

Unificación del Derecho nacional ⁽¹⁾

La acción para exigir el pago del canon superficiario.

Sabemos que hay una norma de la titularidad superficie que obliga a todo el que sea titular superficiario a pagar una pensión al titular estableciente. He aquí una norma real que impone una obligación al titular por serlo y mientras lo sea.

Ahora bien; un titular superficiario ha dejado de pagar la pensión; ha incumplido la norma, pero, además, en consecuencia, debe al estableciente una cantidad igual al importe de las pensiones no satisfechas. Bien vemos ahora la diferencia de aquella obligación del pago de la pensión, como norma, y de la obligación de pagar las pensiones vencidas, que no es una norma, sino un crédito o deuda nacida de una norma. Repetimos: ¿qué significa la expresión de que la finca queda afecta, con carácter real, al pago de las pensiones vencidas y no pagadas? Sólo puede querer expresar que el acreedor podrá repetir contra la finca, para su cobro. No ya por ser titular estableciente, sino por ser acreedor de una suma que ganó mientras fué tal titular, aun en el supuesto de que haya dejado de serlo. Se trata de un derecho personal que nació de una norma contenida en una titularidad real. Y a ese derecho personal, a ese crédito personal se quiere ahora dar por la ley una garantía real al afirmar que para su cobro podrá repetir contra la finca (2). Repetir contra la finca sólo puede significar que podrá pedir su venta para, con el precio, hacerse cobro de las pensiones no satisfechas a su vencimiento. Actúa, pues, como un crédito hipotecario; la acción obra como una hipoteca.

(1) Véase el número 149 de esta REVISTA.

(2) Esta podría ser la doctrina de la pensión como obligación personal. Y esto será, tal vez, lo que confusamente pretendan expresar Pellá y Forgas en la página 327, y Martí y Miralles en la *Revista de Derecho Privado*, t. I, pág. 466.

Al mismo resultado llegamos desde el punto de vista del superficiario. Dejó de pagar, y debe cierta suma. Es una deuda personal, que contrajo mientras fué titular superficiario, y que no debe alcanzar al adquirente posterior de la finca. Con ella, se transmite la norma que obliga al pago de la pensión anualmente, pero no las deudas del superficiario anterior. Sin embargo, se quiere garantizar su pago, como si se tratase de una deuda hipotecaria. Esto es todo. Hemos dicho antes que la finca será vendida, en su caso. Ha de ser así, porque el superficiario se asimila a un dueño, según sabemos.

Pues bien: ¿Cuántas pensiones se garantizan en esta forma? Parece que deberán ser todas las vencidas y no satisfechas, en tanto no hayan prescrito. Mas no. En tal caso nadie adquiriría la finca, ni prestaría sobre ella con hipoteca, ya que podría resultar gravada por una suma de pensiones debidas que absorbieran todo su valor (1).

Mientras no exista ese tercero—adquirente o acreedor hipotecario posterior—, la responsabilidad por pensiones podrá ser ilimitada. Pero si existen, en interés común, será precisa la limitación, v. gr., a dos años de pensiones. La Ley debiera declararlo. Sin embargo, no lo hace.

Para el Derecho catalán y sus comentaristas, la responsabilidad es ilimitada, aun cuando exista un tercer adquirente de la finca o un titular limitativo o hipotecario, y aunque, en el primer caso, haya adquirido la finca como libre (paliado el rigor, en cierto modo, por el juego de la "firma de dominio", que luego examinaremos). Queda tan sólo la defensa, escasa y dudosa, de la prescripción.

En este punto comienza a actuar, cuando se interponen terceros, la Ley Hipotecaria, que por ser general se aplica en Cataluña. Pero hemos de señalar, en primer lugar, que el término tercero, hipotecariamente, no coincide con el titular adquirente o limitativo que hemos pretendido defender—comprador o acreedor hipotecario, etc.—, sino en tanto que, además, inscriba su título en el Registro de la Propiedad. Sólo a una categoría de terceros sirve de escudo la Ley Hipotecaria: a los terceros hipotecarios. Y tampoco a éstos les defiende en realidad; según el artículo 117, se limita la garantía real a las pensiones de dos años y a la parte vencida de la anualidad corriente. Pero es solamente en benefi-

(1) En el antiguo Derecho catalán alcanzaba a 39 ó 29 pensiones vencidas, según fuera eclesiástico o laico, según Brocá y Amell, pág. 195, que cita a Fontanella por nota.

cio de un acreedor hipotecario o censualista posterior. No, como vemos, del comprador de la finca, que responderá (con ella) ilimitadamente (1).

