

EL TITULAR

a) La persona física

I.—DERECHO SUBJETIVO.

El derecho objetivo, ordenamiento social que favorece y tutela el desenvolvimiento de la humanidad en forma progresiva, se presenta como un conjunto de leyes o mandamientos generales que establecen normas de conducta.

En el estadio actual, de igual modo que en los anteriores, el premio apenas tiene la categoría de móvil o motivo, la autorización o el permiso, según la mayoría de los juristas, no integran nunca el contenido de una facultad, y del derecho objetivo, la realidad que primero aparece y se nos impone es el deber.

Repugnan a la ley ciertos actos humanos o desea la realización de otros, y exige al hombre una prestación, una cautela o una seguridad, sin manifestar en interés de quien las ordena, aunque en el fondo, el precepto va dirigido a una finalidad y orientado al bien común.

De aquí la dificultad que surge al tratar de enlazar el derecho objetivo (*norma agendi*) con el derecho subjetivo (*facultas agendi*) y las distintas soluciones propuestas por los juristas y filósofos que han enfocado en estos últimos tiempos el problema.

Efectivamente, la Ley, al ordenar a un ciudadano la entrega de una cantidad, la tutela de una situación o la garantía de su actividad, puede tener a la vista una esfera jurídica de complicadas necesidades, o puede dirigir su imperio a la solución de un conflicto de intereses limitados y deslindados, decidiendo a quién favorece en primer término.

En el primer caso, no concederá atribuciones especiales a los directamente interesados en las relaciones jurídicas; el mandato será de orden público, y como el interés de la misma sociedad estará en juego, la Ley no delegará en ninguno de los favorecidos un especial imperio, sino que exigirá inmediatamente el cumplimiento del deber por medio de los órganos del Poder público.

En el último supuesto, la Ley decidirá entre dos intereses contrapuestos, que afectarán inmediatamente tan sólo a dos patrimonios, y dejará la ulterior regulación de las relaciones jurídicas al representante del interés predominante o favorecido.

Las cuestiones jurídicas, en el primer caso, se resolverán por el órgano oficial, sin conceder las facultades decisivas a ninguno de los interesados. Supongamos que la Ley establezca que, en una industria determinada, el trabajo diario no pueda exceder de ocho horas diarias, ni el semanal de 48. Pues bien; ya lo decrete así en interés del trabajador, para tutelar su salud o su vida, ya en interés del patrono, para garantizar el rendimiento y efectividad del obrero, ya en interés de la misma producción, por motivos económicos, no delegará su potestad ejecutiva en ninguno de los interesados, ni les permitirá renunciar a los respectivos beneficios ni modificar la reglamentación del trabajo en este particular.

En cambio, al decidir un conflicto de interés entre el propietario de una finca rústica y un arrendatario, entrega al favorecido, bien sea el primero, por haber expirado el plazo del arriendo, bien el segundo, por existir una tácita reconducción, plenos poderes, que pueden ejercitar judicialmente, si lo estiman oportuno, o renunciar, si lo creen más conveniente.

Tan incumplido está el derecho cuando el jefe de un domicilio no comunica a las autoridades la existencia de un caso de viuela en el mismo, como cuando el deudor no satisface a su vencimiento el crédito; pero en este supuesto, la Ley convierte en árbitro de la relación jurídica al acreedor, le concede la facultad excluyente de instar, renunciar o traspasar el crédito, y considera impertinentes las oficiosas peticiones de sus conciudadanos en orden al cumplimiento de la obligación.

De igual modo, la Ley delega en el propietario de una cosa la facultad de disponer de ella y desenvolver su interés como lo

juzgue conveniente, y tal es el sentido racional de la frase romana: *unusquisque enim est rerum suarum moderator et arbiter*.

Con esto aparece ya perfectamente perfilada la figura del derecho subjetivo, verdadera potestad que la norma jurídica atribuye al particular en un círculo jurídico determinado.

Aunque la literatura del derecho subjetivo es relativamente reciente, y los romanos nunca dedicaron especial atención a la materia, como a ninguna investigación teórica, la ciencia jurídica moderna no sabe dar un paso sin tal concepto.

Si el Estado concede esta facultad en atención al carácter espontáneo de la voluntad, que se desenvuelve en la libertad como en la propia atmósfera, o teniendo en cuenta la protección de un interés determinado y objetivo, es cuestión muy discutida y que puede resolverse armónicamente con la posición que Windscheid, partidario antiguo de la *Willenstheorie*, adoptó después de los ataques de Thon: «Derecho es una potestad o señorío de la voluntad atribuido por el orden jurídico. La subsistencia del deber correspondiente al derecho, y por consiguiente del mismo derecho, es independiente de la voluntad real del titular, de una manifestación de voluntad que emane de él. Quien atraviesa el predio ajeno, viola el derecho del propietario, aunque éste no se lo haya prohibido; quien no satisface en tiempo oportuno a su acreedor, viola su derecho, aunque no se haya exigido el pago. Un incapaz puede, sin representante, tener un derecho, y hasta se puede tener un derecho sin saberlo. En las precedentes ediciones he tratado de evitar esta dificultad, diciendo que el ordenamiento jurídico, al conceder un derecho, no declara decisiva la voluntad del titular, sino un cierto contenido de voluntad. Renuncio a esta tentativa como insuficiente. Debe arrancarse de que la voluntad imperante en el derecho subjetivo es solamente la voluntad de la Ley, no la voluntad del titular. Aun cuando el ordenamiento jurídico deriva de la voluntad de una persona, el contenido de su precepto, manda él sólo, y no dicha persona. Pero para este precepto, promulgado a favor del titular, el orden jurídico hace decisiva la voluntad del mismo titular» (1).

