

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VIII

Enero de 1952

Núm. 85

Inexistencia del tercero hipotecario ⁽¹⁾

(Conclusión.)

Volviendo al punto de partida, al campo hipotecario, en que vimos surgir el problema, observamos que se planteó erróneamente, naciendo el error tal vez del siguiente discurso: Si el adquirente en el primer negocio era incapaz al celebrarlo, y por la inscripción posterior quedó purificado de aquella incapacidad, es lógico suponer que también quede purificado de la incapacidad adquirida después del primer negocio y antes del derivado. Y, a mayor abundamiento, si la incapacidad puede inscribirse, no deberá sufrir las consecuencias de la falta de inscripción quien adquirió el derecho del incapaz.

Completa la idea confusamente la exposición de motivos: «Para adquirir con seguridad bienes inmuebles y derechos reales, no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos a otras cargas; es, además, necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta: y no produciría el efecto apetecido.»

Así se llega, suavemente, sin violencia aparente, a la inscripción de incapacidad y al libro de incapacitados, que, en otro giro

(1) Véanse los cuatro números anteriores.

del razonamiento, significa nada menos que lo siguiente: en el Registro de la Propiedad deben constar: el estado jurídico de las personas y los cambios y limitaciones de su capacidad, para que no ya *el tercero*—usando la terminología de la ley—, sino quien contrata directamente con el titular, conozca su condición jurídica.

Es, sencillamente, una idea nueva, por la que incrustará en el Registro de la Propiedad un Registro de Capacidades, de efectos más amplios, netamente universales, *no ya respecto de terceros*, como aquél.

Pues bien: si los fundamentos de publicidad registral inmobiliaria—certeza de la inscripción anterior en beneficio de la derivada—no imponen la necesidad de la publicación de incapacidades personales, y esta necesidad es, no obstante, indudable, serán fundamentos civiles los que lo imponen.

Cierto. Basta para demostrarlo analizar el espíritu de la ley civil en los artículos 288, 316, 323, 325, 326, 330, 1.437, etc.

Falta únicamente que la idea se precise con claridad, y que la doctrina labore sobre ella para que el caótico estado legal actual ceda el paso al Registro único del estado jurídico de las personas o sujetos del derecho. Registro que nunca será el de la Propiedad, ya que el punto de partida de éste es la finca, circunscrita a un término, y la voluntad humana actúa sin límite en el espacio.

Será ésta una zona del derecho, confiada a otros técnicos, que podrá reflejarse en el campo inmobiliario, pero que, en definitiva, escapará al juego registral directamente, como, por otra parte, escapará también en algún caso al juego del Registro personal mismo, verbigracia, al tratarse de causas transitorias de incapacidad: embriaguez, hipnotismo, etc. Y en estas causas transitorias comprobaremos que el juego registral, por sí mismo, actúa en la forma por nosotros expuesta, a saber: corriendo su suerte el negocio derivado, afecto, por tanto, a la posible anulación por incapacidad debida a embriaguez o hipnotismo.

Continuando, se ofrece otra consideración a la mente: es abiertamente injusto e inhumano que quien no ignora que la inscripción de que deriva su derecho es inexacta, se beneficie de los efectos del régimen hipotecario. Exceptuaremos, consecuentemente, del mismo a quien lo pretenda utilizar de mala fe. Mas sólo a él; no

a quien, derivando a su vez del adquirente de mala fe un derecho de buena fe, lo inscriba. Parece lógico que el tiempo en que deberá tener buena fe será el de la creación de su derecho, que es cuando se fundó en el contenido del Registro.

En el fin social propuesto late un interés individual: la evitación de perjuicios económicos a las personas. Es posible excluir, por lo tanto, de las medidas de excepción que el régimen crea a los que deriven su derecho a título gratuito: herederos, legatarios y donatarios.

* * *

A título de curiosidad únicamente, sin otra pretensión, intentamos seguidamente recoger el contenido de la actual ley Hipotecaria en un articulado en que se prescinde del término y de la idea de tercero; concretándonos, naturalmente, a los artículos más interesantes a nuestro objeto: 23, 25, 33, 34, 36 y 37.

Artículo. Podrán publicarse en el Registro mediante los asientos correspondientes (artículos 2 y 42 de la ley).

Artículo. Los asientos del Registro expresarán las circunstancias que en cada caso exige la ley; los inmuebles y derechos se describirán en la forma del artículo 9 de la ley y concordantes del Reglamento.

(La existencia de un Catastro perfecto ofrecería las máximas garantías y sería reproducido por el Registro. De todos modos los efectos de la inscripción no alcanzarían a imponer como cierta la descripción, porque ante el hecho posible de que no coincidiera con la realidad, resultaría pueril la orden de la ley. Condición primera de todo mandato legal es su posible cumplimiento.)

Artículo. Son descripciones derivadas las que fundándose en el contenido de una inscripción anterior, implican la transmisión, constitución, reconocimiento, modificación o extinción de un derecho real.

(Así, serán inscripciones derivadas las de constitución de un derecho real, como hipoteca o servidumbre, por un titular anterior inscrito; y no lo serán los de agrupación, segregación, división de fincas, etc.)

Artículo. Las inscripciones derivadas acreditan respecto de su titular, con presunción *jures et de jure*, en la extensión precisa para que su derecho sea íntegramente eficaz: a), la preexistencia

del derecho en el patrimonio del transferente según los términos de la inscripción de que se deriva; b), la inexistencia en el transmitente de las incapacidades o limitaciones de capacidad inscribibles no inscritas; c), la integridad del contenido de la inscripción de que se deriva, y por lo tanto, la inexistencia de todos los derechos y acciones inscribibles o publicables, según la ley, que no consten en el Registro, con las excepciones siguientes: 1.ª Las acciones de nulidad que se deban a causas que consten en el Registro, salvo que se practique la notificación del artículo 34 de la ley. 2.ª Las acciones de rescisión o anulación de bienes comprados al Estado, durante quince años desde la fecha de la inscripción primera de compraventa. 3.ª Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que constan explícitamente en el Registro. 4.ª La hipoteca legal a favor del Estado, Provincia y Municipio del artículo 107. 6.ª La de los aseguradores del artículo 168. 7.ª Las de retracto legal. Obsérvese que, con arreglo a este artículo, queda purificada la primera inscripción, de las acciones rescisorias de enajenación, realizada en fraude de acreedores: A vende a B en fraude de acreedores, e inscribe: B, vende a C e inscribe = C, con este artículo, acredita la inexistencia de la acción de rescisión de fraude, no inscrita. Partimos de la existencia de buena fe en C; si tiene mala fe, se le aplicará uno de los artículos posteriores.

Artículo. La inscripción derivada no surtirá los efectos que en la inscripción de que se deriva se producen con arreglo al artículo anterior, en los casos en que exista mala fe en el adquirente, o conocimiento de la inexactitud del contenido de aquella inscripción en cuanto a la preexistencia del derecho del transmitente, o de su falta de integridad, o a la existencia de causas de nulidad, rescisión o resolución no inscritas que afecten al derecho del transmitente. En consecuencia, quedará afecta la inscripción derivada a la realidad jurídica en los mismos términos en que lo estuviera el titular de que deviene su derecho. Si éste fuere adquirente en enajenación hecha en fraude de acreedores, le afectará al adquirente posterior la acción de rescisión que a aquél le afectaría, pero el término de cuatro años del Código civil se reducirá en su beneficio al de un año, a contar desde la enajenación fraudulenta. Se entenderá que el adquirente de la inscripción derivada tiene mala fe cuando fuere cómplice del fraude realizado en la

inscripción primera de enajenación. (En rigor, el beneficio de reducción a un año en beneficio del adquirente de mala fe del artículo 36, sólo se puede aplicar al cómplice; pero admitido por el Tribunal Supremo el principio de buena fe, que aquí aplicamos, es justo que el mismo beneficio tenga cualquier adquirente de mala fe, ya que el de máxima mala fe o cómplice está favorecido.)

Artículo. Igualmente se exceptúan de producir los efectos expresados en el artículo — todas las inscripciones nacidas de títulos lucrativos, cuyos titulares quedarán afectos a las mismas posiciones jurídicas que sus causantes. En consecuencia, el adquirente a título gratuito de un derecho adquirido por su causante en enajenación fraudulenta, queda, como él, afecto a la acción de rescisión, que, con arreglo al Código civil, dura cuatro años; pero este término se reducirá en su beneficio a un año, desde la enajenación fraudulenta.

El desarrollo de los artículos anteriores, en relación al caso de la acción de rescisión de enajenaciones en fraude de acreedores responde a nuestra interpretación personal del artículo 37, que coincide con la letra del mismo y con la interpretación dada por el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de Junio de 1901, 25 de Octubre de 1893, 28 de Noviembre de 1899, 8 de Mayo de 1903, 3 de Diciembre de 1905 y 14 de Junio de 1911, durísimamente censuradas por los tratadistas. Se hace preciso, por lo tanto, que razonemos nuestra opinión, máxime cuando sirve para mostrar prácticamente el juego de la teoría que exponemos, cuya aceptación supone las aludidas sentencias.

En los artículos anteriores se parte del supuesto de que es en la inscripción anterior en la que ha existido una enajenación en fraude de acreedores.

Pero no se dice nada respecto del caso en que la inscripción nueva o última sea en la que se ha realizado el fraude. Ciertamente; mas no es preciso. Hemos visto, al exponer la teoría objeto de este trabajo, que el negocio nuevo corre su suerte íntegramente en todo aquello que no deriva de la inscripción anterior; si el fraude se ha realizado en el negocio nuevo, este negocio nuevo estará afecto a la acción rescisoria en los términos que expresa el Código civil, hasta tanto que otra inscripción posterior lo purifique por el juego del mecanismo registral que quedó explicado. Es, pues, cuestión de posición el examen que realizamos; y eso hace

que nuevamente los tratadistas, al aplicar el término *tercero*, desvían el problema.

Pretenden éstos que la ley, con tal término, quiere decir lo siguiente :

A vende a B en fraude. Si B tiene buena fe, no le alcanza la acción de rescisión.

Se fundan : *Argumento civil*. En el derecho civil, si B procede de buena fe, queda liberado de la acción de rescisión, por el párrafo segundo del artículo 1.295 del Código civil. *Argumento hipotecario*. Tercero es el que adquiere e inscribe por compra de buena fe en fraude de acreedores, respecto de la inscripción anterior a favor de A, que acreditaba su derecho. Y es así porque a ese adquirente llama tercero el Código civil, y de otro modo se daría el absurdo de que quien es tercero civil no lo es hipotecario, cuando precisamente por no serlo resultará perjudicado. Le convendría, por lo tanto, no inscribir. He aquí un caso en que la inscripción redunda en su perjuicio, añaden.

A dona a B, en fraude. Pretenden que esté afecto sólo un año a la acción de rescisión. Dicen : con arreglo al artículo 1.297 se podría suponer que durará en su perjuicio cuatro años la acción de rescisión ; pero quiere la ley estabilizar el dominio y por eso el artículo 36 de la ley Hipotecaria acorta el término a un año.

Se opone a ambas interpretaciones el empleo del término «segunda enajenación» por el expresado artículo 36.

Nos fundamos nosotros para rebatirlo : *Argumento civil* : Nuestra ley civil no contiene un precepto análogo a los que, en Francia y en Alemania, exigen que el adquirente en fraude de acreedores a título oneroso conozca la intención fraudulenta, para que pueda ejercitarse la acción de rescisión. Por el contrario, la posición del Código civil nuestro en esta materia, resultará de su examen, sujeto a interpretaciones diversas ; la nuestra es que la existencia de buena fe en la primera venta no impide su rescisión. Nos fundamos : a), el adquirente primero de mala fe tiene que devolver las cosas aunque no se le devuelvan a él las contraprestaciones, desde el momento que el 1.298 le obliga a indemnizar si no puede afectarlo ; b), el párrafo primero del artículo 1.295 dice que sólo devolverá las cosas cuando se le puedan restituir las contraprestaciones ; c), luego el citado párrafo se refiere al primer adquirente de buena fe ; d), el párrafo segundo del

artículo 1.295 dice que la rescisión no se dará si el tercero es poseedor de buena fe; e), luego ese tercero poseedor de buena fe no puede ser el primer adquirente de buena fe, *que tiene obligación de restituir si se le devuelve la contraprestación*.

Argumento hipotecario.—El tercero de una enajenación fraudulenta no puede ser ninguna de las partes que en ella intervienen; por lo tanto, para que exista ese tercero, se precisa que la enajenación fraudulenta sea de un negocio anterior, de una venta anterior.

Y ya tenemos explicado por qué el artículo 36 habla de una segunda enajenación, no dando la consideración de tercero al de la primera venta.

Claro está que si el Código civil se debe interpretar como lo hacen los tratadistas, la ley Hipotecaria resulta en perjuicio del tercero; pero no se deberá esto a falta de orientación de la ley, que sigue en el artículo 36 el criterio justamente científico, sino a no haber exceptuado de ese criterio y artículo un caso excepcionalmente dispensado por la ley Civil en atención a consideraciones de orden netamente civiles.

Con el artículo anterior, se desarrollan los supuestos de fraude que prevé, de acuerdo con la teoría, en la siguiente forma:

- 1.º { (con fraude)
A vende a B = B vende a C { con buena fe = no le afecta la rescisión;
(rescisión cuatro años) { con mala fe = le afecta un año.
- C dona a E { E se coloca siempre en el lugar de C y, por lo tanto, tiene sus
mismos derechos, que son los expresados antes según el mismo C haya o no tenido buena fe al comprar a B.
- 2.º { (con fraude)
A vende a B = B dona a C { C se coloca en el lugar de B y le afecta la
(rescisión cuatro años) { rescisión cuatro años.
- 3.º { A dona a B = Se rescindirá siempre, dentro de los cuatro años.
(con fraude)

Para no alargar el trabajo en términos excesivos, hemos prescindido de acoplar el contenido del artículo 97 de la ley Hipotecaria, que requiere también un previo examen de su alcance, sujeto igualmente a contradicción.

Artículo. Se entenderá que no son inscripciones derivadas: 1.º, las de expedientes de dominio; 2.º, las de informaciones de posesión; 3.º, las del artículo 20, párrafo 3.º; 4.º, las concesiones administrativas; 5.º, las de derechos reales substantivados del ar-

artículo 8.º de la Ley, cuando anteriormente no estén inscritas las fincas a que afecten; 6.º, las de bienes de capellanías colativas familiares practicadas con arreglo al artículo 11 del Decreto-ley de 17 de Abril de 1925; 7.º, las de sentencias de los Tribunales especiales de foros, practicadas en virtud del artículo 49 del Reglamento de 23 de Agosto de 1926; 8.º, las derivadas de las inscripciones practicadas con arreglo al artículo 20 de la ley Hipotecaria, párrafo tercero, si no han transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción primera, a menos que se trate de las indicadas en el artículo 90 del Reglamento; 9.º, las derivadas de las inscripciones del artículo 11 del citado Decreto-ley de 17 de Abril de 1925, si no han transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción primera; 10, las derivadas de inscripciones forales del artículo 49 del Reglamento de 23 de Agosto de 1926, si no han transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción primera, y 11, las derivadas de inscripciones de fincas o derechos adquiridos por herencia o legado a favor de herederos voluntarios, si no han transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción primera.

Las inscripciones derivadas que expresan los apartados 8.º, 9.º y 10 de este artículo, cualquiera que sea su fecha, tendrán pleno carácter y consideración de inscripciones derivadas, una vez que hayan transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción primera, y en tal momento se aplicará a las mismas los efectos señalados en los artículos anteriores, sin excepción. Si se hubiesen practicado antes de transcurrir dos años desde la fecha de la inscripción primera, sus efectos transitorios, hasta que se cumpla tal plazo de dos años, serán: a), la inscripción derivada, durante dicho tiempo, no tendrá a su favor el contenido de los artículos anteriores, respecto al efecto de acreditar que la inscripción primera, *en la fecha en que se practicó*, reflejaba la verdad jurídica. Por el contrario, el contenido de la inscripción primera podrá ser rechazado cuando no coincida con la realidad jurídica *al tiempo en que se practicó*, tanto por quien fuere titular de derechos, anteriormente a tal fecha, como por quien del mismo traiga su derecho, aun cuando lo haya adquirido con posterioridad a la fecha de la inscripción primera, concretándose en todo caso a la defensa de sus derechos. El ejercicio de la facultad de restablecer la realidad jurídica sin detenerse ante el contenido de la inscripción derivada ha de practicarse en el término de dos

años, a contar desde la inscripción primera, y transcurrido tal plazo, si se realizare tal restablecimiento, dejará a salvo el contenido de la inscripción derivada, si existiere; b), no refiriéndose a los casos de excepción especiales del apartado anterior (letra a), las inscripciones derivadas se regirán por el contenido de los artículos anteriores y en consecuencia se sujetarán a su libre juego en cuanto a la preexistencia del derecho en el titular de la primera, su capacidad, integridad del contenido de la misma, mala fe, etc.

(De tal forma, si el titular de la primera inscripción tiene su dominio, libre de cargas, según el Registro, no siendo ello cierto porque *antes de inscribirlo*, transmitió tal dominio, o nunca fué suyo, o constituyó un gravamen, y de aquella inscripción falsa se deriva otra, el verdadero dueño y el titular del gravamen—o sus habientes derechos—podrán utilizar el artículo presente en su apartado a), en el tiempo y forma que se expresa en el mismo, a saber: en el término de dos años, pudiendo perjudicar y rechazar la inscripción derivada, sea ésta de dominio o de otro gravamen, y pasados dos años, sin perjudicarla, por lo cual, si la derivada es inscripción de dominio, no podrán inscribirse el verdadero dominio ni el gravamen, y si la derivada es inscripción de gravamen, será preciso declarar subsistente tal gravamen al practicarse la rectificación del dominio o declarar preferente el gravamen de la derivada al que se inscribe posteriormente, aun siendo anterior su fecha. Por el contrario, si el dominio fué transmitido por el titular de la inscripción primera, o el gravamen constituido por el mismo, *con posterioridad* a la fecha de su inscripción (sin inscribirse) y otra transmisión de dominio o gravamen posteriores se inscriben, el titular del dominio o del gravamen inscritos podrán utilizar el presente artículo en su apartado b), rechazando la transmisión del dominio o la constitución del gravamen realizados anteriormente, pero no inscritas.)

Las inscripciones derivadas que expresa el apartado 11 de este artículo se regularán en la misma forma que las de los apartados 8.º, 9.º y 10, con la diferencia siguiente: que el restablecimiento e inscripción de la realidad jurídica podrán únicamente ejercitarse por el heredero real o por quien derive su derecho del mismo, y en referencia concreta a sus derechos respectivos.

(Damos esta redacción al presente artículo, por responder a

la interpretación que juzgamos debe hacerse de los preceptos legales en las materias que abarca el mismo.)

Artículo. Se entenderá que no son inscripciones derivadas:

1.º Las inscripciones practicadas en virtud de expediente de dominio. 2.º Las de información de posesión. 3.º Las del párrafo tercero del artículo 20. 4.º Las concesiones administrativas. 5.º La de derechos reales sustantivados del artículo 8.º de la ley, cuando anteriormente no están inscritas las fincas a que afectan. 6.º Las derivadas de un derecho inscrito con arreglo al artículo 20 de la ley Hipotecaria, párrafo tercero, si no han transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción, a menos que se traten de las indicadas en el artículo 90 del Reglamento hipotecario. 7.º Las derivadas de inscripciones referentes a fincas o derechos adquiridos por herencia o legado a favor de herederos voluntarios, si no han transcurrido dos años desde la fecha de la inscripción.