Prescripción.—El artículo 1.963, en relación con el 1.966, del Código civil, aplicable en Cataluña según el Tribunal Supremo, señala el término prescriptorio de cinco años. Así lo afirma rotundamente Pellá y Forgas, página 326, sin citar la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo. Por su parte, Borrell afirma no menos rotundamente que las pensiones no prescriben hasta los cuarenta o treinta años, según sean eclesiásticos o laicos los censos, sin citar jurisprudencia, y tan sólo por aplicación del *Usage Omnes causa*, por analogía con la Sentencia de 1 de abril de 1912, que lo acepta para la carta de gracia. Tampoco J. Franquesa, en su obra "La Jurisprudencia y el Derecho civil de Cataluña", cita como aplicados en Cataluña por el Tribunal Supremo los artículos 1.963, 1.966, ni el 1.620 del Código civil, con lo cual nuestra duda queda en pie. Bien se ve que es poco segura para la paz social la regulación actual de la pensión, sin que sirva más que para paliarla las reglas catalanas de presunción de pago de las pensiones anteriores, acreditado el de las tres últimas—Ley 3 Cod. De apochis públicis, X, 22, y el capítulo 36 del Privilegio de Recognoverum Próceres, o presunción de pago pasado un año de su vencimiento, mediante juramento, salvo interpelación anterior.

Enajenación—Veamos sus facultades de enajenación:

- a) Venta o transmisión intervivos. Vende la finca como sabemos.
- b) Transmisión mortis causa. No ofrece duda (2).
- c) Constitución de Derechos reales. Es materia discutida y resuelta con diversidad de criterio (3). El nuestro es que podrá constituirlos

(1) Morell y Terry, en su obra *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, dedica un estudio especial a tan interesante cuestión.

(2) Las fuentes del derecho de disposición *inter vivos* y *mortis causa*, citadas por Brocá, son. P. 3 Jut. De locat. III, 24—Ley I Cód. De jure emphit. IV, 66—Ley I Cód. De gund patri. XI, 61.—Leyes 1 y 3 Cód. de locat. Predio civi. XI, 70. Ley 71, págs. 5 y 6. Dig. 1 De legatis, XXX.—Ley 10 Dig. Fasus ercis X, 2—Cita Borrell, además, la Sentencia arbitral de Guadalupe de 21 de abril de 1486

(3) Borrell lo plantea y resuelve afirmativamente, pág. 317, para recaer en el de sí deben subsistir en caso de dimisión o en el de comiso, sin que lo resuelva, remitiéndose al art. 118 de la Ley Hipotecaria respecto al comiso

Brocá y Amell, apoyándose en las leyes romanas que cita, sostiene la afirmativa, y opina que se extinguen por dimisión, fundándose en la opinión de Fontanella, Cau- cer y Tos.

el superficiario, siempre que no sean incompatibles con la superficie. No podrá darla a censo ni subestablecer, por faltar los elementos básicos, como veremos al tratar del subestablecimiento.

d) Descomposición de su dominio o superficie en nuda propiedad y usufructo. No ofrece dudas de gran dificultad, mediante la regla de que los actos de enajenación deben corresponder al nudo propietario de la superficie. La división de la finca será resuelta negando la facultad al usufructuario para practicarla; la de exigir la carta precaria, con su correspondiente derecho de pluma y firma, la asignaríamos al nudo propietario; y la obligación de otorgar la cabrevación la impondríamos al mismo. En cuanto a quién ha de pagar el laudemio, por una venta de la finca realizada por el nudo propietario y el usufructuario de la superficie, conjuntamente, en nuestra opinión el laudemio saldrá del precio, quedando el remanente a disposición de uno y otro, que es tanto como decir que ha sido a cargo del nudo propietario, en armonía con la Decis. 205, N. 12 de Fontanella. En caso de subestablecimiento, constituido por ambos, Cataluña acepta el criterio de que la entrada corresponde al usufructuario. No lo examinamos, porque rechazamos la posibilidad de subestablecer, para lo futuro.

e) División de la finca. Es criterio catalán que el superficiario enfiteuta puede dividir la finca sin consentimiento del estabiliente (1), contra el del Código civil, que lo exige. Pudiera admitirse en referencia a la enfiteusis rústica, pero no en cuanto a la superficie, porque habiéndose formado una finca, esta es normalmente indivisible, como todas las fincas urbanas. Lo es por naturaleza, y en los casos excepcionales en que sea factible la división, cada finca nueva habrá de quedar sujeta a una superficie, con distribución de la pensión primitiva, todo lo cual, en su caso, requerirá un consentimiento común, al igual que ocurre con la finca hipotecada que se divide.