La noción del derecho subjetivo presenta capital interés para

(1) *Pandectas*. Lib. 2.º, par. 37 y nota 3.ª.

el desenvolvimiento de la técnica hipotecaria; porque en el Registro no se consignan normas jurídicas de carácter objetivo, sino que, partiendo de su vigencia, se inscriben los derechos o facultades que corresponden a un titular determinado.

Por otra parte, distinguiendo los dos elementos, disposición y disfrute, que Bekker tan de relieve puso en su primer trabajo (1), como factores del derecho subjetivo, y que responden en cierto modo a la voluntad y al interés, que en aquel concepto aparecen fundidos, fácilmente se observará que todo el mecanismo hipotecario gira alrededor de la titularidad de disposición, dejando en la sombra la utilidad o el aprovechamiento de las cosas, para atender a los actos de enajenación, traslativos o constitutivos.

El portador del derecho subjetivo es designado con la denominación clásica de *persona*.

Usada esta palabra, en un principio, para designar la máscara con que se cubrían los actores (2), los mismos cómicos (representantes) (3), los personajes representados (4) y el papel (5), en abstracto, trasciende al drama de la vida y sirve para poner de relieve la actuación característica de un hombre.

Como nosotros, los romanos decían: «hacer el papel de rey» (*personam regis gerere*) o «hacer de rey» (*regem gerere*), y en la persona del actor se fundían los rasgos distintivos del representado, aunque fuese un animal, como en las primitivas comedias, con las facultades del representante. Se personificaba a la abubilla como a Neptuno.

Donde las cualidades y caracteres de la humanidad se exterior-

(1) En su Pandectas, pár. 19, abandona la idea de elevar el goce (*Genuss*) a factor determinante de la subjetividad jurídica.

(2) La etimología *per-sonare*, resonar, no es muy segura. Pero la máscara de tragedia, por ejemplo, se llama *persona trágica*, en la conocida fábula de Fedro.

(3) Según Diomedes (*Ars gramm.* III), en el drama griego solamente actuaban tres *personas*, siendo la cuarta muda, y los latinos introdujeron varias personas en la fábula.

(4) El tipo del parásito, el del militar fanfarrón (*miles gloriosus*) y el del eunuco que Terencio (en el prólogo de *Eunuchum*) llama *personas*.

(5) Por ejemplo, en la frase de Cicerón: *tantam personam sustinere*: desempeñar tan arduo papel.

rizan, donde aparece el hombre actuando, existe una persona (1).

El pueblo romano, sin embargo, no consumó la evolución. El derecho germano, que, en un principio, negaba la personalidad a los extranjeros, admitió, durante la Edad Media, una serie de términos medios entre el siervo y el hombre libre.

Por último, la influencia del Cristianismo y de la escuela del derecho natural, llevó a los Códigos del pasado siglo la afirmación de que todo hombre es persona.

II.—LA PERSONA EN EL REGISTRO.

La más esencial característica de la persona es la capacidad jurídica o aptitud para figurar como sujeto de derecho, así como la más importante de las propiedades jurídicas del hombre es la capacidad de realizar actos, a los que la ley atribuye plenos efectos, garantizando las determinaciones de la voluntad.

Esta distinción de capacidad jurídica y capacidad de obrar se sostiene a pesar de los ataques de Hölder, Binder y Thiessen, que consideran el derecho subjetivo como esencialmente voluntario y no admiten la posibilidad de que un incapaz sea sujeto de derecho.

Sin embargo, la línea que separa ambos conceptos no es tan profunda para los escritores alemanes como para los españoles, y estudian las circunstancias modificativas de la capacidad bajo el título de causas que influyen tanto en la jurídica como en la de actuar (2).

De todos modos, el Registro de la Propiedad no garantiza ni

(1) Tal es el resultado a que llega Thiessen en su Tesis doctoral «Person und Vermögen».—Berna-Noske, 1910, enmendando el estudio de Schlossman. «Person und πρόσωπον», 1906.

(2) Para apreciar este matiz, basta comparar nuestro Sánchez-Román (Op. cit. II, pág. 115), cuando dice: «No es la *capacidad jurídica*, ni la misma *personalidad in genere* lo restringido, influido o modificado por ciertos hechos, sino la *capacidad de obrar*, o mejor la *civil*, que es expresión del conjunto de ambas», con los párrafos (del título 3.º del 2.º libro) que Gierke dedica a la influencia del sexo, edad y salud, tanto sobre la capacidad jurídica como sobre la de realizar actos jurídicos, o con los párrafos que V. Thur dedica a las «diferencias jurídicas más notables entre los hombres». (Der. Allg. Teil del D. B. R., I, párr. 24 y sig.).

