Foro italiano*; 1905, pág. 363), abogados Rolandi-Ricci, Tabet y Carmi. En confirmación de la sentencia de la Corte de Apelación de Lucca de 29 de Mayo de 1903 (*Foro italiano*, repertorio 1903, vocablo «Nave», núm. 16).

(22) Corte de Apelación de Génova, audiencia de 21 de Enero de 1924 (*Foro italiano*, 1924, vol. XLIX, I, pág. 278), dice así: «Los gastos de conservación (*manutenzione*) de la nave después de su último viaje y la entrada en el puerto, para los cuales se concede privilegio en atención al núm. 4º del art. 675 del Código de Comercio, no son únicamente los necesarios para conservar a la nave en el estado en que se encontraba a su entrada en el puerto, sino también aquellos que hayan sido necesarios para poner a la nave misma en condiciones de reemprender la navegación.»

sarios para poder llegar a conseguir buenas condiciones de venta de la nave, y esto aprovecha a los acreedores, que tendrán así una mejor garantía y, de consiguiente, es justo que sus derechos sean pospuestos a los que nacieron en la satisfacción de los gastos de conservación.

Frecuentemente, cuando la nave se encuentra resguardada en un puerto, se coloca algún vigilante a bordo para evitar posibles hurtos y daños. Naturalmente, el crédito del guarda de la nave será privilegiado, y no solamente porque se trata de un gasto de conservación de la nave, sino también porque ese guarda, que lo es en virtud de un contrato de servicio, puede considerarse incluido entre los acreedores cuyos privilegios examinaremos seguidamente bajo la letra D (23).

D) Los créditos resultantes del contrato de enrolamiento del Capitán, de la tripulación y de las demás personas empleadas a bordo.

E) Los créditos por las sumas anticipadas por la administración de la Marina mercante y por su cuenta por las autoridades consulares en los términos fijados por la Ley, para el mantenimiento y repatriación de las personas pertenecientes a las tripulaciones de naves de comercio.

Si existe algún crédito que ni puede ni debe ser discutido ; si existe un crédito que debe considerarse sin ninguna duda privilegiado, es precisamente el que corresponde al Capitán y a la tripulación en consecuencia a su contrato de enrolamiento ; es decir, de trabajo. Son tantas y de una relevancia tan neta las razones que informan estos créditos, que nunca se les ha discutido la cualidad de privilegiados, cualidad que, por otra parte, reconocen y sancionan todas las legislaciones.

Ya la *Ordonnance* francesa reconocía como privilegiado el crédito de que nos ocupamos. Y no sólo esto ; lo consideraba, quizás justamente, como el crédito privilegiado de primer rango, dando

(23) Así Boulay-Paty, cuando afirma : *D'un autre côté, les gages du gardeien ne sont que des salaires de gens de service.* (Ob. cit., vol. I, pág. 113.)

preferencia al Capitán y a la tripulación para el cobro de sus salarios, sobre todos los demás acreedores de la nave. Fué Valin (24) quien admitió a otros créditos como privilegiados, incluso respecto a los correspondientes al Capitán y a la tripulación; fueron los créditos que ya hemos tomado en consideración y que también en el Proyecto italiano continúan gozando de preferencia.

La causa de este tratamiento distinto del sancionado en la Ordenanza francesa se debe buscar en el hecho de que también el Capitán y la tripulación han sido beneficiados por aquellos gastos que se hicieron posteriormente al nacimiento de sus respectivos créditos, y, como consecuencia, han cooperado a conservar su garantía y a hacer posible el ejercicio de sus derechos para el cobro de sus salarios devengados y no pagados (25).

Una primera razón de tipo moral encuentra su lugar entre aquellas sobre las que se apoyan los defensores de la cualidad de privilegiados de estos créditos; no hay nada más digno de ser respetado como el fruto del trabajo honesto, mas aún cuando se trata de gente modesta que vive de su propio trabajo y que en él encuentra exclusivamente las fuentes de sus ingresos.

Pero no es ésta la única razón (ya suficiente por sí) que se puede aducir; existe también el hecho de que los cuidados del Capitán y de la tripulación, dado que ha sido uno de los factores más importantes para la conservación de la nave durante el viaje, han hecho posible que los demás acreedores puedan contar con el valor del buque como garantía de sus créditos respectivos.

Un problema que en las legislaciones se ha presentado frecuentemente (26) es el de determinar, en relación a los créditos del Capitán y de la tripulación, el concepto del *último viaje* (27). Efec-

(24) Valin: *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681*. París, 1760-1776. (Citado por Lyon-Caen y Renault, ob. cit., página 536, nota 1.)

(25) Así exactamente Boistel, en *Précis de droit commercial*. 2.^a ed. París, 1878, núm. 1.130, pág. 833.

(26) Existe todavía en el Código italiano, cuando el correspondiente artículo 675 menciona en su número 7.^o los *salari emolumenti et indeunita dovute.. per l'ultimo viaggio*.

(27) Según la interpretación de la jurisprudencia italiana, por «viaje» debe entenderse todo el período referido en el contrato de fletamento, y que se cierra

tivamente, las leyes se refieren en sus artículos al último viaje como a un elemento útil para contribuir a la determinación de los créditos correspondientes a la tripulación, y así han originado un lógico movimiento doctrinal que niega la cualidad de privilegiados a los créditos nacidos en viajes precedentes. Entre otros autores encontramos que Pardessus (28) sostiene decididamente que el privilegio de los tripulantes es únicamente para aquellos emolumentos debidos en atención al último viaje, y que los correspondientes a viajes precedentes deben ser considerados como créditos comunes quirografarios (29).

Pero este problema no existe en el actual Proyecto italiano. Este Proyecto no alude para nada al último viaje; menciona solamente el contrato de enrolamiento (30), y así, será éste el único medio útil a determinar la cuantía del crédito. Suprimir el obstáculo que representaban las palabras «último viaje», evitar con decisión que existieran dos elementos diversos dispuestos a influir en la determinación de los créditos correspondientes al Capitán y a la tripulación (último viaje y contrato de enrolamiento) es una innovación suficientemente importante y suficientemente acertada, para ser destacada y merecer una especial mención.

con la vuelta al puerto de partida, o también con el término de un fletamiento para iniciar otro sucesivo. Así, el Tribunal de Nápoles (12 de Junio de 1933, *Foro italiano*, 1933, vol. LVIII, parte I, pág. 1.287).

(28) J. M. Pardessus: *Cours de droit commercial*. 6.^a ed., parte IV del vol. II.

(29) Sobre lo que según el Código de Comercio italiano debe entenderse por «último viaje», a los efectos del privilegio concedido a los salarios del Capitán y de la tripulación, y sobre el momento en que ese privilegio debe considerarse cesa, Ascoli dice: *Di regola, nei rapporti coll'equipaggio, il viaggio della nave è definito dal contratto di arruolamento e trova quindi il suo principio nel giorno dell'imbarco per terminare con quello dello sbarco* (así también Apelación de Génova de 13 de Mayo de 1890, en *Temi genovesi*, año 1890, página 403). *Per «ultimo viaggio», agli effetti della misura del privilegio spettante al Capitano ed alle altre persone dell'equipaggio, si deve intendere il complesso delle traversate che la nave fà dopo la sua uscita dal porto di armamento fino alla sua entrata nel porto di disarmo, ammenochè non resti disarmata per un caso di forza maggiore prima del suo ritorno, nel qual caso, come si sospettano i salari, così cessa il privilegio da cui sono garantiti.* (Ascoli: *Del commercio marittimo e della navigazione*. 4.^a ed. Torino, 1915, núm. 1.247, pág. 693.)

(30) También el art. 446 del Proyecto italiano nos ayuda a sostener nuestra posición.

En relación a este grupo de créditos es interesante la declaración de la Corte de Apelación de Génova (31), que dice: «Los salarios de los marineros relativos al último viaje de la nave que gozan de privilegio en atención al artículo 675 número 7 del Código de Comercio, son no solamente aquellos debidos al ingreso de la nave en el puerto, sino también los otros sucesivos hasta que la nave haya sido desarmada y la tripulación licenciada y desembarcada.

Para lo que se refiere a los gastos de manutención (32) y repatriación de los individuos pertenecientes a las tripulaciones de buques mercantes, es preciso constar que se trata de créditos privilegiados por la misma razón que lo son aquellos otros pertenecientes a las indicadas personas, según los términos de su contrato de enrolamiento. Existe únicamente un intermediario entre el naviero y la tripulación (la administración pública), que no modifica para nada la íntima naturaleza del crédito. Esos gastos de manutención y repatriación deben ser satisfechos, y no importa sean debidos a uno u a otro titular; el crédito será siempre privilegiado cualquiera que sea su titular activo.

En este sentido la Corte de Génova, en sentencia de 5 de Junio de 1925 (*Foro italiano*, rep. 1925; voz «Nave», número 42) y el Tribunal de Génova, en sentencia de 21 de Mayo de 1925 (*Foro italiano*, rep. 1925; voz «Nave», número 25). Contrariamente se manifiesta la Corte de Casación del Reino (33), que declara que «en caso de naufragio, si el propietario de la nave ha declarado

(31) Corte de Apelación de Génova de 21 de Enero de 1924 (*Foro italiano*, vol. XLIX, 1924, pág. 279). En sentido contrario, la misma Corte de Apelación de Génova, de 18 de Diciembre de 1886 (*Foro italiano*, repertorio de 1886, vocabulario «Nave», núm. 53).

(32) Dignas de mencionarse son las palabras de la Corte de Casación del Reino, de 14 de Enero de 1929, que dice así: *Il dispoto dell'art. 543 cod. comm. per il quale le persone dell'equipaggio hanno diritto di essere mantenute a bordo finchè siano interamente pagate dei loro salari e della parte di profitto ad esse dovuta, si applica anche se il contratto di arruolamento abbia avuto termine; e nel caso che la nave passi in disarmo, per essere demolita, tale obbligo deve essere soddisfatto mediante la corresponsione del vito in danaro.* (*Foro italiano*, 1929, vol. LIV, parte I, pág. 454.)

(33) Corte de Casación del Reino, sección segunda de lo civil, sentencia de 11 de Enero de 1927 (*Foro italiano*, 1927, vol. LII, parte I, pág. 517).

abandonar a los acreedores la nave y los fletes, no está obligado a reembolsar al Estado los gastos de asistencia y repatriación de la tripulación, aun en el caso en que en el contrato de enrolamiento se haya obligado a pagar a la tripulación el salario entero hasta el día de llegada al puerto de enrole» (34).

ANTONIO BOUTHELIER ESPASA,

Doctor en Derecho.

(Continuará.)

