

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO  
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XVII.

Octubre de 1941

Núm. 161

## Derecho de fincas

I Desviación económica del Derecho —II Reacción —III. Problemas de orden constituyente Propiedad sobre fincas. Derecho inmobiliario. Registro jurídico de fincas. Crédito territorial.—IV Al servicio de la nueva concepción. Autogarantía real Cura objetiva.

I. El signo económico que presidió la formulación del Derecho de los últimos tiempos produjo consecuencias de extraordinaria importancia. Apuntamos entre ellas:

A) *Tendencia unificadora del objeto de derecho.*—Se retorna al principio de unidad de objeto de los derechos no desarrollados; aunque por distinta vía. Se identifican el interés jurídico y el valor económico. Muebles, inmuebles, créditos, productos del espíritu se equiparan en la medida de su valor. (*Wert Prinzip.*)

B) *Comercialidad.*—Los bienes son valores jurídicamente demarcados y asignados, que proporcionan a su dueño, no sólo una utilidad de consumo, explotación o uso, sino también la *utilidad de realización*, de una sustitución económica conveniente.

Los bienes son medios de adquisición. Su valor de satisfacción o afición motiva escasas derivaciones jurídicas. Lo que importa es el *valor en venta* de los bienes, que fija la bolsa, el mercado, la tasación pericial. La comercialidad deviene nota general del objeto de derecho. Y es un valor en sí.

C) *Sustantividad jurídica del valor del objeto y de las partes del*

valor.—Sobre la base del valor—centro, según vimos; de atracción jurídica—se intenta el replanteo del Derecho de bienes. Se distingue la titularidad dominical de la cosa de la asignación del valor de la cosa, coincidentes o no en una misma persona. Y así como el concepto unitario de la propiedad y la teoría de las partes integrantes ponen cierto coto al fraccionamiento jurídico, el valor, representación numeraria —mueble, fungible, divisible—, proporciona materia a la división semiatómica. Esta trasposición, verdadero movimiento de traslación del Derecho, se detiene, por una profunda reacción de vitalismo jurídico, en el punto crítico en que amenazaba consumarse.

Por lo que respecta a la propiedad inmueble, la tendencia económica del Derecho halló encarnación en el llamado Derecho Inmobiliario, que tuvo la fortuna de encajar definitivamente la institución, del Registro jurídico de fincas.

Amanece en el siglo pasado un general apasionamiento legislativo en relación a la transmisión y gravamen de los inmuebles, y se ofrecen refinadas y toscas técnicas a los desenvolvimientos del crédito territorial. Pero esta ardiente vocación jurídico-inmobiliaria muestra un cierto desvío a la tierra *por lo que ella es en sí*. Pretende movilizar la propiedad inmueble. En realidad los juristas pierden la tierra tanto como la ganan los economistas.

II. Pero esto, de un modo que conviene explicar. Porque las soluciones jurídico-inmobiliarias que se produjeron al influjo de los expresados principios muestran esencialmente: a) el ser, según se dijo, producto de un tratamiento preferentemente económico; b) de una economía particularista.

El Derecho—media estimativa de valores—no puede cabalgar con tal decisión sobre el interés económico, que a veces ostenta simple rango secundario.

Por otro lado, la economía que tradujeron tales soluciones fué una economía semiprivada, una economía de partido; de sistema inmobiliario capitalista. Contra esto es la propia Economía quien reacciona, ya que para ella el interés decisivo de las fincas no es el particular, que ciertamente ayuda, sino el general, que se corresponde con una política económica objetiva y, aún mejor, totalitaria.

Por eso la reacción que se acusa contra tal desviación económica del Derecho en el campo inmobiliario no es estrictamente jurídica. Más bien es la resultante de una aspiración económica de planificación, más

fuerte o más suave, con una vocación jurídico-inmobiliaria de esencia, que ama la tierra y reconoce su destino.

Esta vuelve a ser así la cosa noble por excelencia. Pero esta nobleza de la tierra no es sólo una nobleza que se escapa hacia el dueño—la tierra da nobleza—(1), sino una nobleza objetiva: la tierra tiene exigencias que ha de cumplir quien vive en ella y de ella.

No puede abusarse impunemente de las fincas. No pueden fraccionarse a capricho. No pueden endeudarse sin motivo (2). La tierra tiene un fin esencialmente humano que cumplir.

Recupera así la tierra su natural posición inmóvil al propio tiempo que obtiene un cierto trascendentalismo activo, *cuasi fundacional*: porque es asiento de familias, cimiento de razas y elemento estatal.