El Código civil alemán, como el nuestro, no conoce el término ni el concepto *capacidad de obrar*, y se contenta con regular la capacidad *in concreto*

la una ni la otra, y sólo en el momento de calificar adquirirá relieve la distinción para el Registrador.

La persona puede ser natural (física) o jurídica (ficticia, moral, mística, social, civil, de existencia ideal, colectiva).

La persona natural se determina, para los efectos hipotecarios, según el artículo 9.º de la Ley (circunstancias 5.ª y 6.ª), por el nombre y apellido; por el nombre y *apellidos* y estado civil, a los cuales se añaden la edad, cuando se tratase de un menor, la profesión y el domicilio o vecindad, según el artículo 65 del Reglamento (regla 6.ª).

Nada se indica respecto a la consignación de datos tan interesantes como el nombre familiar, el de religión, el seudónimo y el apodo (sobre todo el que no acuse infamia ni se preste al ridículo), ni del valor que pueda concederse a los nombres de los padres, a pesar de que dichos datos son, en algunas ocasiones, indispensables, y encuentran abiertas las puertas del Registro en Alemania y Suiza.

Las dificultades que puedan surgir para formar los apellidos, por la falta de reglamentación específica, se vencen con las mismas declaraciones de los títulos presentados, con la cédula de vecindad, con los certificados del Registro civil, y, en ocasiones, aunque esto pudiera discutirse, con informaciones *ad perpetuam*. Por otra parte, el Negociado de Registro civil de la Dirección general de los Registros, ha publicado ya en los Anuarios de la misma, copiosa jurisprudencia, que puede servir en los casos de duda.

El empleo de los títulos de honor, función ó nobiliarios, cuando acompañan a los datos reglamentarios, está permitido, y aun

para hacer ciertas manifestaciones de voluntad, para contratar y para testar, así como fija los supuestos que han de concurrir para que nazcan las responsabilidades por delito o cuasi-delito.

Con gran claridad afirma V. Schwind (Grünz. des Deuts. Priv. par. 8): «La capacidad jurídica es solamente la capacidad de ser titular de derechos y deberes, pero no contiene como tal la capacidad para cualquier adquisición jurídica y para cualquier acto de disposición sobre derechos. La capacidad de adquirir y la de disponer están verdaderamente unidas en el Derecho germánico con la capacidad jurídica, pero se presentan como sus anejos no como sus emanaciones. Ambas son independientes de la capacidad de obrar, no la presuponen y no aparecen con ella.

existen inscripciones en que estos últimos no aparecen ; pero esta corruptela, si bien no provoca la nulidad de la adquisición, va directamente contra el principio de especialidad, porque Duques de Alba, por ejemplo, ha habido muchos.

Hay, sin embargo, resoluciones que reconocen la posibilidad de realizar asientos a nombre de cuantas personas se sucedan en un solo cargo (por ejemplo : a favor del Obispo de Avila o del Alcalde de Madrid), formando así una especie de persona jurídica con individuos colocados en serie histórica. Esta figura, admitida en la legislación inglesa (1), y que acaso represente una evolución imperfecta de la personalidad de las Corporaciones, no tiene cabida en nuestro Derecho civil. Su aparente sencillez oculta insolubles problemas de constitución, capacidad, destino del patrimonio, responsabilidad, etc.

III.—CASOS ESPECIALES.

A pesar de que todo el sistema hipotecario gira sobre la existencia de derechos subjetivos que se atribuyen a una persona determinada, son frecuentes los casos en que las inscripciones amparan a personas inciertas, fallecidas o que nunca existieron ni existirán.

Tales son, en primer lugar, los supuestos de reserva regulados en los artículos 811, 968 y 980 del Código civil y en las legislaciones forales, las instituciones fideicomisarias en que se designa y determina el sustituto por medio de fórmulas cuyo alcance se ignora (por ejemplo : los hijos que tenga el fiduciario, de cualquier matrimonio), y los provocados por la existencia de menciones

(1) Las leyes continentales desconocen la distinción inglesa entre corporaciones colectivas y corporaciones de una sola persona (*corporations sole*). Este último tipo llena el hueco que en aquel Derecho civil existe en materia de fundaciones. En vez de hacer donación a una iglesia, a un santo, a una *fábrica* personificada, se designaba al rector o al párroco como donatario. Naturalmente, el predio donado no engrosaba el patrimonio particular del eclesiástico favorecido, sino que se consideraba propiedad del cargo mismo o del titular fuera quien fuera. V. Pollock and Maitland, *History of English Law* (2.^a ed. I, pág. 499) y Schuster-*The principles of German Civil Law* (pág. 33).

que, no obstante su indeterminación, hayan de producir efectos contra tercero, según el artículo 29 de la ley Hipotecaria.

No existe ningún precepto que declare caducadas las inscripciones por el transcurso del tiempo, y como en muchos Registros del Noroeste de España se ha inscrito repetidas veces la misma finca, por medio de informaciones posesorias, así como en toda la nación se han practicado numerosos traslados de asientos antiguos, se cuentan por miles los titulares de derechos vigentes que han fallecido.