(34) *L'abbandono della nave che esclude l'obbligazione del proprietario e dell'armatore per le spese di rimpatrio e di nutrimento dell'equipaggio in caso di naufragio, è soltanto l'abbandono ai creditori e non anche quello agli assicuratori.* (Corte de Casación del Reino, sección primera de lo civil, sentencia de 4 de Abril de 1927. *Foro italiano*; 1927, vol. LII, parte I, pág. 609.) Igualmente la sentencia de la Corte de Casación del Reino, de 16 de Enero de 1928 (*Foro italiano*; 1928, vol. LIII, parte I, pág. 479).

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.—Desuento 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 de la Dirección general de los Registros y del Notariado

ADJUDICACIÓN EN PAGO DE CRÉDITOS. EL HEREDERO A QUIEN SE ENCONTRADA EL PAGO DE DEUDAS Y SE LE FACULTA EN TESTAMENTO PARA VENDER, PERMUTAR, HIPOTECAR Y, EN CUALQUIER OTRO MODO, GRAVAR, POR ACTOS INTERVIVOS, LOS BIENES DE LA HERENCIA, ESTÁ TAMBIÉN AUTORIZADO PARA ADJUDICAR EN PAGO DE DEUDAS, TODA VEZ QUE LA ESENCIA Y FINALIDAD DE ESTE ÚLTIMO CONTRATO ES LA DE CONSTITUIR UNA MODO DE PAGO CON ENTREGA DE PROPIEDAD, O SEA UNA ENAJENACIÓN A TÍTULO ONEROSO, QUE EL TRIBUNAL SUPREMO CALIFICA DE VERDADERA VENTA.

Resolución de 13 Diciembre 1934. (Gaceta de 10 Enero 1935.)

Al fallecer una señora instituyó, en testamento otorgado ante el Notario de Estella, D. Jesús de Otañes y Aguiriano, como su único y universal heredero, y de su marido ya fallecido, al hijo de ambos, D. Simeón Lizárraga y Goñi, ordenándole el pronto pago de las deudas de la casa, y facultándole para vender, permutar, hipotecar y, en cualquier otro modo, gravar, por actos intervivos, los bienes de ambas herencias.

Dicho heredero, en escritura otorgada ante el Notario del mismo Estella, D. Vicente Lanz y Toledo, adjudica en pago de deudas a otra persona cinco fincas, inscritas las dos primeras y adquiridas por compra a un Hospital de Estella, careciendo las otras tres de inscripción y procedentes de la herencia de su madre, la testadora dicha.

El Registrador de la Propiedad de Estella denegó la inscripción por entender que el heredero transmitente carecía de facultades «para adjudicarlas en pago de deudas, concepto jurídico análogo, pero distinto a los de venta y permuta, formas únicas de enajenación que aquél, aparte de la facultad de gravar sin limitación, tiene, según el testamento». Suspende la inscripción de las tres últimas fincas por falta de previa.

Confirma el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador en cuanto al primer extremo—único que se discutió—y la Dirección general revoca el auto apelado al declarar que la escritura calificada no adolece del defecto señalado, con los siguientes considerandos :

Por no haber sido impugnado el segundo de los defectos señalados por el Registrador en su nota, la resolución ha de limitarse a declarar si el heredero facultado «plenamente para vender, permutar, hipotecar y en cualquier otro modo gravar» por actos intervivos los bienes que constituyen el haber hereditario y a quien en el mismo testamento se encomienda la satisfacción de deudas y obligaciones, se halla igualmente autorizado para adjudicarlos en pago de créditos ; sin entrar en el examen del problema—que no ha sido objeto de discusión—de la eficacia que deba atribuirse al ejercicio del retracto convencional fuera de los plazos establecidos en el artículo 1.508 del Código civil.

Conforme expresa la Resolución de 10 de Agosto de 1918, la adjudicación de inmuebles en pago de deudas, bien entraña una novedad por cambio de objeto con ejecución inmediata de la prestación novatoria o suponga un permiso concedido por el acreedor al deudor para que éste se libere mediante la entrega de un equivalente, su esencia y finalidad es la de constituir una modalidad de pago con transferencia de propiedad y, en suma, una enajenación a título oneroso.

Las afinidades existentes entre la compraventa y la dación en pago, manifestadas ya en el Derecho romano, han tenido consagración legal en diversos artículos del Código civil y reconocimiento expreso en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 1881, que califica la adjudicación en pago de *verdadera venta*, y en distintas Resoluciones de este Centro que la conceptúan como acto de enajenación, que precisa, caso de existir interesado algún

menor de edad, del cumplimiento de las formalidades exigidas por la Ley para la venta de bienes de menores.

Admitida la afinidad de los mencionados contratos derivada de su naturaleza esencial, tal analogía, como cualidad objetiva, habrá de manifestarse y deberá tenerse en cuenta cualquiera que sea el título—intervivos o mortis causa—por el que haya ingresado el inmueble adjudicado en el patrimonio del adjudicante, o el carácter o representación con que éste actúe.

Por último, en el testamento otorgado en 1.º de Enero de 1919, doña Prudencia Goñi ordenó expresamente al heredero el «pago de las deudas y obligaciones de la casa», con lo cual afirmó la facultad de éste para llevar a cabo la operación realizada, toda vez que la limitación que le fué impuesta de instituir en los bienes que quedaren a su fallecimiento a uno de sus hijos o hijas, nietos de la testadora, constituye, no una sustitución fideicomisaria, sino un fideicomiso de *ex-equo superierit*, que no priva al primer instituido del poder de disposición intervivos sobre los bienes hereditarios.

* * *

En el primer considerando indica la Dirección que, por no haber sido objeto de discusión, no entra en el examen de la eficacia que deba atribuirse al ejercicio de la acción de retracto convencional después de los plazos de cuatro años a falta de pacto y el maximum de diez que señala el Código civil en su artículo 1.508. Se refiere, sin duda, al contenido del artículo siguiente, que preceptúa que si el vendedor no cumple lo prescrito en el 1.518—devolución de precio y gastos—el comprador adquiere el dominio irrevocable de lo vendido.

Obedece dicha indicación a que el Registrador, en su segundo informe, alega que las dos primeras fincas de la escritura calificada fueron vendidas el año 1904, con pacto de retro por dos años, por la causante, madre del ahora vendedor, doña Prudencia Goñi a doña Filomena Aldaz, sin que ésta, que falleció el año 1920, hubiese ejercitado su derecho, por lo que sus albaceas cedieron dicho dominio revocable a un hospital de Estella. Y a los veinticuatro años de haber expirado el plazo estipulado para retraer solicitó el ahora vendedor, previa la inscripción de su derecho hereditario, la retroventa—no la venta, como parecía natural—, y por el precio fijado, a la venta del dominio revocable. Cita el Registrador en defensa de esta

forma de retraer caducado todo plazo, forma que manifiesta ser muy corriente en la región por su carácter de préstamo hipotecario disfrazado, las Resoluciones de 27 de Mayo de 1879, 4 de Agosto de 1893 y 21 de Diciembre de 1886, y el número 3.º del artículo 1.396 del Código civil—carácter patrimonial de los bienes adquiridos por retracto—; por todo lo cual, y no considerando, al parecer, la existencia de defecto en este extremo, no lo incluyó como tal en la calificación, y no fué, por tanto, objeto de la controversia.

DIVISIÓN MATERIAL DE FINCAS. PUEDEN HACERLA LOS NUDOPROPETARIOS SIN LA INTERVENCIÓN DEL USUFRUCTUARIO, TODA VEZ QUE ÉSTA NO APARECE EXTINGUIDA EN EL CÓDIGO, EL QUE, POR EL CONTRARIO, SANCIONA LA «*ACTIO COMMUNI DIVIDENDO*».

Resolución de 24 Diciembre 1934. (Gaceta de 11 Enero 1935.)

Por escritura autorizada ante el Notario de Zumaya, D. Julio Sarasola Sagastume, D. Vicente Sáenz de Viteri y Martínez de Láhidalgua, en concepto de mandatario de doña Natividad y doña María de Verástegui Velasco y de sus cónyuges D. Francisco Díaz de Arcaya Minarete y D. Jaime Altarriba Porcel, vendió a D. Pedro Aguirre Yeregui, D. José María Ayestarán Mendizábal y D. Justo Ayestarán Murúa la nuda propiedad de la casería Aguirrezaldivia y sus pertenecidos, sita en el término municipal de Zaldivia, correspondiendo el usufructo vitalicio de la totalidad de dicha finca a doña Ana María de Murúa y Balzola.

Los compradores de la nuda propiedad de dicha finca, que son los arrendatarios de la misma, la adquirieron por terceras, indivisas e iguales partes, y en el mismo instrumento público la dividieron en tres lotes iguales en valor, adjudicándose precisamente aquellas porciones o partes que de hecho cada uno de ellos llevaba en arrendamiento, hipotecando la nuda propiedad de cada uno de los lotes en garantía del pago de la parte de precio de compra aplazada, y el comprador, D. Pedro Aguirre, constituyó, además, hipoteca sobre la porción que se le adjudicó en la división por 10.000 pesetas, que le facilitó D. Telesforo Urrestarazu Oyarbide, en concepto de préstamo mutuo.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Tolosa una primera copia de dicha escritura, el Registrador de dicho distrito inscribió la venta de la referida finca y suspendió la inscripción de la nuda propiedad de los tres lotes en que se divide la casería de Aguirrezaldivia, señalada con el número 6 en la jurisdicción de Zaldivia, con sus cinco pertenecidos, porque, según estatuye el artículo 489 del Código civil, no se puede alterar la forma ni la sustancia de los bienes en los que pertenecen a distintas personas el usufructo y la nuda propiedad, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario, e igualmente, y por consecuencia de la suspensión anterior, suspendió la inscripción de las hipotecas constituidas por sus adjudicatarios sobre la nuda propiedad de sus respectivos lotes, por no constar inscrita a nombre de ellos, tomándose anotación preventiva a instancia del presentante.

Declaró el Presidente de la Audiencia inscribibles dichos contratos, confirmando la Dirección general el auto apelado, con los siguientes considerandos :

El problema esencial a decidir en este recurso gubernativo es el de si ha de estimarse o no extendida con arreglo a derecho la escritura autorizada en 14 de Octubre de 1933, ante el Notario de Zumaya, D. Julio Sarasola Sagastume, por virtud de la que los compradores de la nuda propiedad de la casería Aguirrezaldivia y sus cinco pertenecidos procedieron a su división en tres porciones iguales en valor, que se adjudicaron respectivamente, solicitando su inscripción en el Registro de la Propiedad, así como de las hipotecas constituidas en el mismo documento.