f) ¿Podrá demoler la construcción, siquiera lo haga para sustituirla por otra más ventajosa? ¿Requerirá el consentimiento del estabiliente o la autorización judicial en su defecto? No vemos resuelta la cuestión en el Derecho catalán, más que en la generalización enfiteutica de no poderla deteriorar, ya que la Consuetud 31 Sanctacilia no se refiere tam-

(1) Así opina Borrell, fundado en Serafini y Trias, fundados a su vez en Ripoll.

poco a este caso concreto. Para nosotros deberá ser necesario aquel consentimiento, ya que directamente afecta al interés económico del establecimiento.

* * *

2. Los derechos y obligaciones del establecimiento son:

Laudemio.—Es el máximo acierto de la figura superficiaria. Su precedente más remoto está en el Derecho romano, que lo define y regula en la Ley 3, Cod. de jure emphyteutico, 66, IV. En Cataluña, en una cierta época, se identifica con el feudo en sus formas legales, y la Cons. 2 del titu. 31, libro IV, vol. 1, nos habla del *laudemio del feudo*. Esto ha influido en su regulación. v. gr., elevando la cuantía desde el 2 por 100 romano hasta la tercera parte del valor, en el mayor rigor feudal, y ha provocado la toma de posiciones, más sentimentales que jurídicas, en los tratadistas catalanes (1). Pese a ellas, lo estimamos esencial.

Cuántía.—Su determinación deberá quedar a voluntad de las partes contratantes, pero la Ley deberá prever el silencio de las mismas. Cataluña lo hace así, con criterio diferente para Barcelona, Tortosa y Granollers, y el resto del territorio, pero la exigencia científica queda cumplida (2).

Cómo se ha de computar.—Sería injusto que el *laudemio* se computase del total precio de la enajenación. Puesto que es una participación en el mayor valor, por de pronto habrá de rebajarse la entrada, si la hubo, pues de otro modo el establecimiento percibiría un *laudemio* de una

(1). Son las fuentes: además del Derecho romano citado, Privilegio de Alfonso II, de 1286; de Pedro II, de 1285; Sentencial Arbitral de 1310 (Const. I del título 12, lib. IV, vol. 1), (cap. 1 y 12 del P. de Recognoverum Príncipes). (Const. 2 del título 31, lib. IV, vol. 1). Y otros que se citarán en sus lugares oportunos.

(2) En Barcelona, su huerta y viñedo, el 10 por 100 en la enfiteusis laica, y el 1,70 y 1,5 en la eclesiástica, según radiquen en Barcelona o en su huerta y viñedo. Priv. de Pedro II de 1285; cap. I del Recog. Pro. y reglas de las Sent. Arb. de Jaime II de 1310, ley 1, título 12, lib. IV, vol. I de las Const. de Cat.—En Tortosa, del 10 por 100 al 1,3 por la Const. 4, rubr. 26, lib. IV, Cost. de Tortosa.—En Granollers, el 10 por 100, por Priv. de Felipe I en 4 de diciembre del 85.—En el resto de Cataluña se aplicaba el tercio feudal; pero el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de diciembre de 1862, reiterada en 18 de junio de 1875, basándose en que aquella fuente es feudal e invocando la Ley general de 29 de mayo de 1823, decreta la cuantía romana del 2 por 100 sobre los Privilegios citados.

cantidad que ya cobró. En segundo lugar, parece que del precio total habría de rebajarse el valor del capital de la pensión, que equivale al valor del terreno al ser establecido, y que, por lo tanto, no es mayor valor. Mas esto no es cierto, porque ese capital no se incluye en el precio total, puesto que el comprador, al señalarlo, habrá rebajado ese capital puesto que ha de seguir pagando la pensión.

Claro está que la expresada deducción procederá cuando no haya comprador que haya de seguir pagándola, como ocurrirá en los casos de expropiación, en los de redención, en las ventas judiciales por el procedimiento ejecutivo ordinario y aun en los excepcionales supuestos de censo sin pensión. Todo ello será examinado en sus respectivas secciones, por nosotros.

Los tratadistas catalanes no enfocan el problema con justeza; sólo Borrell, pág. 338, y es confuso e impreciso.

