

Unificación del Derecho nacional (*)

Firma de dominio.—Mediante el derecho de firma (1), el superficiario ha de solicitar el consentimiento del estabiliente al enajenar la finca, sin que ello signifique que puede oponerse a la enajenación, sino que puede ejercitar la fadiga, adquiriéndola para sí o autorizarla, percibiendo el laudemio. Es, por lo tanto, el medio defensivo de estos derechos. Es, al mismo tiempo, una garantía para el comprador de la finca, que por este medio conoce la cuantía de las pensiones y de los laudemios que se hallen debiendo, hasta el punto de que, según Brocá y Amell, queda la finca libre de las pensiones y laudemios no reclamados al dar la firma de dominio. Además, sale al paso de una posible ocultación o rebaja del precio de enajenación, que pudiera traducirse en disminución del laudemio a percibir, por el fundado temor de que el estabiliente utilice la fadiga por el precio rebajado. Por todo ello se patentiza que la firma de dominio debiera exigirse en todas las enajenaciones y actos que devengan laudemio, y no sólo en las ventas, como lo hace el Derecho catalán, pues queda el estabiliente indefenso en las excepciones.

Aceptado este fin práctico de la firma, despojada ahora de toda reminiscencia feudal, sus consecuencias podrían ser: a), declarar la nulidad de las ventas efectuadas sin ella, salvo causas justificadas de imposibilidad; b), decretar, en tal caso, si se quiere, la pena de comiso, lo que no nos parece justo; c), disponer que en ningún caso su contravención perjudicará al estabiliente en sus derechos de laudemio y pensiones presentes y pasados, y a su derecho de tanteo. Mas para ello esta declaración habría de ir unida a una perfecta regulación defensiva de tales derechos en sus acciones respectivas, y, de existir dicha regulación, sobraría la declaración misma.

El Derecho catalán marcha vacilante por todas estas ideas básicas, sin percibirlas con precisión, pero girando en torno de ellas; le vemos,

(*) Véase el número 153 de esta REVISTA

(1) La const. I; tit. 31, lib. 4, vol. 1, lo crea.

primero, imponiendo el comiso como pena, rebajándola rápidamente, como veremos al estudiar el comiso; después, las Constituciones, ley IV, del título 31, libr. 4, vol. 1; las Cortes de Monzón, cap. XXIX, de las de 1529; la Instrucción para redactar instrumentos públicos; la Real Orden de 7 de noviembre de 1864, ampliada por la de 28 de octubre de 1867, y la jurisprudencia de la Dirección General de 20 y 22 de octubre de 1898, 15 de enero de 1905 y 24 de agosto de 1915, pasan de la concurrencia necesaria de ambos titulares, a la prohibición de los Notarios de cerrar las escrituras sin la misma, a la obligación de hacer constar los censos o titularidad del estabiliente, a la posibilidad de cerrar dichas escrituras con el solo juramento de no tratar de perjudicar los derechos del estabiliente y a dejarlos salvados en la escritura sin aquellas concurrencia y aprobación cuando, por motivos atendibles, no fueran posibles y así se expresare, constituyendo de tal modo una a manera de salvamiento oficial, reflejado en el Registro de la Propiedad.

Bien es verdad que esta ilesitud y salvamiento se desenvuelve en la Ley en la forma dudosa que vimos al tratar de las pensiones y laudemios y sus acciones respectivas.

Enajenación.—El estabiliente es un titular de una titularidad limitativa, que podrá enajenar, gravar, etc., sin que ello ofrezca dudas. Surgirán éstas si la misma se ha descompuesto en nuda propiedad y usufructo (de la titularidad de estabiliente). Las dudas serán: a quién corresponde—nudo propietario o usufructuario—otorgar la firma de dominio, que para Lloréns, en su tesis doctoral *Derecho de laudemio*, es al usufructuario; el ejercicio del tanteo y retracto, y de la cabrevación. otorgamiento de carta precaria y derecho de pluma y firma, que, en nuestra opinión, debe corresponder al nudo propietario, así como el otorgamiento de la firma de dominio; a quién beneficiará el comiso, que para Maspons será al nudo propietario (1), y quién percibirá el laudemio, que para nosotros deberá ser el nudo propietario, si bien el usufructuario deberá tener el usufructo del laudemio (2). En cuanto a

(1). *Rev. Jur. de Cat.*, XXVI, 369.

