

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VI

Enero de 1930

Núm. 61

Los recursos en nuestras leyes procesales

Es frecuente, cuando se trata de realizar reformas legales, olvidar que el conjunto de leyes de un país, bueno o malo, no es un agregado incoherente de normas sin conexión alguna entre sí; antes, por el contrario, forma todo un sistema, con afinidades pronunciadas y hasta con jerarquía bien manifiesta. Precisamente por eso, porque hay preceptos cuyas variaciones derivan de la estabilidad y firmeza de otros, es por lo que, aun estimando necesaria una renovación completa en el terreno procesal, no somos partidarios de que se lleve por ahora a cabo, como *parece ser* (1) que ha hecho la Comisión de Códigos. Si nuestro derecho substantivo tuviera la consistencia bastante para no necesitar *reparaciones urgentísimas* y la organización judicial alcanzara la eficiencia que fuera deseable, no veríamos inconveniente alguno en acometer la tarea de reemplazar la vigente legislación adjetiva (2). Pero como

(1) Nos expresamos en esta forma, porque *parece ser* que hace tiempo la Comisión entregó al Ministro la parte referente al Enjuiciamiento civil. Después, tal vez como consecuencia del proyecto constitucional, *parece ser* que aquélla permanece en fase estacionaria, y, en cambio, se quiere realizar cuanto antes la reorganización judicial.

(2) Entre las últimas publicaciones que de tal asunto se ocupan, la más completa, por cuanto abarca la organización y el procedimiento, es la de don Angel Ossorio y Gallardo: *Bases para la reorganización judicial*. Sin embargo, estimamos preferible, de momento, ocuparse sólo de la primera, como ha hecho D. Adolfo García en su folleto *El Poder judicial: Bases para su organi-*

por desgracia falta aquella indispensable base y de todas partes surgen voces que ponen de relieve la necesidad apremiante de introducir modificaciones profundas, si es que no la sustitución completa, en el Código civil, y en el de Comercio, y en el Penal (¡¡en el nuevo !!), y en el caos administrativo, y en la organización judicial, lo sensato es dejar paso libre a esas demandas tan justificadas, por dos razones: la primera, para evitar las alteraciones que la reforma de las leyes substantivas había de acarrear en las disposiciones formales (3); la segunda, porque a los fines de la Justicia interesa más aquella otra; entre un Derecho material que, por la claridad de expresión y la ausencia de coincidencias y contradicciones, facilite la adopción del fallo, asociado a una Magistratura libre de obstáculos en su funcionamiento y con una preparación adecuada, que salve las deficiencias procesales, y la situación que pueda derivarse de la reforma sola del Enjuiciamiento, aun concedido que se lograra superar el famoso Reglamento austriaco, no creo que a nadie ofrezca dudas optar por la primera solución (4).

Ahora bien, ello no impide que desde ahora, y en tanto se ejecución completa en España. *Apuntes para la nueva edición de la obra, refundida, aumentada y corregida, 1929*; y en su artículo *El Poder judicial: Estudio filosófico y bases prácticas para su organización completa en España*, publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Mayo 1929. En cuanto a las *Bases para la reforma de la ley de Enjuiciamiento civil: Propuesta presentada en la Asamblea Nacional por el asambleísta D. Juan B. Gucra el día 10 de Enero de 1928*, 1929, es una verdadera desdicha, como lo indica el hecho de tomar como base la ley actual, cuyos enormes defectos, reconocidos por el asambleísta, no se subsanan con cuatro correcciones como las propuestas, sino con principios que respondan a una orientación por completo distinta.

(3) La promulgación, posterior, del Código civil vino a dificultar la inteligencia de su ley rituaria, especialmente en los actos de jurisdicción voluntaria.

(4) Podemos repetir, a este propósito, las palabras de mi insigne maestro Luis Jiménez de Asúa: «Por mi parte, siempre querré mejor una ley penal anticuada e imperfecta, con juegadores inteligentes y formados en la moderna técnica, hábiles en ensanchar los arcaicos moldes articulados, que un Código de orientación audaz y técnicamente perfecto, aplicado por una magistratura imbuida de prejuicios y pronta a aprovechar el arbitrio que la ley otorga, para seguir usando del viejo Código derogado.», Jiménez de Asúa y Antón Oneca: *Derecho penal conforme al Código de 1928*, 1929, pág. 28.

cutan aquellas otras más fundamentales y urgentes, *parando* la reforma no de tal o cual ley procesal, Procedimiento español en sus distintas ramas. Dicha labor se emplee no será perdido, siempre que la discusión desde el primer momento (5), con olvido de la exagerada rapidez, funestos en la tarea legal, porque hace que cuando *se deja* intervenir a la laboradora eficacísima en régimen de publicidad, procurarlo en forma destemplada, que al herir la susceptibilidad de las Comisiones redactoras, convierte en cuestión de américa la persistencia en el error; la segunda, porque un movimiento de reforma que, lo mismo en el campo de la doctrina que en el de la realidad experimentada, logre atraer la atención de los que por su capacidad puedan ilustrar los extremos dudosos, dejará sentir su influjo bienhechor incluso en la práctica de los Tribunales (6), compensando con creces las supuestas ventajas de esas leyes ultrarrápidas—Código penal de 1928—, que no parecen sino obra ajustada con contratista de no mucho escrúpulo y de poca solvencia.

Así, pues, sin perjuicio de dedicar en momento y lugar oportunos al tema de la reforma procesal en sí la extensión que merece, nos vamos a fijar por hoy en un detalle a primera vista sin importancia, pero en él que habrán de poner especial atención los reformadores de mañana—bien sean tradicionalistas, eclécticos o innovadores—, si quieren llenar su cometido con el máximo acierto. Aludimos al descuido y ligereza con que (prescindiendo de la orientación) se redactan nuestras leyes, hasta el punto de que la mayoría de las dudas y de las confusiones tienen su arranque, unas veces, en la inconsecuencia del legislador consigo mismo; otras,

(5) Véase en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Enero 1929, *Los antecedentes del nuevo Código penal*. Coincidimos por completo con lo que su autor, José Antón Oneca, opina sobre el modo de llevarse a cabo una reforma legal.

(6) El insigne procesalista alemán Heinsheimer, fallecido en Junio del pasado año, en su obra *Der neue Zivilprozeß, insbesondere das Verfahren vor dem Einzelrichter*, 1924, páginas 12 y siguientes, destaca cómo el movimiento de reforma, antes de cristalizar en la ley de 1.º de Junio de 1924, influyó con éxito en la vida de los Tribunales, sobre todo en lo referente a una mayor concentración del debate oral y a una más amplia iniciativa judicial en la dirección del proceso.

te deja cuanto ha dicho en un precepto legal, para lo en otro, si es que no se desdice dentro de un almente, en el empleo indistinto de términos que ente significación, o a la inversa.

lo que antecede no es muy difícil de encontrar; apuntamos algo, que aquí se confirma, cuando la legislación como sistema, y ahora, insistiendo, sit que no basta con afirmar que la ignorancia de la e de su cumplimiento, sino que correlativamente, y es, es ineludible el deber facilitar el conocimiento de la e no se consigue con la vieja y desacreditada fórmula a «de cuanto se oponga al nuevo precepto», y sí, en con el cuidado más exquisito en la formación de la norma ., sólo merecedora de venir al mundo cuando represente un progreso en el fondo y cuando, por su diafanidad en la redacción y estructura, constituya un avance en la forma.

Confirmación de cuanto sostenemos, son los recursos en nuestras leyes procesales, de los que a la ligera y únicamente como botón de muestra nos vamos a ocupar.

I

UNIDAD DE CONTENIDO Y DIVERSIDAD DE NOMBRE: REPOSICIÓN, REFORMA Y SÚPLICA

Podríamos limitarnos aquí a transcribir, con sólo agregar a la cita la palabra reposición, la opinión de Aguilera de Paz cuando afirma que «siendo los recursos de reforma y súplica iguales, en cuanto a su fin y objeto, fácilmente se comprende que debe ser igual también la tramitación de uno y otro, sin más diferencia que la modificación derivada de la circunstancia de ser colegiado el Tribunal, de cuya resolución se recurre» (7), si no fuera porque reposición y súplica, es decir, los nombres que deben desaparecer para dejar como denominador común el de reforma, han encontrado en Manresa y Fábrega Cortés argumentos para su mantenimiento,

(7) Aguilera de Paz: *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento criminal*, 1923, tomo II, pág. 575.

no obstante reconocer ambos (8) la identidad y Fábrega, además, la conveniencia de un *reponer* y *reposición*. Aunque claro está que sus puntos de vista afirman que se llama de reposición, «pues el empleado la expresión *reponer por contraria* impugnada» (10), es limitarse a recoger la tialesca que pone en pugna el significado y reposición con su acepción forense. En el *Diccionario de la Lengua Española* (11), *reponer* es «volver a poner; a una persona o cosa en el lugar que antes tenía». «acción y efecto de *reponer*» (12). Luego para pedir *reponer* un acuerdo, haría falta: 1.º Que la autoridad judicial proponga en un determinado sentido. 2.º Que después lo hiciera en dirección distinta. 3.º Que la parte interesada pidiera se *constituyera, colocara o volviera a poner en el lugar que antes tenía* la primitiva providencia. ¿Es esto lo que la reposición se propone? Indiscutiblemente, no; de ahí que cuando hay necesidad de definir este recurso, nadie se acuerde del verbo *reponer*, y así Manresa nos dice que «recurso de reposición es el que puede utilizar todo litigante que se considere agraviado por una resolución judicial interlocutoria para que sea *reformada o revocada* por el mismo Juez».

(8) Manresa: *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil*, quinta edición, 1929, tomo II, páginas 159 y 160.

(9) Fábrega Cortés: *Lecciones de procedimientos judiciales*, 1928, pág. 510.

(10) Manresa, ob. y loc. cit.; Fábrega, ob. cit., pág. 509.

(11) Citamos este testimonio porque es «oficialmente» la máxima autoridad en cuestiones de idioma, por lo que se ve, no muy respetada en los medios donde se hacen las leyes.

(12) Figuran además en el Diccionario, entre las que nos pueden interesar, estas dos acepciones: «Reponer... Cuanta-for. Retrotraer la causa o pleito a un estado determinado» y en «Recurso de... reforma, o de reposición: el que se interpone para pedir a los Jueces que reformen sus resoluciones, cuando éstas no son sentencias.» Como puede apreciarse, en ellas la Academia, al contrario de lo que ocurre con las arriba transcritas, no fija por su propia iniciativa el alcance de las palabras, sino que se limita a recoger diferentes significados de una voz, en este caso con escasísima fortuna, porque ni *reponer*, en el lenguaje forense, es lo que la Academia dice, ni mucho menos que *actualmente* sirva *reforma* para pedir a «los Jueces» que modifiquen sus resoluciones, «cuando no sean sentencias». Por tanto, hay que creer que el acierto que supone asociar *reforma* y *reposición*, como conceptos idénticos, ha sido obra de la casualidad.

hubiera dictado, acordando en su lugar lo que proceda con lo a derecho» (13). Si, pues, el objeto de estos tres recursos *a reforma* de una decisión judicial, ha debido adoptarse un ismo nombre para los tres, y si, por motivos que no tienen razón de ser, se cree conveniente subsista la actual diferencia entre el ordenamiento procesal penal y el civil (14), llámesel a la *reforma civil, revocación*, pero de ningún modo como ahora.

En cuanto al de *súplica*, se defiende diciendo que los jueces colegiados deben merecer mayor respeto, pero aparte que reforma o revocación son términos tan respetuosos como puedan serlo apelación o casación, y desde luego mucho más que recurso de queja, todos ellos dirigidos, sin que nadie los repute ofensivos, a los más altos Tribunales, tenemos el art. 64 de la ley de lo Contencioso, que admite reposición y no súplica contra las providencias que dicten los Tribunales de aquella jurisdicción (15). Y respecto a lo que Manresa sostiene sobre la conveniencia de mantener esta denominación, «porque, además de no ser impropia, es técnica en el Foro, y con ella se distingue del recurso de reposición» (16), bastará indicar, en cuanto a la técnica, que súplica es la fórmula general para deducir peticiones en juicio, sin que procesalmente signifique otra cosa; y en cuanto a distinguirlo de reposición, no hace falta: los recursos se caracterizan por su objeto, no por el Tribunal ante quien se interponen, y un criterio como el que antecede nos llevaría a buscar distintos nombres para la apelación, según se lleve a efecto ante el Juez de primera instancia o ante la Audiencia.

Tampoco estaría de más, dada la escasa eficacia de estos recur-

(13) Manresa, ob. cit., tomo II, páginas 159 y 160.

(14) Semejante divergencia conduce a que en la ley de Enjuiciamiento criminal se hable de reposición. Fábregas, ob. cit., pág. 511, y Aguilera de Paz, ob. cit., tomo II, pág. 467, citan como incursos en dicha contradicción los artículos 141 y 501 de la expresada ley; lo mismo ocurre en el 76, que ellos omiten, siendo extraño que el segundo de los nombrados autores se limite a consignar el hecho, sin hacer comentario alguno sobre el caso ni en el lugar citado ni al ocuparse de los susodichos artículos en el tomo I, pág. 445; tomo II, pág. 162, y tomo IV, páginas 183 y siguientes, respectivamente.

(15) Art. 64: «Contra las providencias de mero trámite que dicten en los negocios contencioso-administrativos el Tribunal de lo Contencioso-administrativo o los provinciales, no procederá otro recurso que el de reposición ante el propio Tribunal.»

(16) Manresa, ob. cit., tomo II, páginas 212 y 213.

sos, asociar en un mismo escrito reforma y apelación, y cuando aquélla fuere denegada, que es lo más frecuente, quedar admitida automáticamente la segunda, salvo que el recurrente desistiera.

II

UNIDAD DE NOMBRE Y DIVERSIDAD DE CONTENIDO : RECURSO DE QUEJA

Especie de cajón de sastre donde el legislador, con insistencia digna de mejor causa, ha colocado un saldo de recursos de la más variada procedencia y aun algunas figuras procesales que nada tienen que ver con los recursos. Como base, pues, para los comentarios que pensamos hacer, se impone una agrupación que ponga un poco de orden en la materia.

APARTADO PRIMERO : *Recurso de queja como equivalente a apelación.*

A tres tipos distintos podemos reducir los diferentes casos que las leyes procesales ofrecen :

Primero. En este grupo encontramos : a) *Recurso de queja* contra los autos o providencias de los Jueces de primera instancia denegando la admisión de apelación (art. 398 de la ley de Enjuiciamiento civil). b) *Recurso de queja* contra el acuerdo del Tribunal Provincial denegando la admisión de una apelación contencioso-administrativa (arts. 75 Ley y 477-480 Reglamento). c) *Recurso de queja* contra el auto denegatorio de la certificación de sentencia, necesaria para interponer el de casación (arts. 1.703 Enjuiciamiento civil y 863 Enjuiciamiento criminal). d) *Recurso de queja* contra el auto de la Audiencia negándose a admitir un recurso de casación por quebrantamiento de forma (arts. 1.755 Enjuiciamiento civil y 922 Enjuiciamiento criminal). e) *Recurso de queja*, cuyo conocimiento corresponde a la Sala de Justicia del Consejo Supremo del Ejército y la Marina, «contra los Tribunales o Autoridades de Guerra o Marina, por denegación de los recursos u otras garantías que las leyes conceden» (art. 92, núm. 6, del Código de Justicia militar).

Como con facilidad se colige de su simple lectura, los artículos transcritos encierran verdaderas apelaciones, para convencerse de lo cual sirven dos testimonios legales. El primero está en el artículo 398 de la ley de Trámites civil, cuando hace preceder el recurso de queja de una reposición, ya que si, como sostiene Aguilera de Paz, «se llama recurso de queja, toda vez que se deduce contra la negativa de una autoridad a facilitar los medios estimados necesarios para la defensa de los derechos de las partes interesadas en el procedimiento» (17), es evidente que su causa está en la resolución judicial denegatoria, y, por tanto, la queja no *debiera suceder* a la reposición, sino *sustituirla*; mas como esto no ocurre, hoy día la queja no es sino el medio que da lugar a *un nuevo examen por el superior*, es decir, es una apelación.

El segundo precepto legal a que nos referimos se encuentra en el artículo 313 de la ley de Enjuiciamiento criminal, que determina apelación y no queja, contra el *auto denegatorio de la admisión de una querella*.

La analogía es tan patente y la contradicción de la ley tan manifiesta, que no hace falta insistir más. Tan sólo agregaremos que si por preocupaciones casuistas se ha querido *bautizar* estos recursos, podía seguirse el criterio actual y añadir a la palabra «apelación» aquéllas que hoy siguen a «queja», y terminar diciendo que si, racionalmente, queja supone un previo ataque, injusticia o agravio, nuestra legislación, sin aumentar con ello las garantías del presunto agraviado, emplea con excesiva frecuencia un término que en el fondo ha de resultar molesto para quienes administrén justicia, porque parece significar por parte del juzgador una denegación arbitraria, cuando en muchos casos no es sino consecuencia de una diferente apreciación procesal.

Segundo. Apelación y no otra cosa es este singularísimo artículo 311 de la ley de Enjuiciamiento criminal, según el que, contra el auto del Juez instructor oponiéndose a la pretensión fiscal sobre práctica de diligencias sumariales, procederá *apelación o recurso de queja si el Fiscal no estuviese en la misma localidad que el Juez*. Semejante concepción geográfica de los recursos es abso-

(17) Aguilera de Paz, ob. cit., tomo VI, pág. 123. En líneas generales es la misma idea del artículo 92, número 6, del Código de Justicia militar, arriba transcrita.

lútemente original ; pero cabe preguntar : ¿Es que basta no estar en la misma localidad para no poder interponer la apelación ante el propio Juez, que es, por lo visto, lo único que la ley ha tenido en cuenta ? ¿!Es que, admitida la absoluta imposibilidad en el Fiscal para acudir al Juzgado, la apelación interpuesta ante la Audiencia va a perder su carácter ? Preguntas son las anteriores que se contestan por sí solas.

Tercero. Finalmente, no son quejas, sino apelaciones, las contenidas en los artículos 94 y 95 de la ley adjetiva penal, referente el primero a la impugnación que el Asesor hace del acuerdo del Juez municipal *en sustitución del de instrucción*, cuando desestima la excusa por él presentada, y el segundo, dirigido contra la resolución de la misma autoridad, y en idénticas circunstancias, cuando rechaza la recusación del Asesor.

Para comprobar nuestro aserto aducimos el precedente del artículo 209 de la ley rituaria civil, concordante de los expresados artículos, que dice : «*Interpuesta y admitida, la apelación del auto denegatorio de recusación, se emplazará a las partes para que, en el término de diez días, comparezcan en la Audiencia a usar de su derecho...*». Ciento que hay una diferencia, y es que, en lo criminal, al ir del Juez municipal a la Audiencia, hay un salto a través del Juzgado de instrucción ; y en lo civil, como el auto procede del Juez de primera instancia, no ; pero no se puede olvidar que en ambos casos el Juez municipal actúa *en sustitución* del instructor (18) (cuando interviene en asuntos de su competencia—faltas—, sus resoluciones son apelables), o sea que el *salto*, en realidad, no existe, ni aún existiendo puede borrar los caracteres de la apelación, cuyas notas distintivas son por completo independientes de las variantes que puedan presentarse en la tramitación (19), suficiente sólo para hacer surgir una vez más ese recurso de queja, que nadie podrá delimitar, por lo mismo que sirve para todo.

(18) La ley de Enjuiciamiento civil, aunque tiene principalmente en cuenta al Juez de primera instancia, es más consecuente con sus afirmaciones, pues determina también apelación cuando intervenga en lugar de dicho funcionario el Suplente, como se deduce comparando los artículos 194 y 208.

(19) En la obra de Kohlrausch, *Strafprozezordnung und Gerichtsverfassungsgesetz*, 1927, págs. 25 y 26, puede verse un estado comparativo de los límites funcionales de los diferentes Tribunales alemanes en lo criminal, que demuestra cuanto venimos defendiendo.