Artículo. El contenido de las inscripciones de todas clases que no tenga a su favor una presunción *juris et de jure* de certeza con arreglo a lo que precede, tendrá a su favor una presunción *juris tantum*, y no podrá ser contradicho sino en la forma del artículo 24 de la ley.

Artículo. Las inexactitudes de las inscripciones podrán rectificarse, concordándolas con la realidad, dentro de los límites en que lo consientan los efectos que a favor del titular señalan los artículos anteriores.

* * *

Está tan arraigada en nosotros la idea del tercero hipotecario, que tal vez pretendamos verlo en el nuevo ordenamiento inmobiliario. Diremos: tercero protegido es aquel extraño al negocio jurídico no inscrito, ante el que éste suspende sus efectos. Ese extraño protegido es el titular inscrito. Es precisamente el tercero hipotecario del artículo 23, que revive nuevamente.

No. El negocio no inscrito detiene sus efectos inter partes ante el titular inscrito, responderemos. Mas ese titular inscrito no es tercero hipotecario, es tercero puramente civil, es tercero únicamente para la ley civil, para el negocio no inscrito, netamente civil, que ésta regula. Y la ley Civil, no la Hipotecaria, debe decir: «Que el negocio no inscrito se detiene en sus efectos ante el titular hipotecario.» No acertará tampoco si le llama tercero. A esta nota de tercero—igual a extraño—deberá añadir, para

darle el carácter de protegido, para que sea tercero jurídico civil, por razón de publicidad, las notas que le elevan a titular hipotecario, a saber: a) Que esté inscrito con inscripción derivada. b) Que se funde en inscripción anterior. c) Que tenga buena fe, etc. Es más cómodo para la ley Civil, más científico también, que se limite a llamarle titular hipotecario.

Y, a su vez, la ley Hipotecaria caracterizará al titular hipotecario, sin definirlo—y menos con el término de relación que implica el nombre de tercero—, de acuerdo con los principios hipotecarios: a) Por ser titular de una inscripción derivada. b) Tener buena fe, etc.

Igualmente es posible que pretendamos que el tercero de los artículos 25 y 27 subsiste también.

Se dirá: en el nuevo ordenamiento la inscripción surte efectos universales desde su fecha, sin detenerse ante quien no ha sido parte en el negocio inscrito; se cumple el artículo 25, y, al cumplirse, es tercero precisamente aquel que no intervino en el negocio, el tercero definido en el artículo 27.

Cierto, diremos: Mas ese tercero, ante quien no se detiene la inscripción, es el tercero, netamente vulgar. Es precisamente la negación del tercero protegido; la declaración terminante de la inexistencia, en el campo hipotecario, de todo tercero protegido; la afirmación de que el negocio inscrito surtirá efectos universales entre las partes y entre los extraños.

Es el logro del fin propuesto por el nuevo ordenamiento inmobiliario: la desaparición de un tercero, protegido, que tenía su fundamento de protección en la falta de publicidad, mediante la existencia de tal publicidad por la inscripción.

Y, en definitiva, este último examen nos cerciorará de que la ruta surgida en los razonamientos anteriores, firmes o equivocados, nos conducía al fin propuesto.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI,

Notario.

La sucesión intestada en Aragón después del Apéndice foral⁽¹⁾

(Continuación.)

IV

ÓRDENES DE SUCESIÓN ABINTESTATO EN EL DERECHO ARAGONÉS VIGENTE

En Aragón, mediante la combinación de los preceptos especiales del Apéndice con los generales del Código, son llamados a la sucesión intestada de las personas de filiación legítima (prescindiendo por ahora de la sucesión abintestato de los *de cujus* que sean hijos naturales) los siguientes órdenes parentales e instituciones jurídicas :

- 1.º *Hijos y descendientes legítimos*, incluyendo, naturalmente, los legitimados por subsiguiente matrimonio.
- 2.º *Ascendientes legítimos*.
- 3.º *Hijos naturales reconocidos y legitimados por concesión y sus descendientes*.
- 4.º *Cónyuges*.
- 5.º *Colaterales*.
- 6.º *Hospital Provincial de Zaragoza*.
- 7.º *El Estado* (2).

Analizaré cada uno de ellos por separado.

- 1.º *Hijos y descendientes legítimos*.—Con arreglo al artículo 35

(1) Véase el número anterior.

(2) Este orden es simplemente enumerativo y no jerárquico o de preferencia. La prioridad depende, en la mayoría de los casos, de la procedencia de los bienes del causante.

del Apéndice, los descendientes legítimos del que fallece abintestato le heredan, con exclusión de los demás parientes, entendiéndose salvo el derecho de viudedad. Los de grado más próximo que vivan y sean capaces para la sucesión excluyen a los de grado más remoto; pero en lugar de los de dicho grado que hayan fallecido o estén incapacitados, heredan, por derecho de representación, los descendientes suyos, sin que en esta línea recta descendente tenga límite la tal representación.

Este precepto se acomoda a las líneas generales del Código común (artículos 930 al 934 y 925), y no ofrece dificultades prácticas (1). A su tenor, existiendo hijos o descendientes legítimos de cualquier grado, los hijos naturales reconocidos quedan excluidos, respecto a *toda clase de bienes*, incluso los granjeados por el causante y demás a que se refiere el artículo 40 del Apéndice. Establecido categóricamente el derecho de representación, el modo de suceder será el siguiente: Hijos solos, *in capita*. Hijos y descendientes de hijos ya muertos: aquéllos, *in capita*; éstos, *in stirpes*, y entre sí, *in capita*. Nietos y demás descendientes, *in stirpes*.

Conviene tener en cuenta que, existiendo dicha descendencia legítima, no tienen lugar tampoco ninguno de los recobros o llamamientos especiales y singulares que en favor del cónyuge sobreviviente, de los ascendientes y de los hermanos establece el Apéndice.

Cabe la concurrencia de los descendientes legítimos con el cónyuge viudo, pero sólo por lo que respecta al derecho usufructuario que por viudedad legal o paccionada pueda corresponder a éste. Es correcta, por tanto, la fórmula empleada ordinariamente por los Juzgados de la región que en estos casos declaran herederos *universales* a los hijos o descendientes legítimos, «sin perjuicio de los derechos de viudedad que correspondan al cónyuge viudo».

Más adelante, al formular observaciones críticas a los llamamientos del Apéndice, se expondrán las pertinentes a este primer orden.

2.º *Ascendientes*.—Los ascendientes no pueden ser nunca declarados herederos *universales abintestato*, ni aun en el caso de

(1) Hubiere sido, sin duda, preferible la redacción del artículo 276 del Proyecto de Apéndice del año 1904, que disponía que los descendientes legítimos suceden abintestato a sus ascendientes, ora por derecho propio, ora por el de representación, en los términos estatuidos en el Código general.

no existir descendientes legítimos ni naturales, ni hermanos, hijos de hermanos o tíos del causante. Sin embargo, pueden ser herederos abintestato respecto a dos clases de bienes, a saber (1):

a) En aquellos bienes, muebles o inmuebles, que tales ascendientes hubieren donado, vendido o enajenado, por cualquier motivo, al causante, su descendiente, que fallezca abintestato sin dejar herederos forzosos—descendientes legítimos—(2), cumpliéndose dos requisitos: que en el caudal hereditario existan los mismos bienes y que el ascendiente que ha de heredarlos o recobrarlos exclusivamente viva a tiempo de causarse la sucesión. (Recobro regulado en el artículo 37.) Es de observar que la ley no distingue entre ascendientes legítimos o ilegítimos; no es dudoso, por consiguiente, que este derecho de recobro puedan ejercerlo también los ascendientes naturales del causante cuando éste sea de tal filiación.

b) En los bienes que el causante haya adquirido de parientes más lejanos del sexto grado o de extraños, en los de procedencia desconocida y en los granjeados por el causante mismo, toda vez que en cuanto a estos bienes la sucesión intestada se defiende con arreglo a las comunes normas del Código (art. 40 del Apéndice). Es preciso para que este derecho de los ascendientes pueda ser reconocido, que no existen descendientes legítimos. Con los ascendientes pueden concurrir los hijos naturales y el cónyuge viudo, en la forma establecida en el artículo 942 del Código, en relación con los 840 y 841 del mismo, por lo que respecta a los primeros, y en el artículo 836, aplicable a la sucesión intestada por jurisprudencia constante y opinión doctrinal unánime, por lo que atañe a los segundos. Cabe la duda de si respecto a estos bienes, cuando sean muebles, el cónyuge viudo que no tenga por pacto viudedad universal tendrá la cuota legal usufructuaria del Código, en el supuesto de que no consten aportados al consorcio como sitios. Disponiendo taxativamente el Apéndice que se defiera la sucesión en estos casos por lo que dispone el Código, parece seguro que puedan coexistir en el cónyuge viudo los dere-

(1) También podrán serlo en los bienes a que se refiere el artículo 39 del Apéndice cuando no puedan asignarse conforme a las reglas del mismo.

(2) Se entenderá que la persona de cuya sucesión se trata no ha dejado herederos forzosos, si aun habiéndolos tenido fallecen éstos abintestato y sin prole, en vida de los donantes o enajenantes (artículo 38 del Apéndice).

chos de la viudedad foral aragonesa y los legitimarios viduales del Código común; aquéllos, por lo que se refiere a los inmuebles o muebles aportados como sitios, y éstos, por lo que respecta a los muebles restantes.

En la práctica, los casos de recobros a favor de ascendientes no ofrecen dificultad, pues, en rigor, no se trata de una sucesión intestada, sino de una retroacción privilegiada, y aun sin declaración judicial en el expediente de abintestato, existirá el derecho al recobro y podrán hacerlo efectivo los ascendientes. No estará de más, sin embargo, que en toda declaración de herederos abintestato a favor de colaterales, cuando existan ascendientes, los Jueces hagan constar que es sin perjuicio de los recobros que, en su caso, procedan conforme al Apéndice aragonés a favor de dichos ascendientes del causante. Es medida de precaución que nada cuesta y puede surtir efectos beneficiosos.

En cuanto a la segunda clase de bienes en que pueden suceder abintestato los ascendientes—los del artículo 40 del Apéndice—, la práctica ofrece mayores dificultades. Ni las peticiones de los interesados, ni las declaraciones de la Autoridad judicial, pueden extenderse más allá de tales bienes; y, por tanto, en los autos habrá de especificarse con claridad que se declara heredero a tal o cual ascendiente, solo o en concurrencia con hijos naturales o con el viudo, o con ambos a la vez, por lo que se refiere a dichos bienes; sin perjuicio de que simultáneamente se declaren herederos a parientes colaterales, por lo que se refiere a otra clase de bienes, o se reserve su derecho para el caso de que existan y no se haya hecho constar su existencia en la solicitud al Juzgado. Los ascendientes heredarán conforme a lo dispuesto en el Código: los de primer grado, *in capita*; los de segundo o posteriores grados, *in lineas*, pero excluyendo los de grado más próximo a los de grado más remoto, aunque sean de distante línea.

3.º *Hijos naturales reconocidos y legitimados por concesión.* Estos heredarán solos o en concurrencia con los ascendientes del causante los expresados bienes especificados en el artículo 40 del Apéndice, a tenor de este precepto y de los artículos 939 y 942 del Código. Pero sólo heredarán en el caso de no existir descendientes legítimos del causante, pues aunque este último precepto del Código les concede derecho concurriendo tanto con ascendientes como con descendientes legítimos, la disposición termi-

nante del artículo 35 del Apéndice les excluye taxativamente en este último caso, aparte de que el artículo 40 del mismo está dado para la sucesión intestada del que no deja descendencia legítima.

No hay, pues, lugar a dudas sobre la posible concurrencia de hijos naturales con hijos legítimos en la sucesión intestada de los bienes granjeados, de procedencia desconocida, etc., a que alude el artículo 40. Estos bienes, como todos los demás, son exclusivamente para los hijos o descendientes legítimos, cuando los haya. Sólo en su defecto puede heredarlos el hijo o hijos naturales o legitimados, solos o en concurrencia con los ascendientes, y en todo caso con el cónyuge viudo, por lo que a derechos usufructuarios se refiere. En igual forma, heredarán los bienes regulados por el artículo 39 del Apéndice cuando no haya colaterales a quienes asignarlos.

En la práctica cabe consignar idéntica advertencia a la hecha sobre análogo derecho de suceder abintestato de los ascendientes.

4.º *Cónyuges*.—En todo caso, el cónyuge viudo sucede al premuerto abintestato por lo que respecta a su derecho de viudedad, ora sea ésta pactada o convencional, ora sea la estrictamente legal—artículo 63 del Apéndice—. Al decir en todo caso, queremos indicar haya o no descendientes, ascendientes, etc.

Aparte este derecho de viudedad, y en el caso de no existir descendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente que tuviere asignada firma de dote al premuerto la recobrará con preferencia. El Apéndice no lo dice, pero parece lo más lógico que para la efectividad de este recobro sea requisito indispensable la existencia de los mismos bienes en que consistiera la firma de dote en el patrimonio del causante. El derecho al recobro no es personalísimo o privativo del cónyuge supérstite, pues se transmite a sus parientes. ¿A qué parientes? Tampoco lo dice el Apéndice, pero no podrá ser a otros que a los que tengan derecho a sucederle abintestato, con exclusión de los herederos testamentarios que no sean parientes. Finalmente, tendrá lugar este recobro aun cuando los bienes hubieren recaído ya, por disposición del finado, en descendientes comunes, si éstos, a su vez, mueren intestados y sin dejar prole antes que el cónyuge sobreviviente (artículo 36).

Sobre estos recobros puede tenerse por reproducido lo indicado

sobre los recobros a favor de ascendientes, en cuanto a su influjo en las declaraciones judiciales de herederos abintestato.

Además de la viudedad y del derecho de recobro aludidos, el cónyuge viudo hereda abintestato al premuerto en los bienes granjeados por éste, de procedencia desconocida o provenientes de parientes más allá del sexto grado o de personas extrañas. ¿Cuándo le corresponde tal derecho? Solamente cuando no existan descendientes legítimos, hijos naturales o legitimados, ascendientes legítimos o naturales, ni hermanos o hijos de hermanos del causante (artículo 40 del Apéndice, en relación con los 946 y 952 del Código). No existiendo hijos legítimos, aunque existan hijos naturales o legitimados, ascendientes o hermanos o sobrinos, el cónyuge viudo tendrá en los expresados bienes los derechos usufructuarios señalados en el Código, según se ha dicho antes, con arreglo a los preceptos citados y además al artículo 387.

Podrá ser también heredero de los bienes determinados en el artículo 39 del Apéndice, cuando falten colaterales con derecho a heredar.

5.º *Colaterales*.—Los principios de troncalidad y de patrimonialidad familiar en que se han inspirado los redactores del Apéndice, siguiendo la tradición aragonesa, sin duda mucho más justificada en los tiempos en que se dictó su legislación peculiar que en los actuales, complica enormemente esta clase de sucesión intestada.

El Apéndice, para deferir derechos, busca la procedencia de los bienes que constituyen el patrimonio relicto, y según sea aquella, establece unas normas u otras. No cabe hablar, salvo raros casos, de herederos «universales» intestados en la línea colateral; las declaraciones judiciales habrán de limitarse a declaraciones de herederos «particulares»—diríase que ambas palabras se repelen mutuamente—, o sea respecto a bienes determinados. Extremando las cosas, debiera exigirse, en todo caso, por la Autoridad judicial la presentación de los documentos justificativos de la procedencia de los bienes—títulos de propiedad, pólizas de Bolsa, certificaciones registrales, libretas de ahorro, etc., etc. (1), para que la declaración judicial se asentase sobre bases seguras. Y, en todo caso,

(1) Cosa análoga preceptuaba la regla tercera del artículo 280 del Proyecto de Apéndice del año 1904.

tales declaraciones habrían de formular sin perjuicio del derecho que corresponda a otros colaterales sobre bienes de distinta procedencia, si existieren.

Esta dualidad de normas legales, junto con la defectuosísima redacción del artículo 39, que deja sin resolver varios casos, omite extremos necesarios e incurre en notorios defectos de construcción técnica y lógica, origina las dificultades y perplejidades con que tropiezan los profesionales del Derecho cuando tienen que aplicarle.

Trataré de exponer con la posible claridad los actuales órdenes y modos de suceder de los colaterales reduciendo a clasificaciones lógicas las normas casuísticas del Apéndice. Antes de ello conviene recordar que en favor de los hermanos existe el mismo derecho de recobro, respecto a los bienes donados, vendidos o enajenados, por cualquier motivo, al causante, que existe en favor de los ascendientes, aun cuando tales recobros no sean, propiamente hablando, casos de sucesión.

Hay que establecer una división fundamental en atención no al grado de parentesco ni al sencillo o doble vínculo, sino a la procedencia de los bienes del causante intestado. Tal división se reduce a estos dos grupos:

a) *Bienes procedentes de ascendientes o parientes hasta el sexto grado adquiridos por el causante, sin condición de reversión o llamamiento, a título de herencia, legado o donación* (caso regulado por el artículo 39).

b) *Bienes adquiridos de parientes más lejanos del sexto grado o de extraños, así como de procedencia desconocida o granjeados por el causante mismo* (caso señalado por el artículo 40).

A) *Grupo primero.*—Conviene distinguir en éste otros tres grupos:

a) Bienes de procedencia paterna.

b) Bienes de procedencia materna; y

c) Bienes que, sin ser de procedencia paterna ni materna, proceden de otros parientes hasta el sexto grado.

Al examinar los llamamientos en cada subgrupo, se ha de tener siempre en cuenta que en esta clase de bienes—de los tres subgrupos a), b) y c)—heredan los colaterales, a falta de descendencia legítima del causante, o sea con preferencia a ascendientes,

cónyuge e hijos naturales o legitimados por concesión, salvo la excepción que luego se verá.

a) *Bienes de procedencia paterna*.—Los heredan, en primer término, los hermanos germanos o de doble vínculo del finado, sin distinción de sexo, si concurren solos. (Regla primera del artículo 39.)

Si concurren con medio hermanos, hay que distinguir: si éstos son *consanguíneos* o por parte de padre, heredarán, juntamente con los hermanos germanos, por partes iguales; si los medio hermanos son *uterinos* o por parte de madre, quedan excluidos de la herencia de estos bienes, que heredarán solamente los hermanos de doble vínculo. (Regla segunda de dicho artículo.)

Si sólo hay medio hermanos, siendo consanguíneos, heredarán la totalidad de estos bienes; si son uterinos, únicamente los heredarán en el caso de no haber otros colaterales, hasta el cuarto grado (1), que pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan, ni ascendientes ni hijos naturales reconocidos o legitimados por concesión.

A los hermanos, sean de doble o sencillo vínculo, que tengan derecho de heredar al causante con arreglo a lo expuesto, pero que hayan fallecido con anterioridad o sean incapaces, los sustituirán, en virtud del derecho de representación, sus «propios e inmediatos» hijos—así dice el Apéndice, por un lujo de dicción sin duda—, sin que tal derecho se extienda a otros grados de parentesco colateral con el causante. (Apartado segundo de la regla tercera). Este principio de representación debe entenderse aplicable a toda clase de bienes, sea cual fuere su procedencia.

Pueden, pues, concurrir tíos con sobrinos; y aunque el Apéndice lo silencia, heredarán: aquéllos por cabezas, y éstos, por estirpes.

No existiendo hermanos germanos ni consanguíneos, los bienes de este subgrupo recaerán en los colaterales que tengan parentesco más próximo con el causante de la sucesión por la línea de la persona de quien el causante hubo los bienes, o sea de la paterna,

(1) Más adelante se explicará por qué oco procedente este llamamiento; si bien debe advertirse que el Apéndice, y éste es uno de sus defectos de bulto, guarda silencio sobre el destino de estos bienes cuando no existan colaterales por la línea de la persona de quien el causante hubo tales bienes.

concurriendo cuantos tengan, dentro de esta línea, grado igual de parentesco. (Regla tercera.)