(2) No hay precepto legal alguno sobre este punto, pero es práctica constante y opinión general de los tratadistas catalanes que corresponde al usufructuario, por considerarlo fruto extraordinario de la finca, y no compensación al permiso de enajenación dado por razón del dominio directo (Fontanella, Cancr, Solsona, Gibert, Vives, Brocá y Amell, Borrell, Maspons, etc.). Únicamente opinan en contrario Seràhima (*Revista Jur. de Cat.*, VII, 612), Plá y Deniel (*Rev. Jur. de Cat.*, IV, 260) y Mieres

la percepción de la entrada, en caso de subestablecimiento, no lo examinamos, consecuentes con nuestro criterio de rechazarlo.

Las cuestiones expresadas no han sido examinadas a fondo por los tratadistas.

* * *

3. Los derechos y obligaciones comunes son:

Fadiga y retracto.—La fadiga o tanteo comienza por ser un derecho exclusivo del estableciente. Es un privilegio del primitivo señor, y no obstante su origen romano, su espíritu es feudal. Modernamente se apoya en consideraciones económicasociales y, en consecuencia, deja de ser privilegiario del estableciente para asignarse también al superficiario. En el Derecho catalán se llega a esta conclusión, históricamente, por el camino indirecto y tal vez impropio de la Ley de Señoríos de 1823, Decreto de las Cortes de 6 de agosto de 1811 y Ley de 26 de agosto de 1837 (1).

Examinemos su desenvolvimiento. La fadiga, como el retracto, procede en las ventas, incluso en las judiciales, y en las daciones en pago; el plazo para tantear es de treinta días desde la presentación de la escritura al estableciente para la firma de dominio (2). Retracto será el derecho del estableciente de adquirir la finca vendida o dada en pago por el superficiario, y el derecho del superficiario a adquirir la titularidad del estableciente vendida o dada en pago. Rescinde una venta anterior y coloca al beneficiado en el lugar del adquirente primero. Se introduce el retracto en Cataluña por el mismo camino indirecto de la Ley de Señoríos, Enjuiciamiento civil, Código civil común y Jurisprudencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1896, 10 de marzo de 1898, 31 de mayo de 1899, 10 de diciembre de 1907, 2 de

(1) La fadiga la establece, en Roma, la ley 3 del Cod. de jure emph., IV, 66; y la reconocen como derecho feudal típico las const. 2 y 5, tit. 31, lib. 4, vol. 1, de la Compilación de Cataluña. Para su examen histórico, puede verse Lloréns, Poal y Carreras Candi. Su ejercicio, modo de utilizarla, contratos que la admiten, plazo para fadigar, etc., son expuestos por Brocá y Amell, págs. 205 y siguientes. Actualmente se aplica el Código civil, art. 1 636, por S. del T. S. de 4 de diciembre de 1896.

(2) En el Derecho romano era de dos meses (ley citada); en Cataluña, por costumbre fundada en la const. 2 del tit. del dret emphyteutich, era de treinta días, y en el Código civil, art. 1 637, de veinte días. Se discute ahora si rige el Derecho romano (Poal) o el catalán (Brocá y Amell) o el Código civil.

marzo de 1908 y 26 de marzo de 1912, que regulan su ejercicio, plazo y acciones. Y en este punto es preciso hacer constar que el Código civil es deplorable como modelo, pues los artículos 1.638 y 1.639 no garantizan los derechos de los titulares retrayentes y son incongruentes en grado sumo.