APARTADO SEGUNDO : *Recurso de queja como equivalente a recusación.*

Tanto el artículo 849 de la ley Orgánica, como el 99 de la de Enjuiciamiento criminal y el 41 del moderno Estatuto fiscal, autorizan a quienes se consideren perjudicados para utilizar el recurso de queja cuando el representante del Ministerio público, debiendo abstenerse, no lo haga. En el fondo se trata de una recusación, y así debe llamarse: pero queremos rectificar antes el lamentable error en que Aguilera de Paz incurre al ocuparse del asunto. Después de afirmar que la abstención se basa «en motivos de justicia idénticos a los que autorizan la recusación» (20), y concluyendo con que «habiendo motivo para ello, se les obligue a separarse si debiendo hacerlo no lo hacen» (21), contesta a quienes propugnaban la igualdad entre los funcionarios de los órdenes judicial y fiscal a los efectos de la recusación, y dice: «Los que esta opinión sostenían, daban al olvido que no concurren en los individuos del Ministerio fiscal las mismas circunstancias que en los Jueces y Magistrados, siendo muy distintas las funciones propias de unos y otros, pues ellos no tienen potestad resolutiva, y como no fallan, falta en cuanto a los mismos la razón esencial y el fundamento principal de la recusación» (22). Lástima que un pequeño inconveniente impida que sea «verdad tanta belleza», porque el comentarista se va a encontrar en grave apuro si quiere mostrarnos dónde está la potestad resolutiva de los Secretarios y Oficiales de Sala, las reglas a que han de atenerse en sus fallos los peritos y testigos y hasta qué punto posean esas atribuciones el Asesor del Juez municipal y el Juez instructor durante el sumario, *casualmente* susceptibles *todos* de recusación, según puede comprobarse fácilmente. En cuanto a las razones que han originado la diferencia de nombre y a las particularidades de esta recusación, nos remitimos a nuestro trabajo *Lo que debe ser el Ministerio Público*, para no prolongar con exceso este artículo (23).

(20) Aguilera de Paz, ob. cit., tomo I, pág. 463.

(21) Aguilera de Paz, ob. cit., tomo I, pág. 465

(22) Aguilera de Paz, ob. cit., tomo I, pág. 464.

(23) Publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre de 1929.

APARTADO TERCERO : *Recurso de queja como manifestación de conflictos entre autoridades o Tribunales de distinto orden.*

Primero. En este grupo englobamos los que la Ley llama erróneamente competencias y que no son sino conflictos de atribución (24) entre la esfera administrativa y la judicial, a que hacen referencia los artículos 116-124 de la ley de Enjuiciamiento civil, 51 de la Criminal, 45 del Estatuto provincial y 12 del Código de Justicia militar, que equipara para estos fines a los Generales en jefe y a los Capitanes generales con los Gobernadores. El artículo 78 del Reglamento de Procedimiento municipal ha venido a agravar la situación de desconfianza hacia las autoridades judiciales, autorizando a los Alcaldes para promover competencias.

Mientras dure la organización presente, el recurso de queja, aunque no muy eficaz, por ser resuelto gubernativamente, tendrá que subsistir para proteger a las autoridades judiciales contra el abuso de poder o la injustificada ingerencia de los órganos administrativos ; pero debe esperarse que una pronta reforma ponga fin a esta situación, bien confiando la resolución del conflicto al Tribunal Supremo, *jurídicamente* la mejor solución, bien creando Salas o Tribunales de composición mixta, que quizás den mejores resultados en la *práctica*. Entonces el recurso de queja no tendrá por qué existir, ya que en pie de igualdad ambas potestades, lo que ahora puede ser un agravio, quedará reducido a una discrepancia de criterio.

Segundo. Los conflictos que pueden nacer entre las diversas jurisdicciones, deben ser igualmente resueltos en una de las dos formas antes expuestas.

Refiriéndonos al recurso de queja, éste aparece actualmente tanto entre la jurisdicción eclesiástica y la ordinaria, como entre ésta y la contencioso-administrativa. No tendría lugar el primer caso si el legislador español hubiera tenido en cuenta que la jurisdicción, como la colación de grados, es atributo del Estado, quien no debe

(24) Manresa, ob. cit., tomo I, pág. 344. Y ahora preguntamos nosotros : ¿valía la pena haberse molestado en discurrir ese flamante título segundo de la ley adjetiva civil—«De la competencia y de las *contiendas* de jurisdicción— para luego olvidarlo por completo?

consentir limitación alguna en tal sentido, mucho menos aún a cargo de la Iglesia, cuya autoridad en lo espiritual nadie discute, pero cuya intromisión en los asuntos temporales (25) es absolutamente inadmisible. Nuestra convicción sobre la materia no nos impide encontrar justificada, sin embargo, la indignación de los tratadistas católicos (26) al enfocar este aspecto de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, aunque su actitud derive de móviles confesionales y la nuestra se fije tan sólo en el contrasentido que la conducta del legislador supone, pues si encontró motivos especialmente poderosos para conceder a la Iglesia una posición privilegiada, no acertamos a descubrir qué otros impulsos pudieron arrastrarle a regular como lo ha hecho el extremo de que nos ocupamos. Porque, no ya católica, sino jurídicamente, es inaceptable que cuando el Juez civil invade el fuero eclesiástico, únicamente puedan las autoridades de ese orden *recurrir en queja ante la jurisdicción civil, que, además, es quien resuelve* (artículos 113 (Enjuiciamiento civil y 49 Criminal), y, en cambio, alterados los papeles, hay nada menos que dos recursos, uno de *queja* del particular al Juez civil, quien lo utiliza como requisito previo para entablar el de *fuerza en conocer* (artículos 133-136 Enjuiciamiento civil). Y la tramitación del segundo es incluso humillante para los Tribunales eclesiásticos.

Así, pues, si algún día el Estado español se acuerda de sus prerrogativas, vaya resueltamente a no consentir ingerencias eclesiásticas en la esfera jurisdiccional, y si, por el contrario, una vez más se deja dominar por la intolerancia y el fanatismo religiosos, acepte como bueno el Tribunal de conflictos, que, por lo menos, dejará satisfechos a los elementos de la extrema derecha.

Después de lo que antecede, poco hemos de decir en cuanto al recurso de queja que reconocen los artículos 102 de la ley de lo Contencioso y 513 de su Reglamento, a favor de los Jueces de la jurisdicción ordinaria para reclamar ante el Gobierno contra las invasiones de los Tribunales de lo Contencioso. Extendida la idea que propugna la desaparición de la organización presente y el reemplazo de la jurisdicción contencioso-administrativa por Tribunales de dicha clase, pero dentro de la jurisdicción ordinaria, el problema

(25) Dígase lo que se quiera en contra, mientras haya sentencias eclesiásticas produciendo efectos civiles, subsistirá la intromisión.

(26) Católicos, es decir, políticamente católicos.

se simplificaría al quedar reducido a una *competencia funcional*; y de no triunfar ese propósito, el Tribunal de conflictos.

En todos los casos de este Apartado se podría seguir la pauta del Título II, Sección tercera, de la ley de Enjuiciamiento civil, es decir, la autoridad invadida requeriría de inhibición a la invasora (27), con la única variante de sustituir la palabra «Juez» por «autoridad», y, en los casos que proceda, en lugar de inmediato superior jerárquico, Tribunal de conflictos. Para las contiendas o competencias negativas, una exposición a quien haya de resolverlas, manifestándole los motivos que les han inducido a separarse del conocimiento del asunto.

NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.

(*Se concluirá.*)

(27) Manresa, ob. cit., tomo I, pág. 345. Aguilera de Paz, ob. cit., tomo I, pág. 284.

La servidumbre a favor del propietario

Dr. Walter Schmidt-Rimpler (1)

INTRODUCCION

Una Sociedad adquiere en propiedad grandes porciones de terrenos, que divide en parcelas, enajenando éstas sucesivamente para la construcción de casas con jardín o viviendas para obreros (por ejemplo). Los adquirentes de cada parcela quedan obligados, en virtud de una cláusula de la escritura, a no edificar más que casas de cierta altura o de determinado número de pisos, a dedicar parte del terreno adquirido a huerto o jardín, etc.

Como medio racional para conseguir que dichas limitaciones sean consideradas como verdaderas cargas de carácter real, obligatorias para todo sucesivo adquirente de cada parcela, es necesario partir del supuesto de que éstas, cuando aún permanecían en plena propiedad de la entidad enajenante, se hallaban ya entonces gravadas con las correspondientes y recíprocas servidumbres, de las que dimanan las limitaciones en la facultad de disponer arriba anunciadas, que los adquirentes de las parcelas habrán de soportar.

Este resultado obliga a admitir de una parte la existencia de una verdadera servidumbre predial a favor de la entidad propie-

(1) Nos proponemos resumir y publicar una serie de trabajos monográficos de los más célebres juristas alemanes, en forma que satisfaga a nuestros lectores y les permita hacerse cargo con rapidez de los problemas de mayor trascendencia civil. (*Nota de la Redacción.*)

taria de las diversas parcelas, es decir, sintetizando, a favor del dueño de ambas clases de predios: dominante y sirviente, y como consecuencia de dichas recíprocas servidumbres, es forzoso reconocer asimismo a estos propietarios de ambas clases de predios la facultad de adoptar por sí mismos cuantas disposiciones dimanan de las obligaciones y derechos inherentes a las servidumbres existentes entre los diversos predios de su pertenencia.

Los tratadistas Huber y Junker dieron un paso más, atreviéndose a sostener que sólo reconociendo las legislaciones a favor de todo propietario, esta facultad, que, abreviadamente, cabe denominar de la *autonómica adopción de disposiciones* (*Selbstbestellung*), como consecuencia del derecho a establecer servidumbres entre distintos terrenos de su pertenencia, es como podría posibilitarse el cumplimiento de todos los fines encomendados a la propiedad. Al primero de dichos autores le cupo la suerte de ver lograda la realización práctica de su ideal con ocasión de la promulgación del Código civil suizo, que autoriza, en su artículo 733, a todo dueño a establecer una servidumbre predial sobre un fundo de su propiedad a favor de otro inmueble de su misma pertenencia; Junker, en cambio, hubo de reconocer que el Código civil alemán no admitía el derecho a la autonómica adopción de disposiciones a favor del dueño de diversos inmuebles, en el sentido antes enunciado, resignándose a propugnar una reforma del Cuerpo legal germánico conforme a sus aspiraciones.

Estudiando la evolución del problema a través de la historia del Derecho privado, se observa que ya en el Derecho de la época de Justiniano existían notorias excepciones al axioma *Nemini res sua servit*. Es, por otra parte, curioso observar, según nuestro autor, que cuando algún tratadista ha procurado explicar sistemáticamente estas excepciones como emanadas del derecho de plena disposición que corresponde al dueño, ha tomado inevitablemente como punto de partida el derecho a hipotecar, en vez del derecho a establecer servidumbres, lo cual se justifica por la mayor importancia que siempre se ha atribuído a aquella primera especie de gravámenes; mas proceder así implica, según frase gráfica de Schmidt-Rimpler, trabajar con dos incógnitas, toda vez que el concepto de hipoteca está (según nuestro autor) tan sujeto a polémica, siendo, además, de por sí tan impreciso como el de pro-

piedad. Por este motivo, tropezaban quienes intentaban seguir dicho camino con obstáculos que, más bien que de la naturaleza del derecho sobre la cosa propia, dimanaban de un concepto tan complejo y difícil de precisar como el del gravamen hipotecario..

1.

Conceptos de propiedad y de servidumbre.

En su obra se propone Schmidt-Rimpler, ante todo, examinar a fondo ambos conceptos: el de *propiedad* y el de *servidumbre*, con objeto de averiguar si de la naturaleza conceptual de ambas instituciones se infiere algo que lógicamente pueda excluir la coexistencia de ambos derechos.

Denomínase, en consecuencia, la primera sección de la parte principal de la obra, *Los conceptos de propiedad y de servidumbre*, y el primer capítulo de dicha sección, *Propiedad y Derecho limitado*. Tan fácil como parece encontrar en un momento dado una o varias definiciones del derecho de propiedad, de aquéllas que con ligeras variantes se encuentran repetidas en numerosos tratados elementales de Derecho civil y cuya literal enunciación suele frecuentemente sacar de apuro al examinando en un ejercicio oral, tan difícil resulta luego aportar una demostración convincente y clara de que el concepto jurídico, tal como se ha definido, corresponde efectivamente a la realidad con el carácter de universal aplicación.

Dicha labor, de por sí compleja y dificultosa, halla su mayor obstáculo en la inconsciente propensión (que sólo la experiencia logra vencer) a suponer suficientemente dominados todos los conceptos jurídicos enunciados, teniendo por exactas definiciones de ellos conocidas, que a veces no lo son, y propasándose, en consecuencia, atravesar de un hábil salto verdaderos abismos, por encima de los cuales se imagina la existencia de puentes ficticios, de que otros investigadores de buena fe suelen luego intentar valerse, corriendo el grave riesgo de caer al precipicio.

El primer método que analiza nuestro autor consiste en comenzar por el examen de una definición del Derecho de propiedad, procurando, a continuación, demostrar su exactitud con ejemplos obtenidos de legislaciones positivas vigentes o históricas, y fre-

cuentemente intentando hacer ver a continuación cómo, por el contrario, tales o cuales características de los preceptos legales examinados no aparecen bien delimitadas en otras definiciones.

El mayor inconveniente que, según nuestro autor, ofrece este primer método, más propio de obras vulgarizadoras que de trasladados científicos, consiste en que tomando como punto de partida una definición, derivada de determinadas relaciones jurídicas conocidas, sólo es realmente aplicable a éstas y al ambiente social en que se produjeron, y al variar dichas situaciones, necesariamente habrá de alterarse con ellas el concepto de la propiedad, tal como se daba por definido.

De idéntica carencia de universal aplicabilidad adolecería fácilmente cualquier definición que intentara obtenerse como síntesis de un estudio del Derecho de propiedad a través de las sucesivas evoluciones sufridas por el mismo desde sus comienzos. Afortunada es, sin duda alguna, la referencia que en este lugar hace nuestro autor a las palabras de Stammier en su *Doctrina del Derecho justo*: «Presupone la historia de la propiedad un concepto sistemáticamente asegurado de ésta como general y fundamental problema del Derecho, problema que ha sido enunciado y resuelto de distinto modo a través de la Historia.»

Otro autor contemporáneo, Kantorowicz, que reconoce los inconvenientes de los anteriores sistemas, procura remediarlos, acudiendo a dos definiciones distintas: una, *nominal*, establecida *a priori* según puntos de vista puramente científicos, que nuestro autor denombra verdadero *principio heuristic*, y otra definición *real*, formada por el examen sistemático de la institución jurídica en cuestión a través de todos los tiempos y en los más diversos pueblos. Procurando que la definición real sea lo más completa posible y eliminando de ella cuanto no sea de general aplicación, es como cree Kantorowicz lograr su aproximación con la definición nominal, hasta el punto de conseguir una que prácticamente sea de universal aplicabilidad, estando, no obstante, basada en la apreciación de la vida real.

No se remedia con este método el inconveniente que la definición real, con tantas dificultades alcanzada, permanezca aún afectada de ciertas características propias de alguna legislación concreta, que el definidor haya tenido particularmente presente durante

su estudio. Por este motivo, acude Schmidt-Rimpler, con preferencia, al método ideado por Harbrucker, cuyo autor parte de una fundamental distinción entre *teoría del Derecho* y *empiría del Derecho*.

Teoría del Derecho denomina dicho autor al estudio de los preceptos jurídicos y positivos a la luz de conceptos *a priori*. Tomando como punto de partida el concepto de la relación jurídica en general y haciendo la necesaria abstracción de toda relación jurídica en concreto, podemos, en todo caso, formar un sistema justificadamente completo de conceptos de relaciones jurídicas que sea de universal aplicación.

No obstante, es obligado reconocer que llega un momento en el que la integridad del sistema falla, y entonces se da el caso de que el concepto general en cuestión no abarca ya criterios de clasificación puramente lógicos, sino que su contenido ha de ser aportado desde fuera con el producto de una sistemática observación de fenómenos empíricos, o sea el resultado de estudios practicados según un método inductivo, que por sí solo nunca podría conducir a definiciones de universal aplicabilidad.

* * *

Hecho esto, sólo nos resta examinar si el concepto expuesto en la definición (la propiedad, en nuestro caso) encaja sistemáticamente en el cuadro de las instituciones jurídicas. Para ello hemos de considerar qué el derecho de propiedad constituye la *primera subespecie entre los que conceden la facultad de exclusiva disposición sobre una cosa determinada*, complementándose con otra subespecie de idéntica categoría de esta clase de derechos: los denominados *derechos limitados*; de manera que el derecho de propiedad, juntamente con los derechos limitados, abarquen todas las relaciones jurídicas que razonablemente pueden darse en una misma cosa, pero con la diferencia indicada; que así como únicamente existe un *derecho de propiedad* solo y exclusivo, en concepto de tal, *sobre cada cosa*, caben, por el contrario, *diversos «derechos limitados»* sobre la misma cosa.

Da nuestro autor por definida la relación jurídica como conexión jurídicamente ordenada de seres humanos entre sí. Esta relación jurídica implica la regulación de la conducta de un sujeto de de-

recho en relación a otro, siendo indiferente para estos efectos que en lugar del sujeto individual actúe un grupo o colectividad de sujetos.

Esta relación supone, por parte de uno de los sujetos, una determinada actuación en beneficio de otro sujeto, que puede consistir en una *acción* o en una *omisión* y ofrecerse *a otro sujeto especialmente calificado*, o simplemente *a todos los demás*.

De aquí las cuatro clases de relaciones jurídicas que distingue nuestro autor :

I. Relaciones jurídicas en las que se ofrece *una acción a uno especialmente calificado*.

II. Relaciones jurídicas en las que se ofrece *una acción a los demás*.

III. Relaciones jurídicas en las que se ofrece *una omisión a uno especialmente calificado*.

IV. Relaciones jurídicas en las que se ofrece *una omisión a los demás*.

Reconoce Schmidt-Rimpler que algún tratadista, como Harbrucker, niega la posibilidad práctica de la existencia dentro del ámbito del Derecho privado de las relaciones jurídicas de la categoría II del anterior cuadro, o sea de aquellas por las cuales se ofrece a todos los demás ejecutar una acción, pero ello no implica, según nuestro autor, que haya de negarse lógicamente su existencia.

Stammller divide las relaciones jurídicas en dos categorías : las que implican una *conjunción* y aquellas que determinan una *exclusión*, y estas últimas, a su vez, en dos subespecies, según den por supuesto, atendiendo a su naturaleza :

1) Que se prohíba una acción (primer principio a que se atiene nuestro autor para formular su clasificación).

2) Que se prohíba una acción a la totalidad de los demás (segundo principio conforme al que Schmidt-Rimpler establece su clasificación).

En cuanto a las relaciones jurídicas conjuntivas, entiende Stammller que se imponen siempre a personas determinadas ; mas en lo fundamental, es innegable la coincidencia de ambos autores.

La consecuencia más interesante de la aplicación de las indicadas clasificaciones es precisamente que ella excluye por incom-

patibilidad la utilización simultánea de la división de las relaciones jurídicas en reales y obligatorias, toda vez que si los derechos reales no son, en verdad, sino una especie de relaciones jurídicas que implican exclusión, los denominados derechos personales o relaciones jurídicas de carácter obligatorio no comprenden a su vez sino una parte de las relaciones conjuntivas.

Esta clásica división de los derechos en personales y reales no implica, pues, por cuanto vemos, sino una subclasificación meramente casual dentro de las categorías antes examinadas.

Por lo que respecta a las relaciones jurídicas que implican exclusión, distingue nuestro autor :

1) Las que determinan exclusión por parte de un sujeto frente a todos los demás.

2) Las que determinan exclusión por parte de un sujeto frente a todos los demás, con excepción de ciertas personas especialmente calificadas.

En cuanto a la clase de actos que han de quedar prohibidos en virtud del derecho de exclusión, pueden clasificarse éstos según su contenido ; pero resultaría harto difícil, por no decir imposible, lograr una enumeración verdaderamente completa, procediendo de esta forma.