¿Cuáles son estos colaterales de parentesco más próximo con el causante? Limitándonos a la línea paterna y al cuarto grado, en donde, como se demostrará más adelante, concluye en Aragón y en toda España el derecho de los colaterales, estos parientes pueden ser, dentro del tercer grado: tíos carnales, hermanos del padre; sobrinos carnales, hijos de hermano germano o de hermano consanguíneo; y dentro del cuarto grado; tío abuelo, por parte de padre; sobrino segundo, hijo de sobrino carnal, que a su vez lo sea de hermano germano o consanguíneo del causante, y primo hermano, hijo de un hermano germano o consanguíneo del padre del causante. Solamente esta clase de parientes colaterales podrán heredar los bienes a que me refiero, de procedencia paterna.

¿Cómo heredan? Concurrirán los que tengan igual grado, excluyendo a los de grado más lejano (1), y heredarán por cabezas. Tampoco esto lo dice el Apéndice, pero es de sentido común jurídico y además lo abonan dos razones poderosas, contra la expuesta en caso de consulta por el Sr. Isábal, a saber: primera, que en lo que el Apéndice no expresa taxativamente, hay que acudir al Código; y segunda, que en el caso de concurrir sólo sobrinos carnales, éstos no heredan por derecho de representación, como cuando concurren con sus tíos, sino que heredan por ser los más próximos colaterales (2).

(1) Nótese la diferencia con el sistema del Código; éste prefiere los sobrinos a los tíos, a pesar de la igualdad de grado, y antepone el cónyuge a estos últimos.

(2) Sobre este punto dictó la Audiencia territorial de Zaragoza una sentencia por la que se declara que, concurriendo en un abintestato solamente sobrinos del causante, éstos heredarán *por cabezas*. También conviene recordar aquí que la misma Audiencia, en otra Sentencia, declaró que los sobrinos heredan por derecho de representación, en concurrencia con sus tíos, en la totalidad de bienes del causante. No faltó, por la defectuosísima redacción del Apéndice en este particular, y la torpe colocación del apartado segundo de la regla tercera del artículo 39, que establece tal derecho de representación, Letrado que sostuviera la pretensión de que ese derecho no regía para los bienes de procedencia paterna, y de que, por tanto, dichos bienes correspondían exclusivamente a una hermana del causante, la cual concurriría con sus sobrinos, hijos de otro hermano, en los demás bienes que no tuviesen dicha

A falta de todos estos colaterales de tercer o cuarto grado de la línea paterna, no dice el Apéndice quién heredará tales bienes, pues falta, evidentemente, un artículo que disponga el derecho de una rama a subrogarse en el lugar de la que hubiere desaparecido y anteponerse al Estado, es decir, prescindir del principio de troncalidad, cuando no puede tener efecto, por falta de parientes troncales. Creo firmemente que para estos casos de «lagunas» del Apéndice—¡hay tantas!—debe estarse exclusivamente a lo que preceptúa el Código común. Y según éste, esos bienes de procedencia paterna que no puedan asignarse conforme a las reglas del Apéndice, los heredarán, según los casos, los hijos naturales reconocidos o los legitimados por concesión, los ascendientes, los hermanos uterinos del causante, los sobrinos, hijos de hermanos uterinos, el cónyuge viudo, los restantes colaterales hasta el cuarto grado por la línea materna; y, en defecto de todos ellos, el Estado, salvo el caso especial de sucesión intestada a favor del Hospital Provincial de Zaragoza, regulado por el artículo 42 del Apéndice.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL,

Doctor en Derecho y Registrador de la Propiedad.

procedencia. Afortunadamente no prevaleció tan original tesis, que no tenía más apoyo que el defecto de colocación del aludido párrafo.

Los devengos notariales y la revisión de arrendamientos rústicos

Aunque esta Revista, por su elevado carácter doctrinal, no sea lugar muy adecuado para estas líneas, que tienen carácter puramente positivo y práctico, me he permitido suplicar a su sabio inspirador la publicación de ellas, por considerar que puede ser útil para la aclaración de la duda que las motiva.

Se trata de un caso de aplicación de los aranceles notariales, en relación con el Decreto de la República de 31 de Octubre último sobre revisión de los contratos de arrendamiento de fincas rústicas.

Al que esto escribe se le ha solicitado por un arrendatario la expedición de una copia de la escritura de arrendamiento para incoar con ella el referido juicio. Hecha la copia, se negó el peticionario a pagarla, alegando que, según el referido Decreto, es gratuita.

Examinado dicho Decreto, resulta que la regla primera de su artículo 10 dice, en efecto, que «todas las actuaciones son gratuitas». Y se pregunta: *¿Es que esa copia está incluida en este concepto de actuaciones?* Lo ignoramos.

Por una parte parece que no; porque la palabra *actuaciones*, en el tecnicismo jurídico corriente, se emplea sólo para designar las actuaciones judiciales; porque esa regla primera, que establece la gratuidad, hace referencia, según las primeras palabras del artículo, a la tramitación del juicio, y se dicta como complementaria de los artículos 1.811 y siguientes de la ley Procesal;

porque el artículo 13 del Decreto habla de documentos que deben expedirse gratis, y en él no se incluye esa copia notarial; y, por último, porque es regla general que el Notario, como profesión libre, cobre todos sus trabajos, de cuya regla general sólo deben excluirse aquellos casos en que lo disponga la ley de un modo claro y terminante.

Por otra parte, si se atiende al espíritu del Decreto, protectorio para el arrendatario, y también al Decreto de prórroga de 13 de Noviembre, en el que se ordena que se den al arrendatario todo género de facilidades para la expedición de documentos, parece que esa copia debe ser gratuita.

Para evitar esta dudosa cuestión, molesta y delicada, como todas las de Arancel, sería muy estimable que se aclarase este punto, determinando con precisión si el Notario tiene o no derecho a esos honorarios.

Para nosotros no es dudosa la opinión afirmativa, y creemos que, al emitirla, lo hacemos libres de toda pasión profesional. Además de las razones expuestas, hay otra muy atendible, y es que el Notario tiene que hacer gastos para expedir esa copia. ¿Quién le reembolsará de ellos? Y no se diga que esos gastos son pequeños, porque aquí, en Galicia al menos, las escrituras de arriendo se suelen referir a un *lugar* o conjunto de muchas parcelas (50, 100 ó más), que se describen todas como fincas; y, a veces, un amanuense necesita, para hacer esa copia, un día entero de trabajo, que hay que pagarle.

Puede, en último caso, admitirse que el Notario no se lucre nada con esa copia, y sea ello en buen hora si así se obtiene un beneficio social cierto y efectivo; pero no parece justo obligarle a desembolsar su propio dinero, del que, por otra parte, puede muy bien carecer, pues sabido es que en muchas Notarías rurales, agobiado hoy por la multitud de gabelas de la profesión, sólo saca, a duras penas, lo indispensable para vivir muy modestamente.

CÉSAR A. SÁNCHEZ PANIAGUA,

Notario.

Examinada la anterior consulta, no puede negarse una respuesta afirmativa a la cuestión que en ella se plantea.

El único precario punto de apoyo que podría tener la resistencia al pago de los derechos que se discuten es, en efecto, la regla primera del artículo 10 del Decreto de 31 de Octubre último; dentro de su vaguedad, y, por lo tanto, con menos base aún, cabría también utilizar para la impugnación el artículo 2.º del Decreto de 13 de Noviembre.

Pero es lo cierto que ni uno ni otro precepto imponen la gratuidad de las copias a que se refiere el consultante.

Las actuaciones previstas en el primero de los Decretos citados, y que, con arreglo a él, «serán gratuitas y se extenderán en papel de oficio», son, evidentemente, las que forman parte del procedimiento judicial a cuya regulación se circunscribe el artículo 10, según su propio texto. Querer incluir en la fase preparatoria del juicio, al amparo de la simple redacción de un epígrafe—el de los artículos 10 al 15—, el trámite notarial de la expedición de copia, no sólo supondría excesiva sutileza, sino total ignorancia de los más elementales conceptos de la ciencia procesal. Equivaldría también a colocar al encargado del protocolo en el rango subalterno de auxiliar de la administración de justicia, tesis que si en tiempos pasados pudo admitirse y ser defendida gracias a la concentración de atribuciones, típica de los antiguos Escribanos, no puede prevalecer bajo un régimen jurídico asentado sobre la absoluta independencia de la fe pública extrajudicial.

Debe aducirse asimismo, en apoyo de la solución propuesta, que, si bien el artículo 15 del Decreto ordena expedir, sin exacción alguna, las certificaciones de catastro y amillaramiento, nada dice acerca de las copias, con lo que implícitamente las excluye de su área.

Por todo ello resulta perfectamente claro que ni las funciones del Notario guardan relación alguna con lo que los artículos examinados preceptúan, ni los honorarios que en este caso acredite han de ser regulados en forma distinta de la que marca el Arancel correspondiente. La disposición transitoria tercera de este Arancel ordena expedir, sin derechos y sin perjuicio de reintegro a su tiempo, las copias que hayan de darse a instancia de los declarados pobres para litigar, y tiene su precedente inmediato en la Real orden de 12 de Noviembre de 1878. Debe notarse, en pri-

mer término, que tanto una como otra disposición exigen el mandamiento judicial como requisito previo para que surja este deber de desinteresada asistencia. Pero es que en el caso que se ofrece al Sr. Sánchez Paniagua es completamente distinto. Ni hay en él mandamiento judicial, sino petición directa; ni la copia que se reclama ha de surtir efectos en un procedimiento incoado por litigante pobre, sino en un juicio de tramitación gratuita; y es elemental la diferencia que existe entre la gratuidad de un juicio, característica objetivamente asignada por la ley a los de su respectiva especie, y el beneficio de pobreza, basado en las condiciones subjetivas del justiciable y en una previa apreciación del juzgador, que no debe estimarse suplida mediante presunciones genéricas, y menos aún en casos, como el presente, en que el propio Decreto tiene en cuenta (artículo 7.º) la eventualidad de que la situación patrimonial del arrendatario sea más favorable que la del arrendador.

El hecho de que una actuación judicial no remunerada vaya precedida de otra notarial retribuida, no es tampoco cosa insólita. El artículo 61 de la ley del Registro Civil impone al Notario la remisión al Juzgado de ciertos testimonios relativos al estado familiar de los sujetos inscritos, sin que la exención de derechos se establezca ni se presuma, no obstante ser gratuito el funcionamiento de la oficina a que aquéllos van destinados.

Por último, el Decreto de 13 de Noviembre próximo pasado únicamente ordena a los funcionarios públicos—no es del caso hacer la distinción técnica entre funcionario y autoridad—la prestación de las máximas facilidades para los actos que allí se mencionan. Con poco esfuerzo se comprende que una cosa es facilitar el derecho ajeno y otra distinta renunciar al derecho propio. Una preferente atención para esta clase de asuntos, la rapidez en su despacho, el mayor sacrificio posible de formulismos y trámites burocráticos, en aras a la importancia social que se atribuye al fin propuesto, son manifiestamente las únicas aspiraciones que persigue el Decreto, en cuyas imprecisas palabras debe verse, más que otra cosa, un estímulo al celo de los funcionarios a quienes se dirige. Por lo que al Notario respecta, basta con aplicar el artículo 323, párrafo segundo, del Reglamento de este Cuerpo (sobre la expedición obligatoria de copias, aun hallán-

dose pendientes de abono los honorarios de la escritura matriz) para que tales exigencias queden satisfechas, debiendo, a lo sumo, estimarse también el trabajo que dicha expedición supone como preferente en el orden del tiempo a los demás de que simultáneamente estuviere encargado el Notario.

En suma: la interpretación de las disposiciones estudiadas en el sentido de imponer la actuación notarial con dispensa de derechos será tan deseable como se quiera, desde el punto de vista de los intereses que trata de proteger, pero carece, a nuestro juicio, de toda base sólida en el derecho constituido.

F. P. C.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas
Capital desembolsado . . . 51.355.500 —
Reservas 59.727.756,67 —

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 25.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

| | | |
|----------------------|-------|---------|
| Un mes | 3 | por 100 |
| Tres meses | 3 1/2 | por 100 |
| Seis meses | 4 | por 100 |
| Un año | 4 1/2 | por 100 |

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de **CAJAS DE ALQUILER** con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.

Mandato y representación

Entre los documentos que más frecuentemente se autorizan en la práctica notarial figuran las escrituras llamadas de poder, en sus diferentes clases, ya que los enumerados en el artículo 1.280 del Código civil deben constar en documento público. Su redacción se ajusta a un formulario sancionado por el uso, y en el que, después de calificar de mandato la escritura, se consignan en las estipulaciones que el otorgante «confiere poder tan amplio como en derecho se requiera»—u otra forma análoga—«a favor de D. N. para que en nombre del mandante efectúe tal o cual acto»; con esto, y sin que conste la notificación al tercero o terceros llamados a contratar con el representante, ni la aceptación de este último, pues una y otra se sobrentienden con la utilización del documento, queda conferida la representación.

¿Es correcta la calificación de mandato, aplicada a la escritura redactada en esta forma? Si observamos que ésta contiene solamente la declaración unilateral del otorgante en orden al conferimiento de la representación, sin que se mencionen siquiera en la parte estipulatoria las relaciones jurídicas que constituyen la esencia del contrato de mandato, fuerza es reconocer que se confunde éste con la representación, calificando como otorgamiento de aquél lo que no es sino conferimiento de ésta.

Esta confusión tiene sus precedentes en la doctrina que hasta hace poco no distinguió ambos conceptos y aun en los preceptos de códigos como el francés y, en menor escala, el nuestro, que incurrían en el mismo error.

La separación de dichas figuras jurídicas se debe, antes que a nadie, a Ihering, que en profundos y sutiles análisis señaló la distinción entre mandato, aspecto interno de la relación jurídica,

y poder, aspecto externo de la misma, eficaz con relación a terceros. Frecuentemente coinciden en un mismo negocio ambas figuras ; pero de ahí no debe inferirse que sean una misma cosa ; cabe, por el contrario, como más adelante veremos, que se dé el mandato sin representación, o la representación sin mandato.

Por lo que se refiere a la representación, aisladamente considerada, no es sino una particularidad del negocio jurídico, consistente en que la declaración de voluntad emitida por una persona (representante) surta los mismos efectos que si lo hubiera sido por otra (representado). Se distinguen dos clases de representación, voluntaria y legal, y sólo la primera se deriva del mandato, y no siempre, sino cuando en este contrato se concede al mandatario la representación del mandante. Dedúcese que si bien la representación se deriva, en algunos casos, del mandato, no significa esto que se identifiquen ambas relaciones. Así, en otro orden, vemos que aunque la obligación se deriva del contrato, que es su fuente principal, existen obligaciones de naturaleza no contractual, como existe poder no fundado en el mandato, y a nadie se le ocurre confundir el contrato con la obligación.

Como hemos dicho, esta distinción no ha sido comprendida siempre así por la doctrina, ni por los códigos, hasta que una tendencia moderna ha separado con precisión ambos conceptos y fijado definitivamente su distinción en códigos tan modernos como el alemán y el suizo.

Las principales diferencias entre mandato y representación son las siguientes : el poder de representación se deriva de la declaración unilateral de voluntad emitida por el poderdante, sin que sea necesaria la aceptación, ni siquiera el conocimiento del apoderado ; el mandato requiere, por el contrario, la aceptación, expresa o tácita, del mandatario para su perfeccionamiento. En el mandato la declaración va dirigida al otro contratante que la acepta ; en la representación pura se dirige a los terceros, para que sepan que, al contratar con el representante, lo hacen en realidad con el representado. De ahí que la representación requiera el acuerdo de tres voluntades, la del representante, la del representado y la del tercero que contrata con el primero, pero con intención de que el negocio surta efecto con el segundo ; en cambio, el mandato se perfecciona con el acuerdo concordante de mandante y

mandatario. Los efectos de ambas relaciones también son distintos: mediante el mandato nacen en el mandatario la obligación principal de cumplir su encargo con la debida diligencia, y la correlativa, a cargo del mandante, de indemnizar, reembolsar y, en algunos casos, de retribuir; en cambio, en la representación se persigue únicamente que las relaciones creadas por el representante repercutan en el patrimonio del representado. El mandato puede comprender actos no jurídicos; la representación tiene forzosamente que referirse a un acto o negocio jurídico. Finalmente prueban la diversidad de ambas figuras los casos, bastante numerosos, en que se da la representación sin mandato, o el mandato sin representación.

La representación sin mandato la encontramos en el matrimonio contraído por poder, a que se refiere el artículo 87 del Código civil. Aunque este precepto habla del mandatario, es por incurrir en el error, ya señalado, de confundir el mandato con la representación, pues en el caso del matrimonio es evidente que la relación entre poderdante y apoderado es meramente representativa, y aun pudiera dudarse que tuviera ese carácter, y que el apoderado, en vez de tal, sea un simple «nuncius» o transmisor de la voluntad del contrayente.

También en el contrato de Sociedad se da la representación sin el mandato, aunque el Código, en su artículo 1.697, incurre en el mismo error que hemos señalado antes. Es evidente que la representación nace aquí de la misma naturaleza del contrato de Sociedad, que, entre otros efectos, crea una personalidad distinta de la de los socios, el ente social, la que, por razones de índole práctica, necesita actuar por conducto de éstos. Así, que la representación surgirá de las estipulaciones que concierten los socios al crear la Sociedad, pero no de contrato de mandato, ni expreso, ni tácito, a que alude el Código, y que no se concibe entre el ente social y el socio apoderado.

Por último, dentro del mismo contrato de mandato pueden dissociarse la representación y el contenido obligacional del mismo. Tal ocurre en el caso previsto en el artículo 1.734 del Código civil, en que revocado el mandato dado para contratar con determinadas personas, subsiste, sin embargo, el poder mientras no se comunica a aquéllas la revocación; pues no otra cosa quiere decir

que dicha revocación, no comunicada, no perjudique a terceros; para que este perjuicio no se origine es necesario que, respecto a dichos terceros, subsista en todo su alcance la facultad de representación del apoderado, a pesar de haberse roto el vínculo contractual.

Del mandato sin representación encontramos típicos ejemplos en nuestro Código. Ya hemos dicho que, separándose en este punto de su modelo, el francés, define el contrato de mandato como la obligación de prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta de otra persona (artículo 1.709), sobrepasando con ello los estrechos límites de la representación, a favor de un concepto más amplio y más conforme con la doctrina moderna, del mandato. También en el artículo 1.717 prevé que el mandatario obre en nombre propio, separando las relaciones que se establecen entre aquél y los terceros de las que, como consecuencia del contrato, surgen posteriormente entre mandante y mandatario, diferenciando claramente el mandato representativo del no ostensible o comisión.

También se da el mandato sin poder cuando el mandatario traspaşa los límites del mandato. Aquí aparece la figura que llama la doctrina representación indirecta, y que se da también cuando una persona carece en absoluto de poder de representación y, sin embargo, ejecuta actos por cuenta de otra; en estos casos no se producen los efectos de la representación sin la ratificación o confirmación del representado, en virtud del principio «*ratihabitatio mandato aequiparatur*» (artículo 1.727, II, C. c.). Con relación a terceros, será el mandatario responsable personalmente, en el caso de excederse en el mandato, si no les diere conocimiento suficiente de sus poderes.