Efecto del ejercicio de la fadiga y el retracto.—Se refunden las dos titularidades en el que los ejercita, integrando el dominio pleno, fundamento de los mismos. Ninguna duda se ofrece si no existen otras titularidades interpuestas, pero sí en caso contrario. Lo examinaremos:

1. Que el superficiario retraiga. Puede ocurrir:

A) Que la titularidad del superficiario estuviera gravada con otra: verbigracia: una hipoteca, y la del estabiliente no estuviera gravada

B) Que estuviera gravada la del estabiliente y libre la del superficiario, y

C) Que ambas se hallaran gravadas.

Se preguntará si al acrecer por retracto e integrar el dominio, los gravámenes se extienden a su totalidad, y las reglas de prelación, rango y preferencia, en su caso.

Para nosotros deben jugar las titularidades separadamente, sin integrar el dominio, suspendiéndose esta integración provisionalmente mientras se interpongan los gravámenes expresados. Sólo así podrán resolverse los problemas múltiples que en caso contrario se presentarían a los que la técnica actual no ofrece solución alguna. Ciertamente se provocarán situaciones anómalas, derechos reales en cosa propia, etc., pero no sólo no nos alarma, sino que lo tendremos por un avance en el desenvolvimiento de nuestro Derecho.

2. Que el estabiliente retraiga. Los problemas serán idénticos. Las precedentes cuestiones apenas han merecido un examen ligerísimo de los doctores, quedando, en realidad, implanteadas.

Crítica de la fadiga y el retracto.—Se desprende de su evolución histórica. La concesión de tales derechos al estabiliente en su origen, demuestra que el dominio se centraba en él; después se centra en el superficiario y se le concede el retracto, como corolario; por último, se le negará al estabiliente para quedar en beneficio exclusivo del superficiario. Para este caso, más o menos remoto, no podemos olvidar que el tanteo y el retracto no sólo se basan, en el caso del estabiliente, en un principio económico de integración del dominio (incongruente en la actualidad, dado el carácter de carga limitativa a que ha quedado reducida su

titularidad), sino que mediante ellos se evita toda confabulación en la rebaja del precio real de venta practicada con ánimo de defraudar al estabiliente en la cuantía del laudemio. No será posible negarle estas defensas en tanto no sean sustituidas por otras en el derecho nuevo.

Dimisión.—Equivale a la renuncia de su titularidad por el superficiario. El Derecho romano no la admitía. El Privilegio de Recog. Proc. lo concede para Barcelona, y se generaliza como consecuencia de la Sentencia arbitral de Guadalupe (1). Su forma es la escritura pública, con concurrencia de ambos titulares, y, a falta del estabiliente, se otorga por el superficiario, notificándose a aquél la dimisión. Respecto de la subsistencia o extinción de las cargas, sólo han sido vistas las siguientes soluciones: a), que se extinguen todas, en beneficio del estabiliente (2), criterio primitivo inadmisibile; b), que debe pactarse, al constituirse la superficie, la prohibición de dimitir, sin una previa liberación de cargas, y c), que subsisten las cargas, en perjuicio del estabiliente que adquiere el dominio por acrecimiento. Pero, aun dentro de ellas, los doctores no precisan el juego práctico de las soluciones.

Estimamos que, en la actualidad, el problema debe plantearse en forma diferente, a saber: toda titularidad puede ser renunciada por su titular, mientras no vaya en perjuicio público o de tercero. No podemos concebirla, según gráficamente expresa D. Jerónimo González, como la túnica de Neso, que se adhiere a la piel y abrasa las entrañas de su titular, sin permitirle soñar en despojarse. La renuncia, abandono o dimisión podrán efectuarse tanto por el superficiario como por el estabiliente. Su consecuencia será el acrecimiento de la titularidad renunciada al no renunciante, que integrará el dominio pleno. Si alguna o ambas titularidades estuvieren limitadas por otra, v. gr.: una hipoteca, se plantearán los problemas que examinamos al tratar de la fadiga, a los que daremos idéntica solución.