Muy distinto se presenta el caso si, para determinar la clase de actos que han de prohibirse, tenemos en cuenta la relación de dichos actos con un determinado objeto ; entonces cabe distinguir como subespecies : la prohibición de toda posible inmisión (Einwirkung) sobre un objeto y la prohibición sólo de una determinada inmisión sobre ese mismo objeto.

Cabe, pues, establecer la siguiente clasificación :

- 1) Prohibiciones, frente a todos los demás, sin excepción,
 - a) de toda inmisión ;
 - b) de determinada inmisión.
- 2) Prohibición frente a todos los demás, con excepción de ciertas personas especialmente calificadas,
 - a) de toda inmisión ;
 - b) de determinada inmisión.

Teniendo en cuenta que toda relación jurídica se halla necesariamente condicionada por una regulación externa, resultan de

todo punto inadmisibles los derechos de exclusión frente a todos los demás, así como las prohibiciones que abarquen inmisiones de todas clases.

La admisión de atribuciones semejantes implicaría, en efecto, la concesión al titular del derecho de una facultad de usar y abusar ilimitadamente de la cosa y, por otra parte, la posibilidad de excluir arbitrariamente a toda otra persona, inhibiéndose así de toda *regulación*, sin la cual no puede lógicamente existir relación jurídica alguna digna de llevar este nombre.

Reducido, por consiguiente, el ámbito de los derechos de exclusión a aquellos que se limitan a prohibir sólo ciertas relaciones jurídicas con relación a todos, pero excepción hecha de ciertas personas especialmente calificadas, cabe formular dentro de esta categoría una nueva subdivisión de índole puramente lógica.

Ha de tenerse en cuenta que para determinar el ámbito de lo que deba considerarse autorizado, puede procederse de dos maneras. Cabe hacer una *enumeración* de todas aquellas relaciones jurídicas que se declaran lícitas, o también pueden determinarse éstas *por vía de exclusión*, o sea: declarando, en principio, autorizadas toda clase de inmisiones y eliminando, acto continuo, ciertas y determinadas relaciones, a título de excepción.

De esta forma se obtiene la siguiente nueva clasificación de los derechos de exclusión:

- 1) Derechos de exclusión cuyo contenido se fija por vía de *enumeración*, o sea positivamente, y
- 2) Derechos de exclusión cuyo contenido se determina *negativamente*, o sea por vía de excepciones a una regla general (es decir, la exclusión propiamente dicha).

Fácilmente se comprende el grave inconveniente que ofrece toda determinación por enumeración; fatalmente ha de presentarse alguna vez una situación jurídica no prevista de un modo expreso al formular dicha enumeración, situación que llegaría a permanecer exenta de toda regulación jurídica.

Dicho inconveniente queda fácilmente remediado mediante la posibilidad de fijar este mismo contenido por vía de exclusión. Así tenemos una regla general a la cual atenernos: *la licitud*, y las excepciones a esta regla, taxativamente fijadas: *las relaciones jurídicas declaradas expresamente prohibidas*.

Toda posible situación jurídica tiene, de este modo, su perfecta regulación: será autorizada o excluida de la licitud.

Lograda esta clasificación, aún nos resta establecer otra de naturaleza tal, que nos permita diferenciar las distintas clases de derechos que cabe sean ostentados por un mismo titular sobre idéntica cosa. Surgiendo dicha coincidencia, es forzoso prever la posibilidad de una *colisión* (o sea la incompatibilidad total o parcial del contenido de las facultades de ambos titulares).

Para poner remedio a semejantes conflictos, es indispensable establecer una relación de rango. Un derecho de exclusión puede, por su naturaleza, ser de índole tal, que forzosamente haya de suceder en rango a todos los demás asistentes o que puedan darse sobre una misma cosa, o bien ser de tal naturaleza, que sólo suceda en rango a determinada clase de derechos que afecten o puedan afectar a la referida cosa.

Conforme a estos antecedentes, cabe clasificar los derechos de exclusión según el siguiente cuadro:

- 1) Derechos de exclusión determinados *positivamente*,
 - a) que, por el rango que les corresponde, pueden colocarse con anterioridad o con posterioridad a ciertos otros;
 - b) que, por el rango que les corresponde, han de situarse con posterioridad a todos los demás que afecten a la misma cosa.
- 2) Derechos de exclusión determinados *negativamente*,
 - a) que, por el rango que les corresponde, pueden colocarse con anterioridad o con posterioridad a ciertos otros;
 - b) que, por el rango que les corresponde, han de situarse con posterioridad a todos los demás que afecten a la misma cosa.

¿En cuál de las anteriores categorías—nos preguntamos—cabrá clasificar el derecho de propiedad?

Según las exigencias sistemáticas de nuestro autor, el derecho de exclusión calificado como derecho de propiedad, sólo se comprende de manera que pueda afectar a una cosa determinada, juntamente con los llamados derechos limitados.

Por el contrario, no podrá admitirse en una misma cosa la

coincidencia de dos distintos derechos, de aquellos que por su naturaleza han de posponerse necesariamente a todos los demás. Estos sólo serán compatibles con aquellos otros derechos que tienen por característica el anteponerse o posponerse, según la clase del derecho con el que concurran en la misma cosa.

El derecho de propiedad, cuya característica consiste precisamente en que únicamente puede darse una vez en cada cosa, debe, evidentemente, clasificarse entre aquellos que necesariamente han de posponerse en rango a todos los demás que recaigan sobre la misma cosa; cabe, por tanto, dentro de las categorías 16 y 26 de la clasificación antes referida.

Ahora sólo nos resta preguntarnos si la propiedad es un derecho de exclusión determinado, en cuanto a su contenido, por enumeración de las facultades concedidas, o sea positivamente, o bien por vía de eliminación de aquellas facultades no reconocidas, siendo las demás lícitas (determinación negativa).

Hemos de tener muy presente que los llamados derechos de exclusión tienen por finalidad primordial la de conceder a su titular facultades sobre la cosa, conducentes a la satisfacción de las necesidades del mismo, pero que, por otra parte, es claro que el derecho excluyente no llega formalmente a agotarse sino en virtud de la exclusión de los demás.

Por eso se da el caso de que cuando un derecho de exclusión se antepone a otro de igual categoría, el titular del segundo no tiene ya ni la posibilidad de utilizar la cosa para la satisfacción de sus necesidades, por hallarse excluido por el derecho anterior en categoría (como acaece en el caso de dos usufructuarios de distinto rango).

Es, por otra parte, indudable que el modo de determinación negativo ofrece muchas mayores garantías para la eficacia práctica del derecho de exclusión que el método de definición por enumeración, por los motivos antes expuestos.

Cuando una legislación determina el contenido de cierta relación jurídica partiendo de un concepto de totalidad, procura que se hallen autorizadas todas aquellas relaciones por virtud de las cuales pueda la cosa hacerse útil para la satisfacción de necesidades, con excepción de aquellas que concretamente o de una manera general específica, bien porque sean de índole tal, que res-

pecto a ellas no quepa conceder la libre disposición, o bien porque deban considerarse como objeto de un derecho especial, coordinado al que precisamente es objeto de la definición.

Aquí nos viene a la memoria la definición dada al derecho de propiedad por el Código de las Partidas: «*Señorío es poder que ome ha en su cosa de hacer della e en ella lo que quisiere segund Dios e segund fuero*».

Nos muestra este ejemplo de definición un derecho de exclusión llamado «señorío», que comprende en sí todas aquellas relaciones para las que cualquier otro derecho concede facultad (poder que el hombre tiene en la cosa para hacer de ella y en ella lo que quisiere), sólo limitado por las necesarias salvedades impuestas por la moral y la equidad y por las disposiciones legales que hagan compatible este derecho de dominio o señorío sobre la cosa con el interés general, salvedades que el Código medieval sintetiza perfectamente en los términos «segund Dios e segund fuero».

Con esta definición muestra alguna analogía la que aparece en el artículo 344 del Código Napoleón: «*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por la Ley o por los reglamentos*».

Aquí vemos también una definición por exclusión: La propiedad es un derecho amplísimo de gozar y disponer de las cosas, caracterizado por los términos «*de la manera más absoluta*», pero con las necesarias salvedades basadas en motivos de índole ético-moral o de interés del procomún que las leyes y reglamentos sabrán imponer.

La anterior definición debió, sin duda, servir de pauta a los redactores del vigente Código civil español, toda vez que en el artículo 348 del mismo tan sólo aparece omitida la locución «*de la manera más absoluta*» (previniendo, con indudable acierto, el riesgo de interpretaciones poco prudentes en sentido individualista) y la referencia a los reglamentos, por estimarla, sin duda, innecesaria, agregándose, en cambio, la declaración, en el propio artículo, del derecho del propietario a reivindicar la cosa del tenedor y poseedor de la misma.

Las características de la definición siguen siendo las mismas (a pesar de la diferencia señalada) que las del artículo correspon-

diente del Código francés: La propiedad sigue siendo el derecho de gozar y disponer de una cosa, facultad de carácter amplísimo, reconocida *sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*.

De las anteriores definiciones, que a título de ejemplo recordamos, se infiere que un derecho de exclusión fijado negativamente, como lo es en todas aquéllas, no puede preceder en rango a ningún otro, pues aquellas limitaciones impuestas por la moral y la equidad o por las leyes y reglamentos, debido a razones de interés general, han de figurar en todo caso en rango preferente al derecho de propiedad, en virtud de su superior finalidad.

Además, hemos de acoger los siguientes razonamientos de Schmidt-Rimpler:

a) Que si el derecho negativamente determinado ha de coincidir en todo o parte de su contenido con los fijados en virtud de enumeración positiva, estos últimos carecerían de utilidad práctica en el caso de colocarse aquel derecho, negativamente determinado, en rango anterior, pues no servirían para satisfacer ninguna necesidad de su titular.

b) Que es de todo punto imposible eliminar de la clasificación los derechos negativamente determinados, por ser los únicos que permiten la atribución de la cosa a un titular, para el adecuado ejercicio del derecho de disposición sobre la misma.

c) Que cuando se dan en una misma cosa varios derechos de contenido positivamente determinado, ya sabemos que se corre el riesgo de que surjan relaciones jurídicas carentes de titular legítimamente facultado para ejercerlas, situación que a todo legislador interesa remediar, evitando asimismo, en lo posible, que pueda haber dos sujetos con facultad de ejercer un mismo derecho.

De aquí la aspiración de nuestro autor a dar la mayor permanencia posible al derecho de exclusión negativamente determinado.

Por cuanto queda expuesto, entiende Schmidt-Rimpler que procede hacer caso omiso de la categoría segunda de la anterior clasificación, o sea de aquellos derechos determinados negativamente que no habían de colocarse forzosamente en último rango con los demás que afecten o puedan afectar a la misma cosa.

No cree, por consiguiente, nuestro autor que pueda existir en la práctica una especie de «derecho de propiedad» fijado por enu-

meración positiva, pues tal derecho de exclusión, aunque por ministerio de la Ley hubieran de colocarse siempre en último rango, en concurrencia con los demás, y se le otorgasen cuantas prerrogativas son inherentes al verdadero derecho de dominio, no pasaría de ser una ficción de tal, entre otras razones, porque ofrecería el riesgo de que surgiese la consabida carencia de titular sobre relaciones jurídicas, imposibles de prever todas ellas aun con las enumeraciones más detalladas.

Así, pues, cabe definir *la propiedad como el derecho de exclusión sobre una cosa, determinado negativamente en cuanto a su contenido y que ha de situarse en rango posterior a todos los demás derechos que puedan suponerse sobre la misma cosa.*

Cabe, a su vez, reconocer *el derecho limitado como aquel derecho de exclusión determinado positivamente que ha de colocarse, en cuanto a su rango, con anterioridad a otros determinados: derechos que puedan suponerse sobre la misma cosa.*

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Doctor en Derecho.

(Se continuará.)

LA MEMORIA DE ESTE AÑO

- 1.^º *El Registro de actos de última voluntad como auxiliar del Registro inmobiliario.*
- 2.^º *Valor práctico de las certificaciones expedidas por la Dirección general.*
- 3.^º *Resultados de la reforma introducida por el artículo 360 del Reglamento Notarial, en el artículo 71 del Hipotecario.*

2

El Registro de actos de última voluntad, institución original del Derecho español, es obra del Cuerpo de Registradores de la Propiedad o de la Dirección general del ramo, y no cuenta con precedentes dignos de mención en el derecho procesal de las naciones más adelantadas (1), ni en la estructuración romana o germánica de las sucesiones hereditarias.

A mediados de 1881, don M. Fernández de la Vega, registrador de la Propiedad, escribió un artículo sobre «Registro de Testamentos», que fué publicado en el número 507 de «La Reforma Legislativa», apuntando como «mero aficionado a estos estudios» la idea de que se impusiera a los notarios la obligación de remitir índices de las disposiciones testamentarias a las Audiencias o a las Juntas directivas de los Colegios o «al Ministerio de Gracia y Justicia, en cuya Dirección general de los Registros debe radicar el que de-

(1) Como habíamos oido que en el Japón existía una organización análoga, aproveché la ocasión de hablar con un miembro de la Embajada de este país para preguntarle sobre el particular, recibiendo la seguridad de que no existía allí nada parecido al Registro de últimas voluntades.

fendemos, pues lo esencial es que los índices lleguen pronto y no muramos de empacho de formalismo».

La misma revista, a cuyo frente figuraban don Victorino Arias Lombana y don Rafael Escosura, oficiales de la Dirección de Registros, dió a conocer, con la autorización de este Centro, en 23 de Noviembre de 1884, un proyecto para establecer un Registro general de actos de última voluntad, y después de llamar la atención de sus suscriptores sobre el texto, anunció que publicaría las observaciones que «para el mejor planteamiento de esta importantísima institución» fueren remitidas. Animados por esta invitación, dedicaron al tema algunas cuartillas don Gumersindo López Pardo y don Manuel Redondo Reinoso en los números 681 y 684, y el que podemos llamar iniciador de la campaña, don Manuel F. de la Vega, que ya había vuelto sobre la materia en el número 646, expuso en el 726, correspondiente a 29 de Noviembre de 1885, algunas consideraciones, con referencia, sobre todo, a un trabajo que el notario don José Gonzalo de las Casas había publicado a principios del mismo año en la *Gaceta del Notariado Español*.

Pero si mucha es la importancia que el Cuerpo de Registradores de la Propiedad ha tenido en el establecimiento del Registro de actos de última voluntad, mayor es la influencia que la legislación hipotecaria ha ejercido en el pensamiento de cuantos han discutido su oportunidad e implantación. La Ley de 8 de Febrero de 1861 no había vacilado en negar a los títulos inscribibles que no hubieran sido inscritos en el Registro, efectos contra tercero, y al hacerlo así se había inspirado en los puros principios del sistema germánico, sin distinguir si la transmisión, constitución o modificación de los derechos tenía lugar por virtud de actos *intervivos* o *mortis causa*.

Recordemos el criterio de la comisión que redactó la primitiva Ley hipotecaria, consignado por el señor Gómez de la Serna. Para el distinguido comentarista, el artículo 2.^o de la misma no hace diferencia entre los títulos traslativos de dominio por actos entre vivos y los que provienen de sucesión, y aunque conoce y recoge en su obra las legislaciones que centran todo el sistema sobre las transmisiones intervivos, justifica las orientaciones de la nueva Ley hipotecaria en esta forma: «cuando la Ley proclamaba el principio absoluto de publicidad, no podía, sin gravísimas razo-

nes, exceptuar determinadas clases de adquisición, sin quebrantar su sistema, sin destruir lo mismo que edificaba; si lo hubiera hecho, sobre ser ilógica, habría retrocedido en lugar de adelantar en su camino. Nada hay por otra parte que aconseje que la publicidad no se requiera igualmente en todas las clases de adquisición: lo que en los títulos entre vivos se considera necesario, lo es también respecto a los que a la sucesión testada o intestada se refiere».

Y contra los que se oponían a la inscripción de los títulos *mortis causa*, fundados en que la muerte del *de cuius* y la calidad de heredero son cosas públicas y conocidas, resultando supérflua una nueva publicidad, alega que «ni esto es siempre exacto, ni es fácil saber cuáles son las fincas que tiene cada uno al morir, ni si éstas han sido dejadas con la universalidad de bienes al heredero, o si como legado o por otra causa han pasado a sucesores singulares». «Si no se sujetaran — concluye — a inscripción los títulos por causa de muerte, sería necesario que el adquirente o el prestamista tuvieran que buscar en multitud de antecedentes los medios de asegurarse, y vendría a resultar la inseguridad que ahora tienen, y que con el nuevo sistema ha tratado la Ley de evitar».

Fieles a los mismos principios, los Códigos alemán y suizo llevan al Registro directamente los testamentos y los certificados de herederos, y como si no temieran los fraudes y omisiones en la sucesión hereditaria, proveen con sencillez y energía a las necesidades del crédito y de la vida civil. En cambio, nuestros legisladores de 1869, atemorizados por la imposibilidad de probar legalmente que un testamento que se presenta como título para realizar una inscripción, no está destruido por otro anterior otorgado con cláusula derogatoria o por haberlo revocado el testador, así como por la idea de que el derecho de los parientes de un finado, declarados sus herederos abintestato, pueda desaparecer por presentarse otros parientes más inmediatos, fijaron un plazo de cinco años, durante los cuales la inscripción no habría de perjudicar a tercero, ni los bienes podían ser liberados. Tan sólo exceptuaban de esta prohibición a los herederos abintestato, siendo necesarios, que hubieren obtenido la declaración judicial de su derecho, y a los herederos ignorados, instituidos formalmente, en los casos en que, según la Ley de Enjuiciamiento civil entonces vigente, fuera necesaria la publicación de edictos haciendo-

los llamamientos oportunos. No satisfacían estas innovaciones las exigencias del crédito territorial, y no habían pasado ocho años desde su vigencia, cuando la Ley de 9 de Julio de 1877 limitó el precepto a los bienes adquiridos por herederos voluntarios, exceptuando «los casos de herencia testada o intestada, mejora o legado, cuando recaiga en herederos necesarios».

La inseguridad de la posición del adquirente de un inmueble o derecho real procedente de herencia o legado que hubieran recaído en herederos voluntarios, durante un quinquenio contado desde la inscripción, y la posibilidad de que se hallase un testamento o codicilo posterior al inscrito, fueron las razones que desde el primer momento se adelantaron para justificar la necesidad de un Registro de testamentos. En atención a vacilaciones tan repetidas en una de las bases fundamentales de la Ley, y con el deseo de conciliar el desarrollo del crédito territorial con el respeto debido a los derechos hereditarios, don Francisco Silvela creyó oportuno proponer a Su Majestad, después de haber oído el parecer de las Salas de gobierno de las Audiencias, el de las Juntas directivas de los Colegios notariales y el de la Junta de oficiales de la Dirección de los Registros, la firma del Real decreto de 14 de Noviembre de 1885, cuyo artículo primero ordenaba que desde 1.º de Enero de 1886 se llevara en este último Centro un Registro general de actos de última voluntad.

Conocidas de todos las disposiciones que regulan esta materia, recopiladas en 1896 por otro registrador de la Propiedad, don Jerónimo de la Escosura, e incluidas en la Colección oficial, cuya publicación reanudó en 1906 don Javier Gómez de la Serna, no hemos de reproducir sus principios cardinales, sino en cuanto sea necesario para la finalidad ahora perseguida.

Mucho más conocida es para nuestros lectores la modificación introducida por la Ley de 21 de Abril de 1909 en el artículo 23 de la Hipotecaria, rebajando a dos años los cinco que habían de transcurrir para que los terceros pudieran confiar en las inscripciones de herencia voluntaria.

II

El valor práctico de las certificaciones del Registro central dependerá, en primer término, de la idoneidad y perfeccionamiento

de la organización, así como de la exactitud y rapidez de su funcionamiento, y en segundo lugar, de la importancia que el ordenamiento jurídico conceda a tales documentos para decidir los problemas y rellenar las lagunas del derecho sucesorio.