También es posible que aparezcan inscripciones extendidas a favor de personas *inexistentes*, sobre todo por virtud del llamado principio del consentimiento formal. Efectivamente, siendo decisivo, para los efectos de la inscripción, el consentimiento del titular que transfiere o reconoce un derecho real, y no necesitándose en ocasiones la aceptación ni la comparecencia del adquirente, puede, por malicia, negligencia, error u olvido, reservarse una servidumbre o constituirse una hipoteca a nombre de persona que nunca ha existido ni haya de existir.

En fin, también es posible inscribir una finca o derecho a favor de personas no nacidas. Pero aquí debemos distinguir dos clases de hijos naceros (*nascituri*): los ya engendrados (*concepti*) y los que todavía no lo están (*nondum concepti*).

La protección en el derecho privado de los concebidos, entre los cuales se encuentran los póstumos (artículo 959 y siguientes del Código civil), ha sido objeto de las más variadas justificaciones. Autores hay que les conceden verdaderos derechos subjetivos, como a una persona jurídica; otros, que admiten derechos sin sujeto, y la mayoría habla de derechos futuros, condicionados o vacilantes, y hasta de meras expectativas. Por esta razón y por la brevedad del plazo en que la situación ha de definirse (aborto o parto), apenas trasciende materia a los Registros de la Propiedad.

No cabe decir lo mismo del *no concebido* (*nondum conceptus*), que puede figurar mucho tiempo en las inscripciones como mera potencialidad y ser un obstáculo que impida la libre disposición de fincas y derechos.

Las probabilidades de su existencia como persona física aumentan o disminuyen con las especiales circunstancias de la situación

y de los llamamientos. La institución de los hijos legítimos de A como segundos herederos, tenderá a perfeccionarse a medida que A llegue a la edad de contraer matrimonio, y sobre todo cuando lo contraiga.

Durante el pasado siglo se dividieron las opiniones de los romanistas sobre la capacidad para heredar del no nacido ni concebido en el momento de abrirse la sucesión, inclinándose los más a concederle tan sólo la facultad de aceptar legados.

Con enérgicos rasgos, nuestro Sánchez-Román, después de citar, entre otros textos, los artículos 758 y 657 del Código civil, escribe :

«El primero de estos dos textos pide la nota de *actual* o *simultánea* de esa capacidad del heredero o legatario, para ser así calificada, esto es : reconocido apto para suceder, en relación con el tiempo precisamente de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, y mal puede hacerse esa calificación de quien a ese tiempo no existe, porque ni ha nacido, ni ha sido concebido en dicha fecha, aunque lo sea o nazca después, y el segundo remite la realización del fenómeno jurídico de la sucesión *mortis causa* y la transmisión de los derechos que mediante ella se verifica, de la persona del causante a la del sucesor, al momento preciso de la muerte, y no pueden transmitirse dichos derechos, ni causarse la sucesión, cuando falta toda noción de realidad en la existencia de la persona del sucesor, a quien tales derechos han de transmitirse.»

«De éstos resulta evidente la conclusión de que las personas que no existen, por no haber nacido, ni pueden existir por una retroacción de fechas, admitida sólo por excepción para los que han sido concebidos antes de la muerte del causante y nazcan después en las condiciones del artículo 30, según lo permite la definición que de criaturas abortivas da el número 1.º del 745, que explicamos, no tienen capacidad para suceder por testamento o sin él, aunque hubiese sido tenida en cuenta por el testador la hipótesis de que sobreviniera su concepción y nacimiento en fecha posterior a la muerte del sucedido ; por ejemplo, ordenando institución de herencia o legado en favor de la descendencia que pudiera tener en lo sucesivo persona designada por el testador, como signo para lo futuro, bastante a determinar o individualizar, hasta donde

fuese dable, la existencia ulterior, posible, pero incierta al tiempo de hacerse, de persona que naciera después» (1).

Los anteriores razonamientos, que señalan una orientación general en la materia, no pueden ser discutidos en este lugar: pero hemos de intentar una justificación de los innumerables asientos que en los Registros se encuentran extendidos a favor de personas no nacidas ni concebidas (*nondum concepti*).

Con referencia a la dogmática del derecho subjetivo, manifiesta Geny, en su *Método de interpretación* (2): «Tiene por objetivamente necesario el principio *a priori* de que todo derecho exige, como inexcusable condición de su existencia, una persona actualmente existente. Y de ahí, con lógica rigurosa, obtiene, entre otras deducciones, las siguientes: 1.^a, que no puede reconocerse un derecho en pro de una persona física, que a lo menos no esté concebida al nacer este derecho... Indudablemente que, por regla general, la jurisprudencia no reconoce un derecho en favor de una persona sino cuando ésta existe, o a lo menos está concebida en el momento en que aparece el beneficio de derecho que se reclama. Y es que normalmente, en efecto, el interés particular del beneficiado no requiere, ni la utilidad corriente, ir más allá... Pero que la situación de una persona futura exija seriamente el ejercicio expedito de un derecho constituido en su favor antes de su concepción, sin que ninguna razón de orden general se oponga aquí a la utilidad particular, y no impedirá ciertamente que sea satisfecha la lógica de una pretendida construcción jurídica.»