Al examinar los derechos y obligaciones de los nudopropietarios ha de tenerse en cuenta que la constitución del derecho real de usufructo no les priva del poder de disposición sobre la cosa, respecto de la que continúan ostentando facultades para su enajenación y gravamen, sin más limitaciones que respetar el derecho de goce atribuido al usufructuario, que no podrá ser nunca menoscabado, y por ello parece impuesto a los titulares de la nuda propiedad una obligación negativa que les prohíbe perturbar al usufructuario su derecho al disfrute de los bienes ajenos en la forma establecida por el título de constitución o la Ley.

Si una interpretación literal del artículo 489 del Código civil, según el que los nudopropietarios no pueden alterar la forma y

sustancia de los bienes sobre que recae su derecho, podría afianzar el criterio inspirador de la calificación del Registrador de la Propiedad de Tolosa, es igualmente cierto que en el articulado del mismo Código no aparece exigida la intervención del usufructuario para llevar a cabo la división, y que el precepto antes citado ha de armonizarse con otros textos del mismo cuerpo legal y en especial con el artículo 400, que sanciona la *actio communi dividundo* y autoriza a cualquier copropietario para tomar la iniciativa y pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, y, además, con el espíritu del mismo Código, que estima las situaciones de comunidad como provisionales, según revela la invalidez decretada para el pacto de conservar indefinidamente la cosa en común, y el límite máximo de diez años establecido para tal estipulación.

Sin admitir la existencia de una verdadera comunidad más que entre los titulares de la nuda propiedad, puesto que los derechos de la usufructuaria y de los nudopropietarios no poseen la misma naturaleza, debe reconocerse en este caso el derecho de los últimos a practicar la división material, con determinación efectiva de un derecho que pro indiviso les estaba conferido, siempre que no se haya modificado la función económica y social de la finca ni se haya perjudicado al usufructuario en sus legítimas facultades, toda vez que sin necesidad de intervención personal de este último aparece salvaguardada su posición por el artículo 405 del Código civil y por cuantas acciones legalmente correspondan para la protección y defensa de sus derechos.

* * *

La doctrina de esta Resolución, de la que no hallamos precedentes, presumimos que va a ser objeto de controversia entre los profesionales del Derecho. Los compradores de la nuda propiedad de una finca—dice—pueden proceder a su división material sin intervención del usufructuario, y una vez hecha la división, hipotecar cada uno la parte que resultare pertenecerle, con opción a que ambos contratos puedan ser inscritos en el Registro de la Propiedad. No dice la Resolución si esta división «con determinación efectiva de un derecho que pro indiviso les estaba conferido», es material en derecho e ideal en hecho o es material en derecho y de hecho. En el caso que resuelve se trata de una casería, en la que no existe edificación

alguna, compuesta de trozos o porciones independientes, que llevan en arriendo los mismos compradores y que se adjudican en la división precisamente los mismos lotes que cada uno cultivaba.

No parece que haya inconveniente en que este contrato se inscriba, porque no se ve la necesidad, por estar separadas, de que se creen, por ejemplo, servidumbres de paso entre las diversas fincas, acto este que anularía el contrato porque a su validez se opone el artículo 489 del Código civil, que prohíbe al nudopropietario hacer en la cosa usufructuada por otro nada que a éste perjudique.

Puestos a comentar, lo haremos desde el punto de vista de una división material de hecho, entendiendo por tal la que supone, por ejemplo, la división de una casa en varias otras con entrada independiente, la interposición de cercas, vallas o zanjas entre las porciones en que las rústicas o solares puedan quedar divididos. La división material de derecho, ideal, en el plano, en el gráfico, en teoría; la que llega hasta el momento en que se ejecuten obras que separen lo dividido, que lo individualicen, no vemos dificultad en que pueda ser inscrita. No parece probable que sufra o se merme el derecho del usufructuario a percibir los frutos o rentas. Así ocurre en la división que comentamos, en la de una casa que se dividiese por pisos, en la de la misma casa o de un terreno en que se señalen hasta desmenuzarlas, si se quiere, las habitaciones o partes que el día en que se termine el usufructo ha de poseer libremente cada partícipe. Pero siempre con la vista fija y la voluntad prestada en no separarse del contenido del artículo 489 ya citado.

* * *

Sea el usufructuario tan sólo el titular de un gravamen sobre la finca del nudopropietario, como afirma el Tribunal Supremo (Sentencia 5 Junio 1929), sea el dueño de un derecho real limitativo del dominio—inconvenientes de toda definición, ya que cuesta trabajo concebir el usufructo como derecho real referido a metálico o valores públicos—, como le califica Manresa (Comentarios al Código civil español, tomo IV, tercera edición, pág. 536), o sea, el Ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum sustantia, como le designa el Código citado (art. 467), reproduciendo las palabras de Paulo, es lo cierto que las facultades que le conciernen son de gocce en absoluto o de aprovechamiento en cualquier forma y de cualquier modo de lo que

usufructuaria. Por lo tanto, cualquier acto que impida o dificulte este goce o aprovechamiento no debe ser tolerado ni amparado. Al nudo-dueño le quedan los derechos de enajenar, gravar o limitar, pero no puede impedir que el usufructuario disfrute de las cosas incluso transformándolas, alterando la forma de su aprovechamiento. Y para ello es una dificultad la división material de hecho y puede serlo la de derecho, ya que cabe la posibilidad de que limite la posesión por el usufructuario, su derecho de tenerla en su poder, usarla, percibir sus frutos si los produce, administrarla y obtener de ella cuantos beneficios pueda. El usufructuario sólo tiene dos limitaciones en su derecho: no invadir la facultad de disponer, que reside en otra persona, y conservar la forma y sustancia de la cosa. El nudopropietario debe respetar, mientras dure el usufructo, los derechos del usufructuario, para no dar lugar a que éste, como poseedor que es de un derecho real, ejercite sus acciones de protección contra cualquier perturbador y de amparo contra todo tercero.

* * *

La Dirección general repite la doctrina tan generalizada de no ser admisible la existencia de comunidad más que entre los titulares de la nuda propiedad, y no entre éstos y el usufructuario, «puesto que los derechos de la usufructuaria y de los nudopropietarios no poseen la misma naturaleza». Y consagra el derecho de éstos a practicar la división material, «siempre que no se haya modificado la función económica y social de la finca ni se haya perjudicado al usufructuario en sus legítimas facultades»...

Puede haber, sin embargo, entre uno y otro grupo, algo que les une, que los funda en una comunidad, al menos en momentos determinados y para determinados efectos. Hay, dice Manresa (obra citada, pág. 354), «facultades que pueden colocarse lo mismo en el grupo del goce o libre aprovechamiento, que en el de libre disposición. El derecho de abusar, ya en el sentido romano, ya en el sentido moderno, sin perjuicio de tercero ni del interés público, ¿es de libre disposición o de libre aprovechamiento?; el derecho de transformar, ¿entra en el grupo de gozar o en el de disponer?» No discutiremos, dice más adelante (pág. 432), si hay o no una división en las facultades dominicales: el dominio no es más que uno, y,

propriamente, ni el nudopropietario, ni el usufructuario, pueden llamarse dueños.

Recurrimos, para sentar esta teoría, y por ello la encontramos aplicable a la materia que nos ocupa con todas sus consecuencias, a la doctrina del Tribunal Supremo (Sent. 14 Dic. 98), en la que califica de comunidad la que existe entre los copropietarios de una cosa común y el usufructuario de una parte «pro indiviso» de la misma para los efectos de la división de ella. Existe comunidad de bienes—dice el primer considerando—, según el artículo 392 del Código civil, cuando la propiedad de la cosa o de un derecho pertenece «pro indiviso» a varias personas; y si bien son conceptos jurídicos distintos los de la propiedad y usufructo contenidos en los artículos 348 y 467, no puede ponerse en duda que, recaiendo la comunidad, no sólo sobre la propiedad de la cosa, sino sobre el derecho a usufructuarla, que constituye una desmembración, siquiera sea temporal y transitoria, del dominio absoluto en ella, es procedente la acción ejercitada y dirigida, como la dirigió el demandante contra sus copropietarios y a la vez contra la recurrente, como usufructuaria, por cuanto afectaba directamente a su interés en la división.

* * *

El Código habla del respeto al derecho de goce atribuido al usufructuario, y nadie más que éste es el llamado a determinar si en la división se cumple dicho mandato legal. Por eso consideramos indispensable el consentimiento, al menos el conocimiento por el usufructuario, del proyecto de división material. Y no cabe hablar de que el usufructuario tiene acción para reclamar contra la división hecha sin su consentimiento ni conocimiento. Lo uno, porque hecha la división pudiera no ser posible volver la finca a su primitiva situación; lo otro, porque, en caso de insolvencia, sería prácticamente imposible. Pero la razón de más peso puede ser la de que el que se acoge al amparo del Registro, e inscribe su derecho, debe verse libre de toda modificación en él sin su consentimiento, o, a todo conceder, sin su conocimiento previo, para que pueda oponerse antes de que el daño sea irremediable. Teniendo en cuenta, además, que, no porque en el articulado del Código no se exija la intervención del usufructuario para llevar a cabo la di-

visión, haya razón para prescindir de ella, porque esto nos llevaría a caer en las lindes, sino dentro de la teoría del abuso del derecho, o nos aproximaría a la consagración del principio qui jure suo utitur neminen laedi, tan firmemente repudiado por la cada día más acentuada tendencia limitadora del uso de la propiedad.

SEGREGACIÓN DE FINCAS. NO ES OBSTÁCULO QUE IMPIDA LA INSCRIPCIÓN DE UNA ESCRITURA DE HIPOTECA CONSTITUÍDA SOBRE DOS PARCELAS QUE CON DESCRIPCIÓN COMPLETA FIGURABAN Y SE SEGREGAN DE UNA FINCA INSCRITA Y FORMADA DE DIVERSOS TROZOS O SUERTES, EL QUE NO SE DESCRIBA LA FINCA TOTAL DE QUE SE SEGREGAN, PORQUE ÉSTA ESTÁ FORMADA DE UN CONJUNTO DE UNIDADES DEBIDAMENTE DELIMITADAS, DE LAS QUE SE SEGREGAN DOS, QUEDANDO LAS RESTANTES EN LA FINCA MATRIZ SIN CONFUSIÓN ALGUNA.

Resolución de 26 Diciembre 1934. (Gaceta de 13 Enero 1935.)

