

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Año XXXVII

Mayo - Junio 1961

Núms. 396-397

Causa de la "traditio" y causa de la "obligatio"

INTRODUCCION

1. *Concepto polémico.*

Es el concepto de causa el más polémico de todo el Derecho civil, porque cada autor ha proclamado «su verdad», pero sin tener en cuenta que sólo desde su ángulo de visión podía ser verdad.

La teoría de la causa es la historia del manejo de una palabra equivoca: causa. Cada cual la aplica en su peculiar sentido (1).

FUENTES DE LAS CONFUSIONES.

2. *Causa próxima y causa remota.*

Una primera confusión se origina al no distinguir entre causa *próxima* de la *traditio*—obligación de dar del *solvens*—de la causa *remota* o causa de esta misma obligación: juego de prestaciones

(1) Véase después núm. 81-A.

y promesas (art. 1.274 del C. C.). La causa de la *traditio* es la propia promesa del que entrega la cosa *solvendi causa*, al paso que esta misma promesa sirvió *antes* de causa a la promesa (o prestación) no propia, sino de la otra parte.

En la causa *próxima*, la promesa y la prestación proceden de la misma parte, se mueven en la misma dirección: el vendedor promete entregar la cosa (art. 1.445 C. C.); el mismo vendedor entrega la cosa *solvendi causa*, en pago de la obligación de dar que pesa sobre él (art. 1.462 C. C.).

En la causa *remota*, la promesa y la prestación proceden de partes correspectivas, llevan direcciones contrarias: promesa frente a prestación, promesa frente a otra promesa, pero esta segunda procede de la contraparte (art. 1.274 C. C.). (Véase después teoría clásica, núm. 68.)

Esta confusión ha sido originada por la doctrina latina al no recoger el Código de Napoleón el elemento de la *traditio*. Los autores franceses dejaron de estudiar la causa próxima, la *iusta causa traditionis*, centrando el eje de su análisis en la causa remota, única a que se referían.

3. Causa objetiva y causa subjetiva.

Una segunda confusión ha sido originada por la presión de la causa *ilícita*, con la recepción en bloque de la causa subjetiva o causa final, dándole un papel predominante y llegando incluso a unificar la noción de causa sobre el concepto *fin*.

4. La causa expresa.

Una ulterior confusión es debida a no distinguir con suficiente análisis, cuando es necesario, y cuando no lo es *expresar* la causa en la declaración de voluntad, mezclando los supuestos de *inexpresión* de la causa con los de *inexistencia* de la causa. La causa puede existir real y verdaderamente y no estar expresa en el negocio jurídico.

Al mismo tiempo se ha involucrado la necesidad adjetiva o procesal de la expresión de la causa en el *libellus*, en algunos supuestos, con la exigencia substantiva de dicha expresión en el negocio jurídico.

A)

CAUSA OBJETIVA EN GENERAL

5. *El concepto de causa: causa eficiente.*

Causa es la razón justificativa de la eficacia jurídica de un acto humano. La causa es siempre el *por qué*, reconocido por la ley, de una pretensión particular. Pretendo que se me haga este servicio, porque previamente lo pagué (*do ut facias*). Pido cien mil pesetas, porque antes las entregué (*do ut des*). Esto lleva consigo la confluencia de dos situaciones:

A) *Situación de derecho objetivo.*

Causa es, pues, en última instancia, la autorización legal para pedir, el *cur debetur*. En este plano, la ley es la única fuente de la causa. La causa, en este aspecto, es siempre legal.

Queda caracterizada así la causa como situación de derecho objetivo, que se confunde fácilmente con los supuestos de hecho de la eficacia de la norma. No basta, como veremos, con esta situación de derecho objetivo: hace falta, además, una concreción de esa situación abstracta, en una situación de derecho subjetivo, en una situación jurídica intersubjuntiva, destacada con vida propia de la norma jurídica (relación jurídica relativa interpartes).

Esta situación de derecho objetivo—pero sin describir la situación de derecho subjetivo—ha sido analizada con toda agudeza por el profesor GUASP (2):

6. a) «De las múltiples acepciones que la noción de causa recibe en el orden jurídico, debe retenerse aquí la idea exclusiva de causa motora o eficiente, el *cur agitur*, descartando como figuras que pertenecen a otra serie de cuestiones, las llamadas causas ma-

(2) GUASP, JAIME: *Indicaciones sobre el problema de la causa de los actos procesales*, en «Rev. de Derecho Procesal», IV, 1948, págs. 406 y sigts.—Cfr. en igual sentido: PUCLATTI, SALVATORE: *Nuovi aspetti del problema della causa nell' negozi giuridici*, separata de «La Dante Alighieri, per G. Venezian», Grafiche «La Sicilia», Messina, 1934—COGNETTI DE MARTIIS, Raffaele: *Il concetto unitario della causa*, separata de «Temi Emiliana», año XIV (1937-XV), núm. 4.

teriales, causas formales o causas finales del acto mismo. La causa de un acto jurídico es su motivo o porqué en cuanto *juridicamente relevante*...»

«Todavía dentro de la causa eficiente o motora, aisladamente concebida, habría que observar la posibilidad de coexistencia de una pluralidad de factores determinantes del acto causado. Ello quiere decir que la causa jurídica de un acto, aun de un acto único, puede no ser única a su vez, sino múltiple, y esto tanto si los motivos se hallan en un mismo plano de importancia o trascendencia (*concausas*) como si se hallan en grados distintos en cuanto a la influencia que sobre el acto ejercen (*causa principal; causas secundarias*). El encadenamiento de las diversas motivaciones de una actividad puede ofrecer aún la hipótesis de una causa que no opera inmediatamente, sino a través de la producción de otros factores inmediatos del acto (causa primera y causas segundas o subcausas). En cambio no son verdaderas causas la pura inexistencia de obstáculos para el acto, ya que la remoción de los impedimentos no puede considerarse como un verdadero motivo del acto no dificultado.»

b) «Esta compleja posibilidad de la motivación de un acto cualquiera, cobra importancia jurídica cuando el derecho objetivo hace de ella, es decir, de su presencia o ausencia, un requisito (positivo o negativo, respectivamente), un factor determinante de la eficacia normal del acto mismo.»

7. «Ahora bien, para llevar a cabo de un modo satisfactorio esta formulación de la teoría de las causas procesales, es necesario proceder en este momento a una división trascendental. Se hace preciso separar, de un lado todas aquellas hipótesis en que el derecho objetivo señala a un cierto acto una *causa especial*, que se marca taxativa, concreta y singularmente y agrupar, de otro lado, todos aquellos supuestos en que falta dicho motivo específico, por lo que la causa del acto no puede ser aislada de la de otros acontecimientos procesales, sino que funciona de manera común a todos ellos.»

a) Unas veces, en efecto, la norma jurídica procesal, colocada ante el problema de la regulación jurídica de un cierto acto, dice

de modo expreso que se requiere para su eficacia la concurrencia de una determinada causa que establece. Así, cuando determina las reglas a que ha de ajustarse la impugnación extraordinaria que se conoce con el nombre de recurso de casación: allí, como es sabido da una lista totalmente exhaustiva de los motivos (únicos motivos) por los que la reclamación se puede intentar. Claro está que en tales casos, hallándose la causa legalmente especificada, la indagación del requisito no ofrece, en principio, obstáculos; pues la aplicación normal de los preceptos a él referentes libra, en general, al intérprete de dificultades ulteriores.»

b) «Pero otras veces acontece, por el contrario, que el derecho objetivo quiere guardar silencio, y lo guarda efectivamente, en torno a este requisito de la causa de un cierto acto. Será preciso contar, para tales hipótesis, con una *fórmula general* sobre la existencia o inexistencia de causa en los supuestos silenciados. Es decir, que al lado de los motivos específicos de los actos procesales habrá una causa común, a la que habrán de acudir, para saber si un acto procesal se halla o no justificado, cuando la ley no establece de modo concreto dicha justificación.»

8. *Causa específica.*

1.—«En primer lugar, hay que ocuparse, por tanto, de las posibles *causas específicas* de los actos procesales.»

«Se comprende fácilmente que el estudio de las causas específicas haya de preceder al de las causas genéricas o no taxativamente determinadas. Ello no es sino una consecuencia del criterio general que en materia jurídica obliga a anteponer la aplicación de los supuestos especiales al de las hipótesis generales y comunes. Si la solución fuera la inversa, como las prescripciones de orden general y común, por su propia esencia, se aplican en principio a todos los casos posibles, las reglas de índole especial no hallaría nunca posibilidad de encaje; en cambio, el método inverso arroja un resultado correcto, puesto que la disposición especial, reducida siempre a un ámbito limitado, deja, en todo caso, por lo menos teóricamente, un campo de intervención subsidiario a la norma general. En lo que ahora interesa conviene subrayar, en consecuencia, que la existencia de una causa específica puede

eliminar, y en realidad elimina, la aplicación de la causa general. Si hay o debe haber, en el caso de que se trate, un motivo concreto que la ley exija, se hace estéril toda indagación posterior sobre la presencia o ausencia de la causa común: si, verbigracia, la ley dice que para recurrir en revisión debe darse alguno de los motivos que limitadamente enumera, de nada sirve preguntarse si, en el caso, prescindiendo de uno de tales motivos, se da o no un interés de parte en recurrir.»

2.—«Existe causa específica de los actos procesales cuando una norma de este carácter, explícita o implícitamente, establece de modo concreto un porqué objetivo al que el acto debe obedecer. De entre las teóricamente innumerables motivaciones de la actividad procesal, la ley selecciona alguna o algunos que eleva a la consideración de causa, particular y concreta, de la misma. La fijación legal de la causa llena así una doble e importante función: de un lado, positiva, en cuanto resuelve afirmativamente la pregunta de si existirá el requisito causal cuando se dé el motivo jurídico seleccionado; de otro lado, negativa, en cuanto responde negativamente al interrogante de si habrá requisito causal cuando se descubra no el motivo elegido, pero si otro cualquiera.»

«La causa legal es, pues, vinculante y exclusiva, cuando se establece por la ley, dentro de ella no ha lugar a ulteriores indagaciones en el requisito; fuera de ella, no ha lugar a intentar descubrir «porqués» supletorios que pueden justificar el acto en cuestión.»

Causa genérica.

1.—«Puede ocurrir, y de hecho ocurre muchas veces, que para un cierto acto procesal, la ley no instituya una causa específica determinada. No hay entonces motivo legal del acto, en el sentido que antes se analizó. Pero como el acto en Derecho procesal no puede carecer de causa jurídica, es preciso que exista respecto a tales supuestos una *figura de índole genérica o común* que justifique objetivamente la actividad procesal a realizar.»

9. En resumen: la causa, opinamos nosotros, es la autorización legal para actuar, la causa eficiente de la validez de

un negocio jurídico o una actuación jurídica. Esta causa puede ser:

a) específica y concreta en la ley; así, por ejemplo: causas de divorcio, causas de nulidad, etc.

b) genérica en la ley: la norma no se refiere a una causa singular, sino que, por agrupación histórica, las ha sintetizado en un esquema legal (esquema causal). Las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden producir atribuciones patrimoniales, pero dentro del esquema causal establecido en la ley. Pueden concretar, especificar su causa, pero dentro de las normas del esquema causal tipificado genéricamente en la ley. La voluntad privada puede establecer su propio esquema causal, pero sin desbordar, ni derogar el esquema legal.

10. B) *Situación de derecho subjetivo.*

La norma propiamente dicha se compone de un supuesto de hecho (*Tatbestand*, *factispecie*) y de una disposición, o consecuencias que la ley atribuye a ese supuesto de hecho, cuando se produzca en la realidad.

La ley reacciona en su eficacia frente al hecho jurídico que reproduce en la realidad el supuesto de hecho. En presencia del hecho jurídico, el supuesto de hecho (*Tatbestand*) en estado hipotético o potencial en la ley, pasa a ser actual, dando vida a la disposición contenida en la norma. Se forma así una relación jurídica, modelada en el molde de la norma, pero concreta, destacada de ésta y con vida autónoma. Toda relación jurídica agradece su existencia a un hecho jurídico precedente, material—*in rerum natura*—o voluntario.

11. La ley es, pues, una fuente de derechos y obligaciones, pero demasiado remota y genérica para distinguir ninguna.

Ciertas obligaciones nacen directamente de la ley: son los derechos y obligaciones *ex lege*. El hecho jurídico hace reaccionar directamente la norma, sin intervención de la voluntad humana (la muerte natural, la avulsión o fuerza de río, por ejemplo). Otras veces, el hecho jurídico es voluntario, pero ilícito (homicidio, por

ejemplo) y la norma actúa, también directamente, poniendo en movimiento los órganos jurisdiccionales.

12. Pero la mayoría de los derechos y obligaciones nacen a través de una actividad voluntaria y lícita que se llama acto jurídico. La relación jurídica, destacada del Ordenamiento jurídico, se hace intersubjetiva, esto es, es un vínculo entre dos sujetos, se individualiza, produciendo derechos subjetivos y obligaciones personales, y se concreta, ciñéndose a sus sujetos, su objeto y su acto jurídico, con exclusión de otra situación análoga que quepa en el mismo supuesto de hecho de la ley. La situación objetiva, de la norma, se ha transformado en una situación subjetiva.