Amortización.—Se produce por la adquisición de la finca por una mano muerta. No habrá laudemios posteriores porque no habrá ventas posteriores. Para compensar este perjuicio del estabiliente, el Derecho catalán obligó primitivamente a la mano muerta a desprenderse

(1) Cap. 66 Recog. proc.: Sentencia Arbitral de Guadalupe, dada por Fernando VII el 21 de abril de 1486, o ley 2 del tít. 13, lib. IV, vol. 2, que forman costumbre.

(2) Puede verse Fontanella, Tos, Cancer, Xamar, citados por Brocá y Amell, página 211.

de la finca en el término de un año (1). Más tarde, rebajado este principio de las Constituciones, forma el llamado derecho de amortización, cuya vigencia es reconocida por la sentencia de 9 de noviembre de 1898, y que se desenvuelve en las siguientes reglas: aumento de la pensión, que es de $1/40$ del laudemio si la finca es de mucho precio, y de $1/30$ si es de poco precio (2), con lo que se parte de la suposición de que aquéllas se transmiten cada cuarenta años, y éstas cada treinta, contra el criterio de la Ley de Señoríos, que lo supone cada veinticinco años.

Ante el hecho que provoca la amortización, nuestra opinión, seguramente atrevida, es la siguiente: montada la figura superficiaria sobre el juego de los laudemios, secuela de las enajenaciones sucesivas, se ha provocado un suceso jurídico que hace que todo el artefacto jurídico se derrumbe: la figura superficiaria pura no puede subsistir; se ha desnaturalizado. Mediante el aumento de la pensión sólo se logra evitar el perjuicio del estabiliente, pero no recobra su naturaleza y finalidad originarias. Nos hallaremos ante una superficie sin laudemio y con pensión aumentada proporcionalmente. Esto, en realidad, no es superficie. Es, más bien, un censo urbano. Habrá, en consecuencia, de decretarse su redimibilidad a favor del superficiario, ahora censatario, aun en el supuesto de que se negase tal redimibilidad al superficiario, puesto que no estuvo en el ánimo del mismo ganar un censo urbano. Por su parte, el estabiliente habrá tenido el derecho de fadigar y el de retraer, que, aun en el caso de negárselos en lo futuro, deberá conservárselos en este supuesto excepcional.

Mas esto no es más que un paso. Avanzando algo más, impondríamos una solución radical, a saber: declarar extinguida la superficie y adquirido por la mano muerta el dominio pleno. Del precio total habría de hacerse la distribución entre el superficiario y el estabiliente, y para ello seguiríamos las reglas que para la redención voluntaria exponemos en líneas posteriores. Teóricamente, tiene esta solución el mismo fundamento que la anterior y que las del Derecho catalán puro: la fuerza mayor y la evitación de perjuicios. Prácticamente, la consideramos preferible a todas. Observaremos, no obstante, que sólo puede ponerse en práctica si hay un precio que poder repartir, y no proce-

(1) Según la const. 2 del dret emphit., tit. 31, lib. 4, vol. 1, que, siendo feudal, se hace extensiva a la enfiteusis por costumbre.

(2) Es de mucho precio si excede de 75.000 pesetas.

derá cuando la mano muerta adquiere la finca por título lucrativo, en cuyo supuesto se impondrá la sabiduría de la solución catalana clásica de aumento de pensión.

Carta precaria y cabrevación.—Son, en realidad, un solo derecho, del estableciente y del superficiario, consistente en exigirse recíprocamente la declaración documental de sus titularidades respectivas, que adopta estas dos modalidades según sea quien lo ejercita. Tienen su origen en la costumbre, por imitación del Derecho feudal, según Catá de la Torre.

No ofrece puntos especiales de consideración y examen.

Prescribirá con el derecho de superficie, y por entender imprescriptible la enfiteusis, no se señala por los autores prescripción a la cabrevación y carta precaria.

Según Tos, se realiza por confesión ante Notario, y es curioso observar que, según el mismo y Cancr y Ripoll, sirve la cabrevación para hacer constar la existencia de la edificación, describiéndola como afecta a la enfiteusis.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI

(Continuará.)