El Notario de Lesaca, D. Norberto Irigoyen Santesteban, autorizó escritura, en la que se hizo constar: *a*), que D. Manuel Maciñor Echarte era dueño de dos fincas, cuya extensión superficial y linderos se expresaban; *b*), que las dos parcelas (fincas referidas) las había adquirido en unión de otras que al parecer forman una sola finca registral con otras suertes, estando inscritas en el Registro con otras bajo un solo número; *c*), que el señor Maciñor daba por segregadas las dos parcelas referidas, con el fin de que en lo sucesivo formasen fincas independientes; *d*), que no se describía la finca matriz, puesto que, estando formada por suertes de tierra separadas, se hallaba materialmente hecha la segregación, y *e*), que D. Manuel Maciñor constituía hipoteca sobre las dos fincas segregadas.

El Registrador de la Propiedad de Pamplona suspendió la inscripción «por haberse omitido la descripción del inmueble de que se segregan las dos fincas». En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia confirma la nota y la Dirección general revoca el auto con los siguientes fundamentos:

Siendo la finca unidad fundamental permanente y estable, debe revelar, con la mayor exactitud, todas las modificaciones que sufra, tanto en su condición física o económica, como en la jurídica, por

lo cual el artículo 9.^º de la ley Hipotecaria exige que los inmuebles vayan al Registro descritos de manera que no dejen lugar a dudas acerca de las circunstancias que les son esenciales, para que así se pueda cumplir el principio de especialidad básico de nuestro sistema hipotecario.

Las segregaciones a que se contrae este recurso al hacerse, indudablemente, con el objeto de constituir sobre las dos nuevas fincas una hipoteca, deben regularse por el artículo 58, párrafo primero del 59 del Reglamento hipotecario, siendo las segregaciones el primer momento del acto jurídico contenido en la escritura que ha autorizado el recurrente y debiendo reflejar la nota que ha de extenderse al margen de la inscripción antigua la modificación de carácter objetivo que las mismas produzcan.

Aunque la finca matriz, de la que han sido segregadas las dos parcelas de referencia, no parece estar inscrita con todas las circunstancias que exige el artículo 8.^º de la ley Hipotecaria y el 57 de su Reglamento, es evidente que está formada, no por una unidad con total cabida y descripción de conjunto, sino por un conjunto de unidades, debidamente delimitadas en su respectiva extensión, naturaleza y linderos, ajustándose, por tanto, al espíritu del artículo 60 del Reglamento citado, las segregaciones de que se trata, toda vez que la cabida total y parte restante quedará siempre completamente clara, sin confusión alguna, al constar indubitablemente las partes o suertes que sufren la segregación y aquellas otras cuya cabida no se altera.

* * *

La buena práctica notarial consiste, o debe consistir, en los casos de segregación en que se describan la finca matriz tal como se halle inscrita, la finca o fincas que de ella se segregan con descripción completa e independiente, que en las urbanas debe comprender también la determinación del lindero por donde se segregan y en toda la medida superficial en cuanto a la parte segregada y descripción completa del resto que quede de la finca. Ahora que, en este caso, como en el que resuelve la Resolución de 2 de Enero de 1928, que se cita como vista (página 132, número 32 de esta Revista), no ha lugar a la aplicación de los preceptos reglamentarios, por tratarse de finca que no es posible identificar con arreglo a ellos

al estar compuesta de varios pertenecidos unidos por un vínculo jurídico que se establece y se interrumpe fácilmente por acto voluntario del titular, que es dueño de dar categoría de independiente a una o varias de las suertes que integran la matriz. La nota de segregación al margen de las segregadas impide toda confusión entre éstas y las que hayan de seguir formando parte de aquélla.

DIVISIÓN MATERIAL DE FINCAS. PUEDEN HACERLA LOS NUDOPROPIETARIOS SIN LA INTERVENCIÓN DEL USUFRUCTUARIO, TODA VEZ QUE ÉSTA NO APARECE EXTINGUIDA EN EL CÓDIGO, EL QUE, POR EL CONTRARIO, SANCIONA LA «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDΟ».

Resolución de 27 Diciembre 1934. (Gaceta de 15 Enero 1935.)

Siendo los antecedentes fundamentales de este recurso la calificación del Registrador, la discusión y razonamientos con que ha sido planteado y el auto dictado por el Presidente de la Audiencia, en esencia, los mismos que los que han dado lugar a la Resolución de 24 del mes de Diciembre último—que con un comentario va en este número—, procede ratificar la doctrina contenida en la misma.

BIENES GANANCIALES. RETROVENTA. NO PUEDE EL VIUDO, SIN LIQUIDAR LA SOCIEDAD CONYUGAL, UTILIZAR EL DERECHO DE RETRAER SOBRE FINCA QUE PERTENECE AL VENDERLA AL MATRIMONIO DISUELTO, YA QUE CARECE DE FACULTAD DE EJERCITAR ACTOS DISTINTOS DEL DE ADMINISTRADOR DE DICHA SOCIEDAD, A LA QUE PERTENECE, COMO REAL QUE ES, EL DERECHO DE RETRAER. EL DERECHO «PERSONALÍSIMO» QUE DE READQUIRIR EL INMUEBLE SE RESERVÓ EL VENDEDOR AL ENAJENARLO NO MODIFICA LA SITUACIÓN HIPOTECARIA ORIGINADA POR EL FALLECIMIENTO DE LA ESPOSA.

Resolución de 31 Diciembre 1934. (Gaceta de 17 Enero 1935.)

Por escritura otorgada ante el Notario de Alcira D. Claudio Miralles Gaona, doña Consuelo Llorca Part, en representación de una hija menor de edad, retro vendió a D. Bernardino Morales San Martín la nuda propiedad de fincas, como consecuencia de haberse reservado éste al venderlas el derecho «personalísimo» de ejerci-

tar tal acción, escritura que fué suspendida por el Registrador de la propiedad de Chiva, «porque el retrayente adquirió el derecho de retro que ahora ejercita siendo casado con Elvira Carles Lágarda, y siendo hoy viudo no consta haberse hecho adjudicación expresa de dicho derecho real de retracto al liquidarse la sociedad de gananciales con la citada Elvira Carles».

El Presidente de la Audiencia desestimó el recurso interpuesto por el Notario, y la Dirección general confirma el auto apelado con los siguientes fundamentos:

Conforme a lo prevenido en el artículo 1.412 del Código civil, el marido es el administrador de la sociedad de gananciales, y si bien se extienden sus facultades a la enajenación de esta clase de bienes, sin necesidad del consentimiento de la mujer, no es admisible que en los contratos que con relación a los mismos realice pueda ostentar carácter o representación distintos del de tal administrador de la sociedad, ni reservarse derechos o establecer estipulaciones a su favor que supongan deliberada exclusión de la mujer o de sus herederos.

Si el derecho a retraer, de indudable naturaleza real, corresponde, dentro del régimen económico matrimonial, al cónyuge a quien pertenecían privativamente los bienes enajenados, según los artículos 1.337 y 1.396 del Código civil, es incuestionable que, inscritos los inmuebles a favor de la sociedad legal de gananciales, deberá considerarse igualmente propiedad de la misma el derecho de retracto establecido en la escritura de venta de 20 de Abril de 1929, y, por tanto, procedía su inclusión en la liquidación de la sociedad.

No es suficiente para destruir tal situación civil e hipotecaria el hecho de que la cláusula en que se estipuló el retro consignase su constitución con carácter «personalísimo» a favor del vendedor, porque si al tiempo de calificar no era fácil presumir la extensión y efectos que ahora se pretende conceder a aquella expresión, es forzoso reconocer que, partiendo del supuesto de que el marido no podía establecer ninguna convención que perjudicase los derechos de la mujer o herederos, pudo interpretarse el vocablo «personalísimo» en el sentido de que sólo imponía una limitación a la transmisibilidad intervivos del referido derecho y nunca con los fines y trascendencia que se pretende obtener en la escritura de retroventa.

Se citan como vistas las Resoluciones de 21 de Febrero de 1889, 22 de Julio de 1910, 23 de Abril de 1919 y 5 de Mayo de 1932. La segunda atiende al caso de que se hubiera consumado la venta por transcurrir el plazo, quedando el comprador dueño irrevocable de lo vendido. Por ello, al comprar nuevamente el vendedor el inmueble, realiza una adquisición que no trae causa de la enajenación anterior ni de su caducado derecho de retracto, y que, como consecuencia del estado matrimonial del adquirente y de la presunción legal, debe figurar entre los bienes de la sociedad conyugal.

Es digna también de mención la doctrina de la de 21 de Diciembre de 1886, en la que se afirma que por el hecho de vender una mujer casada una finca con pacto de retro no pierde su carácter de parafernado, y readquirida de nuevo en virtud de ese pacto, lo que es ganancial es el precio invertido para la retroventa, pero no la misma finca. La primera de las conclusiones que preceden la confirma con carácter general la de 26 de Mayo de 1925, al afirmar que cuando los bienes son objeto de venta con pacto de retro y se ejercita el derecho de retraerlos, se ha de entender que continuaron siempre en la propiedad del vendedor para determinar su carácter jurídico.

La última de las Resoluciones citadas al principio (pág. 617, número 92 de esta REVISTA) se refiere al pacto establecido al comprar marido y mujer una finca, por mitad y pro indiviso, estipulando que al fallecer uno de ellos habría de pasar al sobreviviente la parte del premuerto, pacto que se declara nulo, porque si se estima como donación, la prohíbe el Código civil, y si se la considera como compraventa sujeta a condición resolutoria, también se opone a su validez el artículo 1.458 del mismo cuerpo legal.

La misma falta de eficacia merece ahora el pacto por el que el vendedor se reservó el derecho «personalísimo», no como gerente de la sociedad conyugal, de readquirir el inmueble, porque ello equivaldría a alterar unilateralmente la condición de ganancial de lo vendido, lo que no es lícito, ni aun en virtud de pacto con el otro cónyuge, porque ello envolvería una donación que la Ley prohíbe.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

2. *Alimentos.—Participación del padre en la deuda alimenticia de un hijo natural.* Sentencia de 29 de Noviembre de 1934.