III. El nuevo sentido que de este modo cobija el Derecho de fincas o inmobiliario pone al descubierto y en juicio las bases materiales y formales, nomenclatura y finalidades de la propia ordenación:

#### PROPIEDAD SOBRE FINCAS

Las críticas que suscitó el sistema capitalista inmobiliario y el amplio ataque de que fué objeto la *propiedad privada territorial* no se produjeron en vano. De ellos es resultado un nuevo derecho de propiedad preñado de deberes (3), cuya construcción se intenta como concesión pendiente del dominio eminente de la Comunidad y como atribución fiduciaria de la misma. De cualquier modo, tal derecho corresponde al

(1) Damos por enterados a nuestros lectores de las disposiciones que sobre la regulación del estado de hacendado y sus prerrogativas contiene la ley alemana de la Comunidad de la alimentación de 13 de octubre de 1933 (*Gesetz über den Aufbau des Reichsnährstandes und Massnahmen zur Markt- und Preisregelung Landwirtschaftlicher Produkte*), de las que se ocupó con cierta detención esta REVISTA; D. Jérónimo González: "Orientaciones del Derecho Inmobiliario" (núm. 137), y García del Moral: "La reforma del Derecho privado en Alemania (conferencia de D. Nicolás Pérez Serrano)" (núm. 155).

(2) Va ya para quince años que, en un ensayo de juventud—*Idiario notarial*—me dolía de la verde tierra nutriz acribillada por el puñal de oro del crédito.

(3) Aún cuando este nuevo concepto de la propiedad aparece ligado a la dogmática nacionalsocialista, es lo cierto que, con pocas diferencias, fué ya formalmente expresado en el artículo 153 de la Constitución de Weimar: "La propiedad origina deberes y su disfrute significa al mismo tiempo un servicio al interés general." Lo que, en realidad, hicieron los nuevos juristas fué dar cuerpo a ese interés general cristalizándolo en la Comunidad.

*titular en la Comunidad* (1) y sólo en el sentido de una coincidencia de intereses (2).

Pero el hecho es que la subsistencia de la *propiedad privada* de fincas—sea cual sea la forma en que se constituya—aparece al margen de la zona polémica, y es por ello punto seguro de atranque para el tratamiento de la actual problemática inmobiliaria.

#### DERECHO INMOBILIARIO

Precisa este Derecho hondo reajuste conceptual, sistemático y terminológico, cuestiones estas que parecen no apasionar hoy día a los juristas alemanes. Sin embargo...

El Derecho Inmobiliario, tal como hoy se entiende, no es otra cosa que una formación histórica, obra de una técnica de "circunstancias,

(1) Se hace imprescindible una noción de la Comunidad, que desarrollamos, resumiendo conceptos de Schmelzeisen: Presenta la vida dos definidas formas de unión humana: la horizontal y la vertical. Descansa la primera en el amor y la fidelidad. La segunda, en el poder y la sumisión. En la Comunidad se funden ambas formas para la consecución de un objetivo superior. Así, la Comunidad resulta una totalidad más elevada, y una totalidad en el sentido de superación del contraste. Y esto, bajo el viejo lema: uno para todos y todos para uno. Sobre este principio de Comunidad se organiza la vida del pueblo—familia, *Status*, la suprema comunidad nacional—. Según la distinta finalidad, prepondera en las Comunidades el principio de subordinación o de ordenación lateral. Pero de ningún modo están sujetas a una ordenación invariable; antes bien, su ordenación es susceptible de cambio como su pensamiento. La Comunidad es ley y vida al mismo tiempo. Es un organismo. El centro convergente de todo el pensar y razonar jurídico alemán (Schmelzeisen. *Das Recht in Nationalsozialistischen Weltbild-Hirchfeld*.—Leipzig, 1934).

(2). Pero es corriente la coincidencia de intereses entre el titular y la Comunidad. A este efecto dice Manigk: "La Comunidad y el individuo forman en la vida una unidad, de modo que muchas veces se juntan sus intereses. No hay, quizás, para la disquisición actual punto, entre los tratados por Ihering, tan rico en conclusiones como aquel sobre la coincidencia natural de los intereses, que tiene por consecuencia que lo que pretende el que aparentemente obra por egoísmo y lo que, por tanto, le induce a obrar, sirva precisamente a la conservación de la totalidad y a la Comunidad. Esta astucia de la vida social la habrá de tener presente el legislador. "Resulta, pues, que mientras parece que jugamos, servimos a la patria." Frecuentemente quedará la Comunidad satisfecha con el provecho *mediato* que tiene el acto privado al lado del provecho *inmediato*, sin el cual, sin embargo, desaparecería. Sería, por tanto, un fracaso que el Estado negara la sanción a un tal acto, que sirviera en primer término al propio interés de los que obran." (Manigk, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*.)

que no debe alentarse (1). Y cuya explicación se encuentra en la fuerte atracción que produjo la institución del Registro inmobiliario, que motivó una excesiva fijación de materia en torno suyo.

La razón de objetividad—hoyo del término sustantividad—del Derecho Inmobiliario recibido no es más que ésta: la de referencia registral. Derecho Inmobiliario, puede decirse, es un conjunto de normas, directa o indirectamente, referidas al Registro jurídico de fincas.

Pero tal coincidencia, suficiente a la formación de un índice alfabético por materias, de los que se estilan en las colecciones de leyes, no basta por sí sola a fundamentar un Derecho, que no debe ni puede tener caprichosa existencia, sino ser fruto de una verdadera sistemática: la que distingue—y, por cierto, sin una precisión envidiable—la ramá de Derecho y la institución jurídica.