En Derecho mercantil encontramos más acusada todavía la distinción: el mandato mercantil por esencia, la comisión, caracterizada, objetivamente, por recaer en acto de comercio, y subjetivamente, por ser comerciantes el comitente o comisionista, se configura, además, normalmente a base de que el comisionista obre en nombre propio y por cuenta de su comitente; se excluye, pues, de ordinario la representación en este mandato mercantil.

De la representación sin mandato también encontramos ejem-

plos en el Código de comercio, entre ellos, las figuras del factor, del capitán y del naviero gestor (1). El primero es un mandatario del comerciante, como lo son los dependientes y mancebos; pero no le basta con ser mandatario para desempeñar su cometido como tal factor, sino que necesita, además, PODER de la persona por cuenta de quien trafica. El capitán y el naviero son representantes del propietario de la nave, y, sin embargo, el Código no los califica como mandatarios.

Para no cansar más la benévola atención de los lectores de esta Revista que me honren leyendo este modesto trabajo, resumiré la finalidad del mismo en las siguientes conclusiones:

1.ª La representación y el mandato son figuras jurídicas esencialmente distintas que coinciden en ocasiones dentro del contrato de mandato, pero que también subsisten con separación en multitud de casos.

2.ª No es correcto confundir el mandato con la representación, como se hace en la práctica notarial, mencionada al comienzo de estas líneas, pues si bien la escritura de mandato hace nacer, ordinariamente, la representación, cuando así se acuerda, será necesario que las estipulaciones que se inserten en el instrumento calificado de esta forma respondan al carácter bilateral del negocio jurídico llamado mandato y no se limiten a la declaración unilateral del único otorgante confiriendo la representación, y en el caso de que la escritura, como sucede en muchos casos, tenga por objeto la representación, con independencia del mandato, debe la calificación abstenerse de mencionar este concepto para evitar confusiones.

ALBERTO CAMPOS PORRATA,

Abogado.

(1) Las notas referentes al Derecho Mercantil han sido obtenidas de la notable obra del Sr. Hernández Borondo

Obligaciones naturales ^(*)

(*Conclusión.*)

Se puede establecer una serie, según su decreciente dependencia de la Ley :

- 1.º Obligaciones meramente civiles, con acción.
- 2.º Obligaciones al par civiles y naturales, con acción.
- 3.º Obligaciones naturales, civiles degeneradas, que han perdido la acción.
- 4.º Obligaciones naturales puras—sin acción—sin repetición del pago voluntario por un texto legal estricto o aplicado por analogía.
- 5.º Convenciones respondiendo a sentimiento de equidad con móvil de no enriquecerse en perjuicio de otro, sin repetición por resolución judicial, sin texto legal.
- 6.º Convenciones respondiendo a sentimientos de equidad, delicadeza u honor, sin el móvil anterior, en los que no es posible encontrar causa onerosa al pago.
- 7.º Simples deberes morales, extrajurídicos.

De esta serie que nosotros hemos establecido, queriendo encuadrar el pensamiento de dichos autores, el término tercero y cuarto son las obligaciones naturales clásicas, o sean jurídicas, y distintas de los deberes morales ; el quinto término, que en sus efectos se equipara a la obligación natural, será el que engendre la confusión (1).

La naturaleza jurídica de la obligación natural era la man-

(*) Véanse los tres números anteriores.

(1) Bonnecasse : Obra citada, tomo V, pág. 289.

tenida por toda la doctrina francesa; así, Colmet de Sauterre: «Son necesariamente obligaciones civiles en cierto sentido, es decir, de reconocidas por la Ley, por el Derecho civil» (1); Massol: «Toda obligación natural supone un lazo jurídico, que actúa con más o menos eficacia. Los simples deberes, que dependen de la conciencia o hábitos de un pueblo, deben ser cuidadosamente separados de las obligaciones naturales» (2); Mourlon: «La obligación de que trata el artículo 1.235 es mal llamada obligación natural; es una verdadera obligación civil... Se la puede definir como una obligación civil, cuya eficacia es paralizada por efecto de una presunción legal, en consideración a la cual, la Ley no admite más prueba que la confesión del obligado» (3); Huc, que la llama imperfecta, dice: «La definición clásica de las obligaciones civiles es perfectamente adecuada a las obligaciones llamadas naturales» (4), son, pues, vínculo jurídico; Laurent: «Si la obligación natural *difiere por su esencia del deber moral*, es, por el contrario, idéntica en el fondo a la obligación civil» (5); Baudry et Barde repiten con Huc: «La obligación natural, como la obligación civil, es un lazo jurídico...» (6); y Bufnoir: que «son verdaderamente obligaciones desde el punto de vista del Derecho» (7).

En contra de los mantenedores de la doctrina clásica, la confusión, que se hace remontar por algunos a Pothier y Jouvart (Jounesco) (8) y por otros arranca de Aubry et Rau (Bonnetcasce) (9), da un nuevo paso con Planiol (10), que aunque la define, reconociendo su carácter jurídico, como una *obligación reconocida por la ley*, aunque sólo en el caso en que el deudor consiente en ejecutarla», siendo «su característica principal la falta de acción» (11), des-

(1) «Cours analytique de Code civil», tomo V, pág. 296.

(2) Obra citada, pág. 4.

(3) «Répétitions écrites sur le Code civil», tomo II, núm. 1.309.

(4) «Commentaire théorique et pratique du Code civil», tomo VII, pág. 8.

(5) «Principes de droit civil», tomo XVII, pág. 7.

(6) «Des obligations», pág. 730.

(7) «Propriété et contrat», pág. 449.

(8) Obra citada, pág. 37.

(9) Obra citada, tomo V, págs. 225 y 288.

(10) «Traité élémentaire de droit civil», tomo II, cap. IV.

(11) Obra citada, tomo II, pág. 125.

pués de examinar textos y jurisprudencia en busca de un criterio diferenciador, que encuentra por exclusión en todos los casos en que no hay ni una obligación civil provista de acción, ni una pura liberalidad, reconoce que su criterio no es el corriente en la doctrina, la cual sólo admite como obligaciones naturales los deberes morales, que *racionalmente* serían susceptibles de coacción, pero a los que el legislador niega o retira la acción.

Reconoce Planiol que la doctrina restringe con ello el criterio por él indicado como el seguido por la jurisprudencia francesa, pero niega precisión al de Aubry et Rau, de los que dice sólo le separan realmente diferencias verbales, porque aquéllos amplían su concepto al reconocer que puede haber deberes morales, no encuadrables en su definición, porque sería *irracional* el aplicar la coacción para su cumplimiento, y que, sin embargo, pueden en ciertas circunstancias servir de causa a un pago, o de base a una garantía, que es el efecto característico de la obligación natural, «con lo que se llega, abandonando al juez el apreciar tales circunstancias, a dejar a los Tribunales en libertad para admitir la obligación siempre que lo prometido o entregado no pueda ser considerado como una liberalidad» (1).

No se limita a esta acogida del impreciso término quinto de la serie que formamos, sino que al estudiar los efectos de las obligaciones naturales, les llama deber moral, y aunque no justifica ni explica su denominación, será otro punto de apoyo para las afirmaciones de Sabatier (2).

Planiol las clasifica en cuatro grupos: A) Nulas por derecho civil, sin razón moral; B) Civiles degeneradas o impedidas; C) Debidas por motivos de parentesco; y D) Debidas por reconocimiento de servicios recibidos.

Sabatier será el que deducirá las consecuencias extremas posibles de la vaguedad en que quedan los límites conceptuales, determinantes del ámbito de la obligación natural. En efecto, des-

(1) Obra citada, pág. 126, tomo II.

(2) Obra citada, tomo II, pág. 126: «la obligación natural tiene un valor jurídico, puesto que puede servir de base a un pago, y si éste ha sido hecho conscientemente, no puede ser repetido. Por ello, el deber moral, llamado obligación natural, se distingue del acto de pura liberalidad».

pués de asêgurar que en el antiguo Derecho francés se llegó a la conclusión de considerar los deberes morales como civilmente obligatorios, con la integridad de efectos propia de las obligaciones civiles, y que sólo no ocurría así en el caso en que un texto legal excluía la sanción normal legal de todo deber moral, y que como el impedimento legal no impide la fuerza obligatoria moral, al coincidir los efectos de este deber moral legalmente impedido para producir sus efectos civiles, con los peculiares efectos de las obligaciones naturales romanas, se ha dado por error el nombre de éstas al caso de aquéllos, aunque en la realidad sean completamente diferentes.

Antes, dice, era general el establecer una «gradación ascendente del deber moral a la obligación natural y de ésta a la obligación civil. El deber moral no produciría efecto alguno; la obligación natural, en parte atendida por la ley, produciría algunos y; en fin, la obligación civil objeto de toda preferencia legal sería la sola obligatoria» (1); y añade, rompiendo abiertamente con la doctrina clásica: «Si se adopta nuestro punto de vista, según el cual *todo deber moral* que implique un acreedor determinado *es en principio civilmente obligatorio*, se está obligado no sólo a abandonar, sino a invertir por completo tal punto de vista... La obligación natural no será ya el deber moral, al que sin hacerlo civilmente obligatorio otorga la ley ciertos beneficios, sino que, por el contrario, será el deber moral al que por un acto formal la ley niega la sanción del derecho común.»

A semejanza de lo que hemos hecho anteriormente, podemos también establecer en un cuadro la gradación que responda a la opinión de Sabatier, y en él veremos que el deber moral que antes era el término último y como extrajurídico, incluido sólo para indicar el límite de las obligaciones jurídicas, ha de pasar ahora a ser el primero como caso normal de obligación civil, dada la mayor amplitud de las relaciones posibles, que las estricta o analógicamente encuadradas en las disposiciones legales. El cuadro correspondiente a su opinión será:

1.º Deber moral = obligación civil — deudor moral—, acreedor

(1) «Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français. et devans la jurisprudence», pág. 267.

moral equiparados a civiles por «la fuerza legal de la equidad» (?).

2.º Obligación civil, deudor y acreedor civil por texto legal.

3.º Obligación natural—deudor y acreedor moral—, prohibición legal.

4.º Obligación imperfecta—deudor moral—; no hay acreedor.

No tenemos que encarecer la gravedad de la confusión del derecho y la moral que implica el primer término indicado, que debía precisamente ser el de mejor delimitación y el más concreto, y en vez de serlo se nos da con una amplitud casi cósmica que obliga a que el mismo defensor, al estudiarlo, haya de excluir, con Pothier, la obligación general de reconocimiento, y con Planiol los casos de simple «caritas generis humanis», de tal modo, que con estas y otras excepciones llega su teoría casi a confundirse en sus resultados prácticos con la opinión clásica, la cual tampoco puede seguirle en su extraña opinión de identificar la obligación natural con la obligación ilícita cuando dice que «unas y otras son obligaciones a que priva la ley por un acto formal de efectos jurídicos normales. Si por ello no dejan de ser deberes morales, son obligaciones naturales; si no implican deber moral alguno, no son obligaciones naturales, pero su carácter ilícito no podrá impedir se les aplique el artículo 1.235. En un sentido amplio se puede (?) declarar que *todas las obligaciones naturales propiamente dichas son obligaciones ilícitas*, puesto que sólo una disposición hostil de la ley, tornando ilícito su nacimiento o su mantenimiento, les impide tener un carácter civil» (1).

Laborando en igual sentido que el anterior, aunque le discute, llega, al fin, Ripert (2) a la negación de la diferencia entre el

(1) Aunque las obligaciones ilícitas a veces producen el efecto de no repetición de lo entregado, es por distinta causa, bien por ser en tal caso de mejor condición el poseedor, o bien porque «nemo auditor propriam turpitudinem allegans», o «quum dantis et accipientis turpitudinem cessat repetitio», pero no porque el derecho considere el pago como legítimo y debido.

(2) Bonnecasse, obra citada, tomo V, pág. 270: «En la historia de las teorías jurídicas contemporáneas, G. Ripert habrá de ser considerado como el responsable doctrinal de la negación del derecho como ciencia autónoma, puesto que es a él al que hay que atribuir la tesis, esencialmente romántica, de considerar al Derecho como existente sólo por la Moral.»

derecho y la moral (1). «La teoría clásica francesa es que el derecho y la moral no tienen el mismo campo... Esta delimitación del campo jurídico puede ser una fórmula buena de organización política liberal, pero es racionalmente indefendible. No hay en realidad entre la regla moral y la jurídica ninguna diferencia de dominio, ni de naturaleza, ni de fin. Ni puede haberla, puesto que el derecho debe realizar la justicia, y la idea de justicia es una idea moral», y, en consecuencia, a considerar ilógica la doctrina clásica de las obligaciones naturales. Si la teoría de la obligación natural es aun poco precisa, es precisamente porque no está toda ella en el campo jurídico, sino que profundiza en el de la moral. El deber se esfuerza en ser obligación. Nos encontramos en una región interior del derecho, en que ya no es de noche y aun no es de día. Cuando éste llega para algún deber moral, lo transforma en obligación civil. ¿Habrá algo más singular, como concepto jurídico, que una obligación reconocida, sin ser impuesta? ¿Que un lazo, entre acreedor y deudor, que no ata al deudor recalcitrante más que a un pago regular, siendo una ejecución imposible? A pesar de los esfuerzos que se han hecho para dar a tal situación la apariencia de una situación jurídica regular, sin tener que recurrir a la moral, es dudoso que tales esfuerzos hayan logrado ordenar, lógicamente, una materia que desconoce la lógica:»

Con énfasis llaman los escritores románticos ilógica la teoría clásica de la obligación natural, y, aunque tal inculpación tenga poca importancia para los que consideramos que su origen mismo real y su necesidad la dispensan de las líneas rectas mentales, y que la vida con su realidad y sus limitaciones es antes que la lógica con su perfección, no obstante podemos alegar que mucho más ilógico es que, después de repetir hasta la saciedad los cantos en alabanza del progreso hecho en la espiritualidad y amplitud del derecho moderno, los veamos luego obligados, por una parte, a mantener la identidad de la acción y el derecho, negando la posibilidad de una obligación sin acción, y por otra, a defender el formalismo en el derecho, negando la posibilidad de una

(1) Ripert: «La règle morale dans les obligations civiles», núm. 5 y siguientes.

voluntad con efectos jurídicos, si no se revela con formas legales estrictas (1), y, sin embargo, serían los más obligados a admitir como jurídica una obligación sin acción y obligaciones contraídas sin el formalismo, por ellos tan criticado en el derecho romano, para añorarlo luego en el moderno.

Igualmente ilógica es su negativa a admitir la existencia de la obligación antes del reconocimiento externo de su débito por el deudor; pues, de admitir su teoría del deber moral obligatorio, deben reconocer la obligación aun antes del cumplimiento voluntario y tolerar la admisión de pruebas de la misma, si no para obtener la admisión de la acción en el caso de la obligación natural, al menos para obtener la declaración de la existencia de la misma, y esto, que es en verdad inconciliable con la doctrina clásica, no lo es con la romántica, que ilógicamente paraliza al derecho, hasta que el deudor cumpla libremente, con lo cual queda extrañamente mermada su tan repetida fuerza civil obligatoria del deber moral.

De igual modo, cuando los románticos ridiculizan el temor, grotesco a sus ojos, del jurista clásico a saltar el frágil y variable límite entre el deber moral y la obligación natural, no comprenden, y por ello no respetan, esta prudente actitud del jurista, que, aunque no desconoce la imprecisión de dichos límites, no quiere derruir los hitos tradicionales, ni romper las barreras conceptuales, ante el prudente temor de que al saltar, creyendo sólo superar una distinción artificial, puedan, sorprendidos, encontrarse con que lo que han roto, queriendo ampliar el campo jurídico, es la soberanía del mismo y que por ampliar el derecho puedan caer de cabeza fuera de él.

La gravedad de las consecuencias de la escuela romántica las pone bien de relieve Bonnecasse, eminente representante de la reacción contra la misma, pues de no tener cuidado conduce a la confusión total en el derecho de obligaciones y al arbitrio judicial, más o menos inconscientemente erigido en principio sacrosanto (2). En igual sentido, Jonesco, a pesar de aprobar la obra de la Jurisprudencia francesa, que «supliendo audazmente el silencio

(1) Bonnecasse: Obra citada, tomo V, páginas 249-250.

(2) Idem: Obra citada, tomo V, pág. 268.

de los textos legales ha sabido utilizar la vaguedad e imprecisión de los mismos para derribar las barreras legislativas de infranqueable apariencia, asegurando el triunfo del derecho sobre la ley», no abandona por ello la doctrina clásica, rechazando la italiana (Giorgi-Gabba), de supresión de la obligación natural (1).

Este clasifica las obligaciones naturales en los siguientes grupos (2):

1.º Obligaciones naturales derivadas de lazos de familia y parentesco.

2.º Obligaciones naturales originadas por defectos de capacidad.

3.º Obligaciones civilmente nulas que dejan subsistente una obligación natural.

4.º Obligaciones naturales procedentes de un daño padecido o de un enriquecimiento injustificado.

5.º Obligaciones naturales de remuneración de servicios no pagados.

6.º Obligaciones civiles degeneradas.

En las legislaciones modernas siguen al Código francés España, Italia, Bélgica, Rumania, Chile, Argentina y Méjico.

Responden a un más amplio criterio moral, sin la técnica de la obligación natural, el Código suizo de obligaciones (artículo 72) y el Civil alemán (artículo 814) (3), que no la admite en caso de

(1) Jonesco: Obra citada, páginas 146 a 149.

(2) Idem: ídem íd., pág. 68.

(3) Hay, sin embargo, casos en que se recurre a la obligación natural; así en la ley industrial (Gewerbordnung), anterior a la vigente, se reconocía la licitud de la coalición obrera (artículo 152), pero sin crear más que una obligación natural, por lo que el Sindicato no podía accionar para cobrar las cuotas.

Antes del Código civil, vigente el Código prusiano, se estudiaron casos en que se admitía igualmente, por ejemplo, según dicho Código (parte primera, título XI, § 729) para ser obligatorio civilmente el pago de interés de un préstamo, ha de constar así por escrito, y se discutió si el convenio verbal creaba o no una obligación natural, sosteniéndose por unos su existencia, porque el defecto de la forma escrita sólo significaba que el acreedor se remitía a la voluntad natural del deudor, pero sin liberar a éste, que quedaba obligado naturalmente, y según otros, sosteniéndose que no valía civilmente por ir contra el mandato legal, ni naturalmente por implicar una estipulación en que el deudor se obligaba «si velit».

prescripción (artículo 222), siguiendo los precedentes del Código prusiano (I, tít. 16, § 7) y austriaco (artículos 1.479-1.499). En el derecho inglés, a pesar del carácter de sus fuentes y el poder de sus jueces, tan contrario al derecho estricto, distingue entre los deberes moral y jurídicamente obligatorios; así, un deber moral o de gratitud no es válida «consideration».

En nuestro derecho las Partidas recogen la tradición romana, distinguiendo la retención por causa torpe (1) de la obligación natural, que admiten (2), exigiendo que el pago fuese voluntario (3), reconociendo sabiamente el daño que puede derivarse de la estricta sumisión a la ley y a las «sotilezas del derecho». Admiten también, entre sus efectos, la posibilidad de ser fianza (4).

La doctrina romana de las Partidas (5), sin su formalismo, ha regido hasta el Código civil, y en Cataluña, por derecho romano supletorio. El Código sigue al francés, como hemos dicho, pu-

(1) Ley 47, tít. XIV, Partida 5.^a, leyes 53 y 54 de igual título y Partida.