En pleito sobre reclamación de deuda alimenticia, deducido por un hijo natural contra su padre, el Supremo admite el recurso y declara que todos los preceptos que regulan los alimentos entre parientes son normas establecidas mirando fundamentalmente a la conveniencia del beneficiario, lo cual hace obligado reconocer que el derecho de opción en el momento de prestarlos, establecido en el artículo 149 del Código civil, no puede ser tan absoluto; especialmente cuando se atribuye la elección, como en el caso de autos, un padre con relación a los alimentos que le reclama el hijo natural por él reconocido; que limite el amplio examen, por los Tribunales, de las circunstancias del caso, para ver si la opción para recibirla y mantenerlo en su propia casa es posible, y los intereses económicos morales y efectivos del hijo quedan con ella debidamente garantidos; sin que a tal análisis pueda oponerse el número 1.º del artículo 155, relacionado con el 154, ambos del Código civil, por cuanto el ejercicio por el hijo natural de su acción, conforme al artículo 143 del citado Código y los términos del debate, revelan el incumplimiento, por el padre demandado, del deber de alimentar impuesto por el número 1.º del ya citado artículo 155 en relación con el también citado 154, lo cual hace ver la improcedencia de la rigurosa aplicación de estos dos últimos preceptos al caso presente, que adecuadamente se acomoda a las normas de

los artículos 142, 146 y 149, éste con el alcance que queda establecido, máxime cuando, como en el caso de autos, no se pidió en la reconvención, por el demandado, el ejercicio pleno de la patria potestad, que es lo que declara el fallo recurrido con manifiesta incongruencia y violación del artículo 359 de la ley Procesal, sino que se alegó por aquél su derecho a prestar los alimentos en su domicilio al amparo de la facultad de elección que establece el citado artículo 149, y además por hallarse en el ejercicio de la patria potestad, a la que están atribuidos los deberes y facultades del tan repetido artículo 155; siendo consecuencia necesaria de todo lo expuesto la procedencia del recurso por sus tres motivos.

En los fundamentos del segundo fallo se agrega lo siguiente:

Considerando que en autos aparece plenamente demostrado que el demandado es, por reconocimiento, el padre natural del niño en cuya representación se actúa; que dicho demandado en ningún momento, desde la fecha del reconocimiento, se ha preocupado de cumplir los deberes a que tal paternidad obliga, y, antes bien, en el acto conciliatorio previo consta la inexplicable y torpe negativa de la paternidad que libremente reconoció; que el demandado carece de casa propia, ya que vive con sus padres y ni aun consta el consentimiento de éstos para recibir en su domicilio al hijo de aquél; que es Maestro y ejerce su profesión, careciendo de otros bienes de fortuna, y que la madre natural carece de toda clase de bienes.

Considerando que los hechos consignados en el primer considerando de esta sentencia revelan bien claramente la existencia de una imposibilidad legal por carecer de casa propia y un impedimento moral nacido del mismo hecho de no haberse ocupado en ningún momento de su hijo y hasta haber negado su paternidad cuando le era recordada, al efecto de cumplir sus más destacados deberes; para poder dar eficacia a la opción hecha por el demandado para la prestación de los alimentos reclamados, de acogerle en su casa; acogimiento que tampoco puede serle concedido a título de una patria potestad que no ejerce, ni ha ejercido nunca, por propia dejación del cumplimiento de sus deberes y que ha sido suplida, en su defecto, por la madre con quien el niño vivió siempre y por la que fué cuidado, atendido, alimentado y educado, pues lo contrario supondría una grave perturbación, en perjuicio de los intereses físicos y morales del hijo al cambiarle del ambiente

amoroso de su madre a la dirección y cuidados de su padre, que en ningún momento se cuidó de serlo, cual queda expuesto.

Considerando que por ser obligación de los padres naturales, según el número 4.^º del artículo 143 del Código civil, el prestar alimentos a los hijos que hubieren reconocido; obligación que ha cumplido y viene cumpliendo la madre, sin el menor auxilio, que en el caso de autos es indispensable, del padre, al que tal deber alcanza en la proporción de sus posibilidades y las necesidades del niño; procede estimar la participación alimenticia paterna en la actualidad en la cantidad de 60 pesetas mensuales, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 147 del Código citado, que serán abonadas por mensualidades anticipadas desde la fecha de interposición de la demanda inicial.

Para una ampliación de la materia de alimentos entre parientes, véase la nota bibliográfica de Sancho Seral, en «Revista de Derecho Privado», a propósito del libro de Giorgio Bo, «Il Diritto degli alimenti» (tomo XXI, pág. 138). Ferrer y Picabia, «¿Debe el padre alimentos a sus hijos espurios?» («Revista General de Legislación», tomo 61, pág. 449.) Alvarado, «De los alimentos entre parientes», en la misma Revista, tomo 93, pág. 325.

3. *Interpretación.—La interpretación de los negocios jurídicos no está en absoluto sustraída a la casación y puede tener acceso a ésta como cuestión de Derecho.* Sentencia de 29 de Noviembre de 1934.

Celebrado un contrato entre dos señores que se habían asociado para la construcción de determinadas máquinas, en unión de otros se pactó que, uno de ellos que se separaba, percibiría una cantidad como compensación de su separación, la que reclamó judicialmente, accediendo el Juzgado, pero la Audiencia revocó esta sentencia en parte, e interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo.

Considerando que, aun cuando la interpretación de los negocios jurídicos no esté en absoluto sustraída a la casación, y pueda tener acceso a ésta como cuestión de derecho, al amparo del número 1.^º del artículo 1.692 de la ley de Trámites, ya que, desde el

momento que el Código civil dicta reglas, en sus artículos 1.281 al 1.289, respecto a cómo han de interpretarse los contratos, existirá una infracción de norma legal siempre que el Tribunal de instancia no se ajuste a las mismas, y por tal razón la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, aun teniendo establecido como doctrina general que la interpretación de un contrato hecha por el juzgador de instancia sólo puede ser combatida por la vía del número 7.º del artículo y ley citados, no ha dejado de autorizar y admitir, en ciertos casos, el juego del número 1.º (como se advierte, entre otras, en las sentencias de 29 de Abril de 1926, 30 de Noviembre de 1929 y 24 de Octubre de 1933), es forzoso no perder de vista, en primer lugar, que la comprobación de las circunstancias y elementos que integran o revelan, en cada caso concreto, la declaración de la voluntad de las partes (palabras, intención, actos de los contratantes, objeto que éstos se propusieron al contratar, etc.) a que se refieren, en muchos de sus incisos, los citados artículos del Código civil, es *questión de hecho* que no puede ser controlada en casación más que a través del número 7.º, y, en segundo término, que tanto cuando se impugnen los elementos de hecho que sirvan de base a la interpretación de la Sala sentenciadora como cuando se combatan sus criterios jurídicos, siempre será preciso que se demuestre el error notorio padecido por aquélla, pues tiene dicho este Tribunal, en repetidísimas ocasiones, que no vale oponer a la interpretación de la Sala el criterio particular de una de las partes, y en sentencia de 19 de Junio de 1903, que no procede la casación si la interpretación dada en instancia es racional, aunque quepa alguna duda de su absoluta exactitud.

Considerando que el actual recurso, fundado exclusivamente en el número 1.º del artículo 1.692 de la ley Rituaria, cita como infringidos el párrafo segundo del artículo 1.281 del Código sustantivo y la sentencia de 20 de Marzo de 1902, por haber tomado la Sala en consideración las palabras del contrato, contrarias a la intención de los contratantes, y no haber hecho que ésta prevalezca sobre aquéllas; pero es lo cierto que el recurrente no aporta, en la forma procesal debida, ni en ninguna otra, elemento alguno de hecho que demuestre esa supuesta intención de los contratantes, limitándose a poner de relieve la contradicción que a su juicio existe, dentro de la sentencia impugnada, entre la doctrina de cierto

considerando, que estima que la causa de la obligación establecida en el contrato de autos fué recompensar al actor el trabajo que proporcionó al taller del demandado por los clientes que le facilitó, y la declaración que luego hace al limitar esa comisión a las ganancias obtenidas con la máquina a que se refiere determinada patente; y como esa contradicción no existe en realidad, pues la Audiencia distinguió dos puntos a resolver, el de la eficacia del contrato de autos y el de si dicho contrato se refería a todas las máquinas posibles o sólo a las de un determinado modelo, decidiendo, en virtud de la apreciación del conjunto de la prueba y especialmente del resultado de la pericial, que era innegable la existencia de causa en el contrato (aunque sólo fuera por imperativo del artículo 1.277 del Código civil), pero que el derecho del actor no podía traspasar la órbita contractual en que apoyaba su demanda, es indudable que, sin desconocer el natural reflejo que la causa o el motivo de un contrato pueda tener sobre la extensión y alcance de sus consecuencias jurídicas, no hay base, en el presente recurso, para dar por válidamente impugnadas y destruídas las apreciaciones que sobre tales extremos, y en uso de su soberanía, ha formulado el Tribunal *a quo*.

Véase sobre interpretación, la bibliografía que sigue a la sentencia de 21 de Noviembre de 1934, inserta en el número de Enero de esta Revista.

4. *Posesión.—La presunción posesoria del artículo 41 de la ley Hipotecaria frente a la posesión del arrendatario.* Sentencia de 14 de Noviembre de 1934.

El Supremo admite el recurso interpuesto por don F. B., contra sentencia de la Audiencia de Madrid, y dice:

Considerando que el artículo 41 de la ley Hipotecaria, en su vigente redacción, establece en favor del dominio inscrito una rigurosa presunción posesoria que sólo puede ser enervada o destruída cuando frente a la verdad registral que demuestre, o que los términos de ésta no concuerdan con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición a tenor del artículo 435 del

Código civil ; y como en el caso de autos el derecho del recurrente arranca de un título fuerte, cuya inscripción no ha sido impugnada y ante ella se alza meramente la situación del recurrido creada sobre la base del contrato de 3 de Noviembre de 1930, de carácter arrendaticio *in genere*, sin que las proyecciones de determinadas cláusulas de dicho documento sobre presuntas opciones puedan modificar la relación jurídica fundamental de la acción de desahucio, ni mucho menos ser discutido el fondo dentro del ámbito estricto y sumario de esta clase de juicios singulares, es claro que, inasistido el arrendatario de un *ius posessionis actual* y materialmente susceptible de ser contrapuesto con éxito al estado de derecho en que el arrendador se apoya con seguro resorte, aparece infringido por el citado artículo 41 de la ley Hipotecaria, en concordancia con los demás preceptos que se alegan, y, por lo tanto, es procedente recibir y acoger el primer motivo de casación que hace innecesario el examen de los restantes.

Véase sobre posesión inscrita la sentencia de 23 de Enero de 1934 (REVISTA CRÍTICA, X, pág. 232); al final de ella se da una breve referencia de la bibliografía relativa al artículo 41 de la ley Hipotecaria. Consultese, sobre la presunción que este artículo establece, la sentencia de 4 de Abril de 1932 (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, pág. 144), y el trabajo de Méndez y Toledo, «El artículo 41 de la ley Hipotecaria», en «Revista de Derecho Privado», tomo 18, pág. 44.

5. *Desahucio y retroactividad.*—Para que una ley tenga efecto retroactivo, no es preciso que en ella se indique, basta con que se desprenda de sus preceptos que para que pueda ser aplicada ha de dársele aquel efecto. Sentencia de 26 de Noviembre de 1934.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por don S. del C. sobre el alcance e interpretación de las disposiciones dictadas en materia de desahucio y prórroga de arrendamientos, lo rechaza el Supremo.