Alienaciones que lo devengan.—El Derecho catalán es contundente y certero (1): lo devengan todas las enajenaciones onerosas y las gratuitas a título singular, con excepción, respecto de estas últimas, de las efectuadas por causa de matrimonio a favor de legitimarios, que no son más que manifestaciones de sucesión contractual en realidad.

Consideramos que debe rechazarse el privilegio que exceptuó de laudemio las enajenaciones gratuitas en Barcelona, Vich, Mataró, Gerona y Llívia, en esta última sólo a los no nobles (2).

Dentro de este criterio, por lo tanto, devenga laudemio la venta a manos muertas, sin perjuicio de la amortización (3), que luego estudiaremos, y las ventas judiciales; y no lo debe devengar el arrenda-

(1) Sus fuentes son: Derecho romano, vigente en este punto después de las sentencias expresadas en la nota anterior. Antes de ellas se aplicaba el derecho feudal de la Const. 2, tit. 31, libro 4, vol. 1, también citado. Y, en opinión de los autores, lo devengaban no sólo las alienaciones de todas clases, onerosas o gratuitas, *inter vivos* o *mortis causa*, sino las hipotecas, arrendamientos a largo término, etc., con la sola excepción de las donaciones a ascendientes y descendientes directos y la constitución de dote a la esposa o hija.

(2) En Barcelona, por el Priv. de Recog. Proc., cap. 1 y 12.—En Vich, por Real Cédula de 26 de marzo de 1768, confirmado por R. O. de 10 de agosto de 1819. En Mataró, por Priv. de 8 de octubre de 1424, confirmado en 4 de julio de 1480. En Gerona, por Priv. de Don Pedro III, confirmado por R. O. de 4 de enero de 1825. En Llívia, según referencia de Vives, núm. 7.

(3) Fontanella, Decisión 279, núm. 22; Contrada, Decis. 284, núm. 47; Tos, "Tratado de Cabrevación".

miento (1) por no ser acto de enajenación, no obstante ser opinión catalana antigua que lo devengaba tratándose del constituido a largo plazo; será discutible si lo devengaba por restitución anticipada de fideicomiso, siendo aceptada la afirmativa por Brocá y Amell, y por Borrell, que se apoyan en la opinión de Gibert (2).

Hagamos constar aquí un extremo que llama nuestra atención: afirma Borrell que el establecimiento que retrae no percibe laudemio; la Constitución que cita, 5, tít. 30, libro 4, él mismo afirma que es feudal, y su argumento de que no puede autorizarse a sí mismo para adquirir la finca parte de una base falsa, pues no es éste el fundamento del laudemio. Opinamos que debe percibirlo en todo caso.

Como modalidades especiales se citan:

a) Venta por expropiación. Se discute si debe devengarlo, negándolo, Caucer, Borrell y la mayoría de los autores, salvo Fontanella, pero el Tribunal Supremo afirma e impone, a nuestro juicio con acierto, la procedencia del laudemio (3).

b) Venta con derecho de lluir y de quitar y retroventa. El moderno criterio catalán paga el laudemio por mitad, al venderse y retrovenderse, pero a nuestro juicio, es más puro el criterio antiguo o de pago total al otorgarse la venta sin abono alguno en la retroventa.

En casos similares en apariencia, pero desemejantes en su fondo, como en la retroventa efectuada fuera de plazo, o en el pacto de retracto después de consumada la venta o en la promesa de retroventa por el precio o valor que la finca tenga al ejercitarla, se paga doble laudemio, en su caso, descomponiendo la figura en las dos enajenaciones perfectas que la integran (4).

c) Venta de bienes de manos muertas. No lo devengan. Se basan los autores para ello en que la venta no es voluntaria, pero este argumento carece de fuerza, para nosotros (5).

d) Insolitudinación. Se equipara a la venta.

(1) Solsona, citado por Brocá y Amell, en su *Lucern Laud*, Prel 4, núm 78.

(2) En sus obras respectivas, págs. 201 y 347, los primeros, y el último en su "Teoría artis notariae", part. 3, de los laudemios.

(3) Caucer. I, 11, núm. 81; Fontanella, Decis. 281, núms 10 al 24, Borrell, página 342; Tribunal Supremo, sentencia de 9 de noviembre de 1898.

(4) Brocá y Amell, pág. 199, t. 2; y cita por nota a Caucer, Var. resol., parte 1, cap. 11, núm 78, y a Solsona, *Lucern. naud.*, Cédula 10, núm. 23; Fontanella, Decis. 277; Guibert, "Teoría, etc."; citado también por Brocá y Amell.