(1) Los criterios no coinciden—ni pueden coincidir—en la fijación de su especial contenido, si bien es indudable este *mínimum fijo*: párrafos 873 al 902 y 925 al 928 del libro III, y ley del Registro Inmobiliario (*Grundbuchordnung*), con precedentes en otras dos ordenaciones paralelas: ley prusiana de adquisición de propiedad y gravámenes de fincas, y ley del Registro Inmobiliario prusiano de 8 de mayo de 1872. Pero, ¿es posible prescindir de los párrafos 93 al 98 del G. B. G.? ¿Y del 135 al 137? ¿Y de los 184 y 185? ¿Y de las demás disposiciones que sobre fincas y el Registro se contienen en el propio Código alemán? ¿Y de las innumerables que aparecen en las más diversas leyes? Y... ¿adónde nos conduciría este espigar constructivo?

De cualquier forma, el complejo resulta sin homogeneidad, y es extraño que se haya ido sosteniendo a través de los maravillosos estudios de que fué objeto, en ninguno de los cuales, por cierto, se define indiscutiblemente, como que se trata de un concepto *describible*, pero no definible.

Su importación en países de distinto sistema, como el nuestro, donde el Registro acusa direcciones parciales, no podía realizarse íntegramente sin comprometer buena parte de su ya escasa aglutinación. De aquí, el doble esfuerzo de nuestros tratadistas para dar unidad a una noción que carece de ella y para vencer las dificultades de *adaptación al clima*, con forzosas pérdidas de sustancia o cualificación.

Entre los intentos realizados destacan, por su brillantez y pureza de líneas, los de los compañeros Roca Sastre—*Instituciones de Derecho Hipotecario*, en publicación—y Giménez Arnau—*Tratado de Legislación Hipotecaria*. Para el primero es Derecho Inmobiliario aquel que regula la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles en relación con el Registro de la Propiedad, así como las garantías estrictamente registrales. Para el segundo, el conjunto de normas a que debe sujetarse la constitución, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Entre los dos caminos que, como adelantamos, cabía seguir—prescindir de la propiedad extraregistral o del Registro como centro de convergencia—, cada cual elige el suyo. Pero, de un modo u otro, tanto en la estilización del concepto como en su adaptación a nuestro especial ordenamiento, se desnaturaliza la concepción del Derecho Inmobiliario.

Y ella nos dice que el Derecho Inmobiliario, según se entiende, rebasa las condiciones de un simple derecho institucional, sin ostentar, por otra parte, el volumen de instituciones preciso, ni las que en él supongamos la cohesión necesaria a la integración de una rama jurídica. Es más bien un núcleo institucional de carácter formal—Registro inmobiliario—, que, naturalmente, se corresponde con todo el conjunto normativo: *Derecho de fincas*—propriamente inmobiliario, como luego veremos—, unido a instituciones, si se quiere, o fragmentos institucionales de este mismo Derecho de fincas: Y, dentro de él, el hoy llamado *Derecho Inmobiliario* no logra diferenciación natural alguna estática, dinámica (1) ni de conjunto.

La antigua rúbrica *Derecho civil* abarca aún heterogéneos cuerpos de normas agrupados al peso de la tradición jurídica. Uno de estos cuerpos de normas se refiere a los llamados *derechos patrimoniales*, que recaen, de un modo u' otro, sobre objetos externos susceptibles de rendir una satisfacción por disposición o goce: derechos de cosas, derechos de crédito, derecho hereditario, derechos en energías y derechos sobre bienes materiales. Todos estos derechos son susceptibles de una amplia ordenación común, aunque las especialidades que naturalmente derivan de su peculiar estructura o concreción objetiva aconsejan como preferible un tratamiento diferente, con instrumentaciones, singulares, unas, y más o menos comunes, otras, que es lo que hace el Derecho moderno.

Pero dentro del grupo *derecho de cosas* se manifiesta asimismo cierta profunda divergencia objetiva, que, si hasta ahora no afectó hondamente a los sistemas, es tan natural como las anteriores y tan rica en consecuencias: la de bienes muebles y fincas. Unos y otras dan

(1) Se ha abusado mucho en estos últimos tiempos de las nociones contrapuestas estática y dinámica, de las que se hacen aplicaciones variadísimas.

En el sentido de diferenciación del objeto de conocimiento se utilizó con éxito, en el campo de las ciencias naturales, de donde posiblemente se derivó a otras disciplinas. Su simplicidad desentona con la riqueza lógica de las ciencias de fines.

Por ello su empleo en el Derecho, en tal sentido, es frecuentemente producto de una franca impremeditación filosófica.

Como explicación del Derecho Inmobiliario tiene escasa significación, según puede verse considerando el objeto y fin que al mismo se asignan. El primero, concretado principalmente en la titularidad de los derechos sobre fincas *en sí* y en sus variaciones. En cuanto al segundo, superada la concepción económico-capitalista-inmobiliaria, resulta preferentemente estático: de determinación y legitimación. El párrafo 891 del B. G. B. resulta fundamental en tal sentido.

fundamento a dos distintos órdenes de Derecho, que se traducen en la naturaleza, extensión y número de las relaciones que tipifican (1) y atienden, nacimiento, modificación y pérdida. Surge así, plenamente diferenciado, un derecho de fincas, o Derecho Inmobiliario, de alcance bastante semejante al que vislumbró Oliver: como conjunto de normas relativas a los derechos sobre fincas.