Considerando que es un principio consagrado en el artículo ter-

cero del Código civil la irretroactividad de las leyes, si en ellas no se dispusiera lo contrario ; pero esto no quiere decir que, para que una ley tenga efecto retroactivo, haya de contener como fórmula gramatical esta expresión, sino que basta que su contenido revele claramente que, para que pueda ser debidamente aplicada, ha de dársele aquel efecto, ya que, de otro modo, no cumpliría su finalidad ; y haciendo aplicación de este criterio a la ley de 27 de Julio de 1933, se observa, de modo que no ofrece duda, el propósito del legislador de que la misma tuviera efecto retroactivo al disponerse, en su artículo 4.º, que habrá de aplicarse a los juicios de desahucio que, incoados antes de su promulgación, se hallaran en trámite en cualquier instancia, con tal de que no se haya verificado el lanzamiento ; y como en el artículo 3.º de la misma ley se amplía la prohibición del desahucio por las demás causas que antes estaba limitada a los contratos de arrendamiento cuya renta no excediera de 1.500 pesetas, a los de cualquier otra cuantía superior, hay que reconocer que el Tribunal *a quo*, al estimar que la citada ley de 27 de Julio debía aplicarse con efecto retroactivo en el caso que se discute, obró acertadamente, sin incidir, por tanto, en infracción de los preceptos que se invocan en el primer motivo del recurso.

Considerando que el segundo motivo del recurso denuncia infracción del artículo 2.º de la ley de 11 de Septiembre de 1932 en relación con la de 27 de Julio de 1933, ya que al disponer la primera la suspensión de los juicios de desahucio incoados con anterioridad a su vigencia cuya renta no excediera de 1.500 pesetas, y ampliar la segunda los efectos de dicha suspensión a cualquier cuantía, estima el recurrente que el Tribunal *a quo* debió, en acatamiento a aquellas disposiciones legales, suspender la tramitación del juicio, y, no obstante, la prosiguió dictando la sentencia recurrida ; pero enfrente del criterio de aquella parte se alza contra el motivo de casación propuesto la constante doctrina de este Tribunal Supremo, de que no pueden plantearse en casación cuestiones nuevas que no hayan sido discutidas en instancia, como no lo fué ésta, aparte de que el recurrente pudo, y puede en cualquier momento del curso del juicio, a partir de la fecha de la publicación de la ley de 27 de Julio ya dicha, solicitar la suspensión del procedimiento, y, al no hacerlo, ni oponerse en forma legal a la

continuación del juicio, tal vez porque estimara más conveniente a su interés la prosecución de aquél que la suspensión, puesto que los efectos de ésta equivalían a la prolongación de la vida del contrato de arrendamiento que el juicio de desahucio promovido tiene de dar por finalizado, es lo cierto que no es posible admitir, como táctica procesal, el consentir que continúen un procedimiento que puede cristalizar en una sentencia, dando lugar al desahucio; y al ser dictada en sentido opuesto, alegar como motivo de casación que se debió suspender aquél, y que se cometió infracción legal por no hacerlo, todo lo cual pone de relieve la improcedencia de este motivo del recurso.

Considerando que, por lo que se refiere al tercero y último motivo del recurso, basta observar que las infracciones legales que denuncia se subordinan a la que se supone cometida en el primer motivo, respecto al principio de retroactividad de las leyes; y como quiera que aquel supuesto ha sido rechazado al declarar la improcedencia de ese motivo, improcedente ha de declararse también el que se basa en una derivación o consecuencia de aquél; pero aun prescindiendo de este aspecto de la cuestión para examinarla en su contenido, resulta que las infracciones atribuidas al Tribunal sentenciador, unas son de carácter procesal carentes de eficacia en un recurso de casación sobre el fondo, según ya tiene declarado reiteradamente esta Sala; y las de los artículos 1.566 y 1.569 del Código civil, que también se invocan como infringidos, no puede aceptarse que lo hayan sido, porque las reglas que contienen sobre prórroga de contratos de arrendamientos y facultades del arrendador para denunciar al arrendatario han sido modificadas por otra ley posterior, que por serlo deroga, con arreglo al artículo 5.^º del Código civil, las disposiciones de fecha anterior que con aquélla se encuentren en pugna o contradicción, de todo lo cual se desprende la improcedencia del recurso.

Véase, en materia de desahucio, la sentencia de 13 de Octubre de 1933 sobre efectos de la consignación de la renta (con una breve nota bibliográfica) en REVISTA CRÍTICA, tomo IX, pág. 938; la de 1.^º de Diciembre de 1933, relativa a la eficacia de la consignación realizada en revisión (REVISTA CRÍTICA, tomo X, pág. 54), y la de 24 de Febrero de 1934, sobre revisión de rentas (en la misma Re-

vista, tomo X, pág. 456). Consultense Benjumea y Pareja, «El arrendamiento rústico en las modernas legislaciones», Madrid, 1934, y Salazar y Pons, «Los arrendamientos de fincas rústicas», Madrid, 1926.

Sobre retroactividad, véase Fagella, «Retroattività delle leggi». Torino, 1922. Navarro Carbonell, «El principio de retroactividad en la ley de Reforma Agraria». («Boletín del Instituto de Reforma Agraria», n.º 20, pág. 83.) Fiore, «De la irretroactividad de las leyes». («Revista General de Legislación», tomo 69, pág. 17.) Romero Girón, «De la irretroactividad de las leyes con relación al Código civil», en la misma Revista, tomo LXXVII, pág. 425. Consultese Roubier, «Distinction de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat de la loi», en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», tomo XXVII, página 579. Véase un curioso estudio sobre «Retroactivité de la condition», de Leloutre, en la misma Revista, tomo VI, pág. 753.

6. Seguro.—Efecto y valor de las estipulaciones consignadas en la póliza. Prescripción. Sentencia de 29 de Noviembre de 1934.

Celebrado un contrato de seguro de incendios entre una Compañía de seguros y la Sociedad X., en el que estipuló que el pago del siniestro, en su caso, se abonaría dentro de diez días y la acción de daños prescribiría a los seis meses, a contar desde el incendio o de las últimas diligencias judiciales, fué reclamada a la entidad aseguradora la indemnización por siniestro, la que opuso la prescripción. El Juzgado absolvió a la Compañía por estimar la excepción de prescripción, sentencia confirmada por la Audiencia. Interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo.

Considerando que, tanto la argumentación como el fondo del recurso parten de una afirmación errónea del recurrente, cual es la de sostener que el Juzgado y la Audiencia reputan mercantil, en lugar de civil, la prescripción estipulada en la cláusula 26 de la póliza de seguros contra incendios, base del crédito que en la demanda se reclama, cuando lo cierto es que, tanto el Juzgado como la Audiencia, para declarar lícita la referida cláusula, que fija en seis meses el plazo de prescripción de la acción en reclamación de los daños ocasionados por el siniestro, no se atuvieron ni al dere-

cho mercantil, ya que el Código de Comercio no regula esta prescripción, ni al derecho civil, sino únicamente a la póliza en cuestión, dándola el carácter de contractual, no sólo porque la póliza es, en los contratos de seguro, la ley fundamental de las partes, conforme al artículo 385 del Código de Comercio, sino fundándose principalmente en el principio de derecho tradicional de libertad de contratación, que no tiene más restricciones en nuestro Código civil que las del artículo 1.255, principio que el Juzgado recoge con las palabras de «la legítima libertad contractual» y la Audiencia con las frases de «asegurado, asegurador y cessionario de aquél, con capacidad perfecta para contratar, aceptaron consciente y voluntariamente todos y cada uno de los pactos del contrato por ellos suscrito, teniendo por ello aquella cláusula toda virtualidad...»; completando su razonamiento y robusteciendo su opinión con el examen de la Real orden de 23 de Octubre de 1922, que si bien mandó que no se aprobaran en lo sucesivo modelos de pólizas de seguros en cuyas cláusulas se fijen términos de prescripción inferiores a los establecidos en los Códigos civil o de Comercio, carece de efecto retroactivo, y por ello de aplicación a la póliza en cuestión, por ser su fecha de 20 de Mayo de 1921 anterior a la de aquella Real orden, y al estimarlo y resolverlo así la sentencia recurrida, dando a aquella cláusula 26 todo el sentido literal de sus palabras y la verdadera intención de los contratantes sobre la base de su licitud, no infringe ni el artículo 943 del Código de Comercio, ni el 1.283 del Código civil, ya que, además, en cuanto a éste, la cuestión de la prescripción estaba expresamente comprendida en las estipulaciones del contrato, razones que motivan la desestimación de los dos primeros motivos del recurso.

Considerando que el motivo tercero se funda en la inaplicación del artículo 1.090 del Código civil en relación con el 409 del de Comercio, porque, como—según el recurrente—el artículo 1.090 ordena que las obligaciones derivadas de la Ley se regirán por los preceptos de la Ley que las crea y conforme al 409, el asegurador está obligado a satisfacer la indemnización fijada por los peritos en los diez días siguientes a su decisión; una vez consentidas, en ningún caso puede variarse esta obligación de pago, ni tenerla por prescriptible, pero aparte que la «inaplicación» de un precepto legal no está comprendida en el número 1.º del artículo 1.692 de la

ley Procesal, hay que tener presente que, como queda dicho en el anterior Considerando, el fallo recurrido no se atiene a la Ley sustantiva para apreciar la prescripción, sino a lo pactado, que también es ley para los dos interesados, y que, una vez declarada la existencia de la prescripción de la acción de indemnización de daños en la demanda ejercitada, era absolutamente innecesario el examen y aplicación de aquel artículo 409, que se contrae al pago de aquella indemnización, lo que hace inaceptable este tercer motivo, así como debe desestimarse el cuarto, que, fundado en la infracción del artículo 1.969 del Código civil, sostiene que, como en la cláusula 24 de la póliza se estipula que la cantidad fijada para la indemnización, una vez consentida y formalmente aceptada por la Compañía, será pagada al contado dentro de los diez días, no habiendo consentido expresamente la Compañía demandada la liquidación de los daños ocasionados por el incendio, no pudo ejercitarse la acción de indemnización, cuyo término de prescripción debió contarse desde el día en que la Compañía manifestara su aceptación a aquella liquidación, olvidando el recurrente que en la cláusula 24 se refiere al acto material, o, en todo caso, a la obligación de pago al contado de la indemnización cuando ya está mutuamente aceptada, pero que la prescripción de la acción—caso de disconformidad e incumplimiento de aquella obligación—tiene su cláusula especial y expresa en la 26, con plazo determinado y día fijo en que este plazo empezaría a contarse, y que si el ejercicio de la acción estuviera subordinado al hecho de que la Compañía demandada aceptara la liquidación de los daños, el cumplimiento del contrato podría quedar a su arbitrio, en contra del artículo 1.256 del Código civil.