(5) Borrell, pág. 342; citando a Brocá y Amell.

e) Permuta. Lo devenga por el valor total de la finca permutada, previo aumento o disminución del metálico que se reciba o dé como diferencia de valor (1).

f) Enajenaciones nulas. La declaración de nulidad dará derecho a la devolución del laudemio (2).

g) Alienación rescindida. En la rescisión legal, se sigue el criterio anterior. En la voluntaria, si se produce antes de la entrega de la finca vendida, no lo devenga, y si se produce después, devenga dos laudemios (3).

h) Alienaciones sujetas a condición. Si es suspensiva no lo devengará hasta que se cumpla la condición; si es resolutoria se aplica lo dicho para las ventas a carta de gracia (4).

i) Constitución de dote. Si es estimada lo devenga (5).

j) Donación vitalicia. No lo devenga si la vida probable del donatario es de diez años o más, salvo en Barcelona, que basta sea de siete años. Rechazaremos tan confuso y arbitrario criterio (6).

k) Aportación a sociedad. Contra el criterio del Tribunal Supremo, en sentencias de 18 de mayo de 1872 y 25 de enero de 1889, opinamos que debe devengar laudemio.

l) Transacción. Lo devenga si la finca pasa a un extraño (7).

II) Constitución de hipoteca. No lo estudia el Derecho catalán, por lo que nos detendremos en su examen. La hipoteca no es propiamente una enajenación de la finca, a menos que por su ejecución la produzca; entretanto, obra sólo como una garantía. En principio, pues, no debe devengar laudemio. Ahora bien. Este criterio puede causar lesión al estabiliente, puesto que en las enajenaciones posteriores que de la finca hipotecada se efectúen, el precio de venta habrá disminuído automáticamente por descontarse o deducirse previamente por el comprador el importe de la hipoteca. Si después de estas ventas se libera la

(1) Borrell, pág. 345, citando a Brocá y Amell, y éstos a Solsona.

(2) Salvo que haya disfrutado durante mucho tiempo de la finca, según Borrell, página 343, que cita a Brocá y Amell, el cual cita a Peguera y a Fontanella.

(3) Borrell, pág. 343, que cita a Brocá y Amell y jurisprudencia.

(4) Idem.

(5) Idem.

(6) Borrell, Brocá y Amell, Pellá y Forgas, que cita J. de Montjuich y Caucer. La Ley 68, D. de legem Falcidia, 35, 2, establece el cálculo.

(7) Borrell, pág. 346, que cita a Brocá y a Maspous.

hipoteca sin que se pague laudemio por esta liberación, el estabiliente habrá resultado perjudicado evidentemente. Es preciso evitar el perjuicio. Pero esta es otra cuestión, a saber: cómo se determina el precio de la enajenación. O sea, si deben computarse las cargas de la finca enajenada, y en qué forma.

A nuestro juicio, en la enajenación de una finca anteriormente hipotecada, para calcular el laudemio debe sumarse al precio de enajenación el importe de las hipotecas anteriores, puesto que el comprador se habrá subrogado en la obligación de satisfacerlas, rebajándolo previamente del precio que señala. Es evidente que no procederá tal adición si en la escritura consta que el precio no ha sido rebajado, por conservar parte de él el comprador para efectuar el pago de la hipoteca, o cuando por confiar en su pago por el vendedor, no tome esta precaución. El mismo razonamiento nos sirve para las ventas judiciales de fincas hipotecadas anteriormente: si el procedimiento seguido es el judicial sumario, el adquirente comprador, al ofrecer el precio, ha rebajado del mismo el valor de las hipotecas que han de quedar subsistentes, por lo cual habrá que sumarlo al precio ofrecido; por el contrario, si el procedimiento utilizado es el ejecutivo ordinario, el precio es el valor real de la finca, puesto que el adquirente sabe que no ha de respetar, ni por lo tanto ha de rebajar, el valor de las hipotecas anteriores ni posteriores, a cuya extinción se destinará el precio.

Los comentaristas catalanes no perciben con claridad la cuestión, y sus varios criterios pecan de inseguridad y carecen de firmeza (1). En la práctica, en las ventas de todo orden, voluntarias y judiciales, sólo se atiende al precio obtenido. Y ello es más de extrañar, cuando al vender la finca gravada con censal, no vacilan en sumar al precio de la venta el capital del censal para fijar sobre tal suma el importe del laudemio (2).

m) Por último, el Derecho catalán, que admite el subestablecimiento, la creación del censal sobre finca establecida y la cesión del derecho de fadiga o tanteo, impone como consecuencia el laudemio en estos casos, sin que los examinemos, porque rechazamos, para lo futuro, los tres actos.

r. (1) Vilaplana, en sus "Ilustraciones feudales", sostiene que deben computarse las cargas. Otro tanto Pella y Forgas, en su obra, pág. 341, si bien sostiene el criterio contrario refiriéndose a las hipotecas.