Aunque en los trabajos preparatorios del *Volksgesetzbuch*, llevados a cabo por la Academia de Derecho Alemán, no haya prosperado la tesis de dedicar un libro especial a la propiedad fundaria, es lo cierto que se extrema la separación, ya tajante en el B. G. B., de bienes inmuebles y fincas; que en su ordenación de una propiedad general laten dos propiedades muy distintas; que, en fin, se acusa la evolución de múltiples modos.

¿Y el derecho registral de fincas? Existe el *Derecho registral*—que en tiempos concebí como rama de otro más extenso: el *legitimador*—, derecho eminentemente formal, y existe la rama *derecho de fincas*, o *inmobiliario*, con los contenidos materiales y formales que supone la definición que adelantamos. Pues bien: el derecho registral de fincas se sitúa en la zona de confluencia de aquellos dos derechos, ostentando simple relieve institucional en una y otra rama jurídicas.

A base de él procede la liquidación de materias del actual Derecho Inmobiliario. Su parte formal—organización, supuestos y procedimiento—constituiría una institución particular, del derecho de fincas o inmobiliario—Registro jurídico de fincas, inmobiliario, de la propiedad inmueble, mientras que su parte material, por un simple juego de inercia—es de notar que el Derecho Inmobiliario actual es, según insinuamos, una ordenación que hizo la técnica a espaldas del legislador—, se sentirá atraída a sus naturales posiciones institucionales (2).

(1) Hay tipos de derechos comunes a ambos la propiedad (pero se discute que sea la misma propiedad), la posesión (pero cumple funciones distintas), el usufructo (que es, en realidad, diferente), el uso. Los derechos de garantía presentan modalidades diferentes en uno y otro orden, excepto la anticrisis (pero nuestro Código no acepta la anticrisis mobiliaria, que sólo tiene asomo a través de la prenda). Sobre fincas recaen los derechos de superficie y demás semejantes al dominio, los censos y demás cargas, habitación, servidumbres reales...

(2) Cada cual puede hacer de su persona el centro del Universo. Pero ¿qué diríamos de un *Derecho Registral del estado civil* que absorbiera la total preceptiva del nacimiento y extinción de la personalidad, capacidad y sus modificaciones, matrimonio, vecindad, filiación, etc., o de un *Derecho Registral Comercial* que regulará la

Ni que decir tiene que deberá rechazarse la *anacrónica* expresión *Derecho hipotecario* para designar análogo o diferente contenido que el inmobiliario.

#### REGISTRO JURÍDICO DE FINCAS

Bajo el signo económico del Derecho, según vimos, se revalorizó esta vieja institución germana, forzando de tal modo sus desarrollos y apurando su evolución, que, por diversas consideraciones, puede estimarse como una de las creaciones sobresalientes del Derecho moderno.

El Registro jurídico de fincas resistirá, con escasas desviaciones esenciales, la adaptación al nuevo orden inmobiliario.

El principio de publicidad evolucionará en un sentido que podríamos decir de sustantividad en la legitimación: no se trata de dar seguridad al tráfico, sino simplemente de que la *comunidad es parte*.

La moralización del Derecho—traducida hoy únicamente en un principio, el de la buena fe, con juego prácticamente negativo—, su justicismo y publicitación, acusarán exigencias relevantemente positivas: causa en el triple aspecto moral, jurídico y social.

Por lo demás, el Registro Inmobiliario es mecanismo apto para insertar el titular en la comunidad.

#### CRÉDITO TERRITORIAL

La especulación inmobiliaria contraría el natural destino de las fincas. Subvierte el proceso de explotación, al apreciar finalidades transitorias, con descuido de las permanentes y de largo plazo. Désvia, en fin, al propietario de la empresa que la comunidad le encomienda, la producción del hoy y del mañana. El crédito territorial es frecuentemente un disolvente de fuerzas productoras.

Pero ha de reconocerse que los males achacados corresponden, mejor que al crédito territorial, a las aplicaciones crediticias desentonadas, al endeudamiento (*Überschuldung*). También el crédito territorial es capacidad, incapacidad para el ejercicio del comercio, prohibiciones, constitución y extinción de las sociedades mercantiles...?

un activo aunador de esfuerzos. Por otro lado, reconocida del modo que vimos, la *propiedad privada* de fincas, no debe impedirse la fundación de una acomodada economía de explotación (*Betriebswirtschaft*) sobre su garantía.

Llega a justificarse así el establecimiento de un crédito territorial moderado.

En cuanto a las formas del mismo, hay que reconocer que, a pesar del ataque de, que algunas son objeto, ninguna es repudiable por naturaleza. Todas sirven para lo bueno y para lo malo. La revisión afectará principalmente a extremos de carácter procesal.

Ahora bien: ¿cómo se llega á la implantación del crédito territorial moderado? El problema presenta muy complejas dificultades.