Considerando que el último motivo se contrae a la cuestión de la interrupción del plazo de seis meses, señalado en la repetida cláusula 26, para la prescripción en ella convenida, y aparte de estar bien examinado el problema en la sentencia recurrida, tanto con arreglo al derecho civil como al mercantil, es doctrina de este Tribunal que la apreciación de la prueba suministrada por las partes acerca de la interrupción, o no, del plazo de la prescripción, es de la exclusiva soberanía de la Sala, sin que pueda combatirse en casación, si no se demuestra el error de derecho o de hecho en la forma determinada en el número 7.^º del artículo 1.692 de la ley de

Enjuiciamiento civil, y en el presente recurso, si bien se invoca el citado número 7.º, no se alega error alguno de la Sala sentenciadora, resultando por ello ineficaz este motivo.

Sobre la eficacia de las obligaciones pactadas en la póliza, véase la sentencia de 11 de Junio de 1934 (REVISTA CRÍTICA, tomo X, página 778), al final de la cual se da una relación de obras y trabajos relativos a la materia de seguros, a la que debe agregarse la obra de Ruiz Feduchy, «Enciclopedia técnica de Seguros», Madrid, 1932 (dos volúmenes). Consultese Perreau, «Réglementation légale imperative des assurances», en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», tomo XXXIII, pág. 73.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

I

Autorizada un acta notarial en 1877, en la que consta que un Ayuntamiento cede a una Diputación un terreno y la plaza de toros edificada en él, computándose esa cesión como parte del pago de ciertos créditos que el primero debía a la segunda, se halla prescrito el impuesto de derechos reales, aun cuando la verdadera escritura formalizando el contrato para su inscripción en el Registro se otorga en 1932.

La verdadera cuestión que hay que resolver en este caso es la de determinar el momento en que puede entenderse celebrado un contrato referente a la plaza de toros, con eficacia bastante para exigir el impuesto de derechos reales, cuestión que, a su vez, comprende la de la prescripción de la acción administrativa a ese mismo efecto tributario.

El sentido espiritualista que a la celebración de los contratos, por razón de sus formalidades extrínsecas dió la ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá, sancionando contra el rigorismo formal de las legislaciones anteriores la validez de las obligaciones de cualquier modo que se contraigan, fué el que inspiró la ley 1.^a título 1.^º libro X de la novísima recopilación, que permite que se contraiga sin sujeción a determinada formalidad, pero exigiendo para su aplicación la prueba de la existencia mediante alguna justificación, y que el Código civil, en sus artículos 1.278, 1.279 y 1.280, admite al disponer que los contratos son obligatorios

cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado si concurren las condiciones esenciales para su validez, y que si la ley exigiera el otorgamiento de la escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes pueden compelirse recíprocamente a llenar aquella formalidad desde que hay consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez, y que deben constar en documento público los contratos referentes a transmisión de inmuebles, preceptos que están acordes con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 13 de Enero y 7 y 10 de Octubre de 1904), según las que la eficacia de los contratos no depende de sus cualidades extrínsecas, sino de los requisitos precisos para su validez y obligatorios, cualquiera que sea la forma con que se hayan celebrado, sin que la exigencia de que consten en documento público sea condición de su existencia, sino meramente una cuestión de forma. Por lo tanto, apareciendo un acta notarial de compromiso entre el Ayuntamiento y la Diputación, en que consta que el primero acordó ceder a la última el edificio y terreno y ésta acepta la cesión, se fija el precio, la forma en que se da por satisfecho y se hace entrega del inmueble y de los muebles existentes en él, es evidente que en tal acta, que tiene el carácter de documento público por haber de incorporarse a un protocolo notarial y estar autorizada por Notario, según el artículo 91 del Reglamento de 9 de Noviembre de 1874, constan los requisitos necesarios para la eficacia del contrato de compraventa celebrado entre el Ayuntamiento y la Diputación. Por lo tanto, aunque sea defectuoso en la forma e ineficaz para producir una inscripción en el Registro de la Propiedad, desde la fecha de ese acta de 11 de Febrero de 1878 quedó otorgado un documento bastante para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales a tenor de las disposiciones citadas, y existía, por ende, un documento liquidable a los efectos del impuesto de derechos reales si se hubiesen presentado en la oficina liquidadora o sido conocida de ésta, según el artículo 55 del Reglamento de 14 de Enero de 1873, que regía en aquella fecha para la exacción del impuesto. Sentado lo anterior queda resuelta la prescripción de la acción administrativa, pues desde la fecha del acta referida, que es de 1878, han transcurrido más de quince años a la publicación de la Ley de 2 de Abril de 1900, que señala en su artículo 11 tal plazo de prescripción, a contar desde la existencia del

acto o documento, precepto reproducido en las leyes de 28 de Febrero de 1927 y 11 de Marzo de 1932 ; al fijar estas leyes tal plazo no exigen que el documento sea precisamente conocido de la administración ni que desde ese momento empiece a correr el plazo aludido, sino que basta que el documento se haya otorgado y que la fecha sea auténtica en cuanto al tercer requisito que por su propia naturaleza se da en los documentos públicos. (Acuerdos del Tribunal Central de 16 de Enero de 1934.) 151 de 1933.

II

Celebrada una subasta de bienes de un Sindicato rematándose aquéllos a favor de una persona que hizo constar en el acta que acepta la adjudicación reservándose el derecho de ceder los bienes a un tercero ; y otorgada días después la escritura de constitución de una Sociedad en que se pacta que constituida ésta adquiriría los bienes del Sindicato, como en efecto se hizo, otorgándose la escritura de venta a la Sociedad no hay más que una sola transmisión de venta.

De los documentos notariales unidos al expediente aparece indudablemente demostrado que la adjudicación de los bienes subastados se hizo a F. V. a base de ceder a un tercero, a cuyo favor se otorgaría la escritura de venta ; que nueve días después se constituyó la Sociedad F. V. y Compañía, de la que era Gerente el mismo F. V., con la finalidad de adquirir los bienes de referencia y que, en efecto, tres días más tarde se otorgó la escritura de compra a nombre de F. V. como Gerente de la repetida Sociedad : el hecho de que la Junta general del Sindicato vendedor adjudicara definitivamente los bienes a don F. V. no consta más que en la parte expositiva de la escritura de compraventa y no tiene otra trascendencia que la de ser una aprobación realizada por la Junta general de la subasta anterior, mientras que la verdadera adjudicación definitiva, es decir, la venta, se verifica en aquella misma escritura a favor de un tercero, o sea la Sociedad, conforme a lo prevenido en el acta de la subasta o en el documento presentado a la liquidación, o sea la escritura de compra, aparece claramente la razón de que

don F. V. acudiese a la subasta en lugar de la Sociedad y se le hiciese la adjudicación para ceder, razón que consiste en que la Sociedad no estaba aún constituida en la fecha de la subasta, así como aparece claramente que la cesión anunciada tuvo inmediato cumplimiento y se confirmó al F. V., no sólo como Gestor de la Sociedad, sino como principal elemento de ella, ya que la da su nombre. Por lo tanto, que en el negocio jurídico en cuestión sólo existe jurídica y económicamente una transmisión, la del Sindicato vendedor a la Sociedad Limitada F. V., por cuanto la adjudicación a F. V. fué provisional, no se formalizó en escritura y se hizo expresamente para ceder, como en efecto se cedió doce días después, el único obstáculo que se opone a la aplicación del artículo 9, párrafo 3.^º del Reglamento del Impuesto (según el que se liquidara una sola transmisión al cessionario cuando en el acta de la subasta se hiciese hecho el remate a calidad de ceder a un tercero), es que el mencionado artículo alude literalmente a la subasta judicial y omite hablar de las notariales. Puesto en relación dicho artículo con el 43 del Reglamento, a cuyo tenor a una sola convención no puede exigirse más que un solo derecho, se advierte que su espíritu es no gravar más que una sola vez las cesiones a favor de tercero, de bienes adquiridos en subasta, siempre que la cesión de haber hecho la postura para ceder se formule en el acta de la subasta y que la referencia a la subasta judicial obedece a que es en ésta donde frecuentemente tiene lugar la operación, que está expresamente autorizada en el artículo 1.499 de la ley de Enjuiciamiento civil, así como a la necesidad de que la operación esté demostrada de manera fidedigna y no se simule, para eludir el impuesto. Puesto a su vez en relación dicho artículo 9 con el artículo 61, según el que, en las transmisiones realizadas mediante subasta pública, notarial, judicial o administrativa, la base liquidable será el precio de adjudicación del adquirente, se deduce que la omisión de las subastas notariales no puede interpretarse como una omisión premeditada de las mismas, sino como un olvido del legislador por la no previsión de que el caso pudiera darse también en la mencionada clase de subastas, ya que las confiere igual valor probatorio o de autenticidad que a las subastas judiciales. (Acuerdo del Central de 6 de Febrero de 1934.) 156 de 1933.

III

Denuncias. El denunciante es agente de la Administración y no puede oponerse a la tasación acordada por ésta como medio comprobatorio; no está en vigor la capitalización del 1 por 100 de la cuota de contribución industrial como medio de comprobación del valor del establecimiento.

Según sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1923, los denunciantes no pueden tener otro carácter que el de agentes de la Administración, y por consiguiente el denunciante no puede oponerse a que la Administración utilice todos los medios que crea necesarios o convenientes para determinar el verdadero valor de los bienes objeto de la denuncia; por lo que, acordado por el Tribunal provincial que se practique la tasación pericial de un establecimiento industrial, consistente en una imprenta, a cuya transmisión se refiere la ocultación denunciada, tasación que el mismo denunciante, aunque ahora se oponga a ella, propugnaba en otro escrito anterior, es preciso estar a ese acuerdo y aquél no puede impugnarla. Igualmente carece el denunciante de facultad para pretender se utilice la cuota de contribución industrial capitalizada al 1 por 100, al efecto de fijar el valor de dicho establecimiento, no sólo porque a la Administración le compete privativamente, según el artículo 8o del Reglamento, fijar el valor de los bienes transmitidos recurriendo a los medios que crea procedentes, sino porque el propuesto por el denunciante ya no está en vigor, por haber sido suprimido por Real decreto de 6 de Septiembre de 1917, supresión confirmada en los Reglamentos de 1927 y 1932. (Acuerdo del Tribunal Central de 6 de Noviembre de 1934.) 31 de 1933.