Dejando este último extremo para el tercer apartado, vamos a examinar las exigencias peculiares de un Registro general de actos de última voluntad y la posibilidad de atenderlas en forma satisfactoria con los medios y mecanismos ideados y puestos en práctica en los cuarenta y cuatro años que aquél lleva de existencia.

Ante todo, el Registro no puede ser más que un índice no muy detallado de los actos testamentarios, personalísimos o mancomunados, y de los contratos que se refieran a futuras sucesiones sin caer dentro del prohibido pacto corvino. En lo relativo a testamentos notariales, puede esperarse que la Dirección general tenga conocimiento exacto y rápido de los otorgados en España, por la responsabilidad en que incurre y la diligencia con que actúa el notario autorizante. Pero quedan fuera de tal expectativa :

a) Los ológrafo, cuando el testador desea mantener el secreto (caso general) y no hace uso del derecho de consignar su otorgamiento en acta notarial para la toma de razón correspondiente.

b) Todos los que se incluyen bajo la rúbrica de testamentos *in articulo mortis*, y especialmente los que puedan ser otorgados sin necesidad de notario, porque los plazos concedidos para escribirlos y elevarlos a instrumento público, exceden con mucho al de quince días, en que no se pueden expedir certificaciones, aunque éste se cuente desde la muerte del otorgante.

c) Los otorgados en tiempo de epidemia, por las razones expuestas en el párrafo anterior, agravadas, en este supuesto, por la mayor dificultad en las comunicaciones y los inevitables entorpecimientos de las leyes sanitarias.

d) Los testamentos autorizados por los curas párrocos o los capellanes en los territorios de régimen foral y cuya noticia llega con gran retraso al Centro directivo.

e) Los otorgados en tiempo de guerra ante oficiales, capellanes, facultativos, comisarios y auditores, y con mucha mayor razón, los hechos de palabra en las circunstancias a que alude el artículo 720 del Código civil.

f) Los llamados testamentos marítimos otorgados ante conta-

dor, comandante, capitán u oficial y los que se hicieren en peligro de naufragio.

g) Todos los hechos en país extranjero, porque, si bien los autorizados por agentes consulares caen dentro de la reglamentación notarial, nunca llegan las notificaciones con la rapidez deseable.

h) Los testamentos especiales, privilegiados o sacramentales del derecho foral que no necesitan ser redactados en documento público, o que puedan ser hechos de palabra.

En los reseñados supuestos, el Registro central no contendrá, sobre todo dentro de las primeras semanas, meses o años siguientes al fallecimiento del *de cuius*, ninguna indicación que pueda advertir a los interesados en la sucesión.

Por otra parte, han de ser registrados los heredamientos, capitulaciones matrimoniales, donaciones *mortis causa* y, en general, los actos bilaterales que encierran pactos sucesorios permitidos: escrituras de adopción en que el adoptante haya instituido heredero al adoptado, mejoras con o sin entrega de bienes, pactos de mejorar o no mejorar... A poco, sin embargo, que nos deslicemos por esta pendiente, llegaremos a exigir que se tome razón de las donaciones *intervivos*, contra el espíritu de la institución y las necesidades de la vida práctica.

Todos los enumerados actos jurídicos pueden contener declaraciones, modificaciones, confirmaciones o derogaciones *mortis causa* y la materia gana en complejidad a medida que se repiten. No obstante, hay dos jalones que permiten una fácil orientación: el principio jurídico de que el testamento posterior perfecto revoca al anterior, si el testador no expresa en aquél su voluntad en contrario, y la circunstancia de que los documentos no revocables son bilaterales o plurilaterales. Ninguna de las dos máximas es absoluta, y puede existir un reconocimiento de hijo natural no revocable mediante testamento posterior, o una mejora con entrega de bienes que lo sea; pero, corrientemente, el problema se resuelve una vez conocida la fecha y particularidades de la autorización del último testamento. Porque si existen capitulaciones matrimoniales, testamentos mancomunados o cualquiera de los precedentes de una sucesión contractual permitida, ya reclamarán o harán valer sus respectivos derechos los interesados y no faltarán personas ente-

radas del contenido de los documentos formalizados e inscripciones hechas en los Registros públicos con motivo de la adopción, el matrimonio, reconocimiento, etc.... Realmente, los títulos que han recibido cierta publicidad, sobre todo los que han pasado por el Registro de la Propiedad, no necesitan la toma de razón en el de últimas voluntades, si éste ha de tener por primordial objeto la salvaguardia de los terceros adquirentes que contraten, fiados en la inscripción.

Por eso, el valor práctico de las certificaciones depende de la rapidez y exactitud con que suministren la fecha del último testamento. Y en este particular es precisamente donde se pone de relieve la imperfección del sistema, porque, además de los errores provocados por la existencia de uno cualquiera de los testamentos más arriba enumerados, hemos de contar con los retrasos, olvidos y omisiones en los envíos de Notario a Colegio y de Colegio a Dirección, con los extravíos de tarjetas, con las mal intercaladas, con las equivocaciones de apellidos originadas por la prosodia regional, la ortografía incorrecta, la formación caprichosa e ilegal... La estadística publicada en los anuarios de la Dirección general nos da, en los dos últimos años, bajo la rúbrica de incidencias, cifras altamente significativas.

	Certificaciones	Tarjetas no remitidas o erróneas
1927	63.773	1.695
1928	63.151	1.908
1929	66.981	1.803

Si tenemos en cuenta que el número de certificaciones negativas es, próximamente, dos tercios de las positivas, y que las rectificaciones llegan a 200 mensuales, hallaremos que el tanto por ciento de las inexactitudes patentizadas excede del 9 por 100. Acaso se arguya que tales equivocaciones se subsanan corrientemente, sin otro obstáculo que el del retraso en la expedición de certificado; pero esta respuesta no acredita las ventajas naturales del organismo, porque se advierte el error o la deficiencia gracias a las indicaciones o datos suministrados por los solicitantes, que pocas veces dejan de ser ciertos.

Añádase a todo ello la afirmación de que los juramentos, ratifi-

ficaciones y protocolizaciones de los testamentos nuncupativos quedan fuera de la examinada estadística, y se hallará un coeficiente de exactitud muy rebajado para las certificaciones del Registro central.

No es de esperar, por otra parte, que mejore su organización y rendimiento. A ello se opone la penuria del presupuesto, que sólo puede ser atenuada con el producto de los sellos de urgencia, y la anomalía de haberse ideado el Registro como un monstruoso organismo que asimila y no excreta: las tarjetas entran en los ficheros y no salen más que por el deficiente y caro procedimiento de la refundición.

En resumen: la fecha de los testamentos recientes o que han de elevarse a escritura pública no se obtiene por el Registro central de actos de última voluntad. El valor de éste, en cambio, es indiscutible cuando se trata de un testamento notarial antiguo y otorgado fuera del domicilio del finado, si bien con la doble restricción impuesta por la fecha de 1 de Enero de 1886 y por la posibilidad de que los cambios en el estado familiar del finado hayan originado la nulidad de la institución de heredero.

III

La exposición de motivos del Real decreto de 14 de Noviembre de 1885 declara que con la creación del Registro de actos de última voluntad no se intenta introducir modificación alguna en el Derecho civil, ni dar a conocer la voluntad de los testadores, ni añadir solemnidades a las exigidas para la validez de los instrumentos, ni alterar el precepio contenido en el artículo 23 de la ley Hipotecaria. Las ventajas que esperaba obtener de su planteamiento eran las siguientes: facilitar a los interesados en una herencia noticia de los actos registrables, evitar la inscripción de bienes en virtud de títulos que no debieran tener eficacia jurídica por la misma voluntad del testador, disminuir las probabilidades de que se hiciera declaración de herederos abintestato habiéndolos por testamento y, por último, proporcionar al público mayores medios de averiguar si las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad estarían o no expuestas a ser anuladas en el plazo de cinco años.

Con tal objeto, el artículo 10 del mismo Real decreto ordenaba a los Registradores de la Propiedad que hicieran constar brevemente en la inscripción de los bienes adquiridos por herencia testada o intestada el contenido del certificado de la Dirección, y la suspendieran por defecto subsanable si éste no se insertara en la escritura o en el acto de declaración o aprobación judicial. Este precepto, si bien se ajustaba a los cánones hipotecarios, en cuanto dejaba fuera de la calificación del Registrador el contenido de documentos no presentados, introducía, por otra parte, en el Registro datos meramente informativos, que, lejos de gozar los privilegios de la fe pública, la comprometían, llevando a conocimiento de los terceros adquirentes noticias que éstos no habían de aprovechar, y que servirían, a veces, para comprometerlos.

Esta concepción encierra una *contradictio in terminis* que, an dando el tiempo, había de ponerse de relieve. Por de pronto, la Resolución de la Dirección general de los Registros de 26 de Marzo de 1889 declaró que el Registrador de la Propiedad debe calificar los documentos por lo que de ellos resultare, y si el presentado para su inscripción fuere un testamento, al estudio de sus formalidades internas y externas debe concretarse la calificación, sin que le sea lícito exigir la exhibición de todos los testamentos otorgados por el causante para juzgar cuál es el válido, pues ésa es atribución privativa de los Tribunales, y a los interesados en un testamento válido es a quien incumbe deducir su derecho ante Juez competente, si se tratare de hacer prevalecer otra última voluntad otorgada por la misma persona.

En efecto, dos de los principios fundamentales en que descansa el Registro de la Propiedad, o sea el principio de legalidad y el de voluntariedad o rogación, parecen incompatibles con toda teoría que intente dar un valor decisivo a las certificaciones del Registro Central de actos de última voluntad.

Según el primero, los títulos inscribibles han de hallarse extendidos con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, emanar de la autoridad o funcionario competente y autenticar la transmisión, constitución, modificación o cancelación inscribibles. Tratándose de sucesiones hereditarias, la titulación recibe toda su fuerza del testamento o del decreto judicial y a veces de una combinación de ambos factores. Si quisiésemos conceder a los Re-

gistradores de la Propiedad competencia para calificar el íntimo engranaje de ambos procedimientos con las únicas noticias del certificado del Registro de actos de última voluntad le impondríamos una tarea gravosa y comprometeríamos la seriedad de su juicio. Pueden existir múltiples razones para que una sucesión se defiera abintestato, a pesar de existir un certificado positivo del Registro Central, ya por tratarse de un testamento nulo o que haya perdido su validez, ya por no contener institución de heredero en todo o en parte o no disponer el otorgante de toda la masa hereditaria, ya por faltar la condición que suspenda la institución de heredero o cumplirse la resolutoria, ya por darse los casos de premociencia, repudiación, indignidad, incapacidad o desheredación. De modo análogo, y por las deficiencias que en el segundo apartado hemos señalado, pueden formalizarse testamentarías con certificaciones negativas. Y aun en el supuesto de haber varios testamentos, la fuerza derogatoria del posterior sobre el anterior puede quedar desvirtuada porque aquél no haya sido extendido con las solemnidades legales, o porque en él haya manifestado el testador su voluntad de que valga el primero, o porque se haya revocado el penúltimo para confirmar otro anterior, o porque el testamento cerrado aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen, o porque se encontrasen en poder de otra persona y se entendiese que el vicio no procede de ella. También el testamento anterior recibe por derecho común y foral cierta energía si contiene el reconocimiento de un hijo ilegítimo, o es mancomunado, o encierra cláusula derogatoria o *ad cautelam*, en el supuesto de que todavía conserven hoy su vigor. Y, en fin, la influencia de los pactos sucesorios más arriba enumerados, sobre los testamentos posteriores, depende de la autorización legal y de la respectiva modalidad.

Robustécense tales argumentos con la orientación que impone el principio de voluntariedad. Si la entrada de los títulos en el Registro de la Propiedad es voluntaria, y el Registrador ha de referirse siempre a los asientos practicados o a los documentos presentados, ¿cómo podemos obligar a que se aporten títulos o testamentos cuya inscripción a nadie interesa? ¿O hemos de constituirnos en defensores de cuantos derechos y acciones puedan vi-

vir al margen o fuera de Registro, con el riesgo propio de quien se mete a gestionar negocios ajenos?

Aunque no con estos términos, ni precisamente sobre estos conceptos, los comentaristas de la ley Hipotecaria coincidieron con el Centro directivo en limitar el valor de las certificaciones y el alcance de la calificación, y el Real decreto de 19 de Febrero de 1891 se hizo eco del común sentir, añadiendo al citado precepto del Real decreto de 14 de Noviembre de 1885, que regula las obligaciones de los Registradores, el adverbio *sólo* en la frase «la suspenderán por defecto subsanable sólo en el caso», y un nuevo párrafo del tenor siguiente: «Presentada la certificación, podrán verificar el asiento solicitado, cualquiera que sea el contenido de aquélla.» Con este aditamento pasó el artículo primitivo a formar el artículo 13 del Real decreto de 27 de Septiembre de 1899 y, últimamente, el artículo 360 del Registro Notarial, si bien éste suprime el adverbio *sólo*.

* * *

Frente a esta concepción del Registro y de sus relaciones con el sistema hipotecario cabe razonar, apoyándose en el principio de publicidad y en el de legalidad, del modo siguiente:

La falta de paralelismo que entre el Registro y la realidad jurídica provoca el fallecimiento de una persona se corrige por la inscripción del título auténtico que acredite la sucesión hereditaria. Cuando el Juez declara quiénes son los herederos o decreta, en uno de los procedimientos universales de testamentaría, ab intestato o adjudicación de bienes, así como cuando falla en un juicio declarativo, decidiendo entre opuestas pretensiones, la calificación hipotecaria se halla limitada por la fuerza de una disposición emanada de autoridad competente y por el respeto a la cosa juzgada.

Pero ¿qué garantías presenta la declaración de los propios llamados en un testamento que ha perdido su fuerza por el otorgamiento de otro posterior? Todos los casos más arriba examinados engendran situaciones de dudosa legitimidad. ¿Cómo hemos de conceder a los particulares la potestad de resolver por sí solos asuntos en que se hallan interesadas otras personas, distintas entidades públicas o el mismo Estado?

Las consecuencias del principio de rogación, así como las exi-

gencias del principio de prioridad, que son aplicables a los títulos relativos a negocios intervivos, chocan violentamente contra el ordenamiento jurídico de las sucesiones *mortis causa*, porque en esta última hipótesis la adquisición de los bienes no tiene lugar por la inscripción en el Registro, sino fuera de él, y por ministerio de la Ley. De suerte, que, mientras el comprador de una finca que ha pedido la inscripción de su título no se preocupa al tener noticia de que antes de la presentación había sido ya vendida la finca a otra persona, el heredero, que ha conseguido la inscripción del testamento en que funda su derecho, se siente desposeído y queda en situación insostenible en cuanto tiene noticia de la existencia de una disposición *mortis causa* que anula el llamamiento registrado.

Por lo que toca a los herederos voluntarios, mientras pueda ejercitarse la *petitio hereditaris*, son, en cierto modo, herederos aparentes, y la técnica civil ha intentado conciliar su vacilante posición jurídica con la firmeza del crédito y las necesidades del tráfico por medio de ficciones y presunciones que responden a las necesidades de la vida social.

Como suprema garantía de la legitimidad de los llamamientos hereditarios y de la transmisión *mortis causa*, algunas legislaciones, y también la nuestra en pasados tiempos, atribuyen a los Tribunales de sucesión el examen de la prueba presentada por los particulares, el empleo de los medios necesarios para acreditar los hechos, la publicación de los edictos que han de llevar las pretensiones formuladas a conocimiento de cuantos tengan interés y hasta la adopción de medidas y precauciones extraordinarias.

En atención al cúmulo de asuntos atribuidos a nuestros Tribunales y aleccionado por la ineficacia de la intervención judicial en la mayoría de los negocios de jurisdicción voluntaria, es natural que el legislador español no haya impuesto de un modo general la declaración de herederos, lo mismo a los testamentarios que a los abintestato, evitando un despido desproporcionado con la inmensa mayoría de los capitales rélicios. Pero, como prevención mínima, el artículo 71 del Reglamento hipotecario había establecido que se considerase defecto que impide la inscripción el resultar contradictorios los certificados de óbito y Registro de últimas voluntades con el título presentado.

¿Respondía esta exigencia a los dictados de la novísima técnica?

Nada menos que una Sección dedica el Código civil alemán a desenvolver un mecanismo adecuado a las exigencias de la vida moderna y a proveer al heredero de un justificante que acabe con las dudas y vacilaciones de los terceros que traten con aquél. El testimonio hereditario o certificado de heredero (*Erbschein*) es un documento autorizado por el Tribunal de la sucesión que acredita de un modo oficial la calidad del heredero total o parcial, las facultades que le corresponden y las limitaciones que se le han impuesto.

Para ello, el que solicite la expedición del certificado ha de indicar y probar la fecha del óbito, la base legal o voluntaria de su derecho, los nombres de las personas que pudieran excluirle de la herencia o reducir su cuota, así como las circunstancias de la eliminación si procediera, las disposiciones de última voluntad formalizadas por el *de cuius* y los pleitos pendientes. El Tribunal, en vista de la documentación presentada o del juramento prestado y de las pruebas que para mejor proveer haya dispuesto, publica edictos, oye a los contradictores del solicitante y a las personas llamadas en defecto de éste, y entrega el certificado de heredero.

La persona en él designada se reputa verdadero titular de los derechos hereditarios, y los terceros de buena fe que con la misma contraten adquieran las cosas pertenecientes al caudal relicto y son liberados por los pagos hechos, como si la realidad jurídica correspondiese al testimonio entregado. Es la misma técnica del sistema inmobiliario, que sacrifica al desconocido heredero real en aras de la buena fe y de la circulación de las riquezas. Es la teoría del heredero aparente, puesta en consonancia con los privilegios de la civilización. Se adoptan medidas prudentes y se exigen requisitos minuciosos, antes de inclinar la balanza; pero, una vez declarado el derecho, se ampara a los que han confiado en las apariencias jurídicas.

Aunque el Código de Napoleón no contiene disposición expresa sobre el particular, la teoría de los actos del heredero aparente se ha desenvuelto en Francia, durante el último siglo, sobre las declaraciones de una jurisprudencia enérgicamente orientada y los avances doctrinales, un poco divergentes, de notables juriscon-

sultos. Sostienen los unos que el heredero real no puede desconocer la legitimidad de los actos otorgados por el heredero aparente a favor de terceros de buena fe, mientras otros limitan este precepto al caso en que el heredero aparente sea un pariente menor próximo que el verdadero, y que a la negligencia de éste sea debida la equivocación. No faltan quienes exijan la buena fe del poseedor de la herencia, quienes distingan los herederos legítimos de los testamentarios y quienes vean en las precauciones tomadas para atestiguar la veracidad de las declaraciones y en el interés de la libre circulación de los bienes los polos sobre que ha de girar la legislación. Pero puede asegurarse que la jurisprudencia ha convalidado las ventas de inmuebles, la constitución de hipotecas, las sentencias obtenidas por los terceros contra el heredero aparente, las expropiaciones forzosas, las enajenaciones de muebles, los actos de administración...

Las orientaciones de esta teoría han sido recogidas en el artículo 933 del Código civil italiano, que después de preceptuar que los efectos de la aceptación de la herencia se retrotraen al día en que se ha abierto la sucesión, añade: «Quedan, sin embargo, a salvo los derechos adquiridos por los terceros a consecuencia de contratos a título oneroso celebrados de buena fe con el heredero aparente. Si éste ha enajenado de buena fe una cosa de la herencia, se halla únicamente obligado a restituir el precio recibido o a ceder su acción contra el comprador que no lo hubiese pagado todavía.»

El heredero aparente es el que tiene las circunstancias de tal, la persona que actúa franca y públicamente como titular de los bienes relictos, y es considerada por todos como sucesor hereditario.

Buceando en nuestro Código podríamos encontrar en los artículos 194, 446 y siguientes, 464, 1.164, etc., base suficiente para elevar una construcción análoga a la que estamos estudiando; pero, en realidad, la teoría del heredero aparente encuentra su campo de aplicación y su más firme sostén en el párrafo segundo del artículo 23 de la ley Hipotecaria. Las inscripciones hereditarias de fincas y derechos reales, una vez transcurridos dos años desde su fecha, quedan bajo el amparo de la fe pública, aunque el heredero o legatario lo sean en apariencia y no en realidad. Y si están extendidas a favor de herederos forzados, amparan inmedia-

tamente al tercero que haya contratado con el titular, fiado en la veracidad de su contenido.