En esta *situación subjetiva* de una relación jurídica concreta es donde hay que encontrar la causa—por lo menos la causa genérica—, aunque se llame esa causa *objetiva* o eficiente. Es la llamada *relación relativa entre partes*: la obligación de dar respecto de la *traditio*; la obligación que se extingue respecto de la *olutio*; la obligación que se incumple, en la *condictio ob causam*, etc.

B)

CAUSA OBJETIVA

(Continuación.) -

CAUSA PRÓXIMA.

*La causa en la «traditio» y en los Derechos reales
(Título y modo)*

La investigación acerca de la llamada «causa próxima» (*título del modo derivativo*) ha sido muy debatida en Alemania durante todo el siglo XIX, acudiendo constantemente a los grandes Doctores del derecho a partir de los de Bolonia.

Haremos una exposición histórica del asunto.

PREIRNERIANOS Y GLOSADORES.

13. Las *Exceptiones Petri Legum Romanorum* (3), a comienzos del siglo XII, se aparta bastante de su modelo la *Instituta* de JUSTINIANO, tal vez mirando a las necesidades de la práctica judicial, en el Sur de Francia.

Pone de manifiesto dos ideas:

Una, la necesidad de la tradición para la transferencia del dominio. La compraventa perfecta, incluso habiéndose pagado todo el precio, no transmite la propiedad.

Otra, la naturaleza puramente de hecho del acto de la tradición, excluyendo así toda naturaleza contractual o negocial de la *traditio*. El «negocio», íntegramente está en el contrato causal.

La *traditio* es, pues, un hecho necesario para la adquisición de la propiedad.

El *Brachylogus iuris civilis* (4), o *corpus legum*, tal vez ya contemporáneo, de la Glosa, no nos aclara nada.

14. IRNERIUS, en su *Summa Codicis* (Edic. Fitting, Berlín, 1894, pág. 173), trata el problema, como más adelante otros glosadores, en sede de *iusta causa usucapionis* (Co. 7, 26, 6).

Sólo es *iusta causa*, el título perfecto, el *iustus titulus* o *verus titulus*. No el *titulus putativus*, excepto si existe una *iustissima causa erroris* (5).

PLACENTINO no admitía, en caso alguno, el título putativo, si hemos de seguir a LANDSBERG. El rigor exigido al título parece que

(3) Edición Savigny, suplemento I al tomo II de la 4.ª ed. de *El Derecho Romano en la Edad Media*.

Liber 2, cap. 13: «Si quis rei suae venditionem fecerit, quam vix iam pretium acceperit, tamensí nondum emptorem corporaliter induxerit in possessionem, adhuc ipse dominus est; et ideo, si postea aliquo titulo alii tradat vendendo aut donando, facit eum dominum».

Liber 2, cap. 3: «Si quis rem suam cuilibet donaverit, re non tradiderit, postea eam alii donaverit, sed non tradiderit, postea eam alii donaverit et tradiderit, posterior dominus erit, qui etiam iure traditionis, id est investiturae, corporalis dominium acquisivit».

(4) Edición Boecking (Berlín, 1829), 2. 8: 1, 2, 3, 4 y 5.

(5) LANDSBERG: *Die Glosse des Accursius*. Leipzig, 1883, pág. 173, vio en esta expresión de IRNERIUS la admisión del título putativo. FUCHS, ob. cit., pág. 34, lo contradice, basándose además en la ortodoxia de IRNERIUS frente a las fuentes.

empieza a cuartearse con JUAN BASSIANO, según nos ha transmitido PILLIUS (6).

16. Azo (*Summa* a Cod. 7, 26, 8) equipara *iusta causa traditionis* y *iusta causa usucapionis*. Por regla general se requiere *causa vera*. Excepcionalmente, en casos muy señalados de *iusta error*, vale la causa putativa. La traditio transmite el dominio, si se verifica *a domino*; no, si *a non domino*, pero en este caso transmite el dominio la usucapión.

17. VACARIUS (7) distingue:

a) los supuestos en que la *traditio* tiene lugar por consecuencia de un negocio que está en el *pasado*, y

b) aquellos otros en que coinciden temporalmente contrato causal y tradición.

En cuanto al *error in causa*, tiene distinta trascendencia en uno u otro caso:

a) Si el negocio está en el pasado, la *traditio* es un pago (*solutionis causa*) y el error en la causa es inoperante. La *traditio* es un hecho y las partes no piensan en concluir contrato alguno, sino en la transmisión de propiedad con referencia a un contrato ya existente. Se da por supuesto que este contrato es *causa vera praecedens*; no causa putativa.

b) Si el negocio causal y tradición coinciden, hay un negocio único total, y el error en la causa—si el *tradens* piensa en préstamo, y el *accipiens* en donación—, es error en el contrato y vicio del consentimiento. No puede haber transferencia. (Véase después nota a núm. 38).

18. ACCURSIUS, en la glosa ordinaria (8), el *disensus in causa* lo resuelve diferenciando los supuestos de *causa praecedens* y los de *causa in continenti*.

(6) FUCHS (Dr. inz. Joannes Georg): *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Basel, 1952, pág. 34.

(7) *Liber Pauperum*, cita de FUCHS, ob. cit., págs. 36-37.

(8) Glosa *Dissentiamus*, a D. 41, 1, 36.—Glosa *Nom fieri*, a D. 12, 1, 18.—Glosa *Iusta causa*, a D. 41, 1, 31.—Glosa *Existimans*, a D. 41, 3, 48.—Glosa *Nec enim sicut*, a D. 41, 2, 3, 4.

a) En los supuestos de *causa praecedens*, la *traditio* es un pago y el *disensus in causa* se traduce en un mero problema de imputación de pagos: vale la causa más grave (*gravior causa*). No hay motivo de nulidad por el disenso, sino de selección de causa. La transferencia de propiedad es un problema de aptitud de la causa.

b) En los supuestos de *causa in continenti* hay que estar a la intención de las partes. La causa putativa transmite la propiedad, como lo evidencia el título justiniano de la *condictio indebiti*. La ausencia de causa no transmite la propiedad; pero en el supuesto de error en la *causa praecedens*, la transmite siempre.

Finalmente, ACURSIO introduce por primera vez en la glosa *Nec enim sicut* la terminología escolástica, de causa remota, o título, y en general, negocio causal, y causa próxima o *modo* de adquirir, *traditio* o *usucapio*. A su vez, cada una de estas *causae* tiene su causa: así, la causa del título o causa de la obligación y la *justa causa traditionis vel usucapionis* o *causa solvendi*.

POSTGLOSADORES.

19. FRANCISCO ARETINO (9) resume la opinión de OLDRADUS DE PONTE, cuyas obras no han llegado directamente a nosotros.

Según OLDRADUS DE PONTE, en el *dissensus in causa* hay que distinguir los pasajes D. 41, 1, 36 y D. 12, 1, 18.

a) En D. 41 1, 36, se afirma el traspaso de la propiedad y no se habla de la concesión de un préstamo, sino del cumplimiento de una obligación de dar a préstamo. Se dice «quasi creditam» y no «quasi mutuam». Las causas que tienen una y otra parte a la vista, son *compatibles*, por cuanto ambas persiguen la misma finalidad: el traspaso de la propiedad.

b) En D. 12, 1, 18, no hay transmisión de propiedad.

20. BARTOLUS DE SASSOFERRATO distingue entre contrato (obligacional) de pretérito y contrato (obligacional) de presente.

a) Contrato o causa pretérita (*ex causa praecedente*): En D. 41, 1, 36, el supuesto es: «causa ante solutionem praecesserat»; el error en la causa no tiene importancia, porque se trata de una so-

(9) *Comentaria in secundum Digest. Veteris partem ad l. 18. Lugduni, 1553.*

lutio, de un pago y hay que decidirse en la duda *in favore liberationis*.

b) Contrato o causa de presente (*ex causa praesente*): En D. 12, 1, 18, el supuesto se expresa: «hic vero simul et semel cum traditione causa oriebatur»: el error en la causa impide la transmisión de propiedad, porque *traditio non tendebat ad liberationem*. En el negocio causal simultáneo con la *traditio*, bien por exigencia legal para la perfección del contrato (real), bien por coincidencia buscada o accidental, el error en la causa no transmite la propiedad. Para nada se alude a la voluntad de las partes.

21. BALDUS DE UBALDIS sigue la misma distinción: el error en la causa pretérita de D. 41, 1, 36, no impide la transmisión de propiedad, porque únicamente yerra el tradente. En D. 41, 1, 36, con *causa praesente*, se han equivocado una y otra parte («hic erravit uterque; ibi tradens solus et non recipiens»).

Hasta BALDO, todos han venido enfrentando D. 41, 1, 36 con D. 12, 1, 18. En ésta se negaba sistemáticamente la transmisión de propiedad. Apenas si ACURSIO invocó la intención de ambas partes. BALDO es el primero que enfrenta la Ley 18 (D. 12, 1, 18) con el título de la *condictio indebiti* (D. 12, 6). En la ley 18 ambas partes han incurrido en error, pero no en el mismo error (10). En la *condictio indebiti*, ambas partes creen en la existencia de una obligación de dar, que se cumple y paga. No hay *dissensus in causa*, sino *consensus*. No hay error en la *solutio*, sino en la *causa*, pero es un error común, que no impide la transmisión de la propiedad, que es presupuesto de la *condictio*. En ningún momento se alude al *animus* de las partes en la *nuda traditio*. BALDUS (Cod. 50, 6) plantea el problema de si el contrato putativo transmite el dominio. «Hablando con propiedad, no, porque no se transfiere» *ex contractu, sed ex consensu propter contractum*. Y añade las siguientes palabras, que han servido a algunos para situar a BALDO entre los partidarios de la *traditio* abstracta: «ita quod causa immediata, id est consensus in traslatione domini est sufficiens ad dominium transferendum, non obstat quod causa remota ipsius domini sit invalida vel nulla». Además de que aquí

(10) DUARENUS dirá más tarde que hay «disenso», pero no error.

BALDO no contempla una *nuda traditio* o *traditio abstracta*, sino una *traditio* con «causa invalida vel nulla». Otro pasaje aclara su pensamiento causalista:

Cod. 1, 14, 5: «... contra dominium sequitur ex obligatione et contractu, tamen nos habemus quod ex inutili et prohibito contractu transit dominium.—Ergo falsa est ista regula, prohibito contractu prohibetur, quicquid sequitur ex eo. Breviter respondeo, quod dominii translatio non sequitur ex contractu, tamquam ex immediata causa, sed sequitur ex voluntate tradentis, qui vult transferre dominium, *quod potest transferre etiam ex causa falsa et putativa...*» (11).

BALDO habla, esto es evidente, de un «consensus in translatione dominii». Pero de aquí no se deriva que ese consentimiento sea abstracto. BALDO supone siempre un contrato causal, inválido o putativo, existente por lo menos *opinione partium*.

Ese *consensus* en la *traditio* en ningún momento deja de ser un *consensus propter contractum*, voluntad de cumplimiento o ejecución de una previa determinación causal.

HUMANISTAS DE LOS SIGLOS XVI Y XVII.

22. DONELLUS (12) ha sido para la doctrina de la *traditio abstracta*, otro de los pilares de sustentación.

Para la transmisión de propiedad exige tres requisitos: previo dominio, causa, y en la compraventa, entregada la cosa, recibir el precio (13). Y añade: «Quid est igitur, quod hic tertium exigimus, nempe iustam causam praecedentem, propter quam traditio sequatur? Et necesse esse videri, in his esse aliquid repugnantis... sine causa autem praecedente nulla esse possit voluntas transferendi. Quo fit, ut qui causam praecedentem exigit, nihil exigit tertium praeter illa duo, traditionem et voluntatem: sed voluntatem, quae requirebatur confirmet et statuatur, ostendat quae, unde illa intelligatur».

Para DONELLUS hay transmisión de propiedad, siempre, incluso

(11) También, a Cod. 2, 4, 19 y D. 4, 3, 7.

(12) *Commentaria de iure civili*, cap. XVI, 1.

(13) «Ut quis velit transferre, in eo tria haec insunt: ut scit rem suam esse, quam transferre cogitat; ut causam habeat cur velit; ut in emptione, re tradita, pretium acceperit...»

en caso de disenso *in causa*. Las palabras «magisque nummos accipientis non fieri», del pasaje de ULPIANO, sólo quieren decir que la propiedad no queda definitivamente en el adquirente; y no deben interpretarse negando todo traspaso inicial de propiedad.

Parece, no obstante, que para DONELLUS es decisiva la mutua voluntad de transferencia. Pero este resultado no lo imputa a las fuentes, sino que está convencido de su equidad (Ad. Inst. 2, 1, 40). Para DONELLUS hay siempre transferencia de propiedad *ex contractu inutile*, si la transferencia fué querida por las partes. Pero es indispensable una causa: «Sine causa autem praecedente nulla esse possit voluntas.» La voluntad de transferir es desde luego necesaria según DONELLUS, pero esta voluntad está concebida como parte integrante de las intenciones causales.