IV. A los desarrollos de un nuevo derecho de fincas pueden servir algunas de mis construcciones (1), entre ellas, las de *autogarantía real* y *cura objetiva*, que a continuación expongo brevemente.

#### AUTOGARANTÍA REAL

Dos principios que el Derecho moderno acoge en términos de gran amplitud deben ser objeto de cuidadosa tamización: el de la responsabilidad patrimonial y el de libre creación de garantías reales específicas (2).

El hombre descarga su responsabilidad en las cosas, en todas sus cosas. Paralelamente, el acreedor enfila su agresión sobre el patrimonio del deudor, trabando sus bienes a libre arbitrio (3) o con sujeción al orden que abstractamente señala la ley (4).

Pero ¿no hay en ello una cierta *injusticia objetiva*, algo que acontece como en contraria del orden natural de las cosas?

La finca rústica F., de la provincia de Badajoz, responde de los sa-

(1) Hoy a plan de retlaboración, por destrucción de casi todos mis papeles en el saqueo que los rojos hicieron en mi casa de Tomelloso.

(2) El principio de libre creación de garantías reales específicas no es, en otros países, tan absoluto como en el nuestro. El legislador alemán y el suizo ensayaron un orden de *limitaciones cuantitativas* reflejado en el parágrafo 237 del B. G. B. y artículo 117 de la ley de Introducción (éste con desarrollos interesantes) y en los artículos 843 y 848 del Código civil suizo.

(3) Sistema de la *Zivilprozeßordnung* alemana.

(4) Artículo 1447 de nuestra ley de Enjuiciamiento civil.

larios devengados por M., mecánico del taxímetro T. de Madrid. Y ésto, ¿por qué? Porque el coche y la finca corresponden al mismo propietario. Pero... ¿por qué? ¿No resulta extraña esta solidaridad que liga una fábrica de bicicletas y un monte de caza al pago de un collar de perlas?

Pero hay más: el juego de responsabilidad más arbitrario puede fijarse sobre una finca por la sola voluntad del dueño de ella, y esto en condiciones de rigurosa intensidad, hasta ser dogal que oprima o destruya las posibilidades de un normal desarrollo económico.

Para centrar los principios expresados pueden valernos otros dos: *grava la finca su propia economía; excepcionalmente pueden afectarla débitos de distinto orden.*

El primer principio no suena a nuevo. Bulle, sin concreción ni generalización adecuadas, por diferentes instituciones: derecho de retención, crédito refaccionario, prelación de créditos—vid. art. 580 del Código de Comercio y arts. 31 a 35 de la ley de Hipoteca naval—y en nuestro Derecho, además, en la hipoteca legal tácita, de los números 5.<sup>o</sup> y 6.<sup>o</sup> del artículo 168 de la ley Hipotecaria.

Las fincas van a su destino económico conducidas por su propietario, que no ha de estorbar, sino facilitar, su natural desenvolvimiento. La conducción se realiza conjugando productos y aplicaciones, ya en forma simplemente administrativa—gestión económica jurídica normal—, ya transformativa. De cualquier modo, cada finca o grupo de fincas unidas en la explotación—coto fincario—constituye, naturalmente, una empresa.

Tiene contacto esta doctrina con la de los patrimonios separados, y muy especialmente con la mercantil de limitación de responsabilidad patrimonial del naviero, que constituye al buque en verdadero *sujeto de responsabilidad*. Pero ha de observarse que la autogarantía real reacciona objetivamente—no es un *beneficio del deudor*, sino un *derecho de la cosa*—y activamente—sometiendo la voluntad del sujeto a la *razón del objeto*—. Por otro lado, lo que así se pretende no es tanto limitar la responsabilidad de las fincas como el hallar una medida que pueda servirnos de base en su graduación.

Y, efectivamente, la *economía de las fincas*, desligada de la de su propietario, no obstante la directa relación en que una y otra se encuentran, puede facilitarnos el término que buscamos, término que corona un proceso normal de inserción de responsabilidades y es punto de

arranque para otro, fundado ya en motivaciones especiales, que ha de estimar directamente la ley, o el Tribunal o funcionarios correspondientes.

Opera en sentido positivo la autogarantía real: *a)* imprimiendo una especial dirección al principio de responsabilidad patrimonial; *b)* prestando justificación a la formación de derechos reales de garantía.

Opera negativamente: *a)* limitando el campo de la ejecución forzosa; *b)* restringiendo, en el sentido de la finalidad del crédito, el principio de libre creación de los derechos reales de garantía.

Es interesante la formación del cuadro de motivaciones especiales, que, en general, o ponderando ciertas circunstancias objetivas y aun personales del propietario o su familia, pueden conferir realización judicial o autorizar la formación de garantías específicas sobre el límite indicado.

#### CURA OBJETIVA

Atranca de otra construcción mía: la de cura, expresión que hubiera cambiado muy a gusto por la de tutela (1). Pero reconozco las ventajas de un término no gastado para la claridad de la exposición y mayor precisión en las ideas.

Hay cura cuando por el ordenamiento se atribuye a alguien la actuación de derechos y deberes ajenos o una intervención material—no formal simplemente—decisiva en el mismo.