Por eso la calificación del Registrador, en el momento de provocar efectos tan trascendentales, debe hallarse revestida del maximum de garantías. Si el Juez ha intervenido y declarado el derecho de los herederos o legatarios, cumple con sujetarse a sus pronunciamientos; pero si son los particulares quienes deciden sobre la legitimación sucesoria, ha de juzgar su actuación, comprobar sus alegaciones y proteger los intereses de los terceros que no hayan sido parte en los instrumentos públicos presentados. En caso de duda, bien por la ambigüedad de los llamamientos, por la obscuridad de las cláusulas, por la concurrencia de la sucesión testada o abintestato, o por cualquier otra clase de motivos que puedan originar la posposición del heredero real ante las pretensiones del aparente, debería remitir el asunto al Tribunal competente, antes que verse obligado a llevar la simulación, la confusión o el engaño a los libros hipotecarios.

La simple mención en ellos del contenido del certificado de actos de última voluntad, lejos de favorecer al tercer adquirente, que no tiene a mano los testamentos en la inscripción citados, ni puede hacerse cargo de la influencia que han de ejercer sobre la transmisión hereditaria, le coloca en la situación de una persona conocedora de todos los precedentes de un acto jurídico y que puede ser tachada de negligente, o incluso de maliciosa, cuando, en realidad, ignoraba, en el momento de contratar, las razones que han movido a los interesados en una partición, a preferir un testamento, a solicitar la declaración de herederos *abintestato*, a alterar la prelación jurídica de las disposiciones o a no dar importancia al orden cronológico de los actos enumerados en las tarjetas del Registro central.

Todo el que acude al Registro fía más en la legalidad del procedimiento hipotecario y en la técnica y pericia del Registrador que en sus propios conocimientos. Pedirle que descubra lo que éste no puede poner de relieve, y tolerar que se consigne en la inscripción lo que no queda cubierto por la fe pública, es confundir las instituciones y tender lazos a la buena fe.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. NO PUEDE DENEGARSE LA PEDIDA SOBRE INMUEBLE CUYO DOMINIO SE HALLA PENDIENTE DE LA CIRCUNSTANCIA DE HABER MUERTO EL TITULAR CON HIJOS QUE LLEGUEN A LA EDAD DE TESTAR. DEBERÁ JUSTIFICARSE AL REGISTRADOR LA PERSONALIDAD DEL QUE RECURRE EN NOMBRE DE OTRO. LOS JUECES Y TRIBUNALES NO PUEDEN APREMIAR AL REGISTRADOR PARA QUE INSCRIBA O ANOTE EN OTRA FORMA QUE POR MEDIO DE LOS RECURSOS LEGALES.

Resolución de 7 de Octubre de 1929. (Gaceta de 10 de Noviembre de 1929.)

En reclamación de cantidad procedente de hipoteca no inscrita se siguió, en el Juzgado de la Audiencia, de Barcelona, juicio ejecutivo contra los ignorados herederos o herencia yacente de don Manuel Farguell, decretándose la anotación preventiva del embargo trabado sobre una finca, anotación que, en forma legal, se solicitó del Registrador de la Propiedad de Puigcerdá, el que la denegó por no cumplirse los requisitos del artículo 141 del Reglamento hipotecario y porque el dominio que sobre el inmueble tenía inscrito D. Manuel Farguell se hallaba afecto a condición resolutoria de sustitución, que pende de circunstancia a determinar en el momento de su muerte.

Comunicada a dicho funcionario una providencia del Juzgado en la que se hace constar el fallecimiento de dicho D. Manuel,

y haberse entablado cuestión de competencia por la representación de un hijo y heredero de aquél, fué denegada de nuevo la anotación por la forma vaga en que se trataba de justificar el fallecimiento.

Interesado de nuevo del Registrador de Puigcerdá que, sin excusa ni dilación alguna, practicase la anotación de embargo decretada, puso aquél la nota que sigue: «Denegada la anotación preventiva que se ordena en este mandamiento y otros anteriores, archivados en esta oficina, porque, como ya se consignó al calificar los segundos, el dominio que sobre el inmueble embargado tiene inscrito D. Manuel Farguell y Magarola se halla afecto a condición resolutoria de sustitución, que pende de circunstancias a determinar en el momento de su muerte, y acaecida ésta, se impone acreditar, en forma, que se consumó la adquisición a su favor antes de anotar el embargo, el cual será improcedente si la adquisición se ha resuelto. Tal defecto impide también tomar anotación de suspensión. Se ruega al Juzgado omita todo apremio que pueda mermar la libre calificación del Registrador, ya que, no sólo, según reiterada jurisprudencia, carece de facultades conminatorias, sino que, además, el artículo 140 del vigente Reglamento para la aplicación de la ley Hipotecaria impone al infrasignado la obligación de acudir en queja cuando se le coarta su derecho a calificar.»

Don Jaime Cortés, Procurador del ejecutante, interpuso recurso, que el Registrador informó procedía desestimar por no acreditársele en forma auténtica la representación que se atribuía el primero, excepción que no admitió el Presidente de la Audiencia, no obstante reconocer que, por olvido, no se había enviado a dicho funcionario el poder, y revocó la nota denegatoria, confirmando la Dirección general el auto apelado y lo demás acordado, con los fundamentos legales que siguen:

Si bien el Registrador puede alegar la falta de personalidad del recurrente, sin entrar en el fondo del asunto, como lo establece el artículo 126 del Reglamento hipotecario, y, a tales efectos, es necesario remitirle los documentos que justifiquen la representación del que, en nombre ajeno, interponga el recurso gubernativo, es lo cierto que en este expediente aparece comprobado que D. Jaime Cortés Carreros se halla autorizado, al indicado efecto, por

don Juan Abel Sanz, según lo demuestra la escritura autorizada en 2 de Marzo de 1923 por el Notario D. Melchor Canal y Soler, por lo que, en obvición de mayores gastos, y en atención al carácter auténtico de la prueba, procede entrar en el examen del punto discutido, como si el Presidente de la Audiencia se hubiese ajustado a los preceptos legales.

Uno de los puntos más delicados de la técnica hipotecaria es el relativo a la demostración del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, porque, no sólo es necesario para tal prueba atender a hechos y circunstancias que se desenvuelvan fuera del Registro, sino que, aun cuando se halle determinado el plazo dentro de que se ha de realizar o no el hecho condicionante, ha de dejarse un período suficiente para acreditar en forma la deficiencia o existencia de la condición.

Como consecuencia de la distinción implícita en el razonamiento anterior entre la condición cumplida y la justificación de su cumplimiento en el Registro, ha de aceptarse la posibilidad de realizar inscripciones relativas a la enajenación o gravamen de un derecho como sujeto a condición, aunque en realidad la perfección de la relación jurídica no dependa ya de un hecho futuro e incierto, sino más bien de un hecho pasado, y cuya existencia se ignora oficialmente, y así se extienden todos los días asientos hipotecarios, con referencia a fincas vendidas con pacto de retro, sin exigir que se demuestre haberse o no retrovendido dentro del plazo fijado.

Si la propiedad del inmueble embargado a los herederos de don Manuel Farguell se halla pendiente de la circunstancia de haber muerto el mismo con hijos que lleguen a la edad de testar, las acciones contra aquél dirigidas pueden asegurarse con anotación preventiva, sujeta a la misma condición, y, si no consta auténticamente en el Registro, además del fallecimiento, el cumplimiento o incumplimiento de la condición, el Registrador habrá de calificar un caso análogo al de mandamiento de embargo de una finca adquirida con pacto de retroventa presentado al día siguiente de vencer el plazo para retrovenderla, toda vez que el comprador en esta hipótesis y el fallecido en la que se discute aparecen inscritos como propietarios sujetos a condición resolutoria.

Como en el Registro de la Propiedad de Puigcerdá continúa

la finca en cuestión inscrita a favor de D. Manuel Fraguell de Magarola, y el procedimiento que ha motivado el mandamiento de embargo va dirigido contra los herederos y representantes de la personalidad del mismo, no puede denegarse la anotación preventiva correspondiente, por la simple particularidad de hallarse el dominio sujeto a una condición resolutoria, porque la declaración auténtica del Registro protege los derechos de todos los interesados y se sobrepone a los asientos que con posterioridad se practiquen, dejando a salvo la posibilidad de que la adquisición condicional se transforme en definitiva a favor del causante o de sus herederos, de igual modo que la hipótesis contraria de revocación del dominio por incumplimiento de la condición establecida.

Desde la Orden de 24 de Noviembre de 1874, dictada para resolver en términos claros y precisos, con arreglo a la letra y espiritu de la ley Hipotecaria, la competencia de los Registradores en la calificación de los documentos judiciales, se ha puesto de relieve la alta misión que a dichos funcionarios encomienda la ley Hipotecaria, y en el artículo 1.^o del Real decreto de 3 de Enero de 1876 es ha establecido que los Jueces y Tribunales no pueden compelir en otra forma que por medio de los recursos señalados en la citada ley a los Registradores para que inscriban, anoten o cancelen en virtud de documentos judiciales, debiendo los Registradores acudir en queja al Presidente de la Audiencia respectiva cuando fueren apremiados por los Jueces o Tribunales que conocieren de algún negocio civil o criminal.

Lejos de haberse derogado el contenido de tales disposiciones, recogidas en el Reglamento de 1915, la doctrina de este Centro ha venido precisando el alcance de las funciones hipotecarias como procedimientos especiales asimilables a los de jurisdicción voluntaria, y el concepto del Registrador como Delegado del Poder administrativo, ya que no Juez territorial, en el específico sentido de la frase, a quien la ley encomienda la tutela de los derechos reales inscritos, sin que esta tendencia doctrinal implique elevación de ciertos funcionarios públicos, en desprecio de otros, sino acatamiento y obediencia al ordenamiento jurídico, que se halla por encima de todos.

HONORARIOS DE REGISTRO. APLICACIÓN DE LA REGLA QUINTA DEL ARANCEL PARA LOS QUE DEBEN PERCIBIRSE EN LA INSCRIPCIÓN DE UNA ESCRITURA POR LA QUE SE GRAVA UNA MANZANA DE CASAS, CON LIMITACIÓN DE EDIFICAR EN DETERMINADO ESPACIO.

Resolución de 7 de Noviembre de 1929. (Gaceta de 11 de Noviembre de 1929.)

En el Registro de la Propiedad de Bilbao se presentó escritura, de 15 de Noviembre de 1924, en la que se establecía, a favor del Ayuntamiento de Bilbao, sobre la manzana 23 del Ensanche de aquella ciudad, un gravamen real, en virtud del que deberá mantenerse en la referida finca un espacio libre de edificación igual en su superficie, por lo menos, al total del patio reglamentario establecido en aquella fecha en el plano general del Ensanche y el menor que posteriormente puedan exigir las disposiciones de carácter general.

No expresándose el valor del derecho, se exigió al presentante la nota prevenida en la regla 12, y no habiéndola aquél presentando, cual se acredita, aplicó el Registrador, para el devengo de honorarios, la cantidad por que la finca garantizaba un crédito hipotecario, a falta de otros medios.

Remitida instancia de impugnación al Centro directivo, y emitido por el Presidente de la Audiencia informe favorable, la Dirección general reforma la cuenta jurada y aplica la regla quinta del Arancel, estimando el valor del derecho inscrito en un 25 por 100 del fijado por el Registrador, por lo siguiente:

Por constar en el expediente formado con motivo de esta impugnación que los interesados en la inscripción solicitada no han facilitado la nota simple, determinando el valor del derecho inscrito, con arreglo a la regla 12 de las unidas al Arancel de los honorarios de los Registradores, se hallaba el de Bilbao autorizado para aplicar el mayor valor declarado o comprobado que resultare de las inscripciones precedentes, o determinarle mediante la capitalización al 4 por 100 del líquido imponible asignado a las fincas urbanas en el mismo término municipal.

La inscripción origen de este expediente no tiene por objeto acreditar la transferencia del solar existente en la manzana 23 del Ensanche de la citada población, ni se refiere, por lo tanto, a su total valor, sino que acredita la constitución de una limitación o gravamen, equiparable a la servidumbre de no construir en determinada extensión, y, en su virtud, los honorarios no pueden computarse por el precio que pudiera tener la superficie en cuestión si fuera vendida libremente, sino por el valor de la servidumbre constituida.

La regla séptima del citado Arancel es inaplicable al presente caso, por no existir predio dominante, y la limitación en el goce o aprovechamiento de parte del solar puede, para los fines de esta impugnación, y atendida su importancia económica, equipararse a la separación de los derechos de usufructo, uso y habitación, en cuanto la diferencia entre estos derechos temporales y el gravamen perpetuo constituido se halla compensada por las utilidades y ventajas que el propietario pueda obtener de la superficie gravada.

EXPEDIENTE DE INFORMACIÓN POSESORIA. LOS TESTIGOS HAN DE DECLARAR SOBRE EL HECHO DE POSEER EL QUE LA INSTA. LA OPOSICIÓN HA DE SER DESESTIMADA O RESUELTA EN EL AUTO APROBATORIO.

Resolución de 11 de Octubre de 1929. (Gaceta de 11 de Noviembre de 1929.)

El Juzgado municipal de Ribatejada acordó practicar la información de posesión solicitada por D.º Benita García Peña, compareciendo un hijo de la solicitante a manifestar que era él, y no su madre, el dueño de las fincas cuya posesión pretendía aquél la obtener, practicándose, no obstante, información, en la que los testigos declaran de modo ambiguo, en forma que no resulta acreditada la posesión; el Fiscal municipal informa favorablemente, y se dicta auto de aprobación, mandando inscribir la posesión.

El Registrador de la Propiedad de Alcalá de Henares no ad-

mitió la inscripción del testimonio «porque las declaraciones de los testigos no acreditan que D.^a Benita García posea las fincas desde el tiempo y por los conceptos que expresa, no siendo posible, por tanto, consignarlo en la inscripción, como se precisa; existiendo, por otra parte, la manifestación de un hijo de dicha señora, que comparece en el expediente, de que no es cierto que su madre posea estas fincas, extremos todos que se pasan por alto en el dictamen fiscal y auto de aprobación del expediente. El hecho de no acreditarse tampoco el pago de la contribución a título de dueño hubiera sido sólo motivo de suspensión, con arreglo al artículo 494 del Reglamento.

En el recurso gubernativo el Presidente de la Audiencia declaró que debía denegar y denegaba la inscripción del expediente por no haberse acreditado la posesión a nombre propio, que expresó y que preceptúa el artículo 393 de la ley Hipotecaria, como se advierte de las declaraciones prestadas; que no era motivo de denegación el haberse omitido en ella el tiempo que venía poseyéndolas; que debía confirmar y confirmaba el extremo segundo de la nota de calificación en cuanto hace referencia, no al procedimiento, sino al fondo, y que confirmaba asimismo el extremo de la calificación relativo a no acreditarse en forma el pago de la contribución a título de dueño.

Confirmó la Dirección general el auto apelado, considerando que, a tenor del último párrafo de la regla cuarta del citado artículo 393, los testigos en las informaciones de posesión han de contraer sus declaraciones al hecho de poseer los bienes, o el derecho real, en nombre propio, el que promueva el expediente, es decir, han de manifestar con claridad que el mismo posee como verdadero titular o realiza actos correspondientes a la exteriorización de su derecho, y en la información posesoria objeto de este recurso se expresan los testigos con tales ambigüedades y reticencias que no es posible venir en conocimiento de si D.^a Benita García Peña poseía por sí o por otro las fincas de cuya inscripción se trata.

Después de la reforma de la ley Hipotecaria, introducida por la ley de 21 de Abril de 1909, no es necesario que los testigos declaren sobre el tiempo que haya durado la posesión, aunque en el escrito inicial del expediente ha de expresarse el tiempo que se

lleva de posesión, determinando, a ser posible, el día de su comienzo.

La indicada circunstancia de no expresarse los testigos con la claridad exigida se agrava con el hecho de haber comparecido en el expediente un hijo de la interesada que lo promovió, a manifestar que venía labrando las fincas, sin arrendamiento alguno, desde hacía más de diez años, y que presentaba, para demostrarlo, varios recibos de la contribución satisfecha por los herederos de la persona a quien pertenecía, cuestión que tampoco aparece resuelta por el auto judicial de aprobación, que no desestima la oposición hecha, y ni siquiera alude a la comparecencia del referido hijo, D. Fulgencio de Blas García.

En cuanto al último extremo de la nota calificadora, el expediente posesorio en cuestión, según expresa la recurrente en el escrito de interposición, se refiere a varias fincas en que aquélla paga de hecho la contribución, sin que los justificantes estén extendidos a su nombre, y a otras que están amillaradas y catastradas a nombre de la misma, que paga los recibos correspondientes, por lo que ha de entenderse el auto apelado en el sentido que sólo estima la existencia del defecto subsanable a que alude el artículo 494 del Reglamento hipotecario, respecto de los inmuebles que figuren en el Catastro a nombre de persona distinta de D.^a Benita García Peña, reservando a la misma el derecho de reclamar al Registrador de la Propiedad, como liquidador del impuesto de Derechos reales, los certificados referidos del Catastro de rústica y urbana que dice obran en dicha oficina en el expediente de comprobación de valores, para su oportuna presentación en el Registro de la Propiedad, con los adecuados efectos.

PARTICIÓN DE HERENCIA. NO ES ADMISIBLE, A LOS EFECTOS DE SU INSCRIPCIÓN, LA FORMA DE ACTA EN LA QUE EL NOTARIO FORMALIZA LAS OPERACIONES PARTICIONALES POR COMPARTECENCIA DEL CONTADOR-PARTIDOR, PORQUE, TRATÁNDOSE DE RELACIONES JURÍDICAS CREADAS MEDIANTE DECLARACIONES DE VOLUNTAD, SÓLO PUEDEN SER AUTENTICADAS EN ESCRITURA PÚBLICA, BIEN POR INCORPORACIÓN AL PROTOCOLO, EN ACTA, DEL CUADERNO QUE AL EFECTO SE PRESENTE, BIEN POR INSTRUMENTO REDACTADO POR EL MISMO NOTARIO.

Resolución de 18 de Octubre de 1929. (Gaceta de 14 de Noviembre de 1929.)

En el recurso interpuesto por el Notario de Castellón D. José Mendoza Ortega contra nota calificadora del Registrador de la Propiedad del partido, la Dirección general, considerando que los problemas discutidos, por su planteamiento, desarrollo y decisión son iguales a los resueltos por dicho Centro en 2 de Julio último (número 59 de esta REVISTA), y que la particularidad de tratarse ahora de una partición complementaria de la hecha por el testador no obsta para la reproducción de los pronunciamientos contenidos en dicha Resolución, confirma el auto apelado, en cuanto para la redacción de las operaciones particionales discutidas debió haberse empleado la forma de escritura pública.

LA VENTA HECHA POR UN ADJUDICATARIO DE FINCA QUE ADQUIRIÓ POR TENER SATISFECHO A LA HACIENDA SU IMPORTE NO SE OPONE, NI PUEDE BASARSE EN ELLA LA DENEGACIÓN DE OTRA POR LA QUE EL REPRESENTANTE DE DICHA HACIENDA OTORGA ESCRITURA DE VENTA A FAVOR DEL MISMO VENDEDOR.

Resolución de 25 de Octubre de 1929. (Gaceta de 15 de Noviembre de 1929.)

El Notario de Melilla D. Juan Castelló Requena autorizó, el 19 de Septiembre de 1928, una primera escritura por la que don Antonio Pérez Jiménez vendía a D. Salvador Becerra Ríos una finca compuesta de casa y solar, de los que el importe del último lo tenía satisfecho el Sr. Pérez, según carta de pago expedida por el Depositario de Hacienda, quedando pendiente el otorgamiento de la escritura de transmisión, por estar ausente el Vocal-Delegado de dicha entidad; y otra escritura de 4 de Octubre, del mismo año, en la que comparecieron los citados D. Antonio y D. Salvador, en nombre propio, y D. Eduardo Morales Rodríguez, Depositario especial de Hacienda, el que, en nombre del Estado, legítima, transmite y enajena a favor de D. Salvador el solar expresado, de la-

rando totalmente pagado el precio de la enajenación, desistiendo el Estado de su derecho de propiedad, y aceptando el adquirente.