23. CUIACIUS (14), con mayor apego a las fuentes, ve en la causa un requisito esencial objetivo, exento de toda carga psicológica o voluntarista. El contrato causal inútil no puede transferir la propiedad: «nam si inutilis est contractus ergo et nuda traditio». La tradición es un hecho, y sólo en unión de un negocio causal válido tiene como consecuencia la transmisión de la propiedad. Con arreglo a este principio, resuelve la discrepancia entre D. 12, 1, 18 y D. 41, 1, 36. Según CUIACIUS (15), en estos pasajes no se trata de un problema de relaciones entre negocio causal y transferencia de la propiedad, sino meramente si se ha o no realizado un préstamo. ULPIANO lo niega (16) y JULIANO lo afirma, porque éste considera como *iusta causa traditionis* el préstamo y no la donación. Y esto porque el negocio se ha centrado sobre la *causa solvendi*, como *iusta causa traditionis*, de la promesa de hacer un préstamo, y no sobre la *causa donandi*. ULPIANO y JULIANO están de acuerdo en que no hay donación, porque en ésta hace falta acuerdo mutuo sobre el *animus donandi*, sólo discrepan sobre si hay préstamo.

(14) *Opera omnia*. Lugduni, 1614.

(15) *Comment. in lib. XIII Digest Salv. Jul.*, tomo I, col. 1956.

(16) ULPIANO lo niega en ese pasaje, desde el punto de vista de la perfección del contrato; pero no en otros, en vista de la consunción de la moneda. Lo apunta el mismo CUIACIUS.—Cfr. F. VIVIANUS: *Casus super Digest veteri*, fol. LV, Basileae, 1490.

24. VINNIUS (Inst. 2, 1, 40) exige terminantemente la existencia de la causa: ... *ut quis velle rem suam transferre intelligatur, duo haec concurrere debent: ut sciat rem suam esse quam transferre cogitat; et ut iustam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit dare promisit*, etc.

25. APEL., JOHAN. (17), contemporáneo de LUTERO, recibe en Alemania, según el *mos italicus*, la doctrina del título y modo, que generaliza con la terminología causa remota y causa próxima. Causa próxima o modo de adquirir. Que son: ocupación, invención, aluvión, tradición, aprehensión, retención, etc. Causa remota, *contractus, delicta et quasi*. Y dice (Cod. 2, 3, 20): «Sic fit dominus is, cui traditur, non quia simpliciter ei traditur, sed quia ex causa emptionis, donationis, dotis, mutui, legati hereditatis, solutionis, transactionis, sententiae vel simile» (16).

Causa remota y *contractus* son la misma cosa para Apel. Sin causa, la *traditio* no transmite por sí sola el dominio. La *traditio*, igual que la *apprehensio* y la *retentio*, son un mero hecho, un acto de ejecución de un contrato o causa.

Pero, en APEL., ¿es indispensable la causa vera o basta la causa putativa? ¿El contrato obligacional invalido o inútil sirve como causa para el tránsito de la propiedad?

Es suficiente, en todo caso, la causa putativa si en ella hubo *consensus ut transferatur*. Es decir, a pesar de que APEL. ha sido mostrado por SAVIGNY y su escuela, hasta HOFMANN, como el inventor de la teoría del título y modo y el polo opuesto al contrato real, es lo cierto que el *consensus ut transferatur* de APEL. es un verdadero «contrato real»; pero se produce con el título o causa y no con la tradición. No obstante su unión al título, basta la mera *presencia* del título, no su validez o utilidad, para que la transmisión se verifique, porque el *consensus ut transferatur*, subsiste aunque no subsista el título.

APEL. no exige causa o título más que para la *traditio*. La exageración de la teoría del título y modo se debe al influjo de la es-

(17) APELLUS, JOHANNES: *Isagoge per dialogum in quatuor libros Institutionum D. Justiniani Imperatoris*. Lugduni, 1543; *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentia adcommodata*. Norimbergae, 1535.

(18) *Methodica*, cap. «De causa». No está paginada esta obra.

cuela del derecho natural, especialmente a OLDENDORP (JOHANNES) y DETEHARD HORST (19), que no se limitan a exigir *título* a la *traditio*, sino a todos los modos de adquirir, incluso a los originarios; en que el título consiste en una *dispositio legis*.

26. HEINECCIUS, GOTTLIEB, con su sentido crítico e histórico, reduce el ámbito del título a la *traditio* y a la *usucapio* (20), lo que, por su ortodoxia, no ha podido ser negado por los mayores adversarios de la teoría del título y del modo.

27. THIBAUT, JUSTUS, gran romanista a pesar de su adhesión a la escuela del Derecho natural, al rechazar (21) toda aplicación no romana a la noción de título, coincidió con HEINECCIUS.

Título es el negocio causal que precede a la *traditio* o al signo equivalente—*traditio* simbólica—que hace posible la obtención de la posesión, indispensable para la adquisición de la propiedad (22).

28. GLÜCK, CHRISTIAN, F. (23), coincide con THIBAUT en los conceptos de título y modo. En cuanto a la colisión de fragmentos de las fuentes estima que el de ULPIANO, D. 12, 1, 18, se refiere a un título válido (*vera causa*), y da la solución exacta según la teoría jurídica y la *analogia iuris* de su tiempo. Por el contrario, el de JULIANO, D. 41, 1, 36, expresa la opinión de los prácticos, la que tal vez fué admitida en los Tribunales. Y como GLÜCK escribe para los prácticos del Derecho romano vigente en Alemania, añade: «Y esto (JULIANO) tiene, por tanto que valer *hoy* como derecho.»

29. HUGO, GUSTAV (24) es el precursor de la escuela histórica y del contrato abstracto. Los conceptos de título y modo son para

(19) FUCHS, ob. cit., págs. 76-77.

(20) *Elementa iuris, secundus ord. Pand.*, § 162 y sigts.

(21) *Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechtes*. Jena, 1817, vol. 1, págs. 184 y s.

(22) *System der Pandekten*. Jena, 1818, § 950, pág. 32; Jena, 1828, pág. 33. Esta concepción ha sido elevada al Código austriaco de 1811. Para los inmuebles la inscripción del título notarial es el signo equivalente a la *traditio* si va realmente acompañado de la posesión. Sin posesión efectiva y física no hay adquisición de propiedad, sino mera presunción de adquisición (*traditio ficta*).

(23) *Versuch einer ausführl. Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Kommentar*. Erlangen, págs. 1.790 y sigts. Parte 8.^a, §§ 578 y 579; 582; parte 4.^a, § 297.

(24) *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*. Berlín, 1816, vol. 4, § 78, página 61, núm. 1.

él los tradicionales; pero explica cómo entiende él la *iusta causa* y el *animus transferendi dominii*.

Hugo se basa en la distinción de los glosadores entre causa *praecedens* y causa simultánea a la *traditio*. No hay ningún texto que exija que la causa sea siempre precedente. Cuando la causa no preceda, sino que coincida con la *traditio*, la causa está en la *intención* recíproca de transmitir y adquirir la propiedad (*Animus transferendi et acquirendi dominii*).

El *consensus ut transferatur* de APÉL., con HUGO, ha emigrado desde el contrato obligacional hasta la *traditio*. El contrato real abstracto se ha formado poco a poco en los entresijos de la doctrina del título y modo.

30. SAVIGNY nada escribió sobre *nuestro tema*. Sus doctrinas únicamente nos fueron conocidas por las informaciones de sus discípulos.

En 1951, G. WESENBERG ha publicado los apuntes que JACOB GRIMM había tomado en la clase de SAVIGNY en el curso 1802-1803 (25). Por ellos sabemos que SAVIGNY era totalmente fiel a la teoría clásica y que por *iusta causa* entiende una relación obligacional. Únicamente reacciona frente a las extensiones del concepto de título más allá de la *traditio* y de la *usucapio*.

SAVIGNY, como HUGO, se aleja de todos los supuestos de *causa praecedens* y, por tanto, la *traditio* que contempla no se hace nunca *causa solvendi*.

SAVIGNY parte de la donación manual. La *datio* de una moneda a un mendigo no tiene por parte alguna un contrato o relación de carácter obligacional (26). La *traditio* va acompañada del *animus transferendi et accipiendi dominii*. En este *animus*, en el *consensus* sobre la gratuidad, está la *iusta causa* de esta transmisión. Lo que es evidente: el *animus* ha hecho desaparecer el equivoco de la *traditio*.

En la donación manual su tesis está de acuerdo con todos sus predecesores. Pero ¿y fuera de la donación manual? Aquí hace

(25) *Juristische Methodenlehre*. Stuttgart, 1951, pág. 24.

(26) No necesitaba apurar el argumento con el caso límite de la donación manual. Ninguna donación obedece a una *obligatio* precedente, porque dejaría de ser donación. Y la donación no ha podido tener jamás otra causa que el *animus donandi in continenti*.

una aplicación analógica y una generalización que nada tiene que ver con la Historia. Y el Derecho—el mismo SAVIGNY lo enseñó—, es más historia que lógica.

SAVIGNY (27) examina la *stipulatio*, la *mancipatio* y la *traditio*, la primera y la segunda como actos civiles y la tercera como acto natural. Son todos ellos actos equívocos, que no sólo sirven para un negocio determinado.

La *traditio*, como antes la *mancipatio*, produce múltiples efectos distintos de la transmisión de la propiedad. La *iusta causa*, como *animus* bilateral, individualiza y concreta un propósito recíproco de las partes, separándola de las demás *finalidades* posibles. Este *animus* no exige una declaración expresa de voluntad: puede manifestarse *ex facti circumstantiis*.

Por otra parte, la doctrina de la causa putativa pone de manifiesto que no es necesaria la causa obligacional, porque si lo fuera se hubiera exigido siempre su existencia y validez. La causa es el acuerdo para la transmisión, por lo que la *obligatio inutilis* llega a valer como causa.

Esto le lleva a diferenciar los actos o contratos referentes a los Derechos reales—contratos reales—de los contratos referentes a los derechos de obligaciones (contratos obligacionales).

SAVIGNY, muy próximo a HUGO, aquí rompe con toda la *tradición histórica*. El que se cita como más próximo a él, DONELLUS, concibe, es verdad, una mutua voluntad de transmitir y adquirir el dominio, pero como parte integrante de la causa obligacional.

31. Las precedentes doctrinas de SAVIGNY tendrán un valor: mayor o menor; pero—repitémoslo—en todo caso han roto por completo con el tradicionalismo histórico. Ni siquiera se puede invocar el precedente de DONELLUS. En éste la voluntad mutua de entregar y recibir con un *animus* significativo y calificado es parte integrante del negocio causal y no un negocio distinto (contrato real), independiente del negocio causal o contrato obligacional.

Se ha dicho que SAVIGNY se propuso dar una orientación *política* a la interpretación práctica del derecho de pandectas. Recordemos que en Alemania, en la época de SAVIGNY, regía el De-

(27) *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*. Berlín. 1851, vol. II, pág. 255.

recho romano, como ley vigente y actual. Frente a la tentativa de THIBAUT y sus secuaces, que pretendían promulgar para Alemania el Código austriaco de 1811; frente a otra tendencia, aún más generalizada, partidaria de la recepción integral del Codex Napoleón, ya circunstancialmente vigente en algunos países alemanes, se alzó SAVIGNY negando la «vocación» de su tiempo para la codificación. Pero el Derecho romano no protegía el tráfico jurídico de los bienes muebles como el Codex Napoleón, necesario en el mercantilizado siglo XIX. El contrato real o abstracto subvenía a esta necesidad dentro de la vigencia de la ley romana.

32. Modernamente, FELGENTRAEGER (28) y HOWALD (29) han negado esta intención política de SAVIGNY. Más ecuaníme FUCH (ob. cit., págs. 91-92), no niega que SAVIGNY hubiera considerado la posibilidad de protección a un eventual tercer adquirente (*Dritterwerber*), pero esto, en todo caso, hubiera sido para él un efecto secundario y agradable de su doctrina, pero nunca un prejuicio inicial primario. «Pero sea de esto lo que sea—sigue FUCH—, SAVIGNY ha dicho la gran palabra. Lo más importante está hecho. Su doctrina, examinada a fondo a la luz de la dogmática y de la evidencia, sin contradicción, bien construida en el interior de las fuentes, se nos enfrenta de una francamente inatacable grandeza. En la obra ha intervenido menos SAVIGNY el historiador que SAVIGNY el dogmático, pues ha elaborado válidamente un principio aplicable en su época.»

Pero es lo cierto, creemos nosotros, que el derecho no debe ir más allá de las necesidades de la práctica, y modernamente la legislación ha provisto de la apetecida seguridad del tráfico a los bienes, tanto muebles como inmuebles, sin necesidad de acudir a la radicalidad convulsiva del contrato real abstracto.

33. En el orden cronológico, el primer discípulo de SAVIGNY, que defendió la llamada «doctrina del *animus*», fué ED. REGENBRECHT (30). Para éste, en la adquisición de la propiedad hace falta

(28) FELGENTRAEGER, WILHELM: *Friedrich Carl von Savignys Einfluss auf Uebereignungslehre*. Diss. Göttingen, 1927, págs. 39-40.

(29) HOWALD, MARTIN: *Der dingliche Vertrag*. Diss. Zürich, 1946, pág. 16.

(30) REGENBRECHT: *Commentatio ad l XXXVI D. de acq. rer. dam. et l. XVIII D. de reb. cred.* Berolini, 1820, cita de FUCHS, ob. cit., pág. 87.

ineludiblemente la *causa traditionis vel usucapionis*. Pero la causa no es más que «un momento de calificación» (31).

Es inexacta la doctrina que hace depender la transferencia de la propiedad de la existencia y subsistencia de un negocio causal. El pasaje de D. 12, 6, 53 demuestra, a los ojos de REGENBRECHT, que la propiedad se transmite a pesar de que falte una causa válida (32).