IV

Denuncia. 1.º Girada por error una liquidación por herencia, suponiendo que el parentesco es distinto del verdadero, debe girarse otra complementaria por la diferencia del tipo. 2.º El Reglamento no castiga ese error con multa alguna y es improcedente

*imponer ésta al contribuyente que no tuvo culpa alguna en aquél.
3.º El denunciante, al no haber multa, carece de todo derecho a participar en ella.*

CASO.—Al liquidar una herencia se comete un error estimando que una heredera del testador era sobrina carnal suya, en vez de sobrina en quinto grado: se presenta denuncia por un particular indicando el error, y la Abogacía del Estado acordó se girasen liquidaciones complementarias por la diferencia, al tipo correspondiente al parentesco verdadero, imponer la multa del 100 por 100 y reconocer al denunciante sólo el 50 por 100 por no haber facilitado todos los documentos; interpuesta reclamación por el denunciante y por la heredera, el Tribunal provincial revocó los acuerdos, reconociendo al denunciante participación a la multa íntegra y declarando que la multa no debía ser más que el 50 por 100; la heredera apeló este fallo y el Central fija la siguiente doctrina:

Probado que la heredera se hallaba en quinto grado de parentesco colateral con el causante, y por ello que se cometió error al girar liquidación como si lo fuera en tercero, debe girarse la liquidación complementaria por la diferencia de tipo, según la tarifa de la época en que la herencia se produjo, e igualmente debe exigirse el retiro obrero. Las multas en que incurren los contribuyentes consistentes en un tanto por ciento de las cuotas liquidadas, que son las que podrían tener aplicación a este caso, sólo pueden imponerse en los señalados en el Reglamento de 16 de Julio de 1932, y vistos los artículos 214, 216, 217 y 218, se observa que se refieren sólo a los contribuyentes que no presentan a liquidación del impuesto, dentro de los plazos reglamentarios, los documentos sujetos al mismo, a la disminución de los valores de los bienes declarados, a la ocultación de bienes y a la falta de pago del impuesto liquidado en el plazo reglamentario; y como los documentos del caso actual se presentaron a liquidación en el plazo reglamentario prorrogado y se pagó el impuesto en el plazo debido y no se ocultaron bienes ni se disminuyó su valor, es visto que no procede la imposición de multa en la nueva liquidación que se gire. Conforme al testamento del causante, no resulta que la heredera fuera sobrina carnal suya, y más bien, a juzgar por los apellidos, parece lo era de su mujer; pero el parentesco de todas suertes se acredita únicamente por las partidas

de nacimiento que si se hubieran pedido a la interesada se hubiera presentado, no constando tampoco que el heredero indujera a error al liquidador y no pudiendo fundarse la multa en que el albacea fuera el que indujera a ese error, que fácilmente pudo ser desvanecido en la forma indicada por el liquidador y, por lo tanto, es completamente improcedente la multa, por culpas que no tuvo el heredero; no procediendo multa, carece de todo derecho el denunciante a participar en ella. (Acuerdo del Central de 8 de Mayo de 1934.) 30 de 1934.

V

Certificación posesoria para inscripción de un seminario conciliar.

1.º *No es cuestión incidental la de si tal certificación está sujeta al 0,20 por 100 ó al 6 por 100. 2º Debe exigirse el impuesto al 6 por 100 como información y no al 0,20 por 100, como instrucción o beneficencia. 3º Sin embargo, debe volver el expediente a la oficina liquidadora, para que declare si está comprendida en la exención que establece el artículo 47 de la ley de Presupuestos de 1934, referente a esas certificaciones, según el que están exentas si han pasado quince años de posesión y se presentan antes de 1.º de Julio de 1931.*

1.º Todas las cuestiones incidentales suscitadas durante la tramitación de los expedientes han de referirse, según el artículo 94 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, a la personalidad de los reclamantes, a la admisión de las reclamaciones y recursos, a la negativa a dar curso a los escritos, a la prueba y a cualquier asunto que sin constituir el fondo del asunto se relacionan con él o con la validez del procedimiento, siempre que la resolución de dichas cuestiones sea requisito previo y necesario para tramitación de las reclamaciones y no pueda, por tanto, aplazarse hasta que recaiga acuerdo en el fondo del asunto; por ello el incidente promovido acerca de si es el Tribunal Central u otro organismo quien tiene competencia para acordar la exención de la certificación posesoria referente a un seminario conciliar, no exige previo y especial pronunciamiento, pues no afecta a la validez del procedimiento ni impide la tramita-

ción de la reclamación que se refiere a cosa tan distinta cual si procede girar la liquidación al 0,20 como beneficencia o instrucción (como lo hizo el liquidador) o al 6 por 100, por ser una información posesoria, como lo entendió la Dirección de lo Contencioso al revisar el expediente en uso de sus facultades reglamentarias.

2.º La Real orden del Ministerio de Hacienda de 16 de Junio de 1917 declaró con carácter general que las certificaciones expedidas a los efectos del Real decreto de 11 de Noviembre de 1864, conforme a las disposiciones del Reglamento hipotecario, cualquiera que sea la autoridad civil o eclesiástica que las autorice, están sujetas al impuesto de derechos reales por el concepto de información posesoria, excepción hecha de los referentes a los bienes del Estado. Según el Reglamento del impuesto de 1927 (aplicable por la fecha), están gravadas las informaciones posesorias y las de dominio, cualquiera que sea la fecha del título y la clase de adquisición que se alegue con el 6 por 100 del valor comprobado de los bienes a que se refieran, sin más excepción que la de aquellos por los que se acrede haber pagado ya el impuesto alegado que quedan exentos. Siendo la certificación librada para inscribir la propiedad del seminario conciliar, debe exigirse el impuesto como tal información al 6 por 100 y no como beneficencia e instrucción al 0,20, por lo que el acuerdo de revisión de la liquidación, según ordenó la Dirección de lo Contencioso, es procedente y debe girarse otra liquidación para evitar el quebranto del Tesoro que complete la girada.

El recurrente alegó que a tenor del artículo 47 de la ley de Presupuestos de 1934 debía declararse la exención de la certificación posesoria, pues así lo dispone aquélla (si es que no se ha hecho efectivo el impuesto); no puede ser aceptada tal alegación por no estar exceptuado del impuesto más que los bienes del Estado (y preguntamos nosotros: ¿los bienes de los seminarios conciliares no son hoy del Estado, teniendo el obispado sólo el uso?). Pidió aquél también que se exigiese sólo el 0,20 por 100 como beneficencia o instrucción; tampoco puede aceptarse porque en las informaciones no se exige el impuesto con arreglo al título de adquisición, sino por un tipo especial, fijado en la ley, cualesquiera que sea el título y su fecha.

3.º No obstante, como el artículo 47 de la ley de Presupuestos de 1934 declara exentas las certificaciones posesorias que se expidan,

a los efectos del Real decreto de 11 de Noviembre de 1864 y Reglamento hipotecario, si la posesión excede de quince años y se presentan antes del 1.º de Julio de 1934, debe volver el expediente a la oficina liquidadora para que haga la declaración oportuna. (Acuerdo del Central de 18 de Diciembre de 1934.) 24 de 1934.

VI

Hipotecas. Exenciones. Constituida una hipoteca por un Sindicato agrícola a favor de un Banco en garantía de un préstamo recibido de éste, aquélla se halla sujeta al impuesto por ser el obligado al pago el Banco, que no goza de exención.

El artículo 9, número 3 de la ley de 16 de Marzo de 1932, declaró exentos del impuesto de derechos reales los contratos en que intervengan como parte obligada la personalidad jurídica de un pósito o de un Sindicato agrícola, y que según el artículo 11 de la ley citada, el impuesto lo satisfará el que adquiera los bienes o derechos, cualquiera que sean las estipulaciones de las partes contratantes, por lo cual en los contratos de constitución de hipotecas, como en el caso actual ocurre, la persona obligada es el prestamista a cuyo favor se constituye el derecho real de hipoteca y no el Sindicato prestatario que constituye la garantía ; y en consecuencia no es posible comprender tales contratos en la exención del mencionado artículo 9.º Y por lo tanto procede exigir el impuesto por la hipoteca al Banco de X y no declarar exento tal contrato y constitución del derecho real siguiente. (Acuerdo del Central de 6 de Noviembre de 1934.) 129 de 1934.

VII

Comprobación. Tratándose de fincas rústicas se ha de fijar el valor capitalizando la renta líquida y no el líquido imponible ; al hacer la liquidación definitiva deben rectificarse todos los elementos básicos de ella, incluso los de la comprobación.

Según el artículo 87 del Reglamento del impuesto de 16 de Julio

de 1932, la comprobación del valor declarado por los amillaramientos se hará capitalizando al 5 por 100 el líquido imponible ; pero cuando se practique por los datos de los trabajos catastrales se capitaliza el líquido imponible o la renta líquida, según se trate, respectivamente, de fincas urbanas o rústicas, por lo que siendo la finca de que se trata un cortijo y por ello una finca rústica que figura en el avance catastral, la comprobación de su valor debe hacerse capitalizando la renta líquida y no el líquido imponible. Según las certificaciones presentadas del avance catastral, la finca figura lo mismo que en el recibo de la contribución territorial utilizado por el liquidador con una riqueza imponible de 18.421,47 pesetas y con una renta íntegra de 12.449,98 y, por lo tanto, con una renta líquida de 10.706,99 pesetas, que capitalizado al 5 por 100 da un valor de 214.139,80 pesetas y no de 368.429,40 que obtuvo la oficina liquidadora ; el valor de 365.850,40 fijado por el interesado se determina con el propósito de ajustarse al medio reglamentario de valoración y utiliza los datos del Catastro, pero cometiendo el error de capitalizar la riqueza imponible en vez de la renta líquida, error no aritmético, sino de concepto, y que es el mismo en que incurrió la oficina liquidadora. A tenor del artículo 118, párrafo 2.º del Reglamento del Impuesto, la liquidación provisional es revisable de oficio en cuanto a todos sus elementos integrantes al practicar la liquidación definitiva, aunque aquélla no hubiese sido objeto de reclamación y según tiene establecido el Tribunal Central en acuerdo de 9 de Marzo de 1931, uno de esos elementos revisables es el valor declarado, siempre que, como en el caso presente, se demuestre el error en la declaración ; y teniendo en cuenta la última parte del artículo citado, según el que el error no puede favorecer al contribuyente cuando la definitiva se pida, pasados cinco años. Por lo tanto, procede tener como erróneo el valor fijado, debiendo serlo por la capitalización de la renta líquida catastral, pero sujetando la determinación a lo que en la liquidación definitiva se resuelva respecto de la rectificación del error de los interesados. (Acuerdo del Central de 4 de Diciembre de 1934.) 132 de 1934.

GABRIEL MAÑUECO,
Abogado del Estado