(2) Véase Gibert, en su "Teórica del Arte de Notaria", pág. 355.

La división necesaria de la finca, en los casos de excepción en que la admitimos, no debe devengarle; pero sí la adjudicación en pago, aun cuando lo sea de legado (1).

Quién ha de pagar el laudemio.—En principio, lo paga el superficiario enajenante, puesto que es parte del precio, que se entrega al estabiliente. Lo mismo ocurre si la ley lo impone al comprador, puesto que éste lo rebajará al ofrecer el precio. La única diferencia consistirá en que en este último caso, rebajado el precio, se rebaja también la cuantía del laudemio; pero en tan escasa proporción que apenas vale la pena de mencionarla más que por curiosidad. Y aún, el Derecho catalán, previéndolo, autoriza al estabiliente a percibir no sólo el laudemio del precio (mentalmente rebajado), sino el laudemio del laudemio, con lo que la diferencia se hace imperceptible (2).

Ejemplo: 2.000 pesetas es el precio de la venta. Con un laudemio del 2 por 100 percibirá el estabiliente 40 pesetas. Si su pago corresponde al comprador, éste fijará el precio de 1.960 pesetas (rebajando las 40 del laudemio); en este caso, el laudemio al 2 por 100 será de 39,20 pesetas, y habrá que sumar el laudemio de ese laudemio (39,20), que asciende a 0,78 pesetas, produciendo un total de laudemio a percibir de 39,984 pesetas, con una diferencia de 16 milésimas. Estimamos acertado el primer criterio y excesivamente sutil el segundo; el Derecho catalán sigue aquél en Barcelona, Tortosa, Gerona, Vich y Lérida (3), y éste en el resto de Cataluña (4), si bien se respeta el pacto contrario en todo caso.

Acción para su cobro.—En el estado actual del Derecho catalán, es ésta una cuestión confusa y en elaboración aún. Tos, en su "Tratado

(1) Así opinan respecto de la división Borrell, Brocá y Amell, Pella y Forgas, etc., apoyados en Fontanella, Dec. 280.—Sobre la adquisición en pago, Pella cita a Amadeo de la Ponte y su obra "Laudemiales questiones", question 25, núm. 5.—Sobre el pago de legado, Cost. 8, tit. 30, lib. 4, vol. 1.—Sobre adjudicación en pago de legítima, véanse las notas 47 y 48 de Borrell, pág. 342.

(2) Borrell, pág. 370, refiriéndose por nota a Brocá y Amell, II, 101, que a su vez se refiere a Gibert.

(3) Lo paga el enajenante en Barcelona, por Sentencia Arbitral y Recog. Proc., cap. 35.—En Tortosa, Cost. 9, rubr. 26, lib. IV.—En Gerona, Vich y Lérida, según opinión de Comes, aceptada por Borrell.

(4) Por aplicación del Derecho romano, Ley 3, Cod. De Jure emphit., IV, 66, de acuerdo con el feudal de la Const. 2, tit. 31, lib. IV, vol. 1.

de Cabrevación", cree que la finca queda hipotecada por el importe del laudemio. En el "Tratado de Laudemio", redactado en 1795 por el Colegio Notarial de Barcelona, de texto para los profesores de la Cátedra de Notarías, se expresa que los laudemios pueden pedirse por acción hipotecaria (cap. II, párr. 12). Los Juristas vacilan también, y lo mismo decide la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1892; Fontanella opina que la acción es hipotecaria, igual que Joaquín Martras; para Caucer es una acción "in rem scripta"; y el mismo Fontanella, seguido por Brocá, sostiene que se dirige contra el poseedor, y éste podrá, a su vez, repetir contra los que se hallaren debiéndolo.

Detengámonos un momento en su examen sencillo.