Entre los discípulos y seguidores de SAVIGNY, los que más notoriedad alcanzaron dentro de la tendencia del llamado contrato real abstracto, se encuentran WARKÖNIG y STREMPER. Hay que advertir, sin embargo, que como se trabaja sobre los textos del Derecho romano *vigente* en Alemania, sus avances doctrinales se refieren más que a la nitidez de la construcción jurídica, a su justificación positiva y exegética, para su indiscutible aplicación práctica. Se trata de una *interpretación* para la aplicación del Derecho por el Juez.

34. LEOPOLDO AUGUSTO WARKÖNIG (33) quiere ofrecer al contrato real una nueva base de apoyo en los fragmentos de las fuentes referentes a la *conditio*. En D. 12, 7, 1, 3 encuentra una auténtica transmisión de propiedad *ex causa non iusta*. En la *condictio indebiti* y en la *conditio ob turpem causam* encuentra argumentos para defender su tesis de que aun faltando una *iusta causa*, ha habido, no obstante, transmisión de propiedad. Así, llega a la conclusión de que la «*iusta causa* consiste en el hecho que demuestre al *accipiens* de una cosa la voluntad del propietario de transferirle su derecho mediante tradición, y por tanto la *iusta causa*, sirve para la justificación de su posesión» (ob. cit., pág. 116).

WARKÖNIG desplaza el problema de su sede natural, la *iusta causa traditionis*, como requisito habilitante e inequívoco para transmitir el dominio al campo de la *condictio*, en el que se involucran en esta época varias cuestiones: a), la necesidad de la previa

(31) «Quocirca possessori, cui de re a se possessa controversia movetur, indicanda erit causa, unde eliciatur, utrum possessori possessio an dominium traditione acquisitum sit. Quamobrem iuris auctores... causam traditionis memorare solent... tanquam indicium...»

(32) Desde luego: precisamente la usucapión tiene por finalidad sanar o convalidar las posibles nulidades del título o causa.

(33) Bemerkungen über den Begriff der iusta causa bei der Tradition, en Archiv. für civilistische Praxis, vol. VI, Heidelberg, 1823.

transmisión de la propiedad para que nazca la *condictio*; b), la errónea identificación entre la causa para transmitir—*iusta causa traditionis*—y la causa para retener (*solutio retentio*), y, en su consecuencia, la confusión entre la *causa petendi* para la *reivindicatio* y la *causa petendi* para la *condictio*. En una palabra, la confusión entre *causa habilitante*, expresa, tácita o presunta, pero requisito substantivo presente en el acto de la *traditio*, y causa justificante *a posteriori* de una *traditio* previamente consumada. El problema de la justa causa no puede resolverse desde la *condictio*, que por definición, exige la ausencia total de causa de la transmisión.

WARNKÖNIG, como SAVIGNY, no prescinde ni del concepto ni del juego técnico de la *iusta causa*; únicamente lo interpreta. No suprime la causa, llegando así al contrato real abstracto del B. G. B. No confina la causa a sólo el terreno de la *condictio* (causa justificante) (B. G. B.), sino que en los textos de la *condictio* quiere encontrar una nueva construcción de la *iusta causa traditionis*.

35. STREMPER sigue la misma línea de WARNKÖNIG, buscando en la interpretación, más o menos forzada de textos justinianos, los fundamentos de Derecho positivo de su construcción. Continuamos sin suprimir la necesidad de la causa, contentándonos con interpretarla y construirla, principalmente en base de los textos de la *condictio* (34).

Al comienzo de su trabajo, antes de acudir a la *condictio*, pretende sacar argumentos del paralelo tradicional entre *iusta causa traditionis et iusta causa usucapionis*. En la usucapión enlaza, si no es que realmente mezcla y confunde, los conceptos de *iusta causa* y *bona fides*. La *bona fides*, en la usucapión, ha de tener un fundamento objetivo, esto es, una *iusta causa*. La *iusta causa* es una objetivación de la *bona fides* de la usucapión. En la *traditio* se prescinde del requisito de la *bona fides*, lo que quiere decir que igualmente se prescinde de la *iusta causa*.

Pero, a nuestro juicio, esa objetivación de la *bona fides* en la usucapión no es exacta. En la usucapión no se ha exigido nunca una *causa vera*. Sobra con la existencia de una causa putativa.

(34) STREMPER. G. L. Ueber die «iusta causa» bei der Tradition. Wismar, 1856.

No hace falta el título perfecto y válido. La exigencia de este requisito haría inútil la usucapión. Basta con la presencia de un título aparentemente válido, ignorando el usucapiente su vicio o ineptitud.

Por el contrario, para que la *traditio* transmita el dominio no es suficiente una causa o título putativo: ha de ser rigurosamente válido. Porque si en la *traditio* real y verdaderamente se transmitiera el dominio con una causa o título putativo, no haría falta llegar a la *usucapio*.

36. Hasta aquí los pandectistas siguen, con una fundamentación exegetica o con otra, la construcción de SAVIGNY. No aportan nada nuevo, la causa existe y es necesaria porque la *nuda traditio* es un hecho equivoco que necesita una calificación que lo defina. Pero esta calificación es interna, entre transmitente y adquirente. Por eso basta el común y reciproco *animus transferendi et adquirendi dominii*. De ahí al contrato real del B. G. B. no hay más que un paso: basta con considerar a la *nuda traditio*, no como un mero hecho, sino como un contrato especial, y refundir el *animus transferendi et adquirendi dominii* en el consentimiento de ese contrato. Así tenemos el resultado: un contrato especial *transferendi et adquirendi dominii*. Pero este paso no lo llegan a dar ni SAVIGNY ni sus inmediatos discípulos.

37. El profesor austriaco EXNER (35) es el que lógicamente saca las consecuencias de los textos acerca de la *condictio*: si la causa se deriva de dichos textos, la causa no es un concepto positivo, sino negativo. Es una ausencia de impedimentos para la *traditio*. La *traditio* puede obedecer a múltiples motivos, que hay que exteriorizar. Pero EXNER protesta de que haya que conformarse con atribuir a la *iusta causa* el papel de mera significación de un índice expresivo de la voluntad de la *traditio* (36). No debe confundirse la razón por la que conocemos aquella motivación de voluntad con un requisito positivo del acto jurídico *traditio*. «*Iusta causa traditionis*, como la entendemos nosotros—dice EXNER (37)—es... un concepto negativo: la inexistencia de ciertos elementos

(35) *Die Lehre vom Rechtewerb durch Tradition* Viena, 1867.

(36) Ob cit Suplemento I, pág. 328.

(37) Ob cit, pág. 337.

prohibidos entre las relaciones y hechos generadores de la motivación para la *traditio*.» En una palabra: para EXNER, en la *traditio*, no juega para nada la llamada causa objetiva y positiva, en contraste con la usucapión, donde dicha causa es constitutiva (38). En la *traditio* sólo interesa el motivo subjetivo y únicamente de modo negativo: en cuanto la *transmisión* o su motivo están prohibidos por la ley, o no son aptos para transmitir el dominio. La causa es la ausencia de impedimentos para la transmisión de dominio. Así, la *donatio inter virum et uxorem*, la *donatio ob turpem causam*, etc. Aquí la causa no ha impedido ni la *traditio* ni la transmisión de propiedad: únicamente ha dado lugar a una *condictio*.

En EXNER se aprecia muy bien que hay dos conceptos distintos de causa: la causa objetiva (... «*ut ita sic venditio aut alia iusta causa praecesserit*») y la causa subjetiva, causa adjunta o motivos contractuales compartidos. La primera es la causa *legal* y *eficiente*, siempre la misma para cada clase de actos jurídicos (teoría clásica de la causa). La segunda es la causa voluntaria o causa final de las partes. La causa legal o eficiente es un requisito constitutivo de la eficiencia de la *traditio*: su falta produce la ineficacia o nulidad del acto, en nuestro caso de la *traditio*. La causa final no da lugar a la nulidad, sino a la ilicitud o ilegitimidad del acto y, por tanto, a la *condictio*, *causa data causa non secuta*, a la *condictio ob turpem causam*, a la *condictio sine causa* (En la *condictio indebiti*, el problema es otro y es inseparable del de la *traditio*: que sea pago de una obligación de dar).

38. HOFMANN, FRANZ (39), sigue cronológica y dogmáticamente a EXNER, pero contiene una investigación muy completa de la Historia, del dogma, del título y modo, reflejada sintéticamente en nuestra patria en el trabajo de don JERÓNIMO GONZÁLEZ (40).

Aparte del valor histórico de la obra de HOFMANN, hoy, como es natural superado, dogmáticamente no logra salir de la concepción de EXNER: la causa es un concepto negativo, un impedimento. No es un requisito constitutivo de la *traditio*. HOFMANN pretende

(38) Ob. cit., pág. 336.

(39) *Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis*. Viena. 1873.

(40) *Titulo y modo. Principios hipotecarios*, cit.

depurar la teoría de EXNER de todo elemento objetivo (causa en sentido objetivo) en la noción de causa para dejarlo reducido con exclusividad al concepto de causa subjetiva o final. Es decir: EXNER, menos absoluto, si bien acentuó prevalentemente el aspecto subjetivo de la noción de causa, sin embargo consideraba a ésta «como la suma de todos los hechos objetivos y subjetivos que concurriendo han sido el motivo de un negocio de tradición concreto» (41). HOFMANN elimina los hechos objetivos, quedándose con exclusividad con la «causa subjetiva», que asimila y equipara a la «intención jurídica» (*rechtlichen Absicht*), la «finalidad pretendida por las partes» («dem von den Parteien Angestrebtem Zweck», o como el mismo HOFMANN lo denomina también: *animus* (42). Hay justa causa cuando las intenciones de las partes son admisibles para el orden jurídico (ob. cit., pág. 137). De cualquier modo, carece de trascendencia la existencia objetiva de un negocio causal válido. La diferencia de opiniones entre ULPIANO y JULIANO: ULPIANO exige una *causa vera*, niega eficacia a la *nuda traditio* y exige que las partes estén de total acuerdo sobre el negocio causal que otorgan: en una palabra, es necesario el consenso causal. JULIANO, por el contrario, considera como suficiente el convenio real de transmisión de propiedad, con independencia de que la causa sea el préstamo o la donación (43).

(41) EXNER, ob. cit., pág. 330.

(42) Ob. cit., pág. 104.

(43) JULIANO, D. 41, 1, 36: «Si fundum tibi donandi animo tradam, tu quasi fiduciae causa datum accipias, nulla donatio est Nam et si pecuniam numeratam tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, donatio non est». Aquí cada parte cree en una causa distinta. Este disenso en la causa, ¿hace inexistente el negocio jurídico? El disenso en la causa: para el tradens, donación; para el accipiens, fiducia o préstamo, una vez verificada la *traditio*, no impide la adquisición de la propiedad. Parece que este resultado es debido a interpolaciones bizantinas. Según esto, entre los bizantinos se admitía la *traditio abstracta*. A partir de LENEL, se piensa que la palabra *traditio* ha sustituido a *mancipatio* en el pristino texto de JULIANO.

ULPIANO, D. 12, 1, 18: invoca a JULIANO y el disenso en la causa impide la transmisión, porque la *traditio* es causal. Este texto se considera como auténtico, y es la Ley vigente en la época clásica. La polémica en torno a estos textos y el entrecruce de opiniones y supuestas interpolaciones, han sido extraordinarias.

Cabe plantear el problema, en vista de que D. 41, 1, 36 está interpolado, si es que Justiniano quiso, con carácter general, transformar la clásica tradición causal en abstracta. Con independencia de este problema de erudición casi arqueológica, es evidente que la recepción del Derecho romano, precedente del Derecho actual, se decidió por la *traditio causal*.

Si HOFMANN, desde el punto de vista dogmático, no representa más que una variante de EXNER, su contemporáneo MAYER significa algo más.

39. MAYER, OTTO (44), pretende llevar el problema al terreno iusnaturalista. La *iusta causa* exige antes que nada que la causa sea *iusta*. Desde luego, la causa es también un concepto negativo: que no se lesione o contradiga la *aequitas*. La *iusta causa*, en *abstracto*, es la voluntad reciproca de transmitir el dominio, y esta voluntad pertenece a los hechos en si mismos justos. En la transferencia hay una merma del patrimonio del transmitente (45), pero consentida por éste, y esto es en si justo. En la *traditio* es suficiente este consentimiento abstracto del lesionado. Para la *iusta causa*, en *concreto*, hace falta que esa merma, aun querida del propietario, no contradiga la *aequitas*, esto es, la finalidad pretendida con la transmisión. Para nivelar esta diferencia entre *iusta causa* en abstracto y *iusta causa* en concreto, se concede la *condictio*. «*Iusta causa* es «aquel hecho distinto de la *traditio* misma que encierra en si la prueba, de que la *traditio* ha alcanzado su finalidad» (46). «Se precisa de justa causa únicamente frente a la *condictio*; no para la efectiva transmisión de propiedad» (47).

40. KARLOWA (48) quiere conciliar las nuevas doctrinas con la ortodoxia. *Iusta causa* en la *traditio* es algo positivo y legal. No se trata de poner únicamente en claro el dato psicológico de la voluntad de transmitir la propiedad. «La *iusta causa* traditionis exigida—dice—no es la finalidad psicológicamente necesaria, sino aquella reconocida como apta por el orden jurídico» (49). Las partes tienen que obrar en vista de un negocio jurídico, que «según el Derecho puede cumplirse mediante la transmisión de propie-

(44) *Die iusta causa traditionis bei Tradition und Usukapion*, Erlangen, 1871.