Desde un punto de vista filosófico, sienta Demogue (3) «el postulado moral de que la humanidad actual debe trabajar por la humanidad futura: lo que conduce a decir que, técnicamente, los sujetos de derecho deben comprender tantas o más personas nacederas vivas. Si Taine ha podido decir que la sociedad comprende más muertos que vivos, se puede decir, con tanta verdad, que contiene a lo porvenir como al presente. Nada impide, y buen número de razones recomienda, que las generaciones futuras sean,

(1) Estudios de Derecho civil, tomo 6.º, Vol. 1.º, pág. 254, 2.ª ed., Madrid. Sucesores de Rivadeneyra, 1910.

(2) Trad. española. Madrid. Reus, 1902, pág. 124.

(3) Les notions fondamentales du Droit privé. Parfs. Rousseau, pág. 369.

con relación a los hombres actuales o a los de mañana, titulares de ciertos derechos.»

El párrafo 2.º del artículo 764 del Código civil italiano declara que pueden suceder por testamento los hijos inmediatos de una persona determinada que vive al tiempo de fallecer el testador, aunque no estuvieran concebidos.

La Jurisprudencia reconoce que la capacidad para suceder a los *nascituri* era desconocida en el antiguo Derecho romano, aparece en el Justiniano con el llamamiento de póstumo, se amplía en el *ius receptum* y cristaliza en los artículos 623 y 705 de los Códigos de Parma y Albertino, respectivamente. La institución, que no es fideicomisaria, sino condicional, pendiente del hecho de nacer los llamados (*an nascatur*), asegura la permanencia del patrimonio en la familia y autoriza al testador para extender la órbita de sus herederos. Ni aun la objeción de quedar la propiedad en suspenso merecía ser tenida en cuenta para la casación. En un legado de usufructo, la atribución de la propiedad a un nacedero no equivale a falta absoluta de llamamiento, y tal que, en atención a que la propiedad no puede *manere in pendulo*, acumule al usufructuario el derecho de propiedad, sino que tan sólo equivale a incertidumbre en el mismo llamamiento, en cuanto está subordinado a sobreviniencia o sobrevivencia de los hijos.

La técnica inglesa de los segundos beneficiarios (*remainders*), reversiones (*reversions*) y expectativas (*estate in expectancy*), es demasiado compleja y se halla demasiado distante de la continental para que podamos exponerla en breves líneas. Nos contentaremos con indicar que el beneficiario, por el remanente, puede ser actual (*vested*) o eventual (*contingent*), según tenga un derecho presente de goce futuro, o dependa la adquisición del derecho de un acontecimiento o condición. La contingencia puede referirse a la incertidumbre en las personas o en los acontecimientos. Si A otorga un predio a B por toda su vida, concediendo el derecho complementario al heredero de C, hasta la muerte de este último no se sabe con seguridad quién es el nudo-propietario (*remainder in fee*). Si C muere durante la vida de B, el derecho se concreta sobre los herederos de aquél. Para evitar que, por la sobrevivencia de C a B, caducase la institución, se acudió al nombramiento de *trustees*.

No tienen capacidad jurídica en el Derecho austriaco los no concebidos (*unerzeugte*), pero pueden atribuírseles derechos futuros, para el caso de que lleguen a existir. La institución en testamento de un *no concebido* vale como sujeta a la condición del nacimiento, de tal manera, que sólo en este momento se perfecciona. La materia se ha regulado, desde mediados del pasado siglo (1), en forma análoga a las instituciones fideicomisarias en línea descendente.

El paralelismo entre la institución examinada y la institución fideicomisaria se evidencia en el Código civil alemán, cuyo artículo 2.101, colocado bajo el título *institución de un segundo heredero*, dice: «Si se instituye como heredera a una persona que todavía no ha sido engendrada al abrirse la sucesión, se presume, en caso de duda, que ha sido llamada en segundo término.»

El proyecto de Código civil español de 1851, que tan radical ha parecido a todos los jurisconsultos en materia de fideicomisos, contenía, en el último párrafo del artículo 638, el siguiente precepto: «Puede, asimismo, dejar un padre la parte libre de sus bienes a su hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviese en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados.»

En la base 16.^a, a que, según la ley de 11 de Mayo de 1888, debían ajustarse tanto el Gobierno como la Comisión para la redacción del Código civil, se consigna lo siguiente: «Materia de las reformas indicadas serán, en primer término, las instituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa, de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador.»

En fin, el artículo 781 del mismo Código distingue igualmente los dos supuestos, si bien cambiando *generación* por *grado* y suprimiendo la palabra *todas*.