(2) Ley 33, tít. XIV, Partida 5.^a: «Demandando un ome a otro en juy-sio, cosa quel deuiesse dar o fazer, si el judgador le diesse por quito de aquella demanda; e despues desso, *de su voluntad*, este por quien era dado este juy-sio, pagasse o fiziesse aquello que le demandauan; non podria después demandar que gelo tornassen: ca, magüer que los judgadores quitan a las ve-gadas de las demandas a algunos a quien non deuián quitar e despues que las quitan, segun *sotileza de derecho*, non los puede apremiar que paguen; con todo esso, *naturalmente fincan obligados* a aquellos por quien es dada la sentencia: e porendo pagando o faziendo lo que les demandan, non lo pueden despues demandar...»

(3) Ley 4.^a, tít. X, Partida 5.^a

(4) Ley 5.^a, tít. XII, Partida 5.^a: «Fiadores pueden ser dados sobre todas aquellas cosas o pleytos a quel ome se puede obligar. E dezimos que son dos maneras de obligaciones en que puede ser fecha fiadura. La primera es quando el que la faze finca obligado por ella, de guisa que, magüer él non la quiera cumplir que lo puedan apremiar por ella e fazergela cumplir. E a esta obligacion atal llaman en latin obligacion civil e natural; que quier tanto-dezir como ligamiento que es fecho segun ley e segun natura. La segunda manera de *obligación es natural tan solamente*. E esta es de tal manera, que el ome que la faze es tenuto de la cumplir naturalmente, como quier que non le pueden apremiar en juy-sio que la cumpla. E por ende dezimos que todo ome que puede ser obligado en alguna de las maneras sobredichas puede otro entrar fiador por él...»

(5) Fuero Real, ley 1.^a, tít. II, libro I y único; tít. XVI, «Ordenamiento de Alcalá» (ley 1.^a, tít. I, libro X Novísima Recopilación).

diendo deducirse casos de las mismas de sus preceptos (1), pero sin reglamentarlas especialmente ni definir las (2).

Hemos hecho un estudio de las obligaciones naturales, sin detenernos en el Código civil, impreciso en esta materia, y cuyos artículos pertinentes y sus comentarios son más que conocidos por los cultos lectores de esta Revista; de todo ello, creo que la mejor consecuencia que podemos sacar es la de prudencia en las ideas, no queriendo ver en lo clásico sólo el pasado muerto, por ser aquél muchas veces adaptable a nuestras necesidades y otras responder si no el contenido, la forma a una distinción o necesidad natural.

ANTONIO MARÍN MONROY,

Notario.

(1) Artículos 1.208 (1.261-1.310), 1.756, 1.824, 1.798 y siguientes, 1.799 (en contra de ley 15, tít. XXIII, libro XII Novísima Recopilación, «... mando que, efectivamente, se les restituya a los deudores que lo pidiesen lo que hubiesen pagado»), 1.901 (?), 785, párrafo 4.º (?).

(2) C. de Diego: Obra citada, tomo V, pág. 198.

ERRATAS (número 83, de Noviembre).

Núm. 83, pág. 805, línea 17, dice: «obigación», y debe leerse «obligación».

Núm. 83, pág. 807, línea 16, dice: «judicatie», y debe leerse «judicatae».

Núm. 83, pág. 807, línea 37, dice: «vitado», y debe leerse «citado».

Núm. 83, pág. 811, línea 11, dice: «Es. que no sintieron», y debe leerse: «es que no sintieran».

Generalidades sobre crédito agrícola

La vida está llena de paradojas. Un compañero, el Sr. Gómez Pavón, en un artículo muy científico, lleno de técnica jurídica y de buen sentido, sobre crédito agrícola (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número 80), lamenta el atraso de la agricultura en España y va detallando las múltiples causas del mismo y de su anómala situación jurídica, tales como el latifundio, el minifundio y la multiplicidad de procedimientos, oficinas y funcionarios, Cámaras y Consejos ministeriales, Institutos de reformas, Comisiones, etc., de los cuales él sabe por experiencia que la única noticia llegada a los campesinos es la conminación al pago de los múltiples recibos que satisfacen.

A pesar de ello, pide la adaptación a nuestra Ley del sistema Torrens, precisamente el que, con menos resultado práctico, más encarecería la titulación, base del crédito agrícola.

Claro es que al proponer este remedio sigue la tradición de algunos de nuestros tratadistas de Derecho hipotecario.

¡Es tan perfecto y halaga tanto al técnico el sistema Torrens!

Hora es ya, sin embargo, de que alguien rompa una lanza impugnando, no su estructura científica, impecable, sino la necesidad y aun la conveniencia de su implantación en España.

* * *

El sistema Torrens, como cualquiera que se base en la armonía entre el Registro jurídico y el Registro catastral de los inmuebles, es costosísimo y enojoso, sólo aprovechable, por tanto,

para la titulación de las fincas valiosas, precisamente las que, por regla general, menos necesitan del crédito agrícola y las menos numerosas en España.

Si a estos inconvenientes, pues, añadimos que para las fincas pequeñas—precisamente las que más necesitan del crédito y, por tanto, del Registro—es poco menos que inútil, habremos justificado la exposición de nuestra tesis.

El Catastro parcelario, o Registro económico de las fincas con fines tributarios, está llamado a desaparecer muy pronto, en cuanto se implante un régimen verdaderamente democrático y liberal con leyes agrarias, limitativas de la facultad de poseer inmuebles, régimen que ya se columbra a través de tanta teoría y de tanto ensayo socializante.

Nada hay que justifique su existencia, tan costosa, y su actuación, tan injusta. Costosa por su implantación, y costosa por su conservación. Injusta, porque hace depender el valor de las fincas, problema tan complejo, de la ciencia especulativa, tan sujeta a error, y de la moralidad, siempre puesta a prueba, de los peritos. Injusta, además, porque el valor de las fincas, rústicas o urbanas, cambia cada día, y el Catastro no puede renovarse sino, a lo sumo, por décadas.

Ni es costoso, ni es injusto establecer como base de tributación el valor declarado por los contribuyentes, avalado, no con el miedo a la cárcel o a la multa—sistema tantas veces fracasado—, sino con las garantías de una *expropiación pública, forzosa y fácil*.

* * *

La identificación de las fincas por su situación topográfica y por su plano geométrico, única científica e incontrastable, es cierto, exigiría en cada caso de contienda la contrastación del plano por dos peritos geómetras, con los gastos de viático y honorarios correspondientes, que, en la mayoría de los casos, en la inmensa mayoría, supondría un gasto inicial superior al valor del objeto litigioso.

Creer que porque se tenga un plano, ya no es posible la controversia sobre la identificación de la finca, es no tener idea de la realidad.

Una sola precaución bastaría para hacer los títulos declarativos y sus inscripciones tan firmes y seguras como si fueran acompañados del plano: la de hacer saber las pretensiones del que solicita a todos los colindantes.

Con este requisito; con la inscripción obligatoria, el encasillado del Diario, la reducción a tres renglones de la inscripción segunda y de las posteriores; la simplificación del Arancel, con un capítulo único, a saber: un tanto por ciento sobre el valor declarado, que en nuestro caso, generalmente, sería mayor que el verdadero; con el cierre del registro de cada finca y entrega al interesado de una certificación para pignorar la finca o venderla, y algunas otras reformas de no grande envergadura, tendríamos, sin Catastro ni planos, ¡tan costosos!, un Registro perfecto, capaz de sustentar el crédito agrícola, tan necesario en el régimen vigente de propiedad privada, como en el posible de propiedad más o menos socializada.

Lo que proponemos no es un ensayo utópico. Es el término fatal de la democracia.

El hombre es responsable de todos sus actos conscientes. ¿Por qué no ha de serlo de la declaración sobre el valor de sus fincas en cuanto a todos sus efectos? Y los efectos posibles en un Estado democrático serían muchos; v. gr.: retracto de araucanos, *ejercitable en todo tiempo*, siempre que el retrayente no posea todavía la cantidad máxima de tierra apropiable; *permuta obligatoria* que remedie el multifundio; *retracto urbano* para airear y sanear las viviendas pequeñas; expropiación por los que, sin ser colindantes, carezcan de tierra para sus labores, etc., etc.

Hay que derribar el ídolo del Catastro; hay que desvanecer el mito, que no es otra cosa, de la necesidad de que el Registro y el Catastro colaboren.

En un régimen democrático, sólo posible donde no haya grandes terratenientes, ni se especule con la tierra, mantener el Catastro con fines crematísticos sería un derroche injustificable.

PAULINO HUERTAS,

Registrador de la Propiedad.

LA "USUCAPIO PRO HEREDE" (1)

La misma discusión debió, ciertamente, producirse en los términos absolutamente idénticos para el heredero suyo y necesario cuya situación jurídica es la misma que la de los herederos simplemente necesarios: en lo que concierne más especialmente a nosotros, hemos visto que, bajo la primera y la segunda fase de nuestra institución, no había lugar a la usucapión ni en presencia de los herederos suyos y necesarios ni en presencia de los herederos necesarios, y después del Senado consulto no se podía admitir una solución diferente para estas dos clases de herederos. Creemos que la expresión *necessario herede* de que se sirve Gayo se refiere a todo heredero necesario en general, ya se trate de un heredero suyo y necesario o de un heredero simplemente necesario: *lato sensu*, las palabras *necessarios heredes*, sólo puestas a *heredes extraneus* (2).

Aun suponiendo que Gayo no hiciera alusión al heredero suyo y necesario, lo que haría pensar que, en lo que concierne a éste, la controversia no se habría producido en su tiempo, es un hecho cierto que esta controversia nació más tarde, y, en efecto, un texto de Diocleciano suponiendo ciertamente una controversia la resuelve en favor del heredero suyo y necesario (L. 2, G. VIII, 29): *nihil pro herede usucapi posse suis hereditibus existentibus, magis obtinuit*.

Dejando de lado la hipótesis en que la sucesión se abre en provecho del heredero suyo y necesario o de un heredero necesario, supongamos, al contrario, que se abre en provecho de un *heredes extraneus* o de un *honorum possesso*. La *usucapio pro herede*, estando cumplida en provecho de un usurpador de una cosa

(1) Véanse los tres números anteriores.

(2) Accarias: «Précis de Droit romain», t. 1, p. 613, nota 3.

hereditaria, el heredero intenta la petición de herencia, y la usucapición se revoca. ¿A qué estará obligado el *usucapiens* eviccionado? Creemos que sobre este punto se deberán aplicar las disposiciones del Senado consulto Juventio; respecto al heredero, el usurpador no es otra cosa que un simple poseedor, y, por consecuencia, como nosotros lo suponemos, de mala fe, deberá restituir todo lo que posee y todo lo que por dolo ha cesado de poseer (L. 20, § 21; L. 25, 8. *De hered. pet.*). El Senado consulto Adriano había quitado a la *usucapio pro herede* su carácter más odioso; pero esto no bastaba, y había que dar el último paso. Un rescripto de Marco Aurelio organiza el *crimen expilatas hereditates*: aquel que se apoderaba de mala fe de los bienes de una herencia se exponía no solamente a la condena resultante de la petición de herencia, sino también a la persecución criminal (Orat. Divi Marii, L. 1, expil. hered., XLVII, 19). La acción criminal se daba todas las veces que no se podía intentar la *actio furti* contra el autor de un robo. (D. L. 1 y 2 eod. tit.). Los términos en que estos textos son concebibles dejan bien entender que el crimen había sido instituido para remediar este hecho cuando la *actio furti* no era posible a propósito de una *res* hereditaria. De otra parte, la acción nacida del crimen es bien diferente de la acción *furti*, aunque haya entre las dos algunas analogías: mencionaremos claramente las dos diferencias siguientes, que se refieren a la diversidad de naturaleza de las dos acciones: 1.^a La acción nacida del crimen no se podía acumular con otra acción, por ejemplo, la reivindicación (D. L. 3, XLVII, 19); por el contrario, la acumulación de la acción *furtum* con otra acción era perfectamente posible; es que, en efecto, la acción *furti* era simplemente penal (Inst., L. 4, t. I, § 19).

2.^a El crimen *expilatae hereditatis* se intenta por vía de *cognitio* extraordinaria; y el autor de la sustracción es perseguido ante el prefecto de la ciudad o el presidente de la provincia (D. L. 1 y 2, XLVII, 19). Por la acción *furti*, al contrario, se sigue el procedimiento ordinario, y añadiremos, por último, que el culpable de crimen caía en infamia (L. 12, C. *Lex. Quib. Caus. Inf. irrog.*).

El rescripto de Marco Aurelio dió el último golpe a la *usucapio pro herede*, y nadie en adelante debía exponerse a penalidades tan rigurosas, y, de hecho, en los jurisconsultos clásicos posteriores a Marco Aurelio no encontramos nada concerniente a

nuestra institución. Los autores que nos hablan (Pomponio, Javoleno, Juliano) son anteriores a Marco Aurelio (1). Sin embargo, después de Marco Aurelio nos encontramos un texto que menciona la existencia de la *usucapio pro herede*: queremos hablar de este rescripto del emperador Diocleciano, al que ya hemos hecho alusión (L. 2, C. VII, 29).

Muchos autores piensan que este texto fué dictado en vista de la *usucapio pro herede* de buena fe, de la que pronto vamos a hablar; pero nosotros pensamos, y más tarde se verá por qué motivos, que el texto en cuestión se refiere a la *usucapio pro herede* de mala fe. ¿Cómo admitir que después del rescripto de Marco Aurelio se produjeran casos de aplicación de nuestra institución? Sin duda, las penalidades establecidas por el rescripto imperial habían caído poco a poco en desuso, en tanto que la *usucapio* antigua no había sido jamás explícitamente derogada.

Comoquiera que sea, bajo la influencia de las nuevas ideas, estos casos eran extremadamente raros, y bajo Justiniano, la ley única (§ 3, C. VII, 31) exigía expresamente la buena fe para toda clase de usucapión, y se admitía implícitamente que esta *usucapio* no podía tener lugar, lo que está confirmado por el silencio de las instituciones imperiales a este respecto. En cuanto a los textos del Digesto que hablan todavía de la *usucapio pro herede* no tienen gran valor práctico en el derecho nuevo, y si estos textos han sido insertados por Justiniano en sus compilaciones es que en su pensamiento podía aplicarse a la *usucapio pro herede* de buena fe, de que acabamos de hablar, *usucapio* que subsistía ciertamente en el derecho nuevo.

La «usucapio pro herede» de buena fe.

Hasta aquí hemos hablado de la *usucapio pro herede* de mala fe, de aquella que Gayo llamaba *usucapio* lucrativa ímproba: Hemos supuesto siempre que el *usucapiens* era un usurpador, un *praedo*, consciente de que la sucesión o los objetos de la misma

(1) Juliano fué contemporáneo de Adriano y pretor en su época; Javoleno fué maestro de Juliano, y Pomponio era contemporáneo de los dos precedentes, aunque algo más joven. Ver Rudorff: «Roemische Rechtsgeschichte», I § 67, p. 170-172. Girard, en su curso de Sources du Droit Romain.

por él aprehendidos no podían pertenecerle por título alguno, y que el defecto de parentela o de institución a su favor no le dejaba ninguna ilusión a este respecto, en una palabra, la hemos supuesto siempre *sciens rem alienam facere* (Gayo: Com. II, § 52, § 55, § 59). Los motivos que hacen admitir una semejante usucapión, como queda demostrado.

Cuando el *usucapiens* era realmente de mala fe, es el caso en que nuestra institución era verdaderamente original; pero podría hacerse que alguien que se apodera de los bienes creyera hacerlo legítimamente bajo el fundamento de un título de heredero que pensaba existía en su provecho.

No es difícil imaginar hipótesis donde pueda haber esta apariencia de título; es, por ejemplo, un testamento en buena forma instituyendo como heredero a una persona determinada: después de la muerte del testador ninguna duda y ninguna reclamación se presenta, y sin ninguna dificultad el instituido se cree heredero real sobre la fe de este testamento y reuniendo, por otra parte, en su persona las condiciones exigidas a todo heredero, especialmente la *factio testamenti*, y el *jus capiendi* se pone en posesión de los bienes de la sucesión: a los ojos de todo el mundo y a sus propios ojos el instituido es un verdadero heredero. Al cabo de cierto tiempo se descubre un segundo testamento revocando el primer testamento e instituyendo otro heredero, y la situación cambia por completo: el primer poseedor no ha sido, hasta este momento, más que lo que los comentadores modernos llaman un heredero aparente de buena fe.

¿Cuál es la situación de este heredero aparente frente al heredero verdadero que intenta contra él la petición de herencia?
¿Cuáles eran sus medios de defensa, que deberá restituir?

Por de pronto se puede suponer que el heredero aparente no invoca ningún medio de defensa sacado de la usucapión; pretende solamente haber sido poseedor de buena fe.

En este caso, sin duda alguna, se beneficiará de los principios aplicables al poseedor de tal condición, y, por consecuencia, a partir del Senado consulto Juventio, deberá solamente restituir el valor de su enriquecimiento (L. 20, § 6, De hered. pet.).

Pero en lugar de defenderse solamente en el terreno de la posesión de buena fe, el heredero aparente puede pretender guardar

los objetos de la sucesión invocando la sucesión cumplida en su provecho, y así tenemos dos clases de usucapión que pueden concebirse: la *usucapio* lucrativa *pro herede* y la usucapión ordinaria a título *pro herede* (1).

¿El heredero aparente podrá, por de pronto, invocar la usucapión lucrativa *pro herede*, de la que puede exceptuarse al poseedor de mala fe? Suponemos, por otra parte, que se han cumplido todas las condiciones especiales exigidas para esta usucapión, y en este terreno la cuestión parece ridícula y se impone a primera vista la solución afirmativa. ¿Cómo el que es de buena fe no podrá aprovechar en su beneficio lo que está concedido inclusive al de mala fe, o es que la buena fe podrá volverse contra el mismo? El que puede lo más puede lo menos, y cuando se reflexiona, sin embargo, se verá que las dos situaciones son bien diferentes. Como ya hemos dicho, según hemos tomado del texto de Gayo, la *usucapio* lucrativa *pro herede* tenía por principal objetivo obligar a los herederos extraños a hacer adición cuanto antes, en interés del culto de los *sacra* y de los acreedores: *quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra, etc.* (Gayo: Com. II, § 55).

La *usucapio pro herede* incitaba al heredero a hacer la adición lo más pronto posible, amenazado como estaba de verse despojado por un usurpador, que hubiera poseído los bienes hereditarios durante un cierto tiempo, se suponía, naturalmente, que el heredero estaba presente, o cuando menos que conocía su cualidad de sucesor. ¿Cómo, por tanto, habría podido quejarse, una vez cumplida la usucapión, de ser despojado de los bienes de una sucesión que él no había tenido más que aceptar en tiempo útil?

Distinta es la sucesión cuando hay un heredero de buena fe, pues entonces todo el mundo ha sido engañado, no solamente el público, no solamente el heredero aparente, sino el heredero real mismo, que no podía dudar de su cualidad hereditaria. ¿Cómo reprochar a este último el no haber ejercido un derecho que no podía conocer? ¿Cómo el heredero aparente podrá prevalerse de una usucapión cuyo fin especial era apresurar la adición de una herencia, sin que falte aquí concretamente? La cuestión es bastante delicada, como se ve.

(1) Machelard: «Théorie des interdits».

Por de pronto, descartemos una hipótesis bastante inverosímil, y en la que no caben dudas: el heredero real conocía muy bien su cualidad de heredero, que él, por ejemplo, se apoyaba en un testamento conocido por él solo: el heredero legítimo, ignorante de la existencia de este testamento, y fundado sobre su cualidad de heredero abintestato, había entrado en posesión de los bienes hereditarios.

Es indudable que podrá invocar la *usucapio* lucrativa, pues el motivo de la institución se encuentra aquí completamente: el heredero real testamentario no tenía más que apresurarse a hacer la adición de herencia contra el expoliador, importando poco que éste fuera de buena o mala fe.