El Estado, o, si se quiere, la comunidad, fía a un obrar extratitular—de ejercicio o control de ejercicio—la obtención de un resultado correcto. Es, pues, fundamentalmente, la cura un otorgamiento de confianza de la comunidad, y a veces, según veremos, un *desplazamiento de la confianza*. La base sobre que se fundamenta tal relación fiduciaria es muy diversa—sentimiento paternal y de parentesco, cariño conyugal, conocimiento e imparcialidad del Juez, interés del donante, del posible titular, etc.—.

Figura de amplios contornos, resulta dócil al establecimiento de innumerables diferenciaciones en relación a su duración, trascendencia, con-

(1) Mi aspiración es, a la postre, lograr una unificación de la tutela; pero, entiéndase bien, no en el sentido parcial y exclusivista en que lo hizo, o creyó hacerlo, nuestro Código, sino en forma amplia, plenamente integradora.

tenido y organización. Así cabe hablar de curas permanentes y de curas transitorias; curas de ejercicio y de mera intervención, y, tanto unas como otras, generales y singulares; curas que trascienden al negocio jurídico como supuesto de existencia o como simple requisito de eficacia; curas propiamente orgánicas—con elementos especiales, personales o colectivos, únicos o múltiples, y éstos, horizontal o verticalmente enlazados—, y curas de elementos personales indiferenciados, especialmente en la persona del juez, lo qué da lugar a que corrientemente se confunden determinados actos de cura con los propiamente judiciales (1).

La institución se distingue claramente de ellos y de los demás actos de autoridad, aún cuando ostente a veces tal carácter, como se distingue también de las otras especies de asentimiento, cuando en tal forma tiene expresión. Y de las siguientes figuras afines, actos del titular aparente, representación, obrar de las personas jurídicas, actuaciones de autenticación y formalización.

La construcción surge, lógicamente, en toda su hondura, sometiendo los materiales legislativos a un doble proceso de sintetización y diferenciación:

a) La relación que existe entre la patria potestad, la tutela y la curatela no es de simple analogía y semejanza. Las tres instituciones tienen un fondo esencial común: la actuación de derechos y deberes ajenos (2), o una intervención material decisiva en el mismo, por atribución del ordenamiento (3). No una gestión de bienes ajenos, puesto que tales instituciones no presuponen en modo alguno la existencia de una especial estructura económica (4).

(1) Entendemos por funciones propiamente judiciales las contenciosas de cognición, realización de derechos y su aseguramiento, ya que precisamente la institución que reseñamos viene a alinearse en el indefinible campo de la jurisdicción voluntaria.

(2) Error perdurable de los Códigos y de la técnica fué el configurar esta relación como una especie de representación, la llamada representación legal. Si al menor o incapacitado se les niega el ejercicio de un determinado derecho, ¿cómo se les va a representar en él? Es una legitimación precisa y excluyente—hasta cierto punto semejante a la de nuestro procurador en los juicios en que es forzosa su intervención por las partes (*Anwaltzwang*).—Un personamiento—no una representación—legal.

(3) La única fuente de la cura es el ordenamiento—como si dijéramos la Ley—El Tribunal, el Juez, el consejo de familia, o cualquiera otra persona u organismo que se señale podrán elegir la persona que ha de ejercer la cura y controlar su actividad; pero siempre es el ordenamiento quien confiere el poder de cura como una precisa excepción en la tipificación de las facultades del titular.

(4) A pesar de lo que parece dar a entender nuestro Código—art. 199—, no es precisa la existencia de bienes del menor o incapacitado para que la situación de tutela

b) En la patria potestad y en la tutela aparecen además ciertas relaciones de vida entre el padre y el hijo y el tutor y el pupilo: de formación, dirección y atención. Pero esto puede estimarse como una simple coincidencia (1). Son distinguibles, y una técnica suficiente no puede por menos de apreciar las esenciales diferencias que jurídicamente separan los dos órdenes en que se desenvuelve la actividad del padre y del tutor (2). Y hasta podría emplearse el término *potestad pupilar* para designar esta verdadera potestad de vida: del padre sobre el hijo, del adoptante sobre el adoptado, del tutor sobre el pupilo (3).

se produzca, como tampoco lo es para qué surja la patria potestad. En relación a ésta es de notar una regulación excesiva en las legislaciones cuando tal ordenación económica es, por naturaleza, más sencilla que la de otras especies de cura. Tal lujo de regulación es un arrastre histórico. Casuísticamente, como corresponde a su carácter excepcional, hilvanó el Derecho romano toda una serie de desviaciones del principio general de la unidad de patrimonios, que se pierden hoy en el principio opuesto de diferenciación patrimonial.

(1) La tesis tiene trascendental importancia para la implantación de una tutela de especialidades, ya que hay un orden propio del gestor y otro que exige *acción y vocación de padre*—condiciones de desarrollo, pedagógicas, de moralidad, políticas, si se quiere, y, sobre todo, amor—. Su trascendencia a la institución de la patria potestad es grande también, pues aun teniendo en cuenta un menor, influjo directo, no cabe duda que afecta decisivamente a la organización, actuación y orientación de las instituciones de vigilancia.