Puede, por lo tanto, afirmarse, dada la forma disyuntiva de la cláusula gramatical, que la circunstancia de vivir o no los sustitutos, es fundamental para los efectos de precisar el número de los tolerados, y lleva directamente a la conclusión de que los no concebidos pueden ser instituídos segundos herederos. Para el

(1) Véase el artículo 612 del Código civil austriaco y las disposiciones del Decreto de 29 de Mayo de 1845.

objeto perseguido en esta investigación, no es necesario discutir la validez de la institución condicional hecha en primer término a favor de los mismos (*nascituri*), aunque la redacción de los artículos 790 y siguientes acaso favorezca igualmente la solución afirmativa. El admitir, sin embargo, en este supuesto una sustitución fideicomisaria tácita, como en la legislación alemana, chocaría contra la prohibición de los artículos 783 y 785 de nuestro Código.

Una vez demostrada la licitud de las menciones de derechos extendidas en los Registros de la Propiedad a favor de los *no concebidos*, surge el problema de su representación, que apenas si ha sido discutido por los civilistas. La Dirección general del Ramo ha tenido ocasión de rechazar la aplicación a estas situaciones jurídicas de las normas reguladoras de la patria potestad, especialmente del artículo 164 del Código civil; pero nada ha indicado sobre la organización posible de una tutela o protección del *nacendo* como persona futura.

Mucho más oscura que la precedente cuestión se presenta la relativa a los efectos hipotecarios de las cláusulas que atribuyen a personas determinadas la facultad de realizar actos de disposición sobre bienes o derechos correspondientes a otros, escindiendo, de esta forma, la personalidad jurídica.

Por regla general, las facultades de disposición y goce se encuentran unidas en el mismo titular, y si éste es incapaz, la Ley le provee de representantes que actúen por él; pero existen múltiples supuestos en que aparece facultada para otorgar actos inscribibles de transferencia, constitución, modificación o extinción una persona que se halla privada del goce o disfrute económico del derecho inscrito.

Tales son el comisario autorizado para hacer la partición (artículo 1.057 del Código civil), el viudo facultado para mejorar (artículo 831), los herederos de confianza y fiduciarios de las legislaciones forales, el mandatario del artículo 201 del Reglamento hipotecario, los adjudicatarios en pago y las llamadas *pagadurías*, etcétera, etc.

En el Derecho moderno se han unido a estos tipos clásicos otros muchos, que Fischback estudia en una interesante monogra-

fía (1) y que todavía son objeto de una viva discusión en Alemania.

IV.—EL FIDUCIARIO.

La palabra y el concepto parecen acusar un retroceso jurídico y llevarnos a la cuna del Derecho romano, pero en realidad estamos en presencia de un nuevo acoplamiento de los elementos jurídicos primordiales, de una nueva combinación de las letras de nuestro alfabeto técnico para responder a las necesidades del comercio moderno.

La posibilidad de que el acto jurídico solemnizado vaya más lejos que la finalidad económica perseguida por los contratantes y se apoye en la *confianza* que uno de ellos inspira al otro, provoca estas situaciones fiduciarias en que la exteriorización jurídica (cesión, por ejemplo, de un derecho) excede al efecto útil calculado (seguridad o garantía de un crédito).

El que transfería solemnemente la propiedad de una cosa por medio de la *mancipatio* o de la *in jure cessio*, sin necesidad de hacer constar en tal acto el motivo de la transferencia, podía hacer constar en un negocio accesorio la intención (*lex*) con que realizaba el traspaso, y el adquirente que aceptaba en ambos actos jurídicos, quedaba, de un lado, dueño de la cosa, y de otro, ligado por el *pactum fiduciæ* a usar de su omnímodo poder dentro de la pauta que le había sido trazada.

Los romanistas han recogido y agrupado los textos dispersos de la *fidutia cum amico*, *fidutia cum creditore*, *coemptio fiduciaria*, *emancipatio fiduciaria*, y *fidutia* testamentaria para hacernos ver el funcionamiento de esta figura en el primitivo depósito, comodato, secuestro, mandato con facultad de ceder, sociedad, etc.

Y en la sucesión *mortis causa*, la venta del patrimonio al *familiæ emtor*, con la adición de las instrucciones a que debía ajustarse en su gestión y adjudicación, se eleva a la categoría de forma testamentaria general.

(1) *Trenhänder und Trenhandergeschäfte*. Benschheimer, Leipzig.

¿Qué efectos produce la transmisión de la cosa con cláusula fiduciaria?

La transferencia de la propiedad, según unos, con independencia de la causa; la creación de un dominio revocable, según otros; una propiedad sujeta a condición resolutoria, según Fuchs: una especie de *dominio impropio* (*dominium improprie dictum*), según Godofredo.

Sea porque los modernos proyecten sobre las antiguas instituciones sus propias ideas, sea porque los romanos no supieron sujetar a normas claras esta amalgama de derechos reales y obligaciones de confianza, vemos dibujarse en la discusión las opiniones que en la actualidad se divide el campo y distribuir las facultades de disposición entre fiduciante y fiduciario.

La misma figura se encuentra en el Derecho griego, con diversas modalidades: cesión en seguridad de una obligación, venta a pacto de retro, transferencia sujeta a condición suspensiva, donaciones *mortis causa* con nombramiento de una persona que ha de entregar las cosas o la herencia a otras personas. Y en los documentos demóticos que ha dado a luz la papirología inglesa y alemana, se encuentran contratos que declaran transmitida una finca si llegado cierto tiempo no se ha pagado una deuda determinada.