Se parte, para que quede planteado todo el juego de acciones, de que el superficiario ha vendido la finca y no ha sido satisfecho el laudemio al estabiliente. Hay tres interesados: superficiario vendedor, superficiario comprador y estabiliente. Y se pregunta: ¿Qué garantías ofrece la ley a éste para el cobro del laudemio? La primera que le brinda es empírica y deficiente; consiste en la intervención del mismo en la enajenación (firma de dominio), momento en que hará efectivo su derecho. Es incompleta, porque no todas las enajenaciones que lo devengan precisan la firma de dominio, y porque, como luego veremos, la firma de dominio se desenvuelve vacilantemente. Y es empírica, porque el Derecho debe ofrecer un medio directo y perfecto mediante la concesión y el juego de acciones reales oportunas. Este medio puede consistir en permitirle dirigirse contra la finca e instar su venta judicial, para el cobro del laudemio. Es decir, que obre la acción como una hipoteca. Inmediatamente surgirá la necesidad de determinar a cuántos laudemios atrasados alcanza la garantía; y sus efectos respecto de los terceros hipotecarios o no hipotecarios, que la adquieran posteriormente o alcancen un derecho real sobre ella, verbigracia, hipoteca, etc. Como vemos, emplazada así la cuestión, son de aplicación las consideraciones que anteriormente hicimos respecto a la acción para el cobro de la *pensión*. Y queda precisada con los siguientes datos: 1.º Que el laudemio prescribe en el Derecho catalán a los treinta años (1); y 2.º Que la Ley Hipotecaria calla en absoluto.

Bien se ve ahora la puerilidad de aquel criterio consagrado, que pre-

(1) Por el *Usage Omnes Causa*, según Brocá y Amell, Fontanella, Borrell, Solsona, Lloréns, etc.

tende solucionar el problema permitiendo al *poseedor*, que responde de los laudemios devengados con la finca comprada, repetir contra los obligados anteriores, que es tanto como pagarlos primeramente y repetir luego sobre éstos con una acción que, en último término, ha de ejecutarse sobre la finca, *que es suya*. No; el problema es de fondo, y habrá de ser planteado y resuelto.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI

Notario

(Continuará.)

La propiedad inmueble en Marruecos como base posible del crédito territorial

II

EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS A LA PROPIEDAD PRIVADA

El concepto de la propiedad privada y su normación jurídica en relación con la seguridad que demanda el crédito territorial en la propiedad inmueble como indispensable para su desenvolvimiento, hace que gran parte de las tierras existentes en Marruecos no puedan servirle de base.

Por ello, en el artículo anterior nos limitábamos al estudio de las tierras Melk, que son en la propiedad inmueble las únicas que jurídicamente tienen el carácter de propiedad privada, porque el resto de la propiedad inmueble marroquí pertenece de derecho al Sultán, está por su naturaleza fuera de todo dominio, afecta a un fin social o pioso, o condicionada a la prestación de un servicio castrense (1).

A estas limitaciones de carácter objetivo hay que añadir aquellas otras que se refieren al elemento personal de los posibles titulares de la propiedad inmueble, situados en un plano de desigualdad por influencia de las ideas religiosas, que son el elemento preponderante en las concepciones jurídicas del mundo árabe, donde se confunde sin posible separación las ideas de Religión y de Estado.

Mahoma no fué sólo el creador de una nueva religión opuesta al

(1) Los conceptos enunciados corresponden jurídicamente a las tierras Maghzen, Muertas, Habus y Guich. En las tierras Naibas las transmisiones por ventas estaban consentidas, pero el Soberano entendía que no transmitía más que la *menfaa* (dominio útil y derecho real transmisible a tercero), conservando siempre el dominio directo; por lo que parece prudente atenerse sólo a las tierras Melk para fijar una base cierta en el crédito territorial.

paganismo de los trescientos ídolos de la Meca, sino que supo hacer pasar sus predicaciones a la práctica, transformando las concepciones abstractas del Coram en una sociedad organizada de formidable potencia universal, sobre la base de sustituir la idea tradicional del Jefe o Monarca por la del depositario de la profecía o enviado de Dios.

Las concepciones religiosas de Mahoma se adaptan al fin de formar un Estado. Después de un largo período de predicación pasa a la acción. En una y otra época, por convicción teológica y por habilidad política, la tolerancia religiosa fué constante norma islámica. "Es lo cierto—dice la sura 5—que los musulmanes, los judíos, los cristianos, todos aquellos que creen en Dios y en la resurrección, y que ejecutan buenas acciones y son justos, todos ellos recibirán de Dios su recompensa y ninguno de ellos conocerá el temor ni el sufrimiento."

Pero esta tolerancia no pasa del terreno espiritual. Los creyentes forman una comunidad universal dirigente y dominadora, que extiende su acción por la fuerza.