(2) Ciertos Códigos suelen distinguirlos impropriamente como personas y bienes (vid. párrafos 1.627 y 1.793 del B. G. B. y artículo 1.793 de nuestro Código). El Código alemán contiene, además, este extraño precepto: el cuidado de la persona y bienes abarcará la representación del menor (*Die Sorge für die Person und das Vermögen umfasst die Vertretung des Kindes*—parágrafo 1º del párrafo 1.630).

El nuevo Código italiano distingue textualmente la *patria potestad* y la *administración de bienes de los hijos*, y a igual distinción conduce el Código suizo al regular en distintos capítulos la patria potestad y cuanto concierne a los bienes.

(3) La potestad de vida es ciertamente idéntica: varian únicamente los motivos de atribución. Así dice el parágrafo 1.800 del B. G. B.: "El derecho y el deber del tutor de cuidar la persona del pupilo se ajustarán a lo dispuesto en los párrafos 1.631 a 1.633, referentes a la patria potestad." A su vez, el artículo 405 del Código suizo expresa que el tutor cuida de la vida y educación del pupilo menor, ejerciendo los derechos del padre y de la madre con el concurso de las autoridades de la tutela. En nuestro Código, sin embargo, se apunta una diferencia: el padre debe educar e intruir al hijo con  *arreglo a su fortuna* (art. 155 del Código civil), y el tutor alimentar y educar al menor o incapacitado con  *arreglo a su condición* (art. 264, número 1º, del Código civil). Pero esto es consecuencia del carácter de *deudor alimenticio* que el padre tiene en relación al hijo. (Vid. arts. 142, 143, núm. 3º; 146 y 147 de nuestro Código civil.)

Téngase en cuenta, además, que la potestad pupilar no acaba en el padre ni en el tutor, sino en el Tribunal, juez pupilar, consejo de familia y cualesquiera otras

Con independencia de ella, la cura se desentumece. Cobra alientos de institución general. Y exige una gran tarea unificadora—de órganos, de medidas—, trascendental a la economía y a la precisión normativas.

Pero hay aquí algo más que un simple problema de orden sistemático. No son pocas las legislaciones que orientaron los desenvolvimientos de la cura al logro de privadas finalidades, con desentendimiento de las públicas (1), y todas, además, montaron la institución sobre un parcial cimiento subjetivo, que no basta. Como las varillas de un abanico, toda la casuística de la cura se despliega en torno del clavillo—eje de la persona del titular—. Excepcionalmente, y al efecto más bien de provocar una modificación en los elementos personales o en el reparto de competencias, cuenta también *la persona que venga ejerciendo la cura*. Por ello, fundamentalmente, pueden distinguirse: casos de indeterminación y de incertidumbre en la titularidad (2); casos de desarrollo incompleto y de anormalidad en el desarrollo de la persona del titu-

personas o instituciones, a quienes vengan reservadas facultades de intervención o decisión.

Elegimos el término *potestad popular* porque se acomoda mejor que ninguno a la naturaleza de las relaciones que refiere y, al propio tiempo, al único elemento personal permanente de las mismas.

(1) Principalmente, los Códigos latinos, pero el nuevo italiano reacciona decididamente sobre tal tendencia.

(2) Casos de indeterminación y de incertidumbre de la titularidad: a) fondos de suscripción pública (parágrafo 1.814 del B. G. B. y núm. 5 del art. 393 del Código suizo); sustituto que no haya sido concebido o cuya personalidad se determine sólo por un acontecimiento futuro (parágrafo 1.913 del B. G. B.); contienda en la posesión (art. 445 de nuestro Código); ignorancia del interesado en un asunto determinado (parágrafo 1.913 del B. G. B.). b) Dudas sobre el interesado en un asunto determinado (parágrafo 1.913 del B. G. B.); sucesión incierta (art. 393, número 3, del Código suizo; art. 801 de nuestro Código); derechos del concebido (parágrafo 1.912 del B. G. B. núm. 3, del art. 393 del Código suizo; art. 965 de nuestro Código).

Los llamados patrimonios en liquidación dan lugar a numerosos casos de cura por incertidumbre de titularidad (la masa patrimonial se desintegra sometiéndose a reparto los valores que contiene; mientras éste no tiene lugar, penden de concreción las nuevas titularidades): concurso, quiebra, sucesión hereditaria.

Respecto a ésta, el criterio del Código alemán es no estimar en situación de cura la herencia sino en caso de denuncia de los acreedores—parágrafo 1.981—, pero del contenido del parágrafo 1.960, aparte los particulares casos que antes relacionamos, se deduce que la sucesión hereditaria origina otras diversas situaciones de cura. Yo opino que el propio albaceazgo es una especie de ella.

Véanse, además, en relación a nuestro Derecho, los artículos 1.020 del Código civil y los artículos 966, 1.068 y 1.069 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

lar, (1); casos de imposibilidad de actuación del titular (2); casos de falta de confianza en el ejercicio del titular (3); casos de pérdida, suspensión y limitación de la confianza en la persona que ejerce la cura (4); imposibilidad de actuación de la persona llamada a desempeñar la cura (5).