En el Derecho germánico, con mayor energía que en otros ordenamientos, se destaca la figura del fiduciario (*Treuhänder*) como medio de transmisión *mortis causa*. Aparece la *affatomia* primeramente en la *lex Salica* y en la *lex Alamannorum*: quien careciendo de sucesión directa, deseaba evitar que sus bienes pasaran a la comunidad, entregaba su patrimonio a una persona intermedia (*Salmann*), que contraía el compromiso de transferir, ni más ni menos (*nec minus nec majus quantum ei creditum est*), al verdadero destinatario, dentro del plazo de doce meses contados desde la muerte del fiduciante.

El procedimiento de investidura constaba de dos partes: 1.^a La tradición de bienes al fiduciario en forma simbólica (entrega de ramos o pajas), y 2.^a La realización por éste de actos posesorios durante tres días (*sessio triduana*).

Se extendió este recurso a las disposiciones por el alma (*traditio pro salute animæ*), designando a un eclesiástico como persona de confianza para que entregase los bienes a la Iglesia.

El *treuhänder* (*dispensator, distributor, erogator*) desempeñaba funciones análogas a las de nuestros albaceas, y tenía una propiedad sujeta a condición resolutoria. En el momento en que enajenaba las cosas para fines extraños a su cometido, se cumplía la condición, se revocaba su propiedad y volvían aquéllas a la familia o herederos del fiduciante. Frente a tercero, sin embargo, subsistían los efectos de la enajenación por virtud del principio de publicidad.

Los ordenamientos germánicos medievales emplean al fiduciario (*Salmann*) para conseguir fines variados: en el derecho de familias se entregaban los bienes de la mujer casada a una persona de confianza para que los defendiese de la codicia del marido; en el Derecho procesal, intervenía como responsable por evicción; se le transfería el inmueble discutido y él tomaba sobre sí la defensa, en el pleito, del demandado; en el Derecho feudal, para conceder o transmitir un feudo a persona incapaz, se hacía uso de una persona intermedia que recogía los bienes y asumía los deberes del feudatario; en el Derecho municipal, cuando la adquisición de inmuebles en un pueblo sólo podía ser realizada por un vecino, los forasteros se valían de un fiduciario.

En todos estos supuestos, la situación jurídica del *Treuhänder* era análoga a la del propietario y podía disponer de las fincas con plenos efectos respecto de terceros. Sin embargo, su dominio se hallaba limitado por los derechos de intervención e impugnación correspondientes al fiduciante o titular de goce y por las obligaciones que éste pudiera contraer. Frente a la propiedad del fiduciario se elevaban una serie de limitaciones de naturaleza real, que protegían a quien en él había depositado su fe.

Las mismas dificultades que encontrábamos en el Derecho romano para determinar la naturaleza y efectos jurídicos de estas combinaciones, nos impiden aquí dar una solución definitiva al problema. Para unos, la transferencia al fiduciario (*Treuhänder*) se realiza bajo condición resolutoria; para otros, comitente y comisarios se hallan unidos por relaciones jurídicas tan íntimas, que las facultades dispositivas del uno se entrelazan con las del otro, y, en fin, no falta quien sostenga que el fiduciario o *treuhänder* es tan sólo titular de un derecho real limitado en cosa perteneciente a su comitente o al heredero de éste.

Como resultado de una evolución secular, florece en Inglaterra la institución de confianza (*trust*), por la que una persona transfiriere a otra (*trustee*) la propiedad para cierta obra o finalidad (*ad opus, to his use*).

Utilizado el procedimiento en un principio para traspasar un feudo a los menores de edad, por medio de persona interpuesta, y más tarde para crear un tipo de instituciones piadosas (*Charitable Trust*) perpetuas e impersonales, pasó más tarde al derecho de familia para suavizar las asperezas del régimen matrimonial (*Marriage settlement*) con la intervención de un honorable fiduciario que entregaba en *mano propia* las rentas de los bienes que, con destino a las necesidades de la esposa, se le habían confiado.

En otros casos, el patrimonio mueble (papel, acciones, etc.) se transmitía a una persona residente en país extranjero para evitar el pago al Fisco de los impuestos de sucesión *mortis causa*.

Aunque frente a los Tribunales comunes el fiduciario (*cestui que use*) asumía las facultades de propietario, se veía constreñido por la jurisdicción del canciller (*Court of Chancery*) a cumplir los fines de la fundación o a satisfacer las necesidades del beneficiario (*cestui que trust*).

Como el Derecho inglés no conoce la enorme barrera que nosotros tratamos de elevar entre los derechos reales y los personales (de crédito), es imposible precisar, en la técnica continental, el carácter de los derechos correspondientes al destinatario.

No se trata de una verdadera propiedad, porque ésta corresponde, libre y plena, al fiduciario (*trustee*), pero se acerca a los derechos o elementos activos del patrimonio y se denomina *estate* (*status*).