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Melilla, el Registrador denegó la inscripción por hallarse perfeccionada la compraventa entre el Estado y el D. Antonio Pérez, debiéndose otorgar la escritura a favor del último, y estimando el defecto como insubsanable.

Ante el propio Notario, y en 24 de Diciembre del mismo año, comparecieron los tres expresados señores, con la misma representación, y otorgaron escritura de legitimación y cesión, por la que se rectifica, modifica y aclara la escritura de 4 de Octubre, en el sentido de que el Estado transmite a favor del Sr. Pérez el solar repetido, quedando vigentes las demás cláusulas que se insertan, así como todo el contenido de la escritura de 19 de Septiembre.

El Registrador, al que se presentaron dichas tres escrituras, puso en la de 4 de Octubre nota denegando la inscripción «por observarse las siguientes faltas: 1.^a La estimada insubsanable que se expresa en la nota precedente; 2.^a Resultar de los documentos complementarios ahora presentes que, al otorgarse la escritura de legitimación y transmisión de 4 de Octubre último, hubo, respecto de la persona del adquirente, error que invalida el consentimiento; 3.^a Dejar en la escritura de legitimación y cesión de 24 de Diciembre próximo anterior subsistentes gran parte de las cláusulas y «todo el contenido» de la misma, que no pueden ya surtir efecto alguno; 4.^a No tener facultades el representante del Estado para el otorgamiento de una escritura donde se deje «aclarada, rectificada y modificada» otra de legitimación y transmisión que anteriormente hubo de otorgarse. Parecen insubsanables los tres primeros defectos, por lo que no se extiende anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado.»

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota recurrida, o sea la primera puesta por el Registrador, y revocó la segunda y última, declarando, en su consecuencia, bien extendidas las escrituras de 4 de Octubre y 24 de Diciembre, una vez rectificada, aclarada y modificada aquélla por ésta; y en la alzada de ambos funcionarios, la Dirección general declara bien extendida la escritura de 4 de Octubre, o sea la segunda otorgada, con las siguientes consideraciones:

El lógico desenvolvimiento del llamado principio de inscripción, a cuyo tenor la propiedad de los inmuebles sólo queda total y perfectamente transferida con el asiento realizado, lleva a la conclusión de que los compromisos adquiridos fuera del Registro carecen de fuerza traslativa absoluta a favor del adquirente, no impiden la celebración de otros nuevos, con la misma finalidad, respecto de persona distinta, y quedan subordinados a la máxima prelativa *prior tempore potior jure*.

Para hacer constar en el Registro la transferencia de un inmueble a favor de persona determinada, es necesario justificar el poder dispositivo del transferente, la causa lícita de la transmisión a favor del adquirente y la aceptación del mismo, en documento auténtico donde consten las circunstancias indispensables, requisitos todos que se encuentran cumplidos con la escritura autorizada por el recurrente en 4 de Octubre de 1928, en la que concurre D. Eduardo Morales Rodríguez, representante del Estado, como Vocal delegado de la Comisión encargada de legitimar las cesiones de terrenos del término jurisdiccional de Melilla, a los efectos de *legitimar, transmitir y enajenar* a favor de D. Salvador Becerra Ríos cierto solar sito en la calle del Duque de la Torre, con la explícita declaración de que el Estado *queda desistido* de su derecho de propiedad.

Las dudas que pudieran formularse, partiendo de la posible transferencia en nuestro ordenamiento civil, al primer contratante, del derecho de dominio por medio del pacto, seguido de tradición, pierden toda su fuerza en el caso discutido, primero, porque la representación del Estado no había formalizado a favor de D. Antonio Pérez Jiménez la escritura de legitimización del solar referido y retenía, en su consecuencia, el derecho de propiedad ; el segundo, porque el pago hecho por el concesionario Sr. Pérez y el compromiso de enajenar contenido por las oficinas del Estado, aun en el supuesto de que perfeccionasen la obligación de vender y consumasen la de comprar, no acreditaban la transferencia de la propiedad, dado el doble contenido obligacional y real del contrato de compraventa ; tercero, porque en la práctica administrativa y judicial son corrientes las adquisiciones de bienes y la adjudicación de concesiones a *calidad de ceder*, es decir, de subrogar a un tercero en el puesto del concesionario o primer adquirente, y, en fin,

porque la tradición del solar no se llevó a cabo hasta el otorgamiento de la escritura.

Si por todo lo expuesto ha de reconocerse que la escritura autorizada por el recurrente en 4 de Octubre de 1928 era bastante para autenticar X «la legitimación y adquisición de la plena propiedad del solar» y el derecho que a D. Salvador Becerra Ríos correspondía para formalizarla con la aquiescencia de D. Antonio Pérez, el cual, con anterioridad le había subrogado en el lugar que frente a la Administración pública ocupaba en virtud del acuerdo de legitimación adoptado, no cabe desvirtuar la acción ejercitada por el Notario en defensa de la redacción de dicho instrumento con el argumento de haberse otorgado, en 24 de Diciembre del mismo año, otra escritura que modifica, rectifica y aclara la de 4 de Octubre para obviar el obstáculo que la calificación del Registrador oponía a la inscripción de ésta, puesto que, según se advierte en la de 24 de Diciembre, «al modesto juicio del infracrito Notario, dicho documento se halla bien redactado y bien hecha la transmisión a que el mismo se refiere».

El argumento sobre el que basa el Registrador la primera nota, relativo a que se hallaba perfeccionado el contrato de compraventa entre el Estado y D. Antonio Pérez, según lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil, si bien pone de relieve las obligaciones que de una y otra parte habían surgido con el acuerdo de legitimación, nada prejuzga sobre la manera de cumplirlas, como la adjudicación hecha en virtud de las leyes desamortizadoras, o del artículo 1.499 de la ley de Enjuiciamiento civil, no se oponen al otorgamiento de la escritura a favor de un tercero, y, por otra parte, el atribuir el acuerdo de adjudicación, seguido de pago del precio, a los efectos de una transmisión absoluta de dominio, implica un desconocimiento del valor concedido a la extensión de la escritura y una confusión de los efectos de la obligación de transmitir con la transmisión misma.

PAGO DEL IMPUESTO. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA REAL ORDEN DE 9 DE JUNIO DE 1922 RELATIVA A LA APLICACIÓN DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 141 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Resolución de 16 de Noviembre de 1929. (Gaceta de 27 de Noviembre de 1929.)

En escrito dirigido por el Registrador de la Propiedad de Orihuela a la Dirección general de lo Contencioso, ante las dificultades originadas para la anotación preventiva de un embargo decretado en favor de la Hacienda en procedimiento de apremio seguido para hacer efectivo el impuesto liquidado por cierta transmisión de bienes que no se habían inscrito en el Registro, por si estimaba aquélla oportuno dictar una disposición de carácter general resolviendo el conflicto, ya que la solución indicada en la Real orden de 9 de Julio de 1922, consistente en aplicar el párrafo segundo del artículo 141 del Reglamento, era inoportuna, a juicio del exponente, para el caso de tratarse del dominio de fincas adjudicadas a contribuyentes en virtud de partición de herencia del causante, la Dirección general de los Registros, previo informe de la otra Dirección mencionada, de conformidad con la proposición de ésta, acuerda declarar, y con carácter general, que dicha Real orden sobre suspensión, en caso de falta de pago del impuesto en los documentos no inscribibles por la única falta de no haberse satisfecho dicho impuesto, no se limita al caso de anotación de embargo a favor de la Hacienda por débitos relativos a liquidaciones del derecho hereditario, cuando no existe adjudicación de bienes, sino que es igualmente aplicable al caso en que se hayan formalizado las operaciones particionales y conferido a cada heredero la propiedad de bienes, participaciones o derechos, así como a todos los supuestos de adquisición de bienes o derechos a título oneroso, en los que, por haberse satisfecho el indicado tributo, procede adoptar, en el orden fiscal, las medidas convenientes por las siguientes razones :

En el procedimiento regulado por la Real orden de 9 de Junio de 1922 se parte del más escrupuloso respeto a los principios hipotecarios, y en especial a las exigencias del trato sucesivo, sin per-

mitir que se transfiera o grave una finca o derecho real que no se halle inscrito a favor de la persona a cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen, y únicamente se suspende la aplicación del artículo 245 de la ley Hipotecaria, que prohíbe la extensión del asiento si no se acredita el pago de los impuestos establecidos, para proteger con mayor efectividad los intereses fiscales.

Si bien las inscripciones de títulos realizadas excepcionalmente cuando consta el pago del impuesto de derechos reales, con el objeto de poder extender la anotación preventiva de un embargo decretado a favor de la Hacienda, en procedimiento de apremio para hacer efectivo el impuesto liquidado, no se fundan en un caso específico de aplazamiento de pago, puede, por analogía, seguir reputándose que tal supuesto se halla asimilado a los provocados por la falta de pago del impuesto correspondiente a las anotaciones preventivas de embargo en virtud de mandamientos judiciales, dictados para hacer efectivas las costas causadas en asientos de índole civil, sin necesidad de hacer las modificaciones que sugiere el Registrador de Orihuela.

La Hacienda puede hacer efectivos sus derechos, bien trabando el embargo sobre el derecho hereditario de cada uno de los herederos, definido como la parte alícuota que le corresponde en la masa o patrimonio relicto, siempre que subsista la proindivisión hereditaria, ya en los bienes que le hayan sido adjudicados por los mismos testadores, por los comisarios o, en general, por las personas capacitadas para otorgar las participaciones hereditarias, y las múltiples dificultades que se acumulan por razón del carácter abstracto del derecho hereditario, así como por el desconocimiento de los herederos, incertidumbre de la aceptación y responsabilidad que los adquirentes o adjudicatarios asumirán en su día, quedan desvanecidas cuando la partición legalmente hecha haya conferido a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SENTENCIA. NO ES SUFFICIENTE LA PRESENTACIÓN EN EL REGISTRO DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA EN DEMANDA Y CON OBLIGACIÓN DE PAGO, SOLICITANDO LA PRÁCTICA DE ANOTACIÓN MARGINAL EN LAS INSCRIPCIONES DE PROPIEDAD DEL CONDENADO, PARA QUE ÉSTA SE PRACTIQUE, TODA VEZ QUE

AQUÉLLA, NI CONTIENE UN MANDATO JUDICIAL DIRIGIDO A TAL FINALIDAD, NI EQUIVALE A UNA CONDICIÓN QUE LIMITE LA FACULTAD DISPOSITIVA DEL PROPIETARIO, QUEDANDO REDUCIDA A UN MEDIO DE PRUEBA EN EL CASO DE ACCIONARSE LA RESCISIÓN POR FRAUDE.

Resolución de 7 de Noviembre de 1929. (Gaceta de 9 de Diciembre de 1929.)

En el Registro de la Propiedad del distrito de Occidente, de esta Corte, se presentó testimonio de la Sentencia dictada por la Audiencia de Madrid, en autos seguidos por D. Juan Zabalgoitia Sobrada contra D. Alejandro Pérez Zabalgoitia, en la que declaran procedente la demanda y condenan al demandado al pago de cantidad, acompañando instancia en la que el demandante solicita que se practique anotación marginal de dicha sentencia en inscripciones de propiedad del demandado, que señala.

El Registrador de la Propiedad denegó, «por existir los defectos insubsanables siguientes: 1.º No hacerse en la sentencia, cuya certificación se acompaña, declaración alguna relativa a la modificación de la capacidad civil del deudor en orden a la libre disposición de sus bienes, que deba hacerse constar en el Registro, siquiera sea por nota marginal, ni pueda entenderse que la produzca legalmente, aunque no se declare, al amparo del artículo 1.297 del Código civil, ya porque éste no tiene tal trascendencia, ya también porque carece de aplicación a las enajenaciones que lleguen a inscribirse en el Registro, para las que rige la ley Hipotecaria. 2.º Porque tratándose en definitiva de asegurar, en su caso, los efectos de una sentencia, debe preceder para ello mandamiento judicial».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y la Dirección general confirma el auto apelado con las siguientes razones:

En el Registro de la Propiedad pueden inscribirse lo mismo los derechos reales y sus modificaciones que las prohibiciones de disponer, legales o judiciales, siempre que se acredite la existencia de estas últimas de un modo auténtico y se demuestre la relación directa del mandato prohibitivo con las fincas inscritas a nombre de persona determinada; pero no los hechos o circunstancias que,

sin engendrar un derecho real o una limitación de la capacidad de disponer, sirvan para valorar una futura relación jurídica más o menos problemática.

La presunción establecida en el artículo 1.297 del Código civil sobre el carácter fraudulento de las enajenaciones a título oneroso hechas por las personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria, no equivale a una condicionada limitación del poder dispositivo que a todo propietario corresponde sobre los bienes que forman su patrimonio, sino que es una inducción jurídica elevada a la categoría de medio de prueba para el caso de que los acreedores no puedan cobrar lo que se les deba; es decir, que para el supuesto de ejercitarse la rescisión de algún contrato celebrado en fraude de aquéllos, por concurrir la mala fe del deudor y adquirente (*consilium fraudis*), con el perjuicio de los acreedores (*eventum damni*), y a fin de que éstos puedan acogerse al número 3.º del artículo 1.291 del mismo texto legal, se da por manifiesto el primer momento, sin prejuzgar la existencia del último, ni, por lo tanto, la oportunidad del procedimiento futuro.

Por la razón expuesta, no cabe afirmar que en toda enajenación posible o realizada por el condenado en cualquier instancia y por cualquier motivo, relacionado o no con los inmuebles inscritos, vaya implícito un acto prohibido o lleve una expectativa de fraude, y menos ha de autorizarse que se lleve a todos los Registros donde aparezcan inscritos bienes a favor del vencido en juicio una nota marginal que consagre una especie de *capitis diminutio* o de limitación general de sus facultades y amenace a los terceros con las resultas de un procedimiento de impugnación que no se ha entablado.

Todavía resultaría más aventurada la doctrina si se permitiera a los particulares estimar por sí mismos que ha llegado el supuesto de adoptar la medida de precaución o seguridad objeto de este recurso, y de solicitar en los asientos de fincas o derechos inscritos a nombre del adversario la toma de una nota marginal que de hecho produciría los efectos de una anotación preventiva de sentencia ejecutoria, o de una condición que pondría en entredicho todos los actos dispositivos del titular, amparado por el artículo 41 de la ley Hipotecaria, y lo colocaría en situación de inferioridad respecto del no inscrito en el Registro.

La certificación del Relator Secretario de Sala de la Audiencia de esta Corte, aportada para obtener la nota marginal discutida, sobre no contener ningún mandato judicial dirigido a la finalidad, hace constar que los autos se encuentran en la actualidad pendientes del recurso de casación por infracción de ley preparado contra la sentencia de segunda instancia, por la representación de D. Alejandro Pérez Zabalgoitia, de suerte que en dicho procedimiento o en otro pertinente puede solicitar su adversario, con sujeción a la ley Procesal, lo que convenga a la tutela de su derecho.

SOCIEDADES MERCANTILES. NO BASTA, PARA SURTIR EFECTOS EN EL REGISTRO, QUE SE JUSTIFIQUE PLENAMENTE EL ACUERDO QUE HAYA TOMADO LA JUNTA GENERAL DE UNA SOCIEDAD DE MODIFICAR LOS ESTATUTOS POR QUE SE VIENEN RIGIENDO, SINO QUE ES NECESARIA LA PRESENTACIÓN, CON LOS DOCUMENTOS POR ELIA OTORGADOS, DE LOS QUE ACREDITEN LA MODIFICACIÓN.

Resolución de 11 de Noviembre de 1929. (Gaceta de 19 de Enero de 1930.)

El 5 de Agosto de 1926, y ante el Notario de esta Corte D. José Valiente Soriano, como sustituto de D. Antonio Turón y Boscá, se autorizó escritura por la que diversas personas venden las fincas que se describen al Banco de Ahorro y Construcción, el que, representado por su fundador D. Luis Massó y Simó, acepta la compra. Y para justificar la capacidad legal de éste, Consejero-Delegado, se insertan varios artículos de los Estatutos por que se rige dicha Sociedad Cooperativa de crédito, haciendo constar que algunos de dichos artículos habían sido modificados en la Junta general ordinaria de 31 de Mayo de 1924, según aparece de certificación expedida por el Secretario general del Banco, que se une a la escritura, insertándose con la redacción que antes tenía el artículo 73, cuyo número 20 decía: «Nombrar la persona o personas que con el Director general han de firmar los contratos...», y que quedaba redactado así: «Delegar el Consejero-Delegado, además de lo dispuesto en el artículo 82, cuantos poderes especiales el Consejo crea convenientes.» El artículo 98 de dichos Estatutos establecía que los Estatutos se elevarían a escritura pública.

El Registrador de la Propiedad de Colmenar Viejo denegó la inscripción porque la representación de la Sociedad debe ostentarla el Director-gerente con la persona designada por el Consejo de Administración, conforme al artículo 73, número 20, de los Estatutos sociales de 29 de Julio de 1922; no siendo eficaz la modificación del pacto social a que alude el Notario autorizante, por estar en patente contradicción lo dispuesto en los artículos 52 y 56 del mismo sobre representación, capacidad y atribuciones de las Juntas generales ordinarias, con lo mandado en el artículo 168 del Código de Comercio, sin que se justifique haberse cumplido lo que se ordena en este precepto legal.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general acuerda, con revocación del auto apelado, mantener la nota del Registrador, solamente en cuanto de un modo indirecto exige la presentación de los documentos que acrediten la modificación de los Estatutos, defecto que cabe subsanar en la forma correspondiente a las Cooperativas de tal carácter y reglamentación con los siguientes considerados:

Los Registradores pueden fundar su calificación en documentos o títulos que, si bien no aspiran a estar colocados bajo el pabellón de cosa juzgada, se hallan dotados por el Poder público de autenticidad y legalidad suficientes para garantizar cuantas decisiones sobre ellos se dicten, y en su virtud ha de reconocerse que el Real decreto de 2 de Noviembre de 1928, que concedió al Banco de Ahorro y Construcción de Madrid, como Cooperativa de ahorro, ciertos beneficios legales y la calificación de Cooperativa de construcción, unido a la nota del Registrador mercantil que rechazó su inscripción en el mismo Registro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del correspondiente Reglamento, y al asiento extendido en el Registro de Asociaciones, llevado por la Jefatura Superior de Policía, son pruebas evidentes de la naturaleza civil de la referida entidad e indiscutibles en un procedimiento que, como el hipotecario, no está llamado a modificar o anular las declaraciones formalmente hechas por los órganos del Estado dentro de su específica competencia.

El artículo 168 del Código de Comercio, aplicable a las Sociedades anónimas, no puede servir de base para rechazar las modificaciones hechas en sus Estatutos por una entidad civil, de personal

variable, sometida a una inspección permanente y a trabas especiales en el reparto de beneficios, cuyos socios aportan a su albedrío cantidades diferentes y cuyo capital aumenta o disminuye con las nuevas suscripciones o bajas.

La modificación de los Estatutos del Banco de Ahorro sólo consta como acuerdo tomado en 31 de Mayo de 1924 por la Junta general, de conformidad con el artículo 56 de los primitivos; pero no como nueva redacción debidamente formalizada del pacto fundamental, y para evitar la ambigüedad entre decisión acordada y acuerdo ejecutado ha de exigirse que por la persona autorizada al efecto se llenen las formalidades que justifiquen no sólo el acto aprobatorio, sino la ejecución llevada a cabo con los requisitos del caso.