(45) Ob. cit., pág. 32.—Esto no es exacto, más que en la donación: el empobrecimiento por el empobrecimiento. En los contratos a título oneroso hay una contrapartida que, al menos cualitativamente, compensa la merma.

(46) Ob. cit., pág. 65.

(47) Ob. cit., pág. 69.

(48) KARLOWA, OTTO: *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen*. Berlín, 1877.

(49) Ob. cit., pág. 208.

dad para que el *animus transferendi et accipiendi dominii* logre existencia jurídica, como, por ejemplo, compraventa, donación» (ob. cit., pág. 209). El contrato de transmisión de propiedad no es simple, sino complejo. Requiere una causa legal apta para transmitir el dominio. Y en conexión con ella, el *animus transferendi et accipiendi dominii*. Y finalmente, la entrega de la cosa. El planteamiento causal, dentro del negocio, no significa que abarque y contenga inmanente y necesariamente aquel *animus*. Este significa para KARLOWA un pacto especial o acuerdo sobre los *efectos reales*, que al ejecutarse o consumarse en la tradición integran el total contrato de transmisión de propiedad.

En resumidas cuentas, KARLOWA viene a reconocer el pacto o acuerdo real; pero le niega autonomía. Existe, pero intercalado entre el contrato obligacional *apto* y la *traditio*.

Ya antes que KARLOWA, SCHEURL (50), en plena riada pandectista y savigniana, había puesto de manifiesto que la tradición no implica, por sí misma, contrato alguno, sino meramente la «confluencia de la voluntad coincidente del *tradens* y del *accipiens* de la posesión de que se transfiera la propiedad de aquél a éste». No se trata, evidentemente, de la conclusión de ningún contrato.

41. Dentro de esta misma tendencia de negar autonomía al convenio real, pero con más lógica que KARLOWA, alejándose, por tanto, más de SAVIGNY y su escuela, destaca PUCHTA (51). Insiste en la necesidad del *animus transferendi et accipiendi dominii*, pero lo incluye en el contrato causal, no en la *traditio*. «Meramente, dice, aquel *animus* es lo esencial para la tradición; no el restante contenido del negocio jurídico» (pág. 226). El llamado acuerdo real no puede tener existencia independiente al lado del negocio causal, porque constituye una parte integrante de él. Sin embargo, la imposibilidad de sostener el contrato causal no tiene influjo alguno en la transmisión cuando el *animus transferendi* ha existido realmente (§ 42).

Todavía no rompemos amarras con SAVIGNY y su *animus trans-*

(50) SCHEURL, CRISTOPH G. A. v.: *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*. Erlangen, 1853 (vol. I), págs. 190 y sigts. VIII *Sachverw durch Tradition*.

(51) PUCHTA, GEORG FRIEDRICH: *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig, 1866, § 148, pág. 226.

ferendi dominii. Ante el absurdo de hacerlo contrato real independiente por vía interpretativa, dentro del derecho de pandectas en vez de darle vida en forma de simbiosis dentro de la *traditio*, se le alumbró dentro del contrato causal, como una parte expresa y destacada del mismo. Se quiere deducir el acuerdo real del contrato causal. Estamos todavía lejos de volver a la concepción clásica de que el contrato causal *apto* tiene, por sí mismo, legalmente, *efectos* reales que consuma la tradición. Esto no acontecerá hasta que se elimine toda tendencia de política interpretativa en el Derecho de Pandectas, creando en el B. G. B., el tan deseado contrato real abstracto totalmente independiente del contrato causal. Muerto el Derecho de Pandectas por la vigencia del B. G. B., los romanistas alemanes, exentos de prejuicios y tendencias, volverán a los cauces tradicionales. Pero el error histórico acerca del contrato real abstracto (aparte de las fuentes), lo pregona abiertamente la necesidad de que el legislador lo creara en el B.G.B., por cierto único (52) Código en el mundo que lo acepta.

42. DERNBURG (53), dentro del pandectismo, se muestra conciliador, distinguiendo entre partes y terceros. Los terceros pueden verse afectados por la transmisión o no transmisión de la propiedad según el contrato causal.

«Los romanos—dice (pág. 2)—, con tacto práctico y sagacidad lógica, han distanciado la cuestión de la transmisión de propiedad, que puede tener efecto para terceros, de aquella otra cuestión, de si el *accipiens*, a quien se ha tradido sin causa jurídica, puede conservar el enriquecimiento de su patrimonio, ocurrido en verdad por la voluntad del transmitente, pero en contra de las intenciones de éste». Con este criterio entra a discutir y dirimir el desacuerdo entre ULPIANO y JULIANO (Véase antes número 38, nota 43). En 12, 1, 18 (*traditio causal*) hay disenso abierto, notorio, porque interpartes se hace depender los efectos del negocio del logro de la causa prevista. Falta por ambas partes la voluntad exclusiva de transferir y adquirir la propiedad. En D. 41, 1, 36, el

(52) Aparte del Código Civil del Japón, que es el mismo B. G. B. en la redacción de primera lectura parlamentaria.

(53) DERNBURG, HEINRICH. *Beiträge zur Lehre von der «iusta causa»*. en «Arch. für civ.». Praxis, vol. 40, 1857, págs. 2 y sigts.

disenso es sólo latente y la voluntad de transferir y adquirir prevalece.

43. Los partidarios de la tradición abstracta reciben un refuerzo con el enorme prestigio de JHERING. Sin embargo, éste no pretende, a ultranza, una defensa exegética de la tradición abstracta. Se sitúa más bien en el «espíritu del Derecho y en la defensa del TRÁFICO, la seguridad del tercer adquirente. Reconoce que el momento causal no se agota con la exteriorización o significación de un motivo, sino que es un elemento esencial del negocio mismo, elemento sobre el que están de acuerdo ambas partes; es un presupuesto común sobre el que recae el acuerdo que imprime al acto su carácter específico, dentro del derecho patrimonial, de pago, donación, etc., donación con fin (*Zweckgabe*), etc. (54). Hasta aquí su razonamiento responde a la más pura ortodoxia clásica. Pero no obstante esta concepción tradicional, JHERING sale al encuentro del contrato abstracto. En el problema no sólo están interesadas ambas partes: las necesidades de la seguridad del tráfico se hacen presentes. Una justa ponderación de intereses fuerza al orden jurídico a renunciar a la *natural* unión del momento causal y transferencia de propiedad y situar en primer plano, con exclusividad, la voluntad abstracta de transferencia de propiedad. Pero esto es el resultado, no de una interpretación exegética de las fuentes, sino de una ponderación de finalidades. El carácter abstracto de la tradición se impone cuando se quiere facilitar la prueba del dominio, para proteger a cada tercer adquirente (*Dritterwerb*) (55), a fin de que un vicio en el negocio causal no resuelva retroactivamente los derechos de los sucesivos adquirentes (56). El contrato causal de esta manera queda reducido a un conjunto de acciones personales para satisfacer a la equidad. En todo caso el tercer adquirente llega a ser propietario, aunque alguno de sus predecesores hubiere adquirido en base de una causa inválida (57). Se suprime la posibilidad de contagio de un título

(54) JHERING, RUDOLF V. *Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig, 1898 y años siguientes—*Kritisches und exegetisches Allerlei*, en «Jherings Jahrbucher», vol. 12 (1873).

(55) *Geist*, cit. 3.ª parte. Leipzig, 1906, 1 secc., pág. 210

(56) Ob. cit., págs. 209 y 212.

(57) Ob. cit., págs. 212 y sigts.

enfermo. Todo esto está muy bien y concluye por triunfar en el B. G. B. (58). Pero ¿y el Derecho romano? *Jhering* afirma: esto es (la protección al tercer adquirente) «una de las más felices ideas del Derecho romano (?); en todo caso, una de las firmes anclas para la seguridad de la propiedad» (ob. cit., pág. 214). Pero ¿y los principios «*nemo dat quod non habet*» y «*resolutio iure dantem resolvitur ius concessus*». Por eso, *JHERING* ha de ir a parar también al dudoso texto de *JULIANO* (59), echando su cuarto a espaldas en la discordancia entre D. 12, 1, 18 y 41, 1, 36. ¿No es extraño y sospechoso que cuestión tan ardua y trascendental como la de la tradición abstracta haya de apoyarse, para el Derecho romano, en un texto de *JULIANO*, dudoso e interpolado, enfrente de otros muchos textos que responden a un sistema coherente de traditio causal?

44. Frente a la tendencia innovadora y herética del contrato real abstracto, que hemos examinado con detalle, la inmensa mayoría de los juristas alemanes continúan aferrados a su concepción tradicional del título y modo. De entre éstos, una pléyade que citamos en notas (60) a (70), se deciden a combatir y refutar en todos los terrenos, la teoría de la *traditio* abstracta.

(58) Con la restricción del llamado principio de buena fe, que ha llevado a hacer valer el título anterior frente al tercer adquirente que lo conoce. So capa de la buena fe, se resucita la teoría del título y del modo en los mismos términos de la justa causa *usucapionis*.

(59) *Kritisches.*, cit., pág. 389.

(60) *VOINT, MORITZ. Ueber die conditiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen.* Leipzig. 1862, particularmente, págs. 121 y sigts.

(61) *KRÜCKMANN, PAUL: Ueber abstrakte und kausale Tradition und* 929 B. G. B., en «*Archiv. f. bürgerliche Recht*», vol. 13 (1897).

(62) *LEIST, BURKHARD WILHELM: Manzipation und Eigentumstradition.* Jena, 1865.

(63) *BECHMANN, AUGUST: Geschichte des Kaufs im röm. Recht.* Erlangen, 1876.

(64) *KAISER, STEPHAN De iusta causa traditionis.* Berlin, 1870

(65) *BERNÖFT, FRANZ: Der Besitztitel im röm. Recht.* Halle, 1875.

(66) *HUSCHKE, PHILIPP EDUARD: Kritische Versuche über streitige Pandecten stellen und Materien,* «*Archiv. civ. Praxis*», vol. 62 (1879).

(67) *EISELE, FRIDOLIN: Civilistische Kleinigkeiten,* «*Jherings Jahrbücher*», vol. 23 (1885).

(68) *STROHAL, EMILH Rechtsübertragung und Kausalgeschäft.*

(69) *Hinblick auf den Entw., eines bürgerl. Gesetzbuches,* en «*Jherings Jahrbücher*», vol. 27 (1889).

(70) *KINDEL, W.: Konsensprinzip oder,* § 1, I, 10, A. L. R., «*Jherings Jahrbücher*», vol. 29 (1890).

Los partidarios de ésta arrancaban de dos fundamentos:

1.º El célebre texto de JULIANO. Frente a ese texto, los trabajos de LENEL llevan a reconstruirlo en su primitiva redacción: en donde JUSTINIANO dice *traditio*, inicialmente ponía *mancipatio*. Con la *mancipatio*, que desde luego era abstracta, era lógico que hubiera transferencia de dominio, no obstante el disenso en la causa. No es lícito aplicar igual conclusión a la *traditio*.

2.º La teoría de la *condictio*. Frente a esta concepción, los tradicionalistas del título y modo arrancan de la compraventa, consensual. Hay dos premisas fundamentales: una, la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida; en el momento de la entrega, hay una *traditio*, a la que la precedente obligación de dar sirve de causa. La *traditio* es un pago, se ha verificado *solvendi causa*; otra, el comprador, en Derecho romano, no adviene propietario hasta que no ha pagado el precio.

Los equilibrios comienzan a propósito de la *condictio indebiti*. ¿Por qué, si la causa es un requisito constitutivo de la transferencia, la falta de causa no lleva, en el pago indebido, a la nulidad y a la reivindicación? (71). Es BERNHÖFT, ya en 1875 (72), quien despeja el camino: se juega—dice—con dos conceptos distintos de la palabra causa.

Causa en la tradición, es diferente de causa en la *condictio*, en general.

En la tradición, la causa es la relación jurídica obligacional, apta, según la ley, para adquirir la propiedad mediante un pago.

La causa en la *condictio* es más concreta e individualista. Encierra en sí todas aquellas presuposiciones subjetivas que las partes han previsto como finalidad de la entrega. La *traditio* no es más que una *naturalis equitas* de una previa obligación de dar.

En general, los *tradicionalistas* acusan a los secuaces de SAVIGNY de buscar en los textos del Derecho romano «soluciones rebuscadas y afectadas, debidas a una opinión preconcebida» (EISELE).

«Con excepción de HUPKA y SCHÖNBAUER—dice FUCH, ob. cit., página 155—, todos los actuales romanistas están de acuerdo que la

(71) Porque, entre otras razones, la reivindicación es inaplicable a las cosas fungibles.

(72) Modernamente ha insistido enérgicamente en esta separación entre *causae traditionis* y *causae condictiois*, EHRHARD, ARNOLD: *Iusta causa traditionis*. Berlin und Leipzig, 1930, pág. 54. Véanse también págs. 48 y sigts.

traditio clásica no ha sido abstracta, sino causal, que el *animus dominii transferendi et accipiendi*, en el sentido de SAVIGNY, no ha tenido efecto alguno de transferir la propiedad».