Así, la finca puede ser rescatada por el beneficiario del tercero que la adquiera de mala fe y del donatario, aunque sea de buena fe. Los acreedores del fiduciario (*trustee*) no se hallan autorizados para trabar embargos sobre los bienes confiados al mismo, mientras que se otorga esta defensa a los acreedores del destinatario, y con igual criterio se forma la masa de la quiebra. Es más, el principio de la *subrogación real* se aplica con tal rigor a los *trusts*, que si el fiduciario (*trustee*) vende una finca, el precio sucede en lugar de la cosa y queda incluido en el patrimonio de confianza.

La principal división para nuestro estudio de los *trusts*, es la que los distingue en *simples* y *especiales*. En el *trust* simple, el depositario o *trustee* tiene un papel pasivo, mientras el destinatario (*cestui que trust*) percibe directamente las utilidades. En los *trusts* especiales, el *trustee* recoge los frutos y los entrega al destinatario. En uno y en otro caso, el *trustee* no puede enriquecerse con su cometido.

Los poderes para vender, colocar el precio y celebrar contratos de arrendamiento son frecuentes y, normalmente, el *trustee* parece un albacea dotado de amplias facultades.

Al beneficiario corresponde el derecho de exigir cuentas, obtener una administración regular y percibir los frutos y productos. No responde por las deudas del fondo, ni le representa ante los Tribunales.

En el Derecho mercantil, la sustitución se utiliza para constituir grandes agrupaciones industriales. Los accionistas de cada azucarera, por ejemplo, pueden entregar sus títulos a un *trustee*, que, frente a tercero, obra como titular de las acciones y contrae compromisos de enorme trascendencia para la respectiva sociedad.

Se aproxima a la figura que venimos estudiando, el *prête-nom* del Derecho francés, que es una persona interpuesta (fiduciario o fideicomisario), que, bajo las apariencias de propietaria, obra por mandato oculto y celebra con los terceros contratos de venta o cesión, en propio nombre.

Aunque el negocio sea en realidad simulado, el nombramiento de un *prête-nom* (testaferro), que actúe con un título aparente y en interés del mandante, es válido si no tiene por objeto perjudicar a un tercero.

En las relaciones con su principal, el *prête-nom* asume el papel de mandatario, obligado por una *contraletra* (*contre-lettre*), y frente a tercero aparece como verdadero comprador o cesionario de acciones, obligaciones, etc.

La *contraletra* es un acto o documento secreto que anula o modifica, total o parcialmente, los efectos de una escritura pública y obliga regularmente a las partes (no a los terceros).

Cuando el mandante ha transferido auténticamente la cosa a su *prête-nom*, importa poco que las personas con quienes éste haya

contratado en propio nombre sepan o no la intimidad de sus relaciones; esta particularidad no ejerce ninguna influencia sobre los derechos y obligaciones *bona fide* nacidos sin necesidad del concurso del mandante, que permanece extraño al nuevo negocio y no puede prevalerse de él, ni ser demandado por su contenido.

Interesantes en extremo son las discusiones que en este siglo se han suscitado en Francia con motivo de la disolución de las Congregaciones religiosas, y en especial de los derechos correspondientes al P. Rey, fiduciario de los monjes que fabricaban *chartreuse*.

La institución recibió, en el moderno Derecho alemán, nuevos refuerzos legislativos y grandes alientos doctrinales. El artículo 1.189 del Código civil le abrió de par en par las puertas del Registro, permitiendo, en los casos de hipotecas en garantía los títulos endosables o al portador, el establecimiento de un representante de los acreedores que pudiera realizar actos de disposición y ejercitar los derechos nacidos de la hipoteca. Por otra parte, el poderoso comercio del Imperio había desenvuelto las transferencias en seguridad, los endosos fiduciarios, los depósitos de letras en garantía, la consignación de acciones en una casa de Banca para que ésta pudiese obtener mayoría en una junta general de otra Sociedad, etc., y los civilistas discutían la existencia de una *propiedad fiduciaria*.

Son corrientes, en el Derecho suizo, las cesiones en garantía (traspaso de un crédito para asegurar una deuda), las ventas con reserva de dominio y las pignoraciones de ganados sin cambio de posesión, figuras que se aproximan a la examinada, y, sobre todo, el artículo 860 del Código civil parece inspirado en los precedentes alemanes: «Al crear una cédula hipotecaria o una carta de renta, puede nombrarse un mandatario encargado de pagar y cobrar, recibir comunicaciones, consentir reducciones de garantía, y, en general, de salvaguardar, con toda diligencia e imparcialidad los derechos, tanto del acreedor y deudor como del propietario.»

En fin, para terminar estas indicaciones históricas, en nuestro país ha arraigado la institución, no sólo en el Derecho de sucesión *mortis causa*, sino en la contratación y en toda clase de actos *inter-vivos*.

Dejamos a un lado, por estudiado, todo lo referente a susti-

tuciones fideicomisarias, herederos fiduciarios y de confianza, comisarios, albaceas, contadores-partidores y ejecutores testamentarios, así como, por salir de nuestro campo, lo tocante a las cesiones en seguridad, ventas con *pactum reservati dominii*, prendas sin desplazamiento, mandatos secretos, testafellos, *hommes de paille*, etcétera, para aludir a las figuras más importantes de carácter *fiduciario* que pueden provocar asientos en el Registro.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(*Se continuará.*)