Volvamos ahora a nuestro problema: el heredero aparente de buena fe, que ha sido mirado como heredero real por todo el mundo, incluso por el verdadero heredero, ¿puede oponer a éste la *usucapio speciale pro herede*? A pesar de las objeciones que nosotros hemos opuesto, creemos que el heredero aparente podrá invocar este medio de defensa. La objeción y más aún el reproche al heredero real de no haber ejercido un derecho cuya existencia no conocía, no tiene gran valor, pues es precisamente lo propio de todo usucapión el permitir despojar a una persona de un derecho, cuya existencia ignoraba, en su provecho. La objeción, sacada del fin mismo de la *usucapio pro herede* (*quo volueron veteres maturius hereditates adiri*), es más seria: sin duda, es especialmente contra los herederos que conocían su cualidad hereditaria, y se apresuran a hacer la adición contra los que se dirige la institución, y es, evidentemente, el caso práctico el sólo que debía mencionar Gayo en una obra elemental, como lo eran sus Institutas. Pero ¿es preciso admitir que en la época anterior a que se remonta la institución no se ocupaban de distinguir si o no el heredero real había sabido que tal sucesión era abierta y que era heredero designado por la ley o por testamento? Esto parecía inverosímil. En esta época sólo se ve una cosa: impedir que el culto de los *sacra* no fuera interrumpido, y la sucesión se daba al primer usurpador, fuera de buena o mala fe, que se presentaba para continuar la religión doméstica del difunto, y la continuaba, en efecto, durante un año; el heredero real se presentaba en seguida, alegando que no era culpable y que no había conocido la

apertura de la sucesión, y se encontraba con un hecho cumplido, hecho positivo, material, la posesión durante un año, posesión que era preciso apreciar en sí misma objetivamente, independientemente de toda circunstancia exterior, y que, por consecuencia, había conducido a la usucapión.

En una palabra, nuestra conclusión es la siguiente: en los párrafos 52 y siguientes de su Comentario II, en donde habla de la *usucapio* especial *pro herede*, Gayo quiere hacer resaltar el contraste que existe entre esta institución y la usucapión ordinaria de que hablan los párrafos precedentes, contraste (1) consistente en que esta especie de usucapión no se ocupa de la buena fe, y la cuestión de saber si en ella se encuentra o no, no la trata para nada. Esta especie de usucapión no es, pues, precisamente la que es de mala fe, pero, sobre todo, aquella en la cual la buena fe no se exige; por consecuencia, cuando la buena fe existe, la clase de usucapión, la *species usucapionis* permanece la misma. Así, la expresión *improba*, empleada por Gayo, tiende a indicar no la malignidad subjetiva de esta institución, en la cual el poseedor es de mala fe, sino la improbidad objetiva de esta institución, en la cual no se ocupa nunca de la buena fe, y en la cual el poseedor puede ser de mala fe (2).

La *usucapio* lucrativa *pro herede*, ¿será la sola vía abierta del heredero aparente de buena fe para escapar a la petición de herencia intentada contra él por el heredero real? Como hemos visto, esta usucapión está sometida a dos condiciones particularísimas y muy rigurosas, y ella no es posible, en presencia de herederos suyos o necesarios, ni después de la toma de posesión hecha por el heredero; el *usucapiens* debe tener la *factio testamenti* con el *de cuius* y, probablemente, también el *jus capiendi*. Todas estas condiciones pueden ser muy incómodas y al mismo tiempo poner un impedimento absoluto a la posibilidad de la *usucapio pro herede*; por consecuencia, el heredero aparente de buena fe podrá tener interés en invocar la *usucapio* ordinaria a justo título *pro herede*.

(1) Este contraste es puesto en evidencia por las primeras palabras del párrafo 52: *Rursus ex contrario accidit, ut qui sit at alienam rem se possidere usucapiat*.

(2) Arndts: «Civil Schrift», t. II, p. 300 y sig.

¡Hemos dado un ejemplo de lo que es preciso entender aquí por justo título. De una manera general, el *justus titulus*, la justa causa, consiste aquí en la cualidad de heredero instituido por un testamento, o en la cualidad de próximo pariente del difunto, testamento y parentesco que bastaría para hacer llegar a la herencia si en el caso concreto no hubiese un testamento posterior u otro pariente más próximo cuya existencia se ignora. Es evidente, por consecuencia, que una persona que está privada de la *factio testamenti* no podría jamás usucapir a título *pro herede*, puesto que le falta la justa causa, *existimandi se heredem domino extitisse* (Juliano, L. 33, § 1; D. XLI, 3); evidentemente, no puede creerse heredero quien sabe y debe saber que no tiene la capacidad de suceder, y, por lo mismo, la justa causa no podrá consistir en un testamento nulo por defecto de forma, como si faltaran, por ejemplo, las firmas de los testigos; que en una sucesión abintestato el heredero aparente de buena fe no podrá jamás invocar como fundamento de esta buena fe el falso conocimiento de la ley, como si creyera, por ejemplo, tener a la sucesión un derecho preferente a aquel de los más próximos parientes. En todos estos casos falta el título, puesto que la falsa opinión de ser heredero estaba sana sobre un error de derecho: *Nunquam in usucapionibus juris error prodest* (Paulo, L. 31, pr., D. XLI, 3).

Suponiendo que el justo título existe en los términos que acabamos de indicar, y que las otras condiciones habituales concurren, no es dudoso que el heredero aparente podrá invocar la usucapión de derecho común. El texto de Juliano, que hemos citado (L. 33, § 1, D. XLI, 3), lo deja bien entender: este texto prevé el caso en que una persona, creyéndose *heres* o *bonorum possessor*, toma posesión de un fundo hereditario; esta persona, dice el jurisconsulto, poseerá *pro herede*: «*Hoc amplius si justam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino actitisse, fundum pro herede possidebit.*» El texto hace, evidentemente, alusión a la usucapión ordinaria a título *pro herede*, y no a la *usucapio* lucrativa *pro herede*: esto resalta del enlace que hace el jurisconsulto entre esta hipótesis y el caso de que habla inmediatamente, de un comprador de buena fe a *non domino*: este comprador posee *pro emptore*, y, por consecuencia, podrá usucapir a título *emptore*. ¿No es cierto que en este texto Juliano quie-

re hablar de la usucapión ordinaria, que se cumple, sea a título *pro emptore*, sea a título *pro herede*?

Pensamos, pues, que el heredero aparente de buena fe tiene dos vías abiertas ante él: la vía de la usucapión lucrativa *pro herede* y la vía de la usucapión ordinaria a título *pro herede*. He aquí dos instituciones bien distintas, cada una con su historia y sus reglas propias, y, según que se invoque la una o la otra, es preciso someterse a las condiciones de la una o de la otra.

Estas ideas están lejos de ser admitidas por todo el mundo. Muchos de los comentadores modernos estiman, por el contrario, que el poseedor con buena fe y justo título no está mejor tratado que el poseedor de mala fe, y que el primero, como el segundo, no tienen más que la vía de la usucapión lucrativa *pro herede*. La usucapión ordinaria a título *pro herede* había sido, por decirlo así, absorbida por la *usucapio* lucrativa *pro herede*, o, lo que es lo mismo, había sido sometida a las condiciones especiales exigidas para esta última. Se pretende especialmente que dos reglas especiales de la usucapión lucrativa son, según los textos, aplicables también a la usucapión de buena fe. Estas dos reglas son: la primera, que la usucapión no puede tener lugar después que el heredero ha tomado posesión, y la segunda, que el heredero, después del Senado consulto Adriano, puede revocar la usucapión cumplida en su perjuicio.

Vamos a estudiar estas dos reglas y a examinar si verdaderamente ellas son aplicables a la usucapión ordinaria de buena fe a título *pro herede*.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

Calificación de los mandamientos judiciales

Un Registrador novel me escribió, alarmado, preguntándome qué es lo que debe de hacer en vista del mandamiento que a la letra copio :

«D. X. Z., Juez de primera instancia de esta ciudad y su partido :

Al Sr. Registrador de la Propiedad del mismo atentamente saludo y hago saber : Que en este Juzgado se siguen autos de expediente de suspensión de pagos, a instancia del Procurador D. A. B. C., en nombre de (aquí el de los suspensos), en cuyo expediente se ha dictado, con esta fecha, auto aprobando la modificación de convenio presentada en el mismo, a la cual se ha adherido la mayoría del capital, que excede de las tres cuartas partes del pasivo, mandando a los suspensos interesados y a todos los acreedores estar y pasar por dicho convenio en todas sus partes y librar mandamiento por duplicado a V. S. para la anotación de la aprobación acordada.

Y para que lo acordado en dicho acto tenga su cumplimiento y se lleve a efecto la anotación ya expresada, dirijo a V. S. el presente por duplicado, interesando la devolución de uno de los ejemplares cumplimentado.»

(Fecha y firmas de Juez y Secretario.)

Me facilita como antecedentes los siguientes :

1.º En el convenio son interesados más de 200 acreedores, y las fincas inscritas a nombre de los suspensos, ofrecidas en concepto de activo, pasan de 80.

2.º La base principal del convenio consiste en que un grupo

de banqueros se constituía en Sindicato, incautándose de los bienes y comprometiéndose a pagar a los acreedores restantes el 20 por 100 del importe de sus créditos.

3.º Que viendo la deficiencia del mandamiento, ofició al Juez diciéndole que no se ajustaba a los preceptos legales y pidiéndole lo ampliase con datos respecto a liquidación y Registro.

4.º Que se le dijo había incurrido en el delito de desacato, previsto en el artículo 266 del Código penal, por haber empleado la frase «no se ajusta a los preceptos legales» el mandamiento.

5.º Que el presentante del mandamiento pretendía se practicara la anotación en el libro de incapacitados, por ser ésa la orden que recibiera, y no en los libros Registros o de inscripciones.

6.º Que llegó a sus oídos que un Registrador de primera y un Notario de segunda sustentaban ese parecer.

Me apresuré a tranquilizar al compañero manifestándole, en primer término, que, al velar por el fuero de los preceptos hipotecarios, su conducta en vez de ser censurable merecía aplausos, y que no le era aplicable la amenaza del artículo 266 del Código penal, porque el Juez no es superior jerárquico del Registrador, ni delinque quien usa de las facultades que las leyes le atribuyen, ni la frase aludida entraña calumnia, injuria, amenaza, ni ofensa, aparte de que el mandamiento mismo le proporcionaba prueba clara y plena que lo ponía a cubierto de toda responsabilidad, máxime cuando la anotación que previene la ley de 26 de Julio de 1922, en el apartado primero del artículo 4.º y en el artículo 17, no puede ser otra que la que se verifica con sujeción a la ley Hipotecaria y su reglamento, puesto que la del artículo 4.º tiene por objeto la publicidad de la suspensión y el cierre del Registro a las transmisiones otorgadas por los suspensos, sin estar comprendida en el número cuarto del artículo 2.º de la ley Hipotecaria, atendida la naturaleza del procedimiento, en donde, en aquel instante procesal, no le es permitido al Juez hacer declaración alguna; y la anotación del artículo 17 es evidente tiene por finalidad, sustituyendo la regla tercera del artículo 1.175 de la ley de Enjuiciamiento civil, asegurar y garantizar los derechos de los interesados en el convenio, los cuales debe tutelar el Registrador con un recto e imparcial proceder.

Le manifesté que, a mi juicio, con el mandamiento de tan in-

sospechada contextura no podía extender ninguna clase de asientos, excepto el de presentación, porque no contiene las circunstancias exigidas por el artículo 73 de la ley Hipotecaria, o sean las que enumera el 72; y que al declarar el 76 nulas aquellas en que no sea posible venirse en conocimiento de las fincas o derechos, y de las personas a quienes afecte, para evitar tal nulidad, es incuestionable la necesidad de reclamar se cumplan las formalidades legales, supliéndose la descripción de las fincas por la expresión de que la anotación se tome en todas las inscritas a favor de los suspensos, encuadrando así el negocio en el inciso segundo del artículo 73; y que estaba en lo cierto al no consentir se le sustraiga el examen del convenio, ya porque si de él resultan derechos reconocidos a terceros, se cae de lleno en el imperativo del artículo 7.º, bien porque sin él no podía ejercer su función calificadora, la cual no es declinable, según la Dirección general tiene declarado; y además porque, arrancando del convenio la capacidad jurídica del Sindicato, es menester entre en el Registro para inscribir las enajenaciones que efectúe, so pena de dar un salto y romper el trazo sucesivo, cimientó incommovible de nuestro sistema hipotecario, al que es laudable rendirle ferviente culto, para que el régimen resplandezca inmaculado en todo tiempo y momento.

Le aduje también que la citada ley de suspensión de pagos no modifica ni deroga los Estatutos hipotecarios, y no habla de anotaciones *sui generis* o excepcionales. El silencio que guarda en lo relativo a la forma y modo no admite ni tolera otra interpretación racional, y trae a la memoria lo de *ubi lex non distinguit, neque distinguere debemus*.

Le advertía que la pretensión de que la anotación se hiciese solamente en el libro de incapacitados, la estimaba incorrecta y desestimable. La simple lectura del artículo 245 del Reglamento exime de comentarios y razonamientos; requiere que previamente se extiendan los asientos en los libros de inscripciones, y, mientras no venga una disposición que dispense de ello, no queda más remedio que practicarlas. Claro es que, debiendo de saber esto el Juez, y no ignorando que la declaración de un derecho lleva implícita la concesión de los medios para efectuarlo, fuerza a pensar si había algo que no llegó a nosotros, y diga que en las suspensiones de pagos dejemos de ser Registradores y consideremos

letra muerta el fundamento de la ley de terceros, indispensable en todas las naciones del mundo civilizado, por ser el Registro el crisol en donde se purifican los actos y contratos con tacha legal. La existencia de esa disposición, que desconocemos, es la única explicación que encuentro para prescindir del texto de los artículos de que va hecho mérito, y dicho se está que barrenaría la facultad de que estamos asistidos para denegar, admitir o suspender los mandamientos judiciales, convirtiéndonos en unos transcribidores que desempeñaríamos un papel bien distinto del que compete a los Jueces territoriales, y con ella gozaríamos de exención de responsabilidad.

Aconsejé al compañero que, a pesar de que pisaba terreno firme, de no decidirse a poner nota denegatoria, que era lo verdaderamente acertado, acudiese en consulta al Juez, apoyándose en la Resolución de 9 de Noviembre de 1881, que declaró permitidas las que se contraigan a una ley, Real decreto o Real orden que contengan disposiciones relativas al Registro de la Propiedad, y en la de 31 de Mayo de 1892, que prohíbe se practiquen anotaciones en que las circunstancias que falten sean necesarias para la validez del asiento, creyendo que quizá el Juez, acogiendo a la ocasión, no perseverara en el error y entrara en reflexión serena ante la obligación de someter la resolución a la aprobación del Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial y, discerniendo, alcanzase que la anotación judicial, en nuestro Derecho inmobiliario, se acerca, en sus líneas generales, a la llamada hipoteca de seguridad, como, con notable acierto, dice la Dirección general en su Resolución de 17 de Diciembre de 1929; y de ahí que sería una antinomia decretar la limitación del derecho de propiedad con el fin de que no se eluda la eficacia de una ejecutoria o la efectividad de reclamaciones justas, y dificultar o trabar esa misma medida procesal, debiendo de estar ésta rodeada de las formalidades legales, compatibles siempre con la independencia calificadora del Registrador, que no obrará bien si se aferra a negativas sistemáticas.

Y, fijándome en que, por la carencia de las circunstancias referidas, no había términos hábiles para tomar la anotación preventiva que determina el artículo 277, no se me pasó el indicarle que pusiera el hecho en conocimiento de la Dirección general, para

que la Superioridad proveyera, por entender que el Registrador no estaba autorizado para prorrogar la vigencia del asiento de presentación, pues tratándose de un caso insólito, no sobra una medida general, para saber a qué atenernos y no perjudicar a esos interesados, que, confiándose en el mandato del artículo 17 de la ley de suspensiones de pagos, permanecen inactivos, en espera de percibir el tanto por ciento convenido, ya que con él se conformaron, y no abrigando duda de que, más tarde o más temprano, la entrega sería una realidad consoladora, y no una soñada ilusión.

Y, por último, en lo concerniente al modo de pensar de ese Registrador de primera y ese Notario de segunda, le expresé mi convencimiento de diputarlo un *bulo* o una opinión poco meditada.

Tal ha sido mi respuesta, que gustoso someto a la crítica del Cuerpo de Registradores, y que publico no con aires de petulancia ni deseos de molestar, sino por si de algo sirve conocer el caso, y, desde luego, sin intento de actuar de dómine, pero sí como palmaria demostración de la conveniencia de que los Registradores califiquen los mandamientos judiciales, cuyo tema desarrollé hace dos años en esta Revista, abogando por una mayor amplitud.

Escritas estas cuartillas, recibo noticias de que, al fin, se subsanaron los defectos, después de estampada la consiguiente y oportuna nota de denegación, y mucho es de celebrar que la razón se haya abierto camino.

RAMIRO GOYANES,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

52. *Arrendamiento. Venta de finca arrendada. Es incongruente la sentencia que condena a la indemnización de determinados perjuicios, si el demandante pidió que fueran estimados en ejecución de sentencia.* Sentencia de 8 de Mayo de 1931.

Ante el Juzgado de Orihuela, los arrendatarios de un huerto de naranjos demandaron al que fué dueño de la finca, porque habiéndoles arrendado ésta por cuatro cosechas, la vendió a otro en escritura pública, antes de expirar el plazo del arriendo, y el comprador les desahució, allanándose esta demanda de desahucio con pago de costas, pidiendo en consecuencia la indemnización de daños y perjuicios al vendedor de la finca.

El Juzgado absolvió, pero la Audiencia condenó al demandado al pago de nueve mil pesetas de indemnización, y contra esta sentencia interpuso recurso de casación, por infracción de ley, que el Supremo admite en cuanto a un motivo, porque pidiendo en la demanda la condena a la indemnización de perjuicios que habían de estimarse en ejecución de sentencia, al condenar la Sala en la propia sentencia al pago de 9.000 pesetas, no reclamadas ni discutidas por los litigantes, es manifiesta la incongruencia que se alega en el cuarto de los motivos del recurso, que debe ser estimado conforme al párrafo 2.º del artículo 1.692.

53. *Tercería de dominio. Es procedente si se demuestra la existencia de título de dominio. Indispensable en toda acción reivindicatoria.* Sentencia de 4 de Mayo de 1931.

Ante un Juzgado de Sevilla, Don J. entabló tercería de dominio contra los señores S. y F., exponiendo que el actor y el se-

ñor F. se dedicaban a negocios de automóviles, y entre ellos había un saldo a favor del demandante; para su liquidación, el señor F. otorgó un contrato privado, por virtud del cual le cedía varios automóviles, entre ellos uno que describía.

Un mes después, el otro demandado formuló demanda ejecutiva contra el repetido señor F., embargándose el coche mencionado, y como, tanto este automóvil como otros vendidos al actor no se los entregaba el señor F. y algunos de ellos los había vendido a otros, formuló querella por estafa.

No obstante, entabló tercería de dominio, para conseguir la declaración de que el coche era de su propiedad y, por tanto, se levantase el embargo que sobre él pesaba. A la demanda acompañó el contrato privado dicho y un acta notarial por la que se requería al vendedor de los autos para la entrega al actor, a lo que el requerido contestó que, efectivamente, se los había vendido.

El demandado, señor S., se opuso a la demanda, declarándose en rebeldía al señor F., negando validez al contrato privado frente a tercero, y pidiendo se siguiese la ejecución y subasta del coche.