45. Con arreglo a la teoría del título y modo, la *traditio* es algo más que el pago de una obligación de dar: es una formalidad necesaria para la adquisición de la propiedad y los derechos reales. No es, pues, un mero hecho. Es un acto jurídico, pero no es un acto jurídico independiente de su causa, esto es, de la obligación a que obedece su órbita. Hay que considerar tres posiciones de la *traditio* frente a la obligación: 1) Obligación precedente; 2) obligación subsiguiente; 3) ausencia de obligación. Así, tenemos las tres causas reconocidas históricamente a la *traditio*: 1) *Causa solvendi*; 2) *causa credendi*, y 3) *causa donandi*.

a) *Causa solvendi*.—La *traditio* es un pago de una previa obligación de dar. La *traditio* extingue una obligación. *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita sit venditio aut aliqua iusta causa praecesserit propter quam traditio sequeretur* (73).

La *traditio*, como pago que es, ha de cumplir los requisitos señalados por los arts. 1.157 y siguientes para el pago de las obligaciones de dar.

b) *Causa credendi*.—En el polo inverso, la *traditio*, en vez de ser un modo de extinguir una previa obligación de dar, es una fuente de una obligación de restituir. Es la *traditio* de los contratos reales, en el sentido de los viejos romanistas (no en el sentido de SAVIGNY y sus secuaces), que en el Derecho moderno continúan siendo el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

c) *Causa donandi*.—No hay obligación ni previa ni subsiguiente. Hay solo entrega liberal, *datio gratuita*.

46. *Síntesis de la doctrina española*.—Ha sido condensada por ALVAREZ, URSICINO (74).

a) *El problema terminológico legal*.

«Creemos—dice, pág. 112—que predomina en la terminología del Código el concepto de *título* como fundamento o causa juri-

(73) 4, 31. D., *De acqui rerum dom*, 41, I. Véase, en Parte I de esta obra, núms. 54-55.

(74) *El problema de la causa en la tradición*. Madrid, 1945.

dica que justifica y determina una adquisición o constitución de Derecho real». Y cita en su apoyo los arts. 1.952 (justo título para la prescripción), el 464, los 467 y 470, 523, 537, 540, 548, 1.957 y ambigüamente los arts. 433 y 537.

b) *El problema substantivo.*

Arranca del art. 20 de la Ley de Bases:

«Los contrátos como fuentes de las obligaciones serán considerados como meros *titulos de adquirir*, en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio o de cualquier otro derecho a él semejante.»

«Una cosa aparece evidente—dice URSICINO ALVAREZ, pág. 113—, y es que nuestro Código Civil, frente al napoleónico y frente al proyecto de 1851, exige para la transmisión de la propiedad dos requisitos indispensables:

a) Un fundamento o causa jurídica de la adquisición, llamada predominantemente título.

b) Un elemento material más o menos espiritualizado: la entrega de la cosa, o *traditio*, con los posibles substitutivos en orden a la transmisión de inmuebles» (arts. 609 y 1.095) (pág. 114).

«Los comentaristas patrios no han vacilado nunca en aceptar como verdadera esta proposición: en el Derecho español el contrato obligacional sin entrega (o substitutivo) no transmite; y la entrega sin contrato obligacional, tampoco» (pág. 115).

Finalmente, «nuestro Código no suministra base alguna para poder admitir que la tradición sea un contrato autónomo. La tradición por sí sola, como acto equivoco que es, no presupone la existencia de este acuerdo, sino tan sólo en cuanto que la entrega es consecuencia del contrato causal en que el acuerdo ha cristalizado. Por lo demás, si se estima que en nuestro derecho la tradición es un contrato, por exigencia del art. 1.261, en nuestro Código habría de tener una causa, y ésta no puede ser la simple voluntad de enajenar y transmitir, que nuestro derecho no se reconoce autónomamente en parte alguna, sino esa misma voluntad plasmada en un contrato obligacional causal. Y no se invoque contra este argumento la presunción del art. 1.277, porque ella no hace sino reforzar de tal modo el requisito indispensable de la

causa, que cuando ésta no se expresa el Código la presume existente, salvo prueba en contrario» (pág. 117).

47. EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Preceptos aplicables.

a) *En general.*

El Código Civil, siguiendo la tradición romana de las Partidas, consagra la teoría del título y modo en los arts. 609 y 1.095.

609: «La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten. . por consecuencia de ciertos contratos mediante la *tradición*.»

1.095: «El acreedor tiene derecho a los frutos de las cosas desde que nace la *obligación de entregarla*. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.»

b) *Causa solvendi.*

Las obligaciones de dar están recogidas también en los artículos 1.096 y 1.097, sin discriminación alguna en cuanto a su fuente (compraventa, mutuo, etc.), en situación simétrica con las obligaciones de hacer (1.098 y 1.099).

El contrato de compraventa es de naturaleza obligacional, no real. Crea obligaciones, no derechos reales. «*Obliga* a entregar una cosa determinada» (1.445), y «el vendedor está *obligado* a la entrega» (1.461).

La *entrega* consiste en poner «la cosa vendida en poder y posesión del comprador» (1.462). Es decir, el Código llama entrega a la *traditio*. Excepto en el art. 609, en los restantes artículos ha preferido la palabra *entrega* a la de tradición. Y con el nombre de entrega consagra las diversas clases de *traditio*: instrumental (1.462, § 2), simbólica, *vacua traditio*, *brevi manu* (1.463 y 1.464).

En el pago se conserva la simetría de obligaciones de dar (1.160, 1.167) (sin distinguir entre ellas por razón de su origen) y obligaciones de hacer (1.161).

En el cobro de lo indebido se presupone un pago de cosa (1.895); de capitales o de cosa fructífera (1.896); de cosa cierta y determinada (1.897), etc. Es decir: la entrega se ha verificado *en pago* de una supuesta obligación de dar.

Creemos que con los preceptos indicados hay elementos suficientes para poder afirmar:

1.º La *traditio* nunca es abstracta. Se realiza «por consecuencia de ciertos contratos». No es, en sí misma un contrato, sino una consecuencia de otro contrato (609).

2.º La *traditio* es necesaria para la adquisición del derecho real (1.095). Esto se refiere a toda clase de derechos reales. Aquellos que por su naturaleza no sean susceptibles de posesión, el artículo 1.464 los llamados derechos incorporales, y respecto de ellos el Código les exige la *traditio* instrumental, o la *traditio chartae*, o el uso consentido.

3.º La entrega de la cosa (*traditio*) obedece a un pago de una obligación de dar, salvo los supuestos después contemplados en los núms. 48 y 49.

Ni en las obligaciones de dar ni en la teoría del pago ni en la de la compraventa hay diferencia alguna entre la *traditio*, que obedece a un título de compra o a otro título cualquiera. Todas las entregas en vista de una previa obligación de dar, constituyen un pago. Esto es, todas se verifican *causa solvendi*.

48. c) *Causa credendi*.

En los contratos reales—en sentido tradicional y no en el de SAVIGNY (mutuo, comodato, depósito y prenda) hay *traditio*; pero no subsigue, sino que precede a la obligación. Esta nace *por* y *desde* la entrega, porque son contratos de restitución y no se puede restituir sin la entrega previa. De estos contratos, el único que transmite la propiedad es el mutuo (art. 1.753).

La previa *traditio* está reconocida en los arts. 1.740 para el préstamo, 1.758 para el depósito y 1.683 para la prenda.

49. d) *Causa donandi*.

En la donación, el donante no tiene obligación alguna de entregar; el donatario tampoco adquiere la obligación de devolver. No hay, pues, ningún supuesto legal de obligación anterior ni posterior a la entrega. Incluso en los supuestos de donación remuneratoria, hay donación «siempre que no constituyera deudas exigibles» (619). La donación es por definición un acto de liberali-

dad (618). Se le llama también contrato de «pura beneficencia» y no tienen otra causa que la «mera liberalidad del bienhechor».

C)

CAUSA OBJETIVA

(Continuación.)

CAUSA REMOTA.

La causa de las obligaciones.

50. *Aspectos.*—La causa de las obligaciones, tiene dos aspectos:

a) La causa *objetiva*, legal—causa eficiente—que, afectada a la validez del acto o contrato, como elemento, del negocio jurídico, idéntica para cada categoría de éstos, y cuya ausencia conduce a la inexistencia, a la nulidad o a la resolución del mismo; y

b) La causa *subjetiva*, voluntaria—causa final—, que se adjunta a la causa objetiva; su ausencia no hace, por regla general, inválido al acto o contrato, pero su frustración reacciona sobre los efectos del mismo mediante el uso de remedios especiales, señaladamente, las acciones de enriquecimiento sin causa.

51. A su vez cada una de las dos clases de causa, aparece en la Historia de una de estas dos maneras:

1) Como causa *justificante*. La causa no es un requisito constitutivo del acto o contrato. Los actos, o son abstractos, como la *stipulatio*, o, sin serlo, no necesitan, en el momento de su formación, la mención expresa de una causa: *traditio*.

2) Como causa *habilitante*. La mención de la causa gana la categoría de un requisito esencial en la formación del acto o contrato, en la declaración de voluntad. (*Teoría de la causa expresa*).

La historia de la causa como requisito habilitante, va unida a la historia de la causa natural, causa lícita y causa final. Todo ello es debido a una mayor participación de las ideas morales en el ámbito de la formación de los negocios jurídicos.

LA CAUSA OBJETIVA, GENÉRICA Y SU ESQUEMA LEGAL.

En Roma para la eficacia de un acto hacia falta el *nomen iuris* o la *causa civilis*.

52. *Nomen iuris* (causa específica).—Todo Derecho primitivo vive en un período de símbolos y fórmulas fijas y típicas, rigidamente estereotipadas en la ley. Es el período conocido en Derecho romano por el de las acciones de la ley (*legis actiones*). Toda la vida jurídica estaba tipificada en actos solemnes (*sponsio, Mancipatio, nexum*, etc.), o en acciones, igualmente típicas, de cuño legal. La eficacia derivada de la causa específica concedida por la ley (*legis actio*). Lo que, naturalmente, excluía toda causa genérica. En vez de causas genéricas, había formas genéricas, lo que equivale a decir que todas las formas extrajudiciales (*Mancipatio, in iure cessio*, etc.) y todas las fórmulas procesales, eran abstractas. Los contratos se agrupaban en un determinado tipo legal (*nomen iuris*). (Contratos nominados). Es la época y sistema de los «contratos típicos».

El procedimiento formulario multiplica las fórmulas de las acciones. El Magistrado, en cada caso, da la fórmula, tomándola, bien de la ley, bien del edicto del pretor, o bien, finalmente, adoptando, por *analogía*, unas y otras.

53. *Causa civilis*.—Las necesidades del tráfico jurídico rebasan los tipos—acciones y negocios—del *nomen iuris*, y dan lugar a acciones genéricas y a contratos atípicos o innominados. En una palabra, da lugar a formularios en blanco, que los contratantes han de llenar. Hay que señalar cuáles son los claros que los particulares pueden llenar en el formulario. Hay que dar contenido a la genericidad; mejor dicho, hay que seleccionar, entre los contenidos que le ha dado o le puede dar el tráfico jurídico, aquel que debe ser protegido por la ley, con exclusión de todo otro. La ley configura el contenido de esta «genericidad» en esquemas legales que señalan la causa por la cual es eficaz el acto, el negocio o la acción. La existencia y licitud de la causa es un límite legal a la genérica amplitud legal. El *por qué* legal genérico, necesita ac-

tuarse por otro por qué más concreto y específico. La ley no señala los contratos típicos, porque hay contratación atípica; pero fija cuáles son las «causas genéricas» a las que hay que ajustarse para la validez substantiva del acto o contrato.

54. «En los contratos típicos o nominados—dice BIONDI (75)—la causa está ínsita en el *tipo* mismo y está considerada por la ley cuando reconoce y disciplina los *tipos* singulares de contrato: por tanto, basta probar la existencia de aquel determinado tipo de contrato sin necesidad de probar como elemento específico la existencia de la causa; como, paralelamente, en tales contratos no tiene sentido la cuestión de la inexistencia de la causa o de la causa ilícita o torpe. Por el contrario, en los contratos innominados o atípicos el requisito de la causa tiene una función particular, y por tanto, debe ser positivamente probada. En otros términos, mientras el contrato típico vale únicamente porque las partes lo hayan querido, puesto que allí está ínsita la causa, el contrato atípico vale, no por el solo hecho de que las partes lo quieran, sino en cuanto allí haya una causa y ésta no sea ilícita o torpe». «Estas consideraciones demuestran cómo en el sistema romano de la tipicidad de los contratos el problema de la causa no surge. Cada tipo presenta una propia causa ínsita en cada uno de ellos, y por tanto, no se estima como requisito distinto de los otros que individualizan aquel tipo determinado.» «La cuestión de la causa como requisito positivo del contrato empieza a perfilarse en los contratos innominados, y consiste en la ejecución de una prestación para obtener una contraprestación: causa es, por tanto, la preventiva ejecución de una prestación para obtener otra. No es un azar que la acción con la que, en caso de incumplimiento, el que ha ejecutado su prestación puede repetirla, se califica *condictio ob causam*, o *causa data causa non secuta*.»

55. La *datio*.

Esta *prestación* se llama *datio*. Durante mucho tiempo es el único sistema de constitución de las obligaciones *ex re*, que quedan reducidas al esquema *do ut des*, *do ut facias*. Posteriormente, se

(75) *Contratto e stipulatio*. Milán, 1953, pág. 247.

asimila a la *datio* la prestación *factum* y se completa el esquema con los otros dos miembros: *facio ut des* y *facio ut facias*, que no tienen dogmática propia, sino aplicación analógica de la de la *datio*.