Todo esto fué, en primer término, un yerro del sentido liberal que informó las viejas codificaciones. No sólo por exigencias de orden personal, sino también por otras, esencialmente objetivas, interesa al or-

(1) Casos de desarrollo incompleto y de anormalidad en el desarrollo de la persona del titular: Además del concebido, que puede tratarse también, según vimos, como caso de incertidumbre en la titularidad, los de los menores de edad, corporaciones y fundaciones de organización incompleta—núm. 4 del art. 393 del Código suizo—, locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir—apartado 2.<sup>o</sup> del art. 200 de nuestro Código civil—, ciegos, mudos y enfermos mentales—parágrafo 1.910 del B. G. B.—. En nuestro Código, además, el de la mujer casada que incorrectamente se trata como caso de desarrollo incompleto—arts. 61, 1.387 y 1.442 del Código civil; entre otros—.

(2) Casos de imposibilidad de actuación del titular: En nuestro Derecho, los de interdicción civil y marido prófugo o declarado rebelde en causa criminal, que pueden también estimarse comprendidos entre los de falta de confianza en el ejercicio del titular, y el de imposibilidad absoluta del marido para la administración sin haber proveido sobre ella y el de ausencia—arts. 181 y sigs., 200, núm. 4, y 1.441, último párrafo, del Código civil—. En el Derecho alemán y suizo son de expresar, la ausencia de hecho, la enfermedad u otra causa que impida cuidarse de un asunto urgente y designar representante (parágrafo 1.911 del Código alemán y artículos 392, núm. 1, y 393, núm. 2, del Código suizo).

(3) Casos de falta de confianza en el ejercicio de titular: Aparte los de concusso y quiebra e interdicción ya tratados en otros apartados, los de prodigalidad—artículo 200, núm. 3, de nuestro Código civil—, el de usufructario que no presta hanza—art. 494 del Código civil—, aseguramiento de bienes litigiosos y embargo de frutos y rentas en juicio ejecutivo—arts. 1.419 y 1.450 de la ley de Enjuiciamiento civil—y deterioro de la finca hipotecada (art. 188 del reglamento de la ley Hipotecaria), entre otros. Como especialidades del Derecho extranjero son de expresar: la de los alcoholícos en el Derecho alemán y el suizo y, en el nuevo italiano, además, la de los que abusan de estupefacientes.

(4) Casos de pérdida, suspensión y limitación de la confianza en la persona que ejerce la cura: Entre otros, artículos 162, 165, 166, 168, 169, 170, 171, 236, número 2.<sup>o</sup>; 238, 243, 256, 761 y 856 de nuestro Código civil; número 2 del artículo 392 del suizo, parágrafos 1.909 y 1.796 del B. G. B.

(5) Imposibilidad de actuación de la persona llamada a desempeñar la cura: Aun no prevista especialmente tal situación en nuestro Derecho, se sobreentiende en la redacción del artículo 154 del Código civil y texto de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 27 de octubre de 1898, 15 de enero de 1901 y 9 de junio de 1909. Los Códigos alemán y suizo proveen expresamente a ella—parágrafo 1.909 del B. G. B. y art. 392, núm. 3, del Código suizo—. En aquél, a petición de la madre que ejerza la cura, puede nombrarse un consejero-administrador (parágrafo 693).

denamiento que el ejercicio de ciertos derechos resulte pendiente de una voluntad o varias voluntades desinteresadas de la titularidad y en cuya seriedad, tecnicismo e imparcialidad pueda fiarse la consecución de una actuación con fuerza germinativa y elevado fin, porque la cura asegura, en último término, la presencia de la comunidad en la actuación jurídico-privada.

Pero fué también un error técnico de las legislaciones, ya que la cura objetiva tenía en los viejos Códigos zonas que le eran naturalmente sumisas: limitaciones del dominio, inmisiones, las clásicas servidumbres legales (1).

El nuevo derecho de fincas, con atenciones y limitaciones de sentido real—aprobación de planes de explotación, de fraccionamiento y agrupación de fincas, admisión basada de responsabilidades, creación de unidades de cultivo, patrimonios familiares y consorcios urbanos y agrícolas de carácter forzoso, prelaciones de adquisición subjetivoreales y retractos, entre otras—, ofrece horizontes muy amplios a los desarrollos de la cura objetiva.

ANTONIO VÁZQUEZ CAMPO.

(1) Basta la lectura de los artículos 552 a 560, 562, 564 a 567, 569 a 571, 575, 588 y 590 de nuestro Código civil para abominar de un sistema que, salvo acuerdo de los interesados, lanza a plena contienda litigiosa materias tan propicias de suyo a la actuación de la jurisdicción voluntaria, propiamente, de la cura objetiva. Y destaca aún más el absurdo si tenemos en cuenta que, para situaciones hasta cierto punto semejantes; pero en las que apunta la nota de incertidumbre en la titularidad—deslinde y amojonamiento, apeos y prorratoeos de foros—, dispone nuestro Derecho de procedimientos más apropiados.