El Juzgado no admitió la tercería, pero la Audiencia accedió a la demanda y contra esta sentencia interpuso el señor S. recurso de casación, que el Supremo rechaza, porque lo único a discutir en la tercería era si el demandante tenía o no título de dominio necesario para el éxito de su acción, requisito esencial en todo juicio de naturaleza reivindicatoria, y estimándose probado por el Tribunal *a quo* que el contrato de compraventa existía, que el documento privado era anterior a la demanda ejecutiva y que antes de ser ésta repartida, el documento privado se entregó al Notario para levantar un acta, así como que en el contrato no hubo simulación, es visto que el tercerista tiene dominio sobre el automóvil.

* * *

No hay campo más apropiado para tercerías y estafas que el de los asuntos de automóviles. Aunque en el caso del pleito no se trataba de una venta a plazos, ésta es susceptible de negocios maravillosos. Casos muy recientes he conocido en que, sin ha-

ber abonado el comprador ni el primer plazo de la venta, ha vendido el coche en seguida, quedándose el vendedor sin él. Por propia conveniencia debían los vendedores solicitar la obligatoriedad de la venta por escritura pública y la inscripción de los automóviles en un libro especial del Registro de la Propiedad.

54. *Cosa juzgada. Para que tal presunción surta efecto en otro juicio, deben concurrir todos los requisitos del artículo 1.252 del Código civil. Cobro de lo indebido. Quien recibe una cantidad de modo indebido, debe restituirla a quien por error la entregó, adquiriendo éste la condición de acreedor.* Sentencia de 5 de Mayo de 1931.

Ante un Juzgado de Bilbao, don J. formuló demanda contra el consocio don R. L. porque formando éste con otra señora, doña A., un consorcio para realizar operaciones en aquella Bolsa, en el que el hermano del actor realizaba la función de gestor, el demandante fué encargado de varias compras y ventas, en las que aparecía como titular doña A., y en una de las ventas de ciertas acciones, abonó el importe al consorcio; pero como estos valores eran de doña A., esta señora demandó al actor que había entregado el importe de la venta indebidamente al consorcio, para que se lo entregara a ella, y en sentencia que confirmó el Tribunal Supremo, así se acordó, consignándose en la sentencia que este señor podía reclamar el importe al otro consocio. Con estos antecedentes formuló demanda don J. pidiendo al consorcio el pago de las acciones. A ella contestó doña A., ya que el otro consocio se personó sólo para evitar la rebeldía, oponiendo la excepción de Cosa Juzgada, porque en la sentencia antes aludida, según doña A., se decía que el obligado al pago era el otro consocio, que recibió el importe de las acciones. El Juzgado y la Audiencia condenaron a ambos, o sea al consorcio, a pagar al actor, por mitad, el importe de las acciones que el actor había indebidamente pagado y el Supremo rechaza el recurso, porque, según el artículo 1.252 del Código civil, para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que la presun-

ción sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas o los litigantes y la calidad con que lo fueron, y es evidente que entre el caso resuelto por la primera sentencia y el que se debate en este recurso no concurren los requisitos indispensables que la Ley previene.

Con arreglo al artículo 1.895 del Código civil, del hecho de haber cobrado una cantidad sin derecho a recibirla, nace un vínculo jurídico, por virtud del cual, quien recibe la cosa o cantidad de manera indebida, queda obligado a restituir al que por error hizo la entrega, quien adquiere por su errónea conducta la cualidad de acreedor, con derecho a reclamar la restitución, resultando probada la concurrencia de los dos requisitos que integran el cuasi contrato definido en el citado artículo 1.895.

55. *Acción de nulidad. No interrumpe su prescripción ni una tercería ni un juicio criminal.* Sentencia de 28 de Abril de 1931.

El gerente de una Sociedad, debidamente autorizado, tomó a préstamo 150.000 pesetas y después otras 50.000 más, mediante garantía hipotecaria. Incumplidas las condiciones del préstamo instó el acreedor la ejecución con arreglo al artículo 131 de la ley Hipotecaria, y aunque se intentó por medio de una tercería y por una querella de estafa paralizar el procedimiento, éste concluyó adjudicándose al acreedor, por falta de postores, los bienes hipotecados. Declarada en quiebra la Sociedad, los síndicos, después de transcurridos cinco años de aquella adjudicación, formularon demanda pidiendo su nulidad por estimar supuesto el segundo préstamo y por otras consideraciones. El Juzgado y la Audiencia declararon válidos la escritura, el procedimiento sumario y la adjudicación, y el Supremo rechaza el recurso, atendiendo a que la Audiencia declaró que el gerente estaba debidamente autorizado para tomar a préstamo hasta 900.000 pesetas, dando a los documentos otorgados el valor que les correspondía.

Que la cuestión relativa a la prescripción de la acción de nulidad sólo tiene un interés doctrinal, porque ni la tercería, ni el juicio criminal interrumpen la prescripción de aquella acción, ha-

Siendo transcurrido los cuatro años del artículo 1.301 del Código civil.

Para demostrar las anormalidades que se pretende ocurrieron en el procedimiento sumario, era preciso acreditarlo con documentos auténticos, lo que no se ha hecho, siendo, por tanto, válido cuanto en tal sentido declara el Tribunal *a quo*.

56. *Indemnización de perjuicios. Deben respetarse las facultades interpretativas de los Tribunales de instancia.* Sentencia de 28 de Abril de 1931.

Una señora formuló demanda contra una Unión de acreedores y contra D. E., manifestando que ante el mismo Juzgado siguió juicio contra una Sociedad agrícola. Y en sentencia que confirmó la Audiencia se condenó a esta Sociedad a que pusiera a disposición de la actora un piso, no haciendo ninguna declaración sobre indemnización de perjuicios, por lo que la demandante interpuso recurso, que no prosperó. Después, la actora pidió la ejecución de sentencia, a lo que no accedió el Juzgado, por no ser la casa ya de la Sociedad demandada, sino del hoy demandado, D. E.; y como aquella sentencia había quedado incumplida, pedía la indemnización de daños y perjuicios, que serían fijados en ejecución de sentencia, siendo base de la misma la diferencia de alquileres entre lo que debía pagar la actora en el piso que iba a ocupar y los que pagaba en otro. A esta demanda contestó la Unión de acreedores que ella no era sucesora de la Sociedad agrícola, que no tenía ningún vínculo con la actora, que adquirió la casa sin ninguna carga y que la actora carecía de toda acción contra la Unión.

Don E. contestó, a su vez, diciendo que había comprado la casa a persona distinta de los que intervinieron en el pleito, por lo que pedía la absolución. El Juzgado absolvió de la demanda; pero la Audiencia condenó a la Unión a que abonase a la actora los perjuicios que en ejecución de sentencia se estimasen. El Supremo rechaza el recurso, porque es regla general que, en principio, hay que respetar las facultades interpretativas de los Tribunales de instancia, no pudiendo invocarse como documento au-

téntico, para fundar la casación, el propio documento que el Tribunal sentenciador tuvo en cuenta para formar sus juicios, salvo si se demuestra su equivocación, estando acreditado que la Unión adquirió los bienes de la Agrícola subrogándose en sus derechos.

57. *Daños y perjuicios. No está obligado a indemnizar el que ejercita un derecho.* Sentencia de 18 de Mayo de 1931.

Una entidad bancaria había demandado a un deudor y le embargó un solar y una fábrica de ladrillos que en él existía. El padre del demandado interpuso tercería, como dueño de la fábrica (no del solar), que ganó, alzándose el embargo en cuanto a ésta; pero no conforme con esto, demanda a su vez al Banco, pidiendo indemnización de daños y perjuicios por los causados con el embargo por el Banco, a lo que éste se opuso, porque el ahora actor pudo, cuando se ventiló la tercería, solicitarlo, pues él quedó como depositario de todo, y la fábrica siguió funcionando.

El Supremo, confirmando las dos sentencias del Juzgado y la Audiencia, no da lugar al recurso, por aparecer demostrado que lo embargado era del deudor y porque el que, como el Banco, ejercita un derecho, está fuera de las condiciones que producen la obligación de reparar impuesta por el artículo 1.902 del Código civil.

58. *El documento privado reconocido por las partes, ¿tiene valor de escritura pública? Para la extinción de una obligación por otra es preciso declararlas expresas y que ambas sean incompatibles. Sustituido un deudor por otro, el consentimiento del acreedor no puede presumirse.* Sentencia de 27 de Mayo de 1927.

Don F. vendió al Sr. Y. por escritura pública una finca, declarando recibió el precio de 7.000 pesetas; mas por documento privado, el mismo día, el Sr. Y. declaró que, no obstante lo manifestado en la escritura, el precio de venta, que era 13.000 pesetas, no se pagó totalmente, declarándolo así para poder inscribir en el Registro e hipotecar para abonar el resto, confesando deber 13.000 pesetas.

Después el Sr. Y. pagó algunas cantidades y, restándole 8.000 pesetas, vendió la finca a otro señor. D. F. demandó al Sr. Y. para el pago de las 8.000 pesetas, agregando que, citado de conciliación el nuevo comprador, contestó que nada tenía que ver; no obstante, el demandado confesó la deuda. El Sr. Y. se opuso a la demanda, intentando demostrar que el comprador tenía obligación de pagar la deuda, siendo conocido del actor, de lo que resultaba una novación y subrogación, pidiendo se le absuelva. El Juzgado absolvió de la demanda, pero la Audiencia y el Supremo dan la razón al demandante, por ser evidente la existencia de un pacto, entre el actor y demandado, independiente del contrato de venta; porque la escritura de venta de la parcela adquirida por el demandado no es documento en que pueda fundarse la equivocación del Tribunal *a quo*, ya que la acción ejercitada por el actor no nace de aquella escritura, sino de un contrato posterior que creó relaciones jurídicas directas entre demandante y demandado, independientes de las ya extinguidas, y además la escritura no es el título de que, en su caso, podría derivarse el error de hecho, sino el documento privado, cuya autenticidad ha sido reconocida por el demandado, y por ello, conforme al artículo 1.225 del Código civil, tiene igual valor que una escritura pública.

Que, según el artículo 1.204 del Código civil, para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente, y que la antigua y la nueva sean del todo punto incompatibles, siendo jurisprudencia constante del Supremo, en el caso de sustitución de un deudor por otro, que el consentimiento del acreedor no puede presumirse, sino que ha de constar de modo cierto, con el propósito deliberado de librar de sus obligaciones al primitivo acreedor, no concurriendo estas circunstancias en el caso de autos, pues la novación la afirma el deudor como creencia suya, y aunque el acreedor pretendió cobrar del supuesto deudor designado por aquél, desistió de sus propósitos, al negar este último que se hubiera subrogado en el pago de la deuda, no pudiendo, por tanto, admitirse que el acreedor demandante prestare su consentimiento a un cambio de deudor de cuya existencia sólo tenía noticias por manifestación del primitivo, sin conocer, como era necesario, la aquiescencia del segundo y la subrogación para el pago de la deuda.

59. *Retracto de comuneros. Derecho hereditario; el retracto legal del artículo 1.522 del Código civil sólo corresponde al copropietario de una cosa común, si se enajena a un extraño la parte de todos o de algún condueño.* Sentencia de 6 de Mayo de 1931.

Al fallecimiento de don X., sus tres hijos y herederos dejaron la herencia sin partir, falleciendo uno de éstos, que, a su vez, dejó tres hijos, uno de los cuales vendió su derecho hereditario (una tercera parte indivisa de una tercera parte de la herencia total del abuelo) a don A.

Verificada esta venta, uno de los dos hermanos supervivientes, hijos de don X., vendió su tercera parte a don F., formulando contra él D. A. demanda de retracto *de comunero*, como poseedor de una novena parte del total.

A ésta se opuso don F. y la vendedora del derecho de retracto, que, a su vez, días más tarde lo había recuperado, fundándose en que el derecho hereditario, por no ser cosa determinada, no podía dar lugar a ejercitar acción de retracto.

El Juzgado y la Audiencia no admitieron el retracto y el Supremo rechaza el recurso, porque el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago en que consiste el retracto legal del artículo 1.521 del Código civil, sólo corresponde en el de comuneros al copropietario de una cosa común, en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos.

Aunque el demandante afirma, al ejercitar su acción, ser copropietario de varias fincas, como la herencia no se había dividido ni adjudicado, hay que reconocer que el derecho adquirido no consiste en propiedad alguna sobre las fincas como las que el demandante pretende retraer, pues no comprende dominio indiviso sobre ninguno de los bienes determinados de la herencia hasta tanto que ésta no se divida y adjudique.

60. *Retracto de colindantes. El derecho a retraer nace desde que la finca se enajena y el que la adquiere es el obligado a subrogar en ella al retrayente. Los segundos adquirentes deben ser demandados y oídos en el pleito.* Sentencia de 6 de Mayo de 1931.

Una señora formuló demanda de retracto de colindantes por ser dueña de finca que lindaba con otra de ciertos herederos que la habían vendido a don J. Celebrado acto de conciliación, sin avenencia, demandó aquélla a los herederos, al comprador y a quien resultase dueño de la finca. Don J. opuso que el predio lo había vendido, con gran beneficio, a otro señor, quien ya era tercero, a los efectos de la venta, y por esto y presentarse la demanda después del plazo legal pedía la absolución.

El Juzgado dió lugar al retracto; pero la Audiencia revocó la sentencia y el Supremo admite el recurso, porque el retracto legal es, según el artículo 1.521 del Código civil, el derecho de subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, de donde se infiere que el derecho a retraer puede ejercitarse desde el momento en que la finca se enajena, y que, por tanto, es el que la adquiere el obligado a subrogar en ella al retrayente; y como su derecho a la cosa no puede estimarse definitivo mientras el derecho a retraer subsista, las ulteriores enajenaciones quedan sujetas a la misma condición resolutoria; pero afectando la Sentencia a derechos de segundos adquirentes, es preciso que éstos sean demandados y oídos en el pleito, pues nadie puede ser condenado sin ser oído. Requisitos que se han cumplido en el caso actual, porque la demanda se dirigió contra el primer comprador para que otorgara la subrogación, y contra los segundos, para que consintieran la ineficacia de sus contratos.

61. *Revocación de testamentos. Un documento privado, sin las formalidades necesarias, no puede contener una donación*

«mortis causa», ni vale para revocar un testamento. Sentencia de 27 de Marzo de 1931.

En un abintestato fueron declarados herederos tres personas, las que hicieron constar en documento privado que, si alguno fallecía, los sobrevivientes harían entrega de los bienes a los herederos legales de los fallecidos. Murió uno de aquéllos y su heredero legal pidió ante el Juzgado la herencia, a lo que se opusieron los herederos testamentarios, por entender que el documento privado no podía modificar el testamento.

El Juzgado y la Audiencia absolvieron de la demanda y el Supremo rechaza el recurso, porque en el documento privado los contratantes no manifiestan claramente su intención de hacer donación de los bienes a los herederos legales. El propósito, como dice la Sentencia recurrida, fué sólo facilitar la adquisición por los herederos de la expresada herencia, sin que el empleo de la palabra «legales» sea suficiente para entender que los firmantes del documento privado quisieron referirse a los herederos legítimos o abintestato.

El testamento otorgado por la persona de quien el demandante se consideraba heredero abintestato, en el que se instituía herederos a los demandados, sólo puede revocarse conforme a lo dispuesto en el artículo 738 del Código civil.

62. *Desheredación. El hijo desheredado por el padre, aun con declaración de herederos a su favor, carece de acción para pedir, en concepto de heredero, la herencia del mismo, siendo condición precisa para entablar la acción la de solicitar la nulidad del testamento.* Sentencia de 20 de mayo de 1931.

Un hijo, desheredado por su padre, entabló demanda solicitando la nulidad de ciertas ventas hechas por éste, fundándose en que eran simuladas, y, siendo esto cierto, pedía los bienes de su padre, como único heredero del mismo.

La parte demandada opuso la falta de acción en el actor que no era heredero de su padre, como acreditaba la copia del testa-

mento por él otorgado, en el que el hijo era desheredado. El Juzgado accedió a la demanda; pero la Audiencia y el Supremo la rechazan, principalmente, porque mientras no sea anulado el testamento que contiene la desheredación ésta priva al hijo de todo derecho sobre la herencia de su padre.

Aunque el Juzgado dice que por medio de Auto fué declarado el hijo heredero abintestato de su padre, esta declaración no implica la nulidad del citado testamento, sin que sea posible resolver en casación las demás cuestiones, en razón a la expresada falta de acción.

63. *La sucesión intestada debe abrirse si no es posible cumplir la voluntad del testador por muerte de los herederos nombrados. Interpretación del testamento. Alcance de la palabra «sobrinos».* Sentencia de 6 de Mayo de 1931.

Antes del Código civil un matrimonio otorgó testamento mancomunado, dejándose los bienes en usufructo uno al otro, y después a los respectivos hermanos, y si éstos morían sin descendencia, a los respectivos sobrinos. Fué condición del mismo que el sobreviviente pudiera disponer libremente de una tercera parte de los bienes. Muerto el marido se partieron los bienes, formándose una hijuela a la viuda con los bienes del usufructo y dejando sin adjudicar la nuda propiedad, por ser entonces imposible. Fallecieron sin descendencia todos los hermanos, menos uno, y éste hizo con la viuda una escritura de aclaración de la partición, en la cual se especificaba la tercera parte de que la viuda podía disponer, falleciendo después este hermano también, sin descendencia.

Más tarde la viuda hizo testamento a favor del hermano y un sobrino de ella en cuanto a sus bienes propios, en cuanto a la tercera parte que se adjudicó en la anterior escritura y en cuanto a las otras dos terceras partes del caudal de su marido. Con tales antecedentes, doña J. y doña A., parientes de quinto grado del testador, interpusieron demanda, y alegando ser sobrinas de aquél pedían ser declaradas sus herederas, no sólo en cuanto a las dos terceras partes, sino en cuanto a la tercera parte que la viuda se

adjudicó, y de la que sólo podía disponer en vida, y para el caso de no ser consideradas herederas testamentarias, pedían ser nombradas herederas abintestato.

Los herederos de la viuda se opusieron, ya que ésta tenía derecho a los bienes, por no haber quedado ningún hermano del testador ni descendientes de él, tanto por la ley de Mostrencos como en virtud de lo dispuesto en el artículo 952 del Código civil.

El Juzgado accedió a la demanda, pero la Audiencia la revocó, e, interpuesto recurso, la Sala lo rechaza, porque para la interpretación de testamentos previenen las Partidas (vigentes al tiempo de otorgarse el testamento mancomunado, coincidiendo con ellas el artículo 675 del Código civil) que las palabras usadas por el testador deben entenderse llanamente como suenan, sin que el juzgador deba partir de su entendimiento, a no ser que apareciese ser otra la voluntad del que testa, y desprendiéndose de los términos en que se expresó el llamamiento de herederos que los testadores llamaron a sus hermanos, y por falta de éstos y en su representación a sus respectivos sobrinos, claramente se advierte que su voluntad es referente a los sobrinos nombrados y no a otros más remotos.

La sucesión intestada no sólo tiene lugar cuando una persona muere sin testar o con testamento nulo, sino también en los casos del artículo 912 del Código civil; desde el momento en que desaparecieron los instituidos herederos viviendo quien disfruta los bienes usufructuados, como no existe la voluntad del testador, ya que al morir la usufructuaria no podían pasar los bienes a los premuertos, procede abrir la sucesión legítima, correspondiendo esa herencia a la usufructuaria. Reconocida la propiedad por herencia intestada de los bienes usufructuados por la viuda, aunque al disponer por testamento aparezca la duda de si creía eran o no todos los bienes suyos, si no renunció a ellos, deben pasar a sus herederos.