Si del lado de la *datio* (*ex re*) surge el concepto de prestación, del lado de la *stipulatio* (*verbis*), surge la promesa.

CICERÓN (*Pro Roscio Comoedo*) y el bronce de BONANZA enumeran la *datio* entre las causas de la *condictio* al lado de la *stipulatio* y la *expensilatio* (o *contrato litteris*). Prescindiremos de esta última, dado su ámbito limitado y exclusivamente romano, y nos ocuparemos de la *datio* y de la *stipulatio* como causas.

56. *Sus aspectos.*

Prescindamos del problema de si la *datio*, como pretendía BRINZ (76), es o no una *forma* contractual, en cuyo caso la declaración de voluntad adjunta queda reducida únicamente a una *lex dationis*; o si la declaración de voluntad integra la «conventio» y la *datio* sólo le da eficacia, como señalaba BRASIELLO (77); o como decían los glosadores (78), la *conventio* sólo tiene valor de pacto, y la *datio* la convierte en pacto vestido. No veamos de momento en la *datio* más que el hecho jurídico, el *negotium* en el sentido amplísimo, que esta palabra tenía entre los juristas romanos clásicos.

57. *La datio y la traditio.*

Datio es más amplia que *traditio*, porque ésta se refiere a la entrega de cosas y aquélla llega a abarcar todo hecho o prestación que sea contenido de una obligación. La *datio*, en términos generales de prestación, comprende lo mismo el *do* que el *facio*.

La *traditio* se enlaza con las obligaciones de dar, no con las de hacer. La *traditio* normal es el pago de una obligación de dar: *traditio causa solvendi*. Basta con que ambas partes estén de acuerdo en que la *traditio* se verifica en pago de una precedente

(76) *Pandekten...*, II, pág. 473.

(77) BRASIELLO: *Obligatio re contracta*, en «Studi onore di P. Bonfante», vol. II, págs. 578-579.

(78) NÚÑEZ-LAGOS: *Hechos y derechos en el documento público*. Madrid, 1950, págs. 176 y sigs.

obligación, real o supuesta—vera o putativa—con ánimo de extinguirla y liberar al deudor, para que exista la *causa solvendi*, sin entrar a examinar la naturaleza y validez de dicha obligación. Es suficiente la *presencia* de la obligación: esto es, que las partes tengan *presente* que el pago se hace porque creen en la existencia de dicha obligación. De ahí el juego de la buena o mala fe y del error o la *sciencia* en la *conditio indebiti*. A esta obligación jurídicamente presente en el momento del pago se llama causa o título. Este título, a su vez, tendrá una causa (causa de la obligación, causa remota o causa de la causa), que haya originado la obligación de dar a que obedece el pago.

Así:

Primus realiza ciertos trabajos para *Secundus*, mediante un precio. La fuente de la obligación es el contrato de trabajo, que tiene su causa en el *facio* de *Primus*—que en términos amplios es, *datio*, pero no *traditio*—, y el precio de *Secundus*. En el momento de perfeccionarse el contrato, hay dos promesas correspectivas; todavía ninguna prestación o *datio*. La existencia de las dos *promesas* es suficiente para que el contrato tenga causa.

La obligación de hacer tiene su causa en la de dar y recíprocamente. Y esta bilateralidad genética, inicial, basta para la existencia y validez del contrato.

58. *Causa próxima y causa remota.*

Más allá del momento de la perfección, en el del cumplimiento, *Primus* convierte la promesa en prestación, haciendo entrega a *Secundus* de la obra realizada. Aquí ha habido un *facio*, pero; en sentido amplio se entiende que hay *datio* y que *Secundus* recibe la obra realizada. Hay, pues, un pago, pero en sentido amplísimo de cumplimiento de cualquier clase de obligación, y, por tanto, de una obligación de *hacer*. Pero si bien hay *datio*, no hay *traditio*.

Secundus, una vez recibida la obra o trabajo realizado por *Primus*, hace efectiva su promesa de entregar el precio: realiza un pago de una nueva obligación de *dar*. Aquí no sólo hay *datio*, en sentido técnico. Hay una *traditio solvendi causa*.

La causa de la *traditio* es, pues, la previa obligación de *dar*.

—*iusta causa traditionis*—. La causa de esta obligación de *dar* es la correspondiente obligación de *hacer* de *Primus*. En la *traditio* la causa está en la promesa u obligación del mismo *tradens*. En el contrato, a la inversa, en la obligación de la contraparte. A la primera, repitémoslo una vez más, se la llama causa próxima; a la segunda causa remota.

59. *Obligationes ex re contracta*.

Veamos ahora el *do ut des* del esquema clásico.

En un sentido técnico restrictivo, se llaman contratos reales: son el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. La entrega de la cosa—*traditio causa credendi*—es requisito esencial constitutivo del contrato. El contrato es unilateral, porque sólo hay obligaciones para el *accipiens*. El *solvens* no tenía obligación alguna antes de la *tradición*.

En un sentido más amplio abarca impropriamente aquellos contratos consensuales en los que una de las partes cumple su obligación simultáneamente con la perfección del contrato. Por ejemplo: el vendedor mercantil al fiado. Entrega su mercancía en el momento de perfeccionar el contrato de compraventa, ante la promesa de que le pagaran el precio. Pero por ministerio de la ley, todo vendedor tiene obligación de entregar la cosa, y en el momento en que se realiza la entrega no cambia ni la naturaleza de la obligación de dar ni la de su pago. Aquí no hay *obligatio ex re contracta*, sino obligación correspondiente de compraventa. La *traditio* de la cosa se hace *causa solvendi—incontinenti*—de la obligación de dar del vendedor.

Pero desde el punto de vista de la causa, hay *prestación, datio* y no promesa. Responde al esquema *do ut des*.

60. La *datio* y el tiempo.

La *datio* podía preceder o seguir a la contraprestación de la otra parte.

1) *Datio precedente*.

Si *precedía*, la contraprestación de la otra parte era lógicamente *futura* vista desde el mismo momento de la *datio*. Esta con-

traprestación futura podía consistir: a), en devolver la misma *datio* (*idem vel tantundem*); o b), en verificar otra prestación diferente, originándose así, correlativamente, los contratos reales (*ex re*) [en los que la entrega de la cosa (*traditio*) constituye el contrato y consiguientemente la obligación de devolver]; y las *dationes ob causam*, en las que, la *datio* transmite la cosa, pero no constituye el contrato, por lo que la obligatoriedad de ejecutar la contraprestación resulta bien, *directamente*, de una *stipulatio* coetánea y adjunta, o bien, *indirectamente* sancionada por la amenaza de la restitución, mediante la *condictio*.

2) *Datio subsiguiente.*

Si la *DATIO* seguía en la contraprestación, la *datio* era pago o cumplimiento de una obligación civil o natural precedente. La *datio* no era fuente de obligaciones, sino modo de adquirir el dominio, y esta dimensión, se llama *traditio*; y la obligación precedente, vera o putativa, invocada en el acto de la *traditio*, se llama *titulus*. Aquí la *datio* es también modo de extinguir obligaciones, y, como tal, se llama *solutio*, y su causa o título, invocado en el momento de la *traditio*, *causa solvendi*.

61. *Causa próxima en la causa credendi.*

La *datio* tiene, pues, función de prestación y también de contraprestación.

Datio es, en el momento constitutivo, la prestación efectiva, realizada, consumada, bien *do*, bien *facio*. *Datio* es también la contraprestación (*ut des, ut facias*), pero únicamente en su momento de efectividad, de realización, de consumación; en acto y no en potencia.

En la *mancipatio* primitiva, en la compraventa manual, cosas y precio se entregan de presente y simultáneamente, *in continenti*, por lo que ambas son prestaciones. Cuando la prestación se realiza de presente—*in continenti*—y la contraprestación ex intervalo, el factor tiempo en medio crea el tipo *do ut des*. Doy, en presente, para que des, esto es, porque darás, en futuro (causa próxima de la *datio*). Esta contraprestación futura puede asegurarse *directamente*, haciéndola objeto de una obligación—*prome-*

sa—mediante la *stipulatio*—*actio ex stipulatu*—; o indirectamente, con la amenaza de exigir la restitución de la *datio*, mediante *condictio* (*datio ob causam*).

62. Promesa.

La *stipulatio* engendraba la obligación sólo en una de las partes, la que contestaba la pregunta, que se llamaba *promitente*, y el acto de este promitente, *promesa*. La promesa no era, pues, prestación. Carecía de actualidad, de realidad. No era prestación en acto, sino en potencia; no de presente, *in continenti*, sino de futuro, *ex intervallo*. En una palabra, se *prometía*, pero no se realizaba, no había ejecución instantánea de la prestación, porque ésta se aplazaba, no había *consumación* de contrato, sino sólo *perfección*.

De ahí una primera nota de la promesa: el aplazamiento, la dilación. No es la única: a su lado surge otra, la *sustitución*.

La promesa *sustituye*, provisionalmente, a la prestación, mientras ésta llega, en todas las funciones de causa. La promesa equivale *de momento* a prestación, y llena su papel de contrapartida, tanto en el momento de la perfección del contrato como después, *medio tempore*, hasta que llegado el tiempo (*certus an*) o el evento (*incertus an*) la sustitución, por su naturaleza provisoria, se esfuma y se impone, o bien la efectiva prestación o bien la realidad de su incumplimiento, con todas sus consecuencias.

Esta es la sustitución inmediata o temporal (*pro solvendo*). A su lado, existe la llamada sustitución mediata o definitiva, esto es la sustitución de una prestación por otra en el momento del pago (*pro soluto; datio in solutum*).

En el momento de convertirse la promesa en prestación, puede ésta, con respecto a la *datio*, comportarse de una de estas tres maneras:

a) Restitución de *idem*, esto es, de la misma *datio*. Comodato, por ejemplo. Aquí no hay sustitución mediata.

b) Restitución de *tantundem, ejusdem generis*, esto es, de otro tanto de la misma especie y cantidad. Aquí hay sustitución *homogenea* del mismo género.

c) Restitución de prestación distinta. Por ejemplo, donación

con la carga de hacer un panteón. Aquí tenemos la sustitución *heterogénea*.

63. *La promesa como negocio de cumplimiento.* La promesa *solvendi causa* como pago.

Este fenómeno natural de que la promesa o prestación de futuro sustituya y equivalga—en el artículo 1.274 del Código Civil español, están parificados, en valor, prestación y promesa—a la prestación de presente (*datio*) se ve claro en los supuestos en que la promesa se materializa en un papel—cheque, letra de cambio, pagaré, etc.—contemplados en el artículo 1.170 del Código Civil. Con la entrega del documento mercantil, se produce, de momento, una prestación de presente, una entrega de cosa mueble (papel)—con valor no propio, sino reflejo—(*datio in continenti*). Esta entrega tiene una función de pago de deuda de dinero. Pero este pago, en su eficacia, no es definitivo, sino provisional, sujeto a la *conditio iuris* de que llegado el *día advenga* el pago efectivo. Es decir: los documentos mercantiles sólo constatan una promesa, y no son medios de pago, *pro soluto*, sino únicamente *pro solvendo*. El artículo 1.170 del Código Civil no hace más que salirle al paso a una posible errónea desviación mercantil de la doctrina legal civil. Y viene a decir a los documentos mercantiles: Por muy privilegiados que os creáis, en esta materia seguís la regla general; mientras la promesa no se cumpla, la acción derivada, la obligación primitiva—obligación causal—quedará en suspenso (1.170 *in fine*).

64. *Los precursores del Code Napoleón.*

Durante los siglos xvi, xvii y xviii, en materia de causa de las obligaciones, las naciones de hoy día (Francia, Italia, España, Alemania, etc.) se nos presentan como un mosaico de legislaciones de distintas tendencias, colores y matices en materia de causa, según siguieran a mayor o menor distancia las directrices del Derecho romano común y del Derecho canónico. Hay que llegar a los precursores del Code Napoleón, para encontrar algún interés de carácter general para nuestras ideas.

65. DOMAT (*Les loix civiles*, lib. I, tomo I, sección I), distingue los contratos—sólo se refiere a los contratos—onerosos de los gratuitos.

a) *Contratos onerosos*. Hay tres géneros de convenciones:

1) Contratos que implican dos daciones, o dación correlativa de dos cosas. Permuta, compraventa o cambio. También incluye en este primer grupo—daciones—el préstamo.

2) Contratos que contienen dos hechos (*facta*). Cambio de servicios recíprocos.

3) Contratos mixtos de los otros dos: «el uno hace y el otro da».

En todos estos casos «la obligación del uno, es el fundamento de la obligación del otro».

Hemos de observar:

Primero: DOMAT explica la causa objetiva, legal, igual y la misma para cada clase de contrato—venta, arrendamiento, etc.—.

«Así—dice—, la obligación que se forma en esta clase de convenciones, el provecho de uno de los contratantes, tiene su causa en el provecho de la otra parte.»

Segundo: La causa para DOMAT es un requisito esencial del contrato. «Y la obligación será nula si en la realidad carece de causa».

La falta o el vicio de la causa juega distinto papel:

a') La ausencia de causa inicial impide la formación del contrato.

b') La causa falsa, que da derecho a una acción de nulidad.

c') La desaparición ulterior de la causa, que origina una acción resolutoria.