La referencia hecha en la escritura objeto del recurso a la certificación expedida por el Secretario general del Banco, D. José Quilis Pastor, con el V.^o B.^o del Consejero-delegado, Sr. Massó, aunque justifica plenamente el acuerdo adoptado por la Junta general, no reviste, ni por su forma, ni por su naturaleza, ni por sus requisitos, la solemnidad preceptuada en el artículo 98 de los Estatutos del Banco de Ahorro y Construcción y en las disposiciones vigentes sobre la materia.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO EN JUICIO EJECUTIVO. NO EXISTE DISPOSICIÓN ALGUNA QUE LA IMPONGA COMO OBLIGATORIA, DADOS EL CARÁCTER ROGADO DE NUESTRO PROCEDIMIENTO CIVIL Y LA VOLUNTARIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN, LIMITÁNDOSE LAS DISPOSICIONES LEGALES A REGULAR, RESPECTO DE TERCEROS, LOS EFECTOS QUE PRODUCE EL EMBARGO DE QUE NO SE TOME ANOTACIÓN.

Resolución de 22 de Noviembre de 1929. (Gaceta de 21 de Enero de 1930.)

En juicio ejecutivo seguido en el Juzgado de primera instancia de Lora del Río, causado el embargo de fincas hipotecadas (que no fué anotado en el Registro), celebradas las subastas y adjudicadas al ejecutante, presentó éste testimonio del auto de adjudicación en el Registro de la Propiedad del partido, y el Registrador

suspendió la inscripción por omisión de la anotación de embargo, requisito obligatorio, conforme al artículo 1.453 de la ley de Enjuiciamiento civil, párrafo segundo del artículo 43 de la ley Hipotecaria y artículo 103 de su Reglamento, y en cuanto a la tercera de las fincas, por no expresar la equivalencia métrica de su cabida, requisito también obligatorio: estimándose tales defectos subsanables.

Subsanada por el Juzgado la omisión de la cabida de una de las fincas en medida métrica y presentado de nuevo a inscripción el aludido mandamiento, el Registrador puso nota, cuyo tenor es el que sigue: «Suspendida nuevamente la inscripción de la adjudicación a que este testimonio se refiere, por subsistir el defecto subsanable señalado anteriormente de omisión de la anotación del embargo, reiterándose en cuanto al mismo la calificación anterior, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse.»

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador y la Dirección general confirma el auto apelado por las razones que siguen:

La única cuestión discutida en este recurso es el valor que en el párrafo segundo del artículo 43 de la ley Hipotecaria, relativo al supuesto de haberse obtenido en juicio ejecutivo mandamiento de embargo, tiene la frase «será obligatoria la anotación, según lo dispuesto en el artículo 1.453 de la ley de Enjuiciamiento civil»:

Considerando que las funciones de la anotación preventiva en el procedimiento ejecutivo son de una variedad e importancia fundamentales en cuanto la misma tiende, en primer término, a limitar el poder dispositivo del deudor, que ya no podrá enajenar libremente la finca o derecho; en segundo término, a poner de relieve frente a terceras personas la existencia de un procedimiento que grave con responsabilidades de orden hipotecario y amenaza con las resultas del mismo a los futuros adquirentes; en tercer lugar, a garantizar la continuación del procedimiento con el verdadero titular, sin temor a los cambios de dueño o a la constitución posterior de gravámenes, y, en fin, a evitar que se prosigan las actuaciones con personas que no han inscrito su derecho o lo han transferido o permitido su cancelación.

La anotación preventiva tomada en los bienes embargados permite mantener el paralelismo entre el procedimiento ejecutivo y el

procedimiento de apremio, porque si al ordenar al Registrador de la Propiedad que libre y remita al Juzgado la certificación necesaria para el avalúo y venta de la finca aparecieren inscripciones extendidas a nombre de terceras personas contra las que no se hubiera dirigido la acción ejecutiva, se pondría en grave peligro la efectividad de todo lo actuado.

Para obviar estas dificultades y paralizar los procedimientos de apremio dirigidos contra personas distintas de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, preceptúa el artículo 24 de la ley Hipotecaria que ha de sobreseerse la actuación en el instante en que conste en los autos tal particularidad por manifestación auténtica del Registrador de la Propiedad, y únicamente exceptúa de la regla, aparte de las acciones dirigidas contra los herederos del que aparece como dueño en el Registro, las persecuciones de bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, en el supuesto del artículo 134 de la misma Ley, o después de efectuada en el Registro alguna anotación preventiva de las establecidas en los números segundo y tercero del artículo 42 de dicha Ley.

Los anteriores razonamientos se hallan reforzados por la equiparación establecida entre el procedimiento ejecutivo hipotecario seguido por los trámites de la ley de Enjuiciamiento civil y el regulado por los artículos 131 y siguientes de la ley Hipotecaria no sólo respecto a ciertos efectos de la anotación preventiva tomada en el primero o de la nota extendida en el segundo, al librar la certificación de asientos, sino también por la transformación en ambos procedimientos del sistema de liquidación de cargas en sistema de subsistencia de los derechos y gravámenes preferentes, que lleva consigo una intervención más directa y una facultad de subrogarse más explícita a favor de los titulares, según el Registro, que se vean amenazados por el apremio.

LUIS R. LUESO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

I

Beneficencia. Caudal relicto. 1.º *La transmisión de los bienes de un testador a dos de sus albaceas, Presidente y Secretario de una Corporación científica, por los demás albaceas, al efecto de que lo administren y lleven a cabo la fundación ordenada por aquél para instituir un premio quinquenal perpetuo destinado a premiar la mejor obra médico-quirúrgica, invirtiéndose en ello la mitad de las rentas y acreciendo la otra mitad al capital para aumentar la dotación del premio, aun cuando aun no esté clasificada como obra benéficodocente, sino que lo sea después de presentada a liquidación la escritura de transmisión, no debe tributar como herederos del causante por caudal relicto al 5 por 100, y como herencia al 29 por 100, sino que ha de estimarse como fundación benéfica.* 2.º *En consecuencia, en lugar de la primera liquidación, la que procede es otra deduciendo de la base el valor de los bienes heredados por la fundación; y en lugar de la segunda, la correspondiente, según el núm. 9, párrafo 2.º, y el número 27 de la tarifa, es decir, el tipo benéfico y herencia directa, y no el de extraños.*

Los interesados pidieron que se liquidase como de beneficencia particular, alegando que existía un conjunto de bienes destinados a un fin cultural y que, en consecuencia, la fundación es de beneficencia particular, según el artículo 2.º del Real decreto de 27 de Septiembre de 1912, habiéndose acompañado copia de la Real

orden de clasificación dictada posteriormente, y agregando aquéllos que la fundación existió desde que se abrió la sucesión del fundador y la Academia recibió el encargo de administrar los bienes, y que no significa la Real orden de clasificación su creación si no presupone su existencia. La *reclamación es admitida*. El número 9 de la tarifa, referente a la fijación de un tipo de favor para adquisiciones de bienes por las fundaciones benéfico o benéficodocentes de carácter particular, tiene su desarrollo en el artículo 28 del Reglamento, cuyo párrafo 5.^º favorece con el tipo privilegiado la *transmisión de bienes o derechos que por actos inter vivos o mortis causa se destinan a la fundación* de establecimientos de beneficencia e instrucción, el cual, como se ve, no exige para gozar del tipo de favor del número 9 el que la fundación esté constituida o clasificada, sino que es suficiente que los bienes se destinan a fundación de esa clase, corroborándolo al ordenar que las oficinas liquidadoras comuniquen al Ministro respectivo las cláusulas fundacionales y los bienes a los *fines del protectorado* sobre tales instituciones; dado el contenido del testamento y el fin de incremento de la ciencia con carácter benéfico, se trata de una institución benéficodocente, según el artículo 2.^º del Real decreto de 27 de Septiembre de 1912, que debe gozar de los tipos privilegiados que señalan en cuanto al caudal relicito el número 3 del artículo 242, en relación al 243 del Reglamento del impuesto, y el 28 del mismo, en relación al número 9 de la tarifa 2.^a. En consecuencia, debe deducirse de la base liquidable los bienes heredados por la fundación en cuanto al caudal relicito, y liquidarse por el tipo privilegiado como bienes destinados a fundación benéficodocente. (Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central de 17 de Abril de 1929.) 188 de 1928.

II

Ocultación. 1.^º Es inadmisible una denuncia referente a la rebaja simulada del precio en la venta de una finca en escritura pública, si la Administración conocía el contrato denunciado y se había ingresado no sólo la liquidación de la venta misma, sino el importe de otra nueva girada a virtud de manifestación espontánea del comprador de parte del precio ocultado. 2.^º Esa

declaración espontánea no exonera al comprador de abonar la multa del 100 por 100 por la diferencia de cuotas de la escritura de compra y de la nueva liquidación. 3.º No es prueba suficiente de otra nueva diferencia de precio entre el declarado espontáneamente por el comprador y el manifestado por el vendedor y varios testigos las declaraciones prestadas por todos ellos ante el Juzgado municipal, sin intervención del comprador.

Hecho.—Por escritura pública se venden unas fincas, y previa comprobación, se liquida e ingresa el importe. El comprador manifiesta espontáneamente un precio mucho mayor para esa compra, y se gira nueva liquidación por la diferencia de precio e ingresa su importe. Al día siguiente del ingreso se presenta denuncia señalando precios aún más elevados, acompañando como prueba una información ante el Juzgado municipal hecha por el vendedor y testigos. La Abogacía estimó la denuncia y ordenó, su revisión, al liquidador girar las liquidaciones por la diferencia entre lo declarado y lo descubierto, con intereses de demora y multa del 100 por 100 de las cuotas de los bienes ocultados, con derecho del denunciador a un tercio de la parte de multa. El Tribunal Provincial confirmó el acuerdo de la Abogacía, y giradas las liquidaciones en revisión y notificadas éstas y el fallo del Tribunal al comprador, apeló éste ante el Central, que revocó el fallo y fijó la doctrina del epígrafe. Las cuestiones son dos: 1.º Procedencia de la denuncia. 2.º Responsabilidad del comprador.

En cuanto a la primera, es indudable que, efecto de la declaración espontánea del comprador, se había ingresado el impuesto por la diferencia entre el precio declarado por él y el señalado en la escritura de venta; y sean cualesquiera los móviles del contribuyente, es claro que la Administración conocía ya esa diferencia antes de haberse presentado la denuncia y se había ingresado el importe de las liquidaciones, y por ello es ineficaz en cuanto a la misma; y en cuanto a la otra diferencia entre el precio declarado por el comprador y el indicado por el vendedor, que es el que en definitiva admite la Administración, por ser superior, debe desestimarse la denuncia conforme al párrafo 6 del artículo 168 del Reglamento, que ordena lo sean las referentes a actos o contratos conocidos por la Administración; y aunque el mismo párrafo pre-

ceptúa que no se entiendan comprendidas en dicha disposición aquellas denuncias referentes a casos en que la Administración hubiera girado las liquidaciones por bienes distintos o aceptado como base un valor inferior en 10 por 100 al valor declarado por el denunciante, y por ello no sería pertinente desestimar de plano la denuncia por exceder la diferencia de esa cuantía, ha de serlo, sin embargo, por no haberse probado en forma fehaciente el precio de enajenación, ya que las declaraciones hechas a instancia del denunciante sin garantía procesal para el denunciado, por el vendedor o por extraños, las cuales fueron el fundamento de la Abogacía y del Tribunal Provincial, no pueden aceptarse en perjuicio de tercero ni servir de base para exigir el impuesto e imponer responsabilidades; debiendo por ello mismo anularse las liquidaciones giradas por el liquidador sobre esas últimas diferencias.

En cuanto a la segunda cuestión, dados los preceptos del artículo 216 del Reglamento del impuesto, es indudable que procede imponer la multa del 100 por 100 sobre las cuotas liquidadas por la diferencia entre el precio de la escritura y los declarados por el comprador, ya que debe aplicarse aquélla cuando la ocultación se descubre después de practicada la liquidación definitiva y el aumento descubierto es superior al 10 por 100, y resulta claro que las liquidaciones giradas por la escritura de compra fueron definitivas, por haberse hecho en virtud de documento público, previa comprobación de valores mediante el líquido imponible, sin que en las notas del documento se dijese fuese provisional, excediendo la disminución del 10 por 100 con mucho y habiendo sido descubierta después de practicadas las definitivas; sin que sea aplicable la excepción que para el contribuyente de buena fe establece el mismo artículo, ya que en el caso actual, aunque el comprador manifestó espontáneamente el nuevo precio y facilitó con las escrituras los líquidos imponibles, ello no le releva de responsabilidad, pues él mismo reconoce al declarar el nuevo valor que hubo ocultación en las escrituras, y así el medio comprobatorio aludido, lejos de servir para que la Administración fijase el verdadero valor, la indujo a confusión; esa ocultación maliciosa debe sancionarse. (Acuerdo del Tribunal Central de 14 de Enero de 1929.) 145 de 1928.

III

1.º *Demostrado que unas casas se han incendiado y destruido, no debe hacerse la comprobación de valores por los líquidos imponibles asignados a las mismas antes del siniestro, sino por los medios que correspondan, dado su asunto al morir el causante, no obstante haberse omitido la rectificación oportuna en los amillaramientos o Catastro.* 2.º *No son deducibles de la partición las costas y gastos de un pleito, sean en vida o muerte del causante, si no se justifican con documento fehaciente y conforme al Reglamento.* 3.º *Es procedente la liquidación de la adjudicación de una casa para pago de deudas hecha a un heredero, pero sólo en aquella parte que corresponde a sus coherederos y no en cuanto a su propia participación.* 4.º *La suspensión del procedimiento de apremio no corresponde al Tribunal Central, sino al Delegado de Hacienda.*

1.º Si bien el líquido imponible de las fincas en los Registros fiscales es el medio ordinario de comprobación, según el artículo 80 del Reglamento, justificado que las casas fueron destruidas por un incendio antes de morir el causante, y así se hallaban al morir aquél, tal medio no era el apropiado para determinar el verdadero valor de los bienes, por haberlo disminuido notablemente su destrucción, y no es equitativo aplicar su líquido correspondiente al estado en que se hallaban edificadas y daban su renta íntegra ; por lo que debe dejar sin efecto esa comprobación y utilizar los demás medios comprobatorios para hallar el verdadero valor.

2.º Según los párrafos 1.º, 3.º y 4.º del artículo 101 del Reglamento, para que las deudas contra el causante de una herencia sean deducibles del caudal relicto, han de ser acreditadas con documento que tenga fuerza ejecutiva, conforme al artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento, no siéndolo las contraídas por herederos o albaceas, aunque sea por gastos de la testamentaría, ni las reconocidas en el testamento por el causante o en la escritura particional por quélllos, si no reúnen los documentos los requisitos mencionados antes y son anteriores a la fecha de la partición ; deducida

una cantidad para pago de un pleito iniciado por el causante y seguido por los albaceas, sin justificar ni especificar qué costas se causaron en vida de aquél y cuáles, después de muerte, no son deducibles a los efectos del impuesto, ya que las causadas en vida, aun suponiéndolas determinadas, no están probadas, pues no es documento adecuado ni ajustado a dichos preceptos una nota del Procurador y no consta nada acerca de las costas en un testimonio judicial aportado; y ya que las causadas después de la muerte de aquél son a cargo de los herederos y no deducibles, por tanto; no es admisible la invocación del artículo 101, párrafo 5.º, referente a los gastos de una testamentaría que se haga litigiosa, ya que las excepciones o exenciones, nunca, y menos en el impuesto, pueden aplicarse por analogía a casos distintos de los determinados, sino estrictamente y a la letra.

3.º Según el párrafo 4.º del artículo 9.º del Reglamento, adjudicado un inmueble para pago de deudas, debe liquidarse al 4,80 por 100, sin perjuicio del derecho de devolución que procederá si se adjudica la casa al deudor en pago de la deuda o se vende en el plazo de un año; y según el 8.º del mismo artículo, si en las sucesiones hereditarias se adjudica a un heredero bienes que excedan de su haber, pagará por adjudicación en pago o para pago de deudas por la cesión de dicho exceso, sin perjuicio de que todos los herederos abonen el impuesto correspondiente a la transmisión hereditaria del mismo exceso; adjudicado a un heredero una casa cuyo valor declaró es mayor que el comprobado para pago de costas y gastos del pleito, que los herederos calculaban en el importe del valor de la casa, es indudable que, aparte de lo que los herederos deben pagar por su haber hereditario, ha de satisfacer el adjudicatario el impuesto por adjudicación para pago de deudas en lo que la casa exceda del haber del adjudicatario como heredero, y girándose sólo esa liquidación sobre tres cuartas partes, ya que los herederos eran cuatro, incluso el adjudicatario, y no admitida por la Hacienda que la deuda del pleito para cuyo pago se adjudica fuese deducible de la herencia, y exigido el impuesto como tal herencia al adjudicatario, éste sólo lleva como exceso en su haber las tres cuartas partes que en la casa corresponden a sus coherederos, ya que la otra cuarta parte la lleva él como heredero; no existe duplicidad de pago excluida la cuarta parte indicada,

pues hay dos actos liquidables: la herencia y la adjudicación para pago de deudas.

4.^º La suspensión del procedimiento de apremio es atribución exclusiva de los Delegados de Hacienda, según el Estatuto de 18 de Diciembre de 1928 (artículo 147). (Acuerdo del Tribunal Central de 18 de Enero de 1929.) 194 de 1928.

Llamamos la atención especialmente sobre la doctrina del número 1.^º, por su importancia, y del número 3.^º, porque con ella se rectifica, aunque parcialmente, antiguo criterio referente a la adjudicación para pago de deudas en el caso de que la Hacienda no reconozca la existencia de la deuda.

IV

1.^º *Las reclamaciones referentes al impuesto del Timbre y al de Derechos reales deben plantearse y resolverse separadamente.*

2.^º *La adjudicación de una finca al Banco de Crédito Industrial en pago de un préstamo hipotecario hecho por él, está sujeta al impuesto por dicho concepto y no goza de exención.*

En cuanto al extremo primero, el Tribunal Central, reiterando la doctrina de los acuerdos de 21 de Diciembre de 1926 y 20 de Septiembre de 1927, declara que se han de tramitar y resolver separadamente, toda vez que, según el Reglamento de Procedimiento, cada reclamación no puede comprender más que un acto administrativo, y los expresados, por referirse a dos impuestos, son dos y completamente distintos, dándose la circunstancia de que, según el Real decreto de 16 de Junio de 1924, número 3.^º, la composición del Tribunal Económico para conocer de cada uno de esos actos e impuesto es diferente, debiendo concurrir el Administrador de Rentas para el Timbre, y no cuando se trate del impuesto de Derechos reales.

2.^º En cuanto a la segunda cuestión, había alegado el Banco que, según la letra H, base 5.^º de la ley de 2 de Marzo de 1917, y 5.^º del artículo 16 del Reglamento de 24 de Marzo de 1924, de protección a las industrias, «los préstamos están exentos de los impuestos de Derechos reales y Timbre, y por ello el Banco se

halla exento en todas las operaciones que realice, incluso en las adjudicaciones de fincas que se le hagan, previos los procedimientos judiciales adecuados, para pago de los préstamos otorgados por él, pues de lo contrario habría de recargar los préstamos, con daño de la industria, a la que se ha querido favorecer con esas disposiciones». *La reclamación no es admitida.*

Las disposiciones citadas se refieren concretamente a los préstamos que el Banco realice, y ni fiscalmente, ni conforme al Derecho civil, puede equipararse un préstamo con una adjudicación para pago de deudas, teniendo diferente concepto y estando sujeto a distinto tributo; y como quiera que en materia fiscal no pueden interpretarse las leyes en general y las excepciones en especial en forma extensiva, por preceptuarlo, además, expresamente el artículo 5.^º de la ley de Contabilidad, según la cual no pueden otorgarse exenciones tributarias fuera de lo establecido en la ley, es notorio que mientras una ley no lo declare, no pueden aplicarse las exenciones referentes a los préstamos a las adjudicaciones en pago de deudas. (Acuerdo del Tribunal Central de 6 de Agosto de 1929.) 195 de 1928.