64. *Adición de partición. La acción en que se pide la inclusión de bienes, omitidos en una partición, no es reivindicatoria y no cabe oponerle la prescripción adquisitiva. La apreciación de*

las pruebas corresponde al Tribunal «a quo». Sentencia de 28. de Mayo de 1931.

Dos hermanos formularon demanda contra el segundo marido de su madre y los hijos habidos de este matrimonio (son medio hermanos) para que se adicionaran ciertos bienes y mejoras omitidos en la partición realizada al óbito de la madre y para que se estimaran reservables otros adquiridos por el padre de dos medio hermanos de los actores fallecidos.

El segundo marido contestó en el sentido de que no tenía inconveniente en constituir hipoteca legal por los bienes reservables, pero a su tiempo, oponiéndose a lo demás por diversas razones, alegando que la partición se había hecho hacía veintidós años.

El Juzgado y la Audiencia accedieron a la demanda, y el Supremo rechaza el recurso, porque ejercitándose en la demanda una acción para pedir que ciertos bienes se declaren gananciales del primer matrimonio; que no se comprendieron en la liquidación de aquella Sociedad de gananciales ni en la partición, es evidente que no están divididos y procede partarlos, y la acción ejercitada es la que se da entre coherederos para pedir, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.079 del Código civil, que se complete o adicione la partición mal hecha; no se trata del ejercicio de una acción reivindicatoria de muebles a la que se pueda oponer la prescripción adquisitiva, sino la acción a que se refiere el artículo 1.965 del Código civil.

Estimándose probado por el Tribunal *a quo* que determinados bienes no se incluyeron en la partición, no cabe oponer a ello el particular criterio del recurrente.

65. *Amigables componedores. Establecido en el contrato social el pacto de someter las cuestiones al juicio de amigables componedores, debe ser observado, y sólo procede acudir a la legislación del Estado cuando el pacto social carezca de regla aplicable.* Sentencia de 5 de Mayo de 1931.

Por escritura inscrita en el Registro mercantil se constituyó una Sociedad anónima (Banco Rural), determinándose en los Es-

tatutos que todas las cuestiones que surgieran entre los socios serían dirimidas por amigables componedores. Emitidas acciones y no abonados unos dividendos pasivos por un socio, la Sociedad le demandó ante el Juzgado, a lo que el socio opuso que no era competente por lo dispuesto en los Estatutos.

El Juzgado y la Audiencia condenaron al socio al pago de lo pedido, y la Sala declara haber lugar al recurso, porque otorgada la escritura pública e inscrita en el Registro mercantil, quedó constituida la personalidad del Banco conforme a los Estatutos, cuya validez debía ser reconocida por todos, puesto que a todos los socios obligaba, por ocupar el primer lugar en la prelación de las leyes reguladoras de la Compañía, debiendo acudir a la legislación del Estado únicamente cuando el pacto social careciera de regla aplicable.

Reconocida la función benéfica del arbitraje, declarado forzoso en el Código del 29, subsiste en nuestra legislación el arbitraje voluntario para toda clase de asuntos, con las excepciones de la ley de Enjuiciamiento, y, por tanto, en la materia objeto del pleito debió haberse sometido la cuestión a la decisión de amigables componedores en la forma que los Estatutos establecieron,

66. *Letra de cambio. Es de naturaleza mercantil. La responsabilidad de ella derivada es solidaria, salvo pacto en contrario. Sentencia de 6 de Mayo de 1931.*

El Consejo de administración de una Sociedad solicitó del Banco de España el descuento de una letra, operación que aceptó el Banco, con la condición de que los miembros del Consejo firmaran la letra en garantía del crédito, y aceptándola la Sociedad; en consecuencia de ello, un Consejero giró una letra a la orden de otro, a cargo de la Sociedad; aceptando la letra la Sociedad, y por endosos sucesivos, el resto de los Consejeros. Llegó el vencimiento, y el Banco accedió a la renovación, pero a base de firmar todos los Consejeros; uno de éstos se negó, y el Banco rechazó la renovación y protestó la letra, que fué pagada por los Consejeros, excepto el que no quiso la renovación. Los Consejeros demandaron a éste para que abonara la parte que le corres-

pondría, a lo que el demandado opuso que antes de pagar ellos debieron requerirle para el pago de su parte, con el fin de haber podido recurrir contra la Sociedad antes de que ésta se declarase en quiebra.

El Juez y la Audiencia condenaron al demandado, y el Supremo rechaza el recurso por ser un hecho cierto que todos los interesados se pusieron de acuerdo para girar una letra de cambio, comprometiendo por igual su crédito personal, convenio íntimamente unido a las consecuencias del giro de la letra, cuya naturaleza mercantil ha de ser regulada por el Código de comercio. Además, la responsabilidad derivada de la letra de cambio es solidaria respecto a cada uno de los endosantes, salvo la cláusula «sin mi responsabilidad», lo que no impide que tal norma pueda ser modificada por voluntad de las partes, pues ésta es la primera ley en materia de contratación, y siendo cierto que todos acordaron una responsabilidad mancomunada, o por partes iguales, es visto que la acción ejercitada es procedente.

CUESTIONES DE COMPETENCIA

67. *Compraventa. Viajando las mercancías de cuenta del comprador y habiendo sumisión, es competente el Juzgado del vendedor.* Sentencia de 6 de Mayo de 1931.

Ante un Juzgado de Barcelona, don G., como cedente de otro, demandó al señor R., vecino de Aguilas, en reclamación de saldo de cuenta corriente por venta de géneros expedidos de Barcelona por cuenta y riesgo del comprador y para abonar el importe en Barcelona. El demandado promovió competencia diciendo que nada debía ni al actor ni al cedente, porque los géneros llegaron en malas condiciones, y con este motivo, el actor, según carta que acompañaba, le había dicho que los vendiera, demostrando esto que hubo novación, y, por tanto, al cambiar el contrato de venta a comisión, ya no había sumisión a ningún Tribunal. Contestó el actor que la novación no existía; que la factura, no impugnada, tenía una nota de sumisión y los Tribunales de Barcelona eran los competentes. El Supremo declara la competencia de Barcelona, porque tratándose del ejercicio de una acción personal procedente del con-

trato de venta de géneros, enviados de cuenta y riesgo del comprador, quien se sometió a los Tribunales del vendedor, éstos son los competentes, sin que quepa resolver en los límites estrechos de los conflictos de jurisdicción las cuestiones de novación y otras propuestas por el demandado.

68. *El Juez competente para conocer del cumplimiento de la obligación tiene también competencia para conocer de su incumplimiento.* Sentencia de 6 de Mayo de 1931.

Versando la cuestión sobre pago de cantidad, motivada por depósito de mercancía comprada por una Sociedad, que ésta se negó a retirar, y apareciendo del contrato suscrito por ella que la mercancía debía entregarse en el domicilio del vendedor, lugar del cumplimiento de la obligación, este mismo Juzgado debe conocer de las acciones nacidas del incumplimiento.

69. *Negada por el demandado la existencia de vínculo contractual, ¿es competente, si la sumisión no se demuestra, el Juzgado del demandado?* Sentencia de 28 de Mayo de 1931.

Una Sociedad demandó a X. al pago de pesetas, importe de géneros retirados por el demandado, promoviendo éste cuestión de competencia, negando cuanto la demanda decía. El Supremo declara competente el Juzgado del demandado, porque negada por éste la existencia de vínculo contractual, y no acompañando aquél a la demanda más documentos que una factura, no es éste principio de prueba suficiente para resolver la competencia a favor del Juzgado del demandante.

POBREZA

70. *Es requisito esencial, para otorgar el beneficio de pobreza, que quien lo pretenda lo justifique con arreglo a la ley.* Sentencia de 9 de Mayo de 1931.

El Supremo no accede al recurso porque los contradictores de la presunta pobre demostraron que poseía, con sus hermanas, una herencia indivisa, la de su padre, a nombre de quien se pagaba la contribución.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia

BIBLIOGRAFÍA

La noción de tercero en la ley Hipotecaria española, por Ana-María Le Pelley.

La Biblioteca del Instituto de Derecho comparado de Tolosa, que ha dedicado al Derecho español una serie, en la que figuran varios estudios de Sabadie, Besombes, Rouvre y Dartigalongue sobre las fuentes de nuestro Derecho civil, la condición jurídica de las mujeres casadas y de los hijos naturales y la tutela de los menores, ha publicado con el número 5 este trabajo que para REVISTA CRITICA presenta la triple gracia de estar escrito por una mujer, versar sobre el tema de mayor interés entre los cultivados en estas columnas y revelar el cariño de un extranjero a las instituciones jurídicas de nuestra patria.

En cambio, hemos de poner de relieve que la autora, familiarizada con Campuzano, Morell, Pazos y Sánchez-Román, no conoce nuestras modestas publicaciones y orienta sus esfuerzos en un sentido que hemos creído equivocado o, por lo menos, infecundo: busca, como tantos otros, la Isla de San Balandrán en vez de investigar los fundamentos y orígenes de la leyenda.

La palabra tercero, *terminus technicus* que abre y cierra la cueva de los tesoros hipotecarios, responde a una serie de principios de tal modo entrelazados que resultan infructuosos los intentos dirigidos a obtener una definición sencilla, una fórmula que, como el «ábrete, sésamo», resuelva instantáneamente las dificultades. Por eso, tras de los comentaristas que hicieron notar las diferencias entre los terceros de los artículos 23, 27, 34 de la ley Hipotecaria surgieron los autores que, como Calderón Neira, pusieron a contribución la lógica y el derecho para construir

una síntesis racional, y últimamente, abandonando el camino trillado y elevando la discusión a la esfera de los principios, REVISTA CRÍTICA ha enfocado las bases del sistema inmobiliario, ha patentizado la íntima dependencia en que el concepto de tercero se halla respecto de las mismas y ha puesto en duda la existencia de un tipo jurídico que pueda ser bautizado con el nombre de *tercero hipotecario*.

Para la autora de la monografía la ley Hipotecaria tiene por principal objeto la protección del tercero, y como reconoce al examinar los preceptos de la misma, que se halla en presencia, no de una sola noción, sino de varias y que algunos de sus artículos dan definiciones diferentes y hasta opuestas, comienza su exposición un poco atemorizada por las dificultades de la materia: «Si las faltas de técnica jurídica, dice, son siempre desastrosas, lo son particularmente en esta ocasión, porque en la expresión de tercero, que casi resulta indefinible, se condensa todo el espíritu de la ley Hipotecaria.»

En realidad, la investigación se apoya desde el primer momento en las condiciones de oponibilidad de los actos jurídicos, para separar al tercero civil, persona extraña a su perfección, del tercero hipotecario, protegido por la inscripción, y del tercero de buena fe; en seguida centra la segunda parte sobre el principio de la fuerza probante que aplica a los actos nulos (artículo 34 de la Ley) y a los derechos sujetos a resolución o rescisión, y finalmente, bajo el título de terceros particulares, enfila las relaciones entre poseedores y titulares hipotecarios (tercero del artículo 35 de la Ley) y los actos del heredero aparente (párrafo 2.º del artículo 23); pero, sin dejar de reunir y sistematizar las conclusiones a que nuestros especialistas han llegado, nunca se remonta a las ideas dominantes del sistema.

Compuesto y redactado el libro con el claro plan y terso estilo que caracteriza a nuestros vecinos, flaquea, como todos los estudios hipotecarios franceses, por la escasa preparación de sus juristas en la materia. Quizás, por esta razón, presentará atractivos para los lectores españoles que, fatigados por el aparato germánico y las discusiones abstrusas, sobre los principios de inscripción, publicidad, buena fe, tracto sucesivo; especialidad, con-

sentimiento, prioridad, etc., deseen volver a los buenos tiempos de Galindo y Escosura.

Las fuentes del trabajo, enumeradas en la nota bibliográfica que lo cierra, son completas (aunque lamentemos la exclusión de REVISTA CRÍTICA), la jurisprudencia precisa y las soluciones de los casos jurídicos, acertadas.

Por si se reedita la obra, apuntamos algunas erratas, debidas a traducción defectuosa o a informaciones deficientes.

«Las hipotecas voluntarias se constituyen por contrato o testamento» (página 17). El artículo 138 de la Ley habla de las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño. Podrá entre las últimas hallarse la testamentaria, pero el tema es demasiado escabroso para despacharlo en una línea.

«Primes d'assurance de dix ans» (página 20). Indudablemente se quiso decir: dos años, no diez.

«La inscripción de posesión puede transformarse cuando haya durado *trente ans*» (páginas 23 y 120). Sin embargo, la autora conoce el Real decreto de 13 de Junio de 1927 que los rebajó a diez.

«La inscripción para retroceder a la fecha del asiento debe ser practicada en los *veinte* días siguientes» (página 33). Son treinta.

Transcurrido el plazo de quince años (no de *quinze días* como se dice en la página 109), no podrán ser anuladas las inscripciones de bienes comprados al Estado.

Mucho habría que decir sobre la extensión de la teoría de las causas de nulidad, que constan en el Registro, a las circunstancias características de la personalidad (página 114).

Y sobre la aplicación a las inscripciones contradictorias, surtidas al amparo de la Ley de 3 de Agosto de 1922, del régimen propio de los actos anteriormente inscritos.

El retracto regulado por el artículo 1.067 del Código civil es de naturaleza y trato específicos: se refiere a la cuota hereditaria y se cuenta desde que se haya hecho saber la enajenación a los demás coherederos. No debe, por lo tanto, ser colocado en la misma línea que los otros retractos (página 164).

No es cierto que en el derecho español el usufructuario no tenga más que un derecho de goce (página 200). Dejando a un lado el usufructo con facultad de disponer (artículo 467 del Código ci-

vil), puede el titular enajenar su derecho con arreglo al artículo 480 del Código civil.

Los problemas provocados por las inscripciones contradictorias son muchas veces de orden extrahipotecario. En la monografía (página 205 y siguientes) no se plantean las relaciones entre la prescripción y la inscripción, teniendo en cuenta esta base, ni se atiende a las situaciones creadas al amparo de los textos anteriores al de 1909.

Fuera de estos pequeños lunares que señalamos como testimonio de la atención con que hemos leído la monografía, las soluciones propuestas nos parecen correctísimas y dignas de estudio.

En una sección dedicada a comparar nuestro sistema con el francés y el alemán, la autora concluye con las siguientes palabras que acreditan su imparcialidad:

«La comparación que acabamos de esbozar basta para mostrarnos el valor del sistema hipotecario español. Basado, en su conjunto, sobre los grandes principios aplicados por el régimen hipotecario francés, se halla infinitamente mejor organizado desde el punto de vista práctico: debe otorgar una protección muy eficaz a los terceros. La única cuestión delicada es la de su aplicación.

»Hemos visto, en efecto, que la ley Hipotecaria de 1869 dispensaba de la inscripción previa del derecho a las personas que querían inscribir un título anterior al 1.º de Enero de 1863. La Ley de 27 de Abril de 1909 substituyó a esta fecha la de 1.º de Enero de 1909, que, a su vez, fué reemplazada en la Ley de 3 de Agosto de 1922 por la de 1.º de Enero de 1922. Estas diversas medidas prueban suficientemente que, a pesar de las precauciones tomadas por el legislador español no han sido inscritos todos los actos sometidos a la publicidad. ¿Es necesario concluir que un sistema hipotecario debe estar fundado sobre el principio absoluto de la inscripción para ser aplicado íntegramente? Únicamente el resultado de la experiencia intentada por el legislador francés en Alsacia-Lorena, aplicando un sistema que presenta numerosas analogías con el español, podrá darnos una respuesta sobre este punto.»

J. G.

LOS SISTEMAS SOCIALES CONTEMPORÁNEOS Y SUS DIRECCIONES CONVERGENTES

Discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1931 a 1932 por el Dr. D. José Castán Tobeñas, Catedrático y Decano de la Facultad de Derecho.

El espíritu del Sr. Castán es de los que no pueden transigir con las confusiones y oscuridades en la exposición. Avido de claridad y disciplina como en sus buenos tiempos de bibliotecario del Museo-Laboratorio de la Facultad de Derecho, en la Universidad Central, intenta siempre y consigue en lo posible, precisar y clasificar los grupos doctrinales en la materia más embrollada y caótica.

Baste hoy, para demostrarlo, copiar los cuadros de las variedades del socialismo, de sus grupos organizados y de las escuelas reformistas, que estudia en su discurso con la erudición y nitidez a que nos tiene acostumbrados :

CLASES DE SOCIALISMO

| | | | | | | |
|--|---|--|---|---|---|--|
| | { | Comunismo | | | | |
| Por sus característi- cas de orden eco- nómico..... | { | Colectivismo o socialismo propia- mente dicho.... | { | Colectivismo integral. Colectivismo miti- gado..... Colectivismo parcial. | { | Neocolectivismo (<i>Morcelismo</i>). Socialismo agrario. |
| Por sus característi- cas de orden poli- tico..... | { | Socialismo centralista o estatista Socialismo corporativo (Sindicalismo). Socialismo federativo o municipalista. Socialismo antiestatista (Anarquismo). | | | | |
| Por el grado o matiz. | { | Maximalismo o bolchevismo. Espartaquismo. Minimalismo o menchevismo. | | | | |
| Por la táctica o pro- cedimiento..... | { | Socialismo revolucionario, radical, antiparlamentario. Socialismo evolutivo, reformista, parlamentario. | | | | |
| Por la fundamenta- ción y metodolo- gías científicas.... | { | Socialismo económico (o «científi- co»)..... | { | Socialismo idealista (o «utópico»). Socialismo marxista u ortodoxo. Socialismo revisionis- ta o de los disi- dentes. | { | Neomarxismo refor- mista. Neomarxismo sindi- calista. |
| | | Socialismo constructivo. Socialismo jurídico. Socialismo experimental. | | | | |

FÓRMULAS DEL MOVIMIENTO SOCIAL MODERNO

Actuación política..... { Democrática = *Socialismo*.
 { Revolucionaria y demagógica = *Comunismo*.
 Actuación directa profesional = *Sindicalismo*.
 Protesta (ideológica o práctica) puramente negativa e individualista = *Anarquismo*.

DOCTRINAS REFORMISTAS

| | | |
|-------------------------------|--|---|
| | Socialismo conservador. Socialismo de cátedra. | |
| De tipo intervencionista..... | Socialismo de Estado.... Socialismo municipal. Fabianismo. | Socialismo de Estado maximalista. Socialismo de Estado moderado. Intervencionismo. |
| | Escuelas agrarias..... | Socialismo agrario propiamente dicho. <i>Georgismo</i> . Reformismo agrario. |
| De tipo asociacionista..... | Sindicalismo obrero no socialista.. Corporativismo. Guildismo o Socialismo gremial. | Sindicalismo reformista..... Sindicalismo integral de Valois. |
| | Escuelas cristianas..... | Catolicismo social... Protestantismo social. |
| De tipo mixto..... | Cooperativismo. Solidarismo. | Sindicalismo inglés (Tradeunionismo). Sindicalismo fascista italiano. Sindicalismo independiente, libre o nacionalista. Sindicalismo confesional o cristiano. Grupo de conservadores católicos (Escuela de Angers). Grupo de los reformadores católicos (Escuela de Lieja). Grupo de la democracia cristiana. |

Por lo demás, el autor no se limita a señalar las concepciones filosóficas primarias y las teorías sociales contemporáneas, sino que en un tercer apartado pone de relieve los puntos de aproximación y de divergencia de las escuelas sociales para terminar llevando al ánimo de los escolares, «no una impresión de escepticismo ante tantos sistemas como la imaginación y la ciencia han ideado, sino una impresión de optimismo, ante las coincidencias que existen en el fondo de todos ellos».

LA REDACCIÓN.