Mahoma dijo: "Muchos profetas envió Dios sobre la tierra, cada uno de ellos estaba encargado de exaltar una calidad especial del Todopoderoso. Moisés proclamó su gracia misericordiosa; el rey Salomón, su sabiduría, su esplendor y su majestad; el dulce Jesús alabó ante los pueblos la justicia, la omnisciencia y el poder de Dios y la probó con los milagros que la gracia divina le permitió realizar. Pero nada de esto pudo convencer a la Humanidad pecadora. Los hombres continuaron sumidos en sus faltas y recibieron con incredulidad todos los milagros desde Moisés a Jesús. Por eso Dios, en su justicia, me ha hecho surgir a mí; yo soy Mahoma, el enviado por el Señor con la misión de emplear la espada."

Mahoma concebía y consentía las convivencias con judíos y cristianos, con la condición del previo sometimiento a los musulmanes. La expulsión, confiscación de bienes y matanzas de las tres poderosas tribus judías de Medina, los Beni Kainatas, Beni Nadhir y Beni Kuraisa no constituye modificación de la anterior norma política, sino episodios exigidos por las necesidades y contingencias del momento. Al derrotar a la tribu judía de Kaybar, establecida al norte de Medina, comenzó la aplicación de las normas de tolerancia, confiscándoles sus bienes y devolviéndolos después imponiendo una tasa sobre los productos.

Este impuesto territorial tiene una base bien distinta de la idea fiscal propia de los impuestos europeos: los impuestos musulmanes se basaban sobre una obligación religiosa y representan la limosna legal que, al mismo tiempo que la plegaria y peregrinación, son preceptos de fe. En esta materia estableció Mahoma la única diferencia que concebía entre los hombres: los creyentes musulmanes que hacen la guerra y propagan la fe y los no creyentes, que no pueden participar en la propaganda religiosa, que se hace luchando, y que disfrutan de tranquilidad bajo la protección de aquéllos, estando obligados a pagar una tasa como precio de esa protección. Por eso, cuando el infiel se convierte, pasa automáticamente a formar parte del Islam y cesa de pagar ese especial tributo.

El 8 de junio del año 632 moría el Profeta: dos años antes había emprendido una campaña contra el Imperio de Bizancio; unos siglos después sus sucesores habían conquistado el Iram, Siria, Persia, Palestina, Egipto, todo el Asia Menor, la Mesopotamia, el Cáucaso, el Turquestán, Africa del Norte y España.

Los "Infieles" que vivían en estos extensos territorios musulmanes podían poseer y adquirir bienes inmuebles. Aún más, Kremer y Gautier afirman que por cálculo político y por interés fiscal, los musulmanes no tenían interés en su conversión para no hacer disminuir los ingresos.

El Coram, por tanto, reconocía a los infieles el derecho a la propiedad inmueble. Pero nótese que siempre se refiere al *infiel vencido*. El caso del extranjero que viniese voluntariamente a establecerse en territorio musulmán no surge hasta época muy moderna, cuando los europeos al entrar en estos países conservan su calidad de súbditos de potencias, que hacen valer su protección frente a la autoridad musulmana.

La situación que venimos examinando se aplica exactamente a Marruecos, donde el musulmán, tolerante con el infiel, es ferozmente fanático contra el extranjero.

A éste no se le consiente comprar tierras más que con la autorización previa y expresa del Gobierno.

Puede afirmarse que esta cuestión no se plantea ampliamente has-

"Allí donde los extranjeros hayan adquirido propiedades podrán levantar edificaciones, conformándose a los reglamentos y usos del país."

"Antes de autorizar la redacción de los contratos de transmisión de la propiedad, el Cadí deberá comprobar, de acuerdo con la Ley musulmana, la regularidad de los títulos."

"El Maghzen, en cada una de las ciudades y distritos indicados en el presente artículo designará el Cadí que haya de efectuar las referidas comprobaciones."

Este artículo, reproducción del 2.º de la Convención de Madrid, contiene la importante adición de no necesitar los extranjeros el previo permiso del Gobierno cherifiano para sus adquisiciones inmobiliarias en los radios que se señalan.

El 30 de marzo de 1912 se organiza el Protectorado, y por la Convención francoespañola firmada en Madrid el 27 de noviembre del mismo año, se precisa la situación de Francia y España, que en sus respectivas zonas han establecido la actual legislación inmobiliaria, que será objeto de otro artículo.

R. V. FRANQUEIRA