V

Timbre.—Requeridos unos interesados por el Tribunal Provincial para que reintegrasen el escrito de apelación a razón de 2,40 por hoja, conforme al artículo 29, en relación al 47, números 4 y 108 de la ley del Timbre, sin que lo hicieran, y declarado consiguientemente que no era admisible el recurso porque la cuantía de las liquidaciones impugnadas alcanzaban a 21.000 pesetas, si después, ante el Central, alegan los interesados que habían padecido un error al designar como impugnada una de las liquidaciones que debe excluirse de la apelación, quedando reducidas las impugnadas a 17.000 pesetas, es admisible la apelación, porque con tal cuantía queda perfectamente reintegrado el escrito, a razón de 1,20 por hoja. (Acuerdo del Tribunal Central de 13 de Febrero de 1929.) 201 de 1928.

VI

Otorgada una escritura pública de reconocimiento de deuda por una persona a favor de otra, horas antes de morir aquélla, y otorgado testamento pocos momentos después de tal otorgamiento a favor de los hijos de la persona a quien se reconoció la deuda, no puede calificarse el acto realizado como donación inter-vivos, sino como reconocimiento de deuda o préstamo liquidable al 0,30 por 100, sin perjuicio de las acciones del Estado para anular la escritura.

Cualquiera que sea el móvil de la escritura de reconocimiento de deuda otorgada horas antes de fallecer el otorgante, bien fuese para eludir el pago de lo realmente debido por el impuesto de Derechos reales, bien para presentar una donación bajo la apariencia de un reconocimiento de deuda, o bien para lograr la evasión total de los bienes hereditarios simulando el reconocimiento de deuda y conseguir así que aquéllos llegasen a los herederos por conducto de su madre, supuesta acreedora, es lo cierto que la escritura reúne todas las formalidades extrínsecas e intrínsecas para su validez y eficacia, y en ella se reconoce por el otorgante una deuda concreta, sin otras cláusulas ni convenios; y por ello, la Administración no puede prescindir de lo que en dicha escritura se dice, declara y otorga, y estimar que lo contenido en la misma no es un reconocimiento de deuda, sino una donación, aun interpretando del modo más amplio posible la facultad calificadora, reconocida a aquélla por los artículos 41 y 44 del Reglamento del impuesto, en cuanto a los actos y contratos sometidos a éste, pues si bien es cierto que de los términos de un contrato pueden derivarse otros actos liquidables, es indispensable que tal cosa se deduzca lógica y legalmente de la intención de las partes rectamente interpretada, y tal deducción no se hace por el Tribunal Provincial de la escritura misma, sino de circunstancias ajenas al documento; debe anularse la liquidación de donación que giró el liquidador, y liquidarse como reconocimiento de deuda al 0,30, y se ha de hacer no a nombre de la persona beneficiada, si no al del otorgante, ya que

el acto es «reconocimiento de deuda» y no préstamo, que aunque a los efectos del impuesto estén asimilados y comprendidos en el mismo número de la tarifa, son distintos, y por ello el obligado al pago, según el artículo 59 del Reglamento, es el adquirente a quien se reconoce el derecho. Dadas las circunstancias del caso, la conveniencia de velar por los intereses del Tesoro y que los bienes produjeron rentas desproporcionadas con su valor, debe entender la Dirección de lo Contencioso: a), acerca de si procede revisar la comprobación por los medios más apropiados, según los artículos 80 y 81, en conformidad al artículo 140 del Reglamento; b), si ha lugar a intentar alguna acción, conforme al artículo 1.291, para anular la escritura, por implicar una verdadera donación o por no tener causa jurídica el contrato. (Acuerdo de 23 de Abril de 1929.) 211 de 1928.

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado	100.000.000	de pesetas
Capital desembolsado	46.687.000	—
Reservas	48.852.936,16	—

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 10.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

Correspondencia 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.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- RICKS (Gerhard).—La práctica del Registro inmobiliario.—Octava edición. Berlín. De Gruyter. 1928.
- DIETZ (Karl).—Casos prácticos, con soluciones, sobre Derecho inmobiliario.—Ansbach. Brügel. 1928.
- BUSCH, ERLER, LOBE, MICHAELIS, OEGG, SAYN, SCHLIEWEN y SEIFARTH.—Comentarios al Código civil alemán y jurisprudencia del Tribunal Supremo, por... Magistrados y Presidente de Sala del mismo.—Cinco vols. Berlín. De Gruyter. Sexta edición. 1928.
- QUELDART.—Manual sucinto de Derecho inglés.—Trad. alemana de Regendam. Berlín. Heymann. 1928.
- V. SCHILLING y EHLERS.—Código civil de Letonia, con las modificaciones hasta 1.º de Octubre 1928.—Riga. 1929.

REVISTAS

- LEONHARD.—La clasificación de los tipos de sangre en grupos y su importancia para los procesos civiles y criminales.—*Deutsche Juristen Zeitung*.—Año XXXIV, págs. 135-139.

El tema ha sido presentado ya, en varias ocasiones, a los lectores de esta REVISTA. Resumiremos, sin embargo, el artículo indicado, porque presenta claramente los resultados a que se ha podido llegar con cierta fijeza.

En cuatro grupos pueden clasificarse todos los tipos de sangre humana, según las reacciones que producen con determinados cuerpos químicos. Y debe tenerse en cuenta, además: 1.º Que todo ser humano entra en uno de esos grupos. 2.º Que sus caracteres sanguíneos permanecen inalterables. 3.º Que éstos tienen que proceder, forzosamente, de uno de sus progenitores.

Esta tercera ley tendría una gran significación en los procesos

de investigación de la paternidad, pues autorizando el artículo 1.717 del Código civil alemán que la demanda del hijo habido fuera de matrimonio en reconocimiento de paternidad pueda dirigirse contra cualquier hombre que hubiese tenido contacto sexual con la madre en tiempo hábil para la fecundación, la circunstancia de que la coincidencia entre el tipo sanguíneo del hijo y uno de los demandados, fuera exclusiva, habría de facilitar mucho la prueba.

Igualmente en las acciones de desconocimiento de paternidad (artículo 1.591) de hijos habidos durante un matrimonio, cuando la sangre del supuesto hijo no perteneciera a ninguno de los grupos en que se clasificaran las de los supuestos padres.

Ahora, que como no tiene aplicación en todos los casos, sino que más bien proporciona criterios de exclusión, muchos Tribunales no han admitido su práctica, aparte las dificultades con que tropieza de momento el encontrar técnicos preparados para realizar estos análisis.

En los procesos criminales hay todavía más recelos, y aunque Hellwig ha llegado a decir que sólo queda un margen de error equivalente al 10 por 100, jueces y juristas se han pronunciado contra su empleo como único medio de prueba.

En conclusión, el autor recomienda que se sigan con interés los ensayos de este nuevo medio de estudio, pero que se proceda con la mayor cautela en su utilización.

SCHELLHAS.—El Derecho ruso y la protección de la propiedad en Alemania.—*D. J. Z.*, XXXIV, 173.

El Gobierno ruso ha anunciado la venta en Alemania de cuadros y otros objetos de arte, que se había apropiado después de la Revolución. Los propietarios desposeídos se han opuesto en algún caso, judicialmente, a estas ventas.

Y el autor presenta el problema de Derecho internacional privado que plantean esas reclamaciones.

¿Pueden los Tribunales inhibirse, alegando que se trata en el fondo de una cuestión política cuyo juicio no les compete?

O, por el contrario, ¿cabe que las examinen?

El autor se inclina a esta segunda opinión. El artículo 30 de la Ley de introducción del Código civil alemán veda la aplicación de las normas jurídicas de países extranjeros que vayan contra un

fin protegido por la ley alemana. Y el derecho de propiedad privada está consagrado categóricamente en el artículo 153 de la Constitución.

OBERNECK.—El exceso de personal en el Notariado prusiano.—*D. J. Z.*, XXXIV, págs. 214-17.

El ilustre autor del conocido libro sobre Derecho notarial se lamenta del número de Abogados a quienes se ha concedido la habilitación para ejercer la fe notarial: la cifra ha subido al triplo o al cuádruplo desde 1920 hasta la fecha: de 3.969 Abogados inscritos en el territorio del *Kammergericht* prusiano, 1.832 son Notarios.

Los peligros de todo género anejos a esta situación pueden suponerse. Felicitémonos de que en este punto el Derecho español siga derroteros tan diferentes.

SCHELLHAS.—Radiotelefonía y propiedad literaria.—*D. J. Z.*, 34, págs. 491-92.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de Febrero de 1929, ha resuelto un interesante problema relacionado con estas cuestiones.

Un autor había cedido los derechos de propiedad literaria sobre sus obras en fecha anterior a las aplicaciones industriales de la radiotelefonía. Al utilizarse aquéllas en esta nueva forma de difusión, entendió que aquel contrato no alcanzaba al nuevo descubrimiento, y la sentencia aludida le ha concedido la razón, fundándose en que ni los términos del contrato, ni los de la ley de propiedad intelectual comprendían ese caso, ya que se trata de un invento posterior, cuya trascendencia económica no pudo calcularse.

FUCHS (Wilhelm).—Derechos reales, derechos de crédito, contratos reales.—*Rev. Génér. de la théorie du Droit*, 3-1.

CRISOLLI.—Sobre la venta de obras de arte procedentes de Rusia.

Contribución al estudio de la teoría de la expropiación en el Derecho ruso.—*Jur. Rundschau*, 1928. 24.

RAPPAPORT.—La actividad de la Comisión de Códigos en Polonia.—*Internat. Anwaltsblatt*, 14-12.

N. HOFMANNSTHAL.—El desconocimiento de la ley por parte de los extranjeros.—*Blätter f. Internat. Privatrecht*, 3-12.

Zeitschrift f. ausländ. und internat. Privatrecht. Los números

4-5 de este año (segundo de publicación) se dedican a dar cuenta de la legislación y jurisprudencia suiza sobre las cuestiones siguientes: derecho privado general, derecho del trabajo, propiedad industrial, ejecuciones, concurso y derecho internacional privado.

ROUSSEAU.—Del conflicto entre personas que han adquirido de distintos titulares derechos reales sobre un mismo inmueble.—*Pasicrisie belge*, 115-10.

VALERY.—Consideración sobre los documentos autorizados en el extranjero y que contienen una constitución de hipoteca sobre predios situados en Francia.—*Journal de Droit int. privé* (Clunet), 55, 4-5.

GROPALLO.—La responsabilidad del vendedor por servidumbres existentes en contra del predio vendido.—*Rivista ital. per le Scienze giuridiche*, 3-4.

SLAMA.—Reserva de dominio en las ventas.—*Oesterreich. Anwaltszeit*, 6-4.

CAPITANT.—La legislación de Polonia desde su liberación hasta 1928.—*Bull. mens. de leg. Comparée*, 57, 10-12.

MOREL.—Dictamen sobre el proyecto de ley modificando el régimen de la propiedad inmobiliaria rústica.—Se publica también el proyecto.—*Bull. de la Société d'études législatives*, 24-3.

BENEKE.—La constitución de hipotecas mediante contrato en beneficio de tercero.—*Deutsche Richterzeit*, 21-4.

YNTEMA.—La jurisprudencia sobre Derecho internacional privado en los Estados Unidos durante el año 1926, y en Dinamarca, Suecia y Noruega, de 1911 a 1928.—*Zeit. f. ausl. n. int. Privatrecht*, 2-6.

En la misma Revista y número, recensiones sobre legislación, jurisprudencia y literatura jurídica en general durante los últimos años y en los países siguientes: Dinamarca, Bélgica, Estonia y Lituania.

* * *

MÜGEL.—*El proyecto de ley sobre depuración de los libros del Registro*.—(D. J. Z., 34-15-100 7/1014.)

El articulista, autor de uno de los libros de comentarios más leído sobre la desvalorización y los textos legales dictados para establecer las bases de cálculos de los créditos cifrados en moneda.

anterior a la guerra, aplaude la iniciativa, cuya realización estima urgente, para el reajuste de la economía alemana. Una de sus consecuencias habrá de ser el traslado a hojas nuevas en el Registro, de las actuales, sobrecargadas por liquidaciones parciales, obtenidas voluntariamente o en virtud de sentencia. Otra, fijación de un plazo definitivo para convertir al sistema monetario legal las antiguas hipotecas y todo género de cargas reales; el proyecto da la fecha de 31 de Marzo de 1930, como norma general, y la de 31 de Diciembre de 1931, cuando no sea posible determinar de momento el importe de la hipoteca o carga real de que se trate.

LINZ.—*La legislación sobre inquilinatos y la jurisprudencia del Tribunal del Imperio.*—(D. J. Z., 34-19-1288/92.)

Un breve resumen de la legislación que ha regido en esta materia; con sus distintos tipos de intervención administrativa (las oficinas de alquileres), pronto restringida por una vuelta al sistema judicial, que ofrece más garantías; y referencias a los fallos del Supremo Tribunal, haciendo notar las dificultades con que tropezaba para sentenciar conforme a los dictados de la experiencia y a las exigencias de la realidad, porque la duración de los trámites hacía, muchas veces, que llegaran asuntos a aquel Tribunal cuando la legislación ya se había modificado, y hasta existían disposiciones transitorias para los asuntos en litigio.

Dentro de estas dificultades, la jurisprudencia ha luchado tenazmente contra las intromisiones de las oficinas citadas, manteniendo el principio de la revisión de sus acuerdos; ha buscado el mantener, dentro de sus propios límites, las disposiciones complementarias de las leyes generales dictadas por los países, y en el punto concreto de la posición del problema entre caseros e inquilinos, ha sabido sostenerse en una serena imparcialidad.

V. HOFMANNSTHAL.—*La falta de protección para la propiedad inmueble en Austria.*—(D. Wohnungsarchiv, 4-5, 195/99.)

El autor critica la legislación sobre inquilinatos, que no solamente impone a los propietarios tipos de alquiler ruinosos y les obliga a costear obras de reparación, sin poder cargar intereses por las sumas invertidas, sino que les cierra el camino judicial, único que ofrece garantías, para reclamar contra acuerdos arbitra-

rios de las Oficinas de arrendamientos, cuando en asuntos de 600 sch. en adelante, puede llegarse hasta el Tribunal Supremo.

Y lo peor es que el recurso por inconstitucionalidad de la ley de arrendamientos, fundado en que significa una expropiación contraria a la declaración de derecho, fué desestimado.

NEUKAMP.—*Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Febrero de 1929.*—(D. Woch. Arch., 4-5, 199/203.)

En esta misma Sección se dió cuenta de la polémica sobre si era lícito a las Administraciones municipales gravar con impuestos los anuncios luminosos proyectados en el espacio. La sentencia aludida niega la licitud de esta imposición, aunque no apoyándose, como los Tribunales de instancia, en el apartado 2.º del párrafo 905 del C. C., sino fundándose en el carácter público de las calles, y consiguiente obligación para las comunidades municipales de tolerar cualquier utilización que no perjudique el tráfico.

XIII Congreso Notarial alemán.

Trae una amplia información sobre sus sesiones la *Zeitschrift des Deutschen Notarvereins*, en el número correspondiente a Octubre de 1929; en ella figura el anteproyecto de una ley general para el Notariado alemán, redactado por Oberneck, y al cual hizo alusión en su conferencia, publicada en estas columnas, el Dr. Erich Simon, Notario de Berlín.

OERTMANN (Paul).—*La protección del comerciante arrendatario en el Derecho civil.*—(D. Woch. Arch., 11-4, 481/87.)

Un artículo ponderado en las opiniones y de orientación general en los problemas que ha planteado la llamada economía coactiva de la vivienda.

El autor reconoce y aplaude la tendencia a restaurar el Derecho común, es decir, el imperio de los preceptos del Código civil, sobre arrendamientos; estima igualmente plausible la orientación a separar, cada vez más acentuadamente, los problemas y la legislación sobre arrendamientos rústicos de los urbanos, pero encuentra una laguna en estas reglamentaciones: los arrendamientos de locales para usos industriales.

La protección que se dispensa a los cultivadores está justificada por el problema que plantearía, con caracteres angustiosos,

la destrucción de una serie de economías privadas, construidas a fuerza de trabajo, si quedaran entregadas a un régimen de excesiva libertad. El trato de favor que se ha otorgado a los inquilinos, es explicable en los momentos de penuria de habitación, y obedece, además, en ocasiones, a resortes inconfesables, de tipo político. Pero quedan en medio esas economías, tan respetables como las de los cultivadores, en las que hay también un noble título de trabajo, huérfanas de protección.

Para ellas pide Oertmann una reglamentación especial, por ser también peculiar su caso, y comentando una Memoria redactada por Auerbach y Von Poll, en nombre de la Asociación de Comerciantes individuales de Alemania, resume su pensamiento así:

Terminación del contrato.—Debe exigirse, caso de reclamarse el local, un fundamento grave, sobre cuya existencia decidirán los Tribunales en caso de litigio. En ningún caso podrá serlo una pretensión de elevar la renta, como no resulte ésta excesivamente baja. Esto para el supuesto de no estar fijada la duración del contrato; en este segundo caso, la prórroga indefinida sólo deberá concederse en forma de un derecho de opción para el inquilino, dando aviso dentro de un plazo fijo y comprometiéndose a abonar un suplemento de renta, fijado de común acuerdo o por resolución de la Autoridad a quien se confíen estos acuerdos. Paralelamente, el dueño podrá, dentro de análogos plazos, anunciar su propósito de utilizar el local para sus necesidades particulares.

JOSEF.—*Contratos de arrendamiento suscritos solidariamente por marido y mujer.*—(Arch. f. d. Civilist. Praxis, 10,3.)

HELDRICH.—*La validez de los poderes después de la muerte del poderante.*—(Iherings Jahrbücher, 34, 5/6.)

REIF.—*La implantación de los nuevos libros del Registro inmobiliario de Viena.*—(Recuérdese el largo proceso que ha sido necesario seguir para su reconstitución después del incendio del Palacio de Justicia.)—(Jurist. Rundschau, 1929, núm. 11.)

HASE.—*Cargas reales y deudas personales.*—(Archiv. f. Rechtspflege in Sachsen, 6-4.)

HANIG.—*Sobre el procedimiento que debe seguirse en Sajonia con las peticiones de matrimonio formuladas por extranjeros.*—(Zeit. f. Standesamtswesen, 9-10.)

- KOLLROSS.—*Las bases espirituales del Derecho privado ruso.*—(Jurist. Blätter, 58-13.)
- El mismo.—*Observaciones al libro de RAJEWISTCH Historia del Derecho civil de los Estados burgueses, desde 1914.*—(Int. Anwaltsblatt. 1929.)
- SCHLEGELBELGER.—*Sobre la naturaleza jurídica del uso en común.*—(Zeit. f. Agrar. u. Wasserrecht., 11-4.)
- RENARD.—*Propiedad privada y dominio público.*—(Rev. des Sciences philosophiques et théologiques, 18-2.)
- STEINER.—*Notas a los Decretos de confiscación del Gobierno ruso.*—(Schweiz. Juristenzeitung, 25-24.)
- BUSS.—*La posición jurídica del subarrendador frente al subarrendatario al finalizar el arriendo base.*—(Deutsches Mietrecht, 9, 7/8.)
- GUNZENHAÜSER.—*El testamento según la legislación de los Estados Unidos.*—(Blätter f. internat Privatrecht, 4-8.)
- WIELUNER.—*Los derechos del subarrendatario en los casos de concurso o quiebra del subarrendador.*—Leipzig. Zeits. f. deut. Recht, 23-13.)
- ALEXEEF.—*Diez años de legislación agraria en la Rusia soviética.*—(Z. f. Ostrecht, 3-7.)
- KLAUSING.—*La jurisprudencia del Tribunal del Imperio en los cincuenta años transcurridos desde su fundación.*—(D. J. Z., 34-19, págs. 1.260-68.)

Una ojeada de conjunto sobre la aportación que al Derecho privado llevó la más alta representación de la Judicatura alemana, acotada por los siguientes epígrafes: Las leyes generales y su implantación; el acomodamiento del antiguo Derecho a las nuevas circunstancias; jurisprudencia y ciencia jurídica; la penetración en el pueblo de la jurisprudencia. El autor concluye con estas palabras: «El Tribunal Supremo ha llegado a ser, en estos primeros cincuenta años de su actuación, indiscutiblemente, un firme sostén de la unidad alemana y uno de los propulsores más importantes de la formación jurídica.»

ROMÁN RIAZA.

Catedrático.