Como vemos, rezuma el esquema romano *do ut des, facio ut facias*, etc. En el fondo, la causa no es más que la corresponsabilidad de las prestaciones (obligaciones reciprocas en el Código Civil español, art. 1.124).

b) *Contratos lucrativos*.

En estos contratos, la corresponsabilidad falla. En ellos DOMAT no habla verdaderamente de causa, sino más bien de subrogados de la causa. El motivo que ha impulsado a donar, como, por ejem-

plo, un servicio prestado por el donatario, lo mismo que el *animus donandi*, «le seul plaisir de faire du bien», más que causa «tient-nent lieu de cause».

66. POTHIER (*Traité des obligations*, cap. I, sección 1.ª, art. III, § 6, núm. 42) enumera la causa entre los elementos *esenciales* de los contratos (consentimiento, objeto y causa). «En los contratos onerosos—dice—la causa de la obligación contraída por una de las partes, radica en lo que la otra le da o se compromete a entregarle, o incluso en el riesgo mismo que asumé. En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere ejercitar respecto a la otra, es causa suficiente de la obligación que con ella contrae. Mas cuando la obligación no tiene causa alguna o, lo que es lo mismo, cuando es falsa la causa de la obligación, ésta será nula y, por tanto, nulo también el contrato que la contiene».

67. Las ideas de DOMAT y de POTHIER están presentes en la Exposición de motivos del art. 1.131 del Code Napoleón (79): «No hay obligación sin causa: ésta consiste en el interés recíproco de las partes o en la beneficencia de una de ellas».

De esta manera desembocamos en el Code Napoleón, que dice:

1.131. «La obligación sin causa, o con causa falsa, o con causa ilícita, no puede producir ningún efecto.»

1.132. «La convención no es menos válida, aunque la causa no se haya expresado.»

La doctrina tradicional del Code Napoleón ha sido expuesta por todos los grandes comentaristas de la llamada Escuela de la Exegesis. Modernamente, la teoría de la causa objetiva se ha llamado *Teoría clásica*.

68. *Teoría clásica*.—Contrapone firmemente la causa y el motivo. Este no se aprecia por el derecho, no debe ser investigado por el juez. Queda dentro de lo psicológico.

«La causa final—dice Demolombe—reside en el *fin inmediato*

(79) BIGOT PREAMENEU, cfr. LOCRÉ: *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1828, tomo XII, pág. 325.

que la parte que se obliga se propone precisamente conseguir obligándose. A fin de conocer las diferentes causas posibles de las obligaciones convencionales, es preciso investigar para cada una de ellas cuál es el fin inmediato que la parte contratante se ha propuesto conseguir. La respuesta a esta cuestión está evidentemente subordinada a la naturaleza diferente de los diversos contratos.»

«¿Se trata de un contrato sinalagmático? La obligación de cada parte tiene por causa la obligación de la otra. ¿Por qué, en efecto, el vendedor se obliga a entregar su cosa al comprador? ¿Cuál es el *fin inmediato* que se propone conseguir obligándose? El de obtener a cambio la obligación del comprador de pagarle el precio. Y recíprocamente, ¿por qué el comprador se obliga a pagar el precio al vendedor? ¿Cuál es el *fin inmediato* que se propone conseguir obligándose? El de obtener, en cambio, la obligación del vendedor, de entregarle la cosa, y es también al mismo tiempo, según nuestros principios modernos, la adquisición inmediata de la propiedad de esta cosa, cuando se trata de un cuerpo cierto. Que se tomen sucesivamente, uno a uno, todos los contratos sinalagmáticos y se encontrará siempre que la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la otra o, más exactamente, *el hecho o la promesa de la otra.*»

«En los contratos unilaterales, la causa de la obligación contratada por una de las partes es el hecho o la promesa de la otra. Es preciso no confundir, como en los contratos sinalagmáticos, la causa con el objeto. El objeto es *quid debetur*: la causa, *cur debeatur*. «En los contratos gratuitos la causa final es la intención de haber una liberalidad» ... (80).

La doctrina clásica se cuida mucho de distanciar la causa final del motivo o causa impulsiva.

«La *causa impulsiva* — añade Demolombe — no es más que el motivo que lleva a cada una de las partes, por su lado, a contratar; el motivo del contrario, *cur contraxit*, y no el motivo de la obligación, *cur promisit*.—Dos diferencias la distinguen de la causa final—: En primer lugar, que no es un elemento intrínseco y *constitutivo* de la obligación; es, por el contrario, extrínseca, ex-

(80) DEMOLOMBE: *Cours de droit civil français*, tomo XXIV, págs. 329 y sigts.

terior. Por consecuencia, es relativa y personal a cada uno de los contratantes en particular. Mientras que la causa final es siempre idénticamente la misma en todos los contratos idénticos; la causa impulsiva es esencialmente variable; y es, en efecto, casi siempre diferente en los mismos contratos para las partes que los celebran. En un contrato de venta, por ejemplo, sea hecho por Pedro, por Pablo o por Jaime, la causa final será siempre invariablemente idéntica; para el vendedor, la obligación del comprador de pagarle el precio; y para el comprador, la obligación para el vendedor de entregarle la cosa.»

«Por lo mismo, no se puede comprender un contrato de préstamo, en el que la causa final, para el prestatario, no sea la tradición de la cosa que le ha hecho el prestamista. Pero, ¿Porqué motivo Pedro, Pablo o Jaime se han endeudado? El primero, quizá para pagar un precio de venta; el segundo, para dotar a su hija; el tercero, para hacer grandes reparaciones a su inmueble, o para jugar, etc., el campo deviene entonces sin límites para todos los motivos, serios o frívolos, que puede llevar una persona a un contrato» *ibidem*, pág. 340).

Los motivos caen fuera del contrato, no interesan al Derecho.

69. La dirección procesalista.

BETTI (81) recoge una dirección procesalista de la causa objetiva: es la razón o pretensión de la acción (C. C. español, artículo 1.252) (*causa petendi*).

La acción representa la *posición lógica* del Derecho subjetivo «en cuanto echado en el crisol del proceso». La *razón o pretensión hecha valer* es la expresión característica de la iniciativa de la parte (actor), al cual incumbe especificar en la demanda judicial y, con fórmula completa y definitiva, en la comparecencia conclusional, el *quid iuris* en relación a aquella hipótesis jurídica que es la voluntad de la ley; expresión que tiene carácter de apreciación unilateral con intento práctico. LITE es, para BETTI, un

(81) BETTI, E.: *Cosa giudicata a ragione fatta valere in giudizio*, en «Riv. Diritto comm.», XXVII, 1929, I, pág. 544, *Ragione e azione*, en «Riv. Dir. proc. civil», IX (1932), parte II, págs. 205 y sig. Idem en *Anuario di Diritto comparato e di studi legislativi*, II, pág. 41, 44 de la separata. (Véase antes Guasp, al núm. 6).

conflicto entre dos razones o pretensiones, y es también esto uno de los conceptos fundamentales de la reconstrucción del proceso romano que hace BETTI en sus *Instituzioni di Diritto romano* (II, 636 y sigts., 714 y sigts., 820 y sigts.): La pregunta es ésta: «Si subsiste o no la voluntad de ley así individualizada», de donde la acción sería el derecho preexistente al proceso, conferido por la ley procesal en orden a una dada razón o pretensión que hacer valer. De donde, razón y acción, dos conceptos fundamentales, conexos, pero distintos, indispensables para entender el proceso lógico dirigido a individualizar la voluntad de ley, a fin de que el Estado pueda cumplir su función de soberanía. Derecho de acción es el poder de provocar, enfrente del adversario, la actuación de la ley. Tal poder provocatorio se puede también ejercitar en el proceso extrajudicial como interés en obrar, esto es, en la actuación de la ley. Son aplicables a uno y otro tipo de proceso, extrajudicial y judicial, el concepto de *status*, de *relación* y de CAUSA o razón que se hace valer.

70. La oposición a la teoría clásica.

En Francia se originó una reacción contra la teoría causalista.

De un lado, surgió la teoría anticausalista. De otro lado, la causa ilícita y la causa inmoral, se avenían mal con la causa objetiva de la teoría clásica. ¿Cómo era posible que siendo la causa para todas las compraventas la corresponsividad de cosa y precio, hubiera una compraventa con causa ilícita o inmoral? ¿No equivalía esto a investigar los motivos? La jurisprudencia francesa había elaborado una rica teoría sobre la causa ilícita. ¿Era ésta la negación de la teoría clásica con su distinción entre causa y motivo? ¿No era, por el contrario, que al lado de la causa objetiva renacía la causa fin individual o causa subjetiva de los canonistas?

Finalmente, a enturbiar las aguas ha contribuido no poco la falta (teórica) de *traditio* en la legislación francesa, que ha llevado constantemente a confundir supuestos de causa próxima (*causa solvendi*, *causa credendi*, *causa donandi*), o causa de los desplazamientos patrimoniales, con los de causa remota (causa de la obligación y causa ilícita).

71. Dos órdenes de consideraciones han querido dar al traste con la teoría clásica. Uno esgrimido por la teoría anticausalista demostró que la causa no era un elemento esencial para la existencia y validez de los contratos, pues carecía de independencia frente a los otros dos elementos, el consentimiento y el objeto. Otro, el concepto de causa ilícita era superfluo para la teoría clásica, ¿cómo era posible una compraventa con causa ilícita si no se podían investigar los motivos y la causa era siempre la misma para todas las compraventas? Esta segunda objeción no salía del Templo de los Doctores, sino brotaba de la vida ante los Tribunales y tuvo que resolverla empíricamente la jurisprudencia.

72. Teorías anticausalistas.

a) *Precedente*.—Formulada por ERNST en 1826, en una tesis cuyo título revela que el nudo de la cuestión estaba en el nacimiento del contrato y no en su ulterior subsistencia (*La cause est elle une condition essentielle pour la validité des conventions?*) adquiere una gran trascendencia con LAURENT (tomo XVI, núm. 111), BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (tomo XII, núms. 321 y sigts.) y con PLANIOL (tomo II, núm. 1.037 y sigts.).

«Si la causa—dice Ernst—en los contratos a título oneroso es lo que cada una de las partes debe respectivamente a la otra, se confunde con el objeto de la convención, y, por tanto, de nada sirve hacer de una sola y misma cosa dos elementos separados. En los contratos a título gratuito, si la causa reside en la liberalidad del bienhechor, no es tampoco verdad que forme por sí misma una condición exterior de la existencia de estos contratos. No se puede separar el sentimiento que anima al donante de la voluntad que él expresa, para hacer un elemento del contrato (82). Es decir, la causa se confunde con el consentimiento, en los contratos gratuitos y con el objeto en los onerosos.

b) La causa se confunde con el consentimiento, tanto en los contratos a título oneroso como en los gratuitos.

En nuestros días, el anticausalista que más se ha destacado ha sido DABIN (83), profesor de la Universidad de Lovaina.

(82) Cfr. BONNECASE. Suplemento a *Baudry*, tomo II, pág. 681.

(83) DABIN, J.: *La teoría de la causa*, trad. de Francisco de Palsmaeker. Madrid, 1929.

73. *Causa objetiva.*

«En los contratos sinalagmáticos—dice, págs. 67-68—es donde la teoría de la causa encuentra ambiente propicio. De ellos nació y de su seno se la quiso irradiar sobre campos extraños y hostiles, en virtud de pretendidas razones literales, completamente extrañas a su naturaleza y principios.»

«¿Cuál es, por tanto, el valor de la teoría considerada en su ambiente propio? Desgraciadamente, ni aun aquí lo tiene, pues fué importada a él en virtud de argumentos tan falaces como los que sirvieron para extenderla a aquellos otros. Si la teoría de la causa ha encontrado campo de aplicación, al parecer propicio, en materia sinalagmática, es porque DOMAT confundió los contratos sinalagmáticos con los innominados del Derecho romano.»

«Para que la validez de la obligación exija una causa hay que pensar en un sistema donde la obligación tenga existencia independiente (84) de la obligación correlativa, estableciendo así dicha teoría el lazo de unión entre ambas obligaciones. Mas en los contratos sinalagmáticos dicha unión existe siempre, y siempre se presenta también con carácter de necesidad, porque esa dependencia mutua de las obligaciones deriva de la voluntad creadora de las partes, que gozan de un poder susceptible, no sólo de crear obligaciones, sino de hacerlas mutuamente dependientes.»

«Y ésta es precisamente la característica del contrato sinalagmático. El *consensus* no recae separadamente sobre cada obligación, lo cual permitiría que surgiera con independencia cada una de ellas y explicaría, en realidad, la necesidad de una causa; el consentimiento en ellos recae sobre ambas obligaciones *conjuntamente*. Así, por ejemplo, en la venta, la transmisión de la propiedad de una cosa mediante el precio estipulado, es lo que constituye el objeto indivisible del acuerdo de voluntades; y el exigir además una *causa* implica no comprender lo que es en su esencia un contrato sinalagmático.»

«Es verdad—como dice DABIN—que en los contratos sinalagmáticos la dependencia mutua de las obligaciones existe siempre,

(84) En estos supuestos—decimos nosotros—la obligación es precisamente abstracta, y la causa únicamente serviría, no para la validez, sino para la repetición por la *condictio*.

pero no por la voluntad creadora de las partes, por el *consensus* conjunto, sino por imposición de la ley. Precisamente por la causa, esa voluntad creadora no puede crear obligaciones independientes (abstractas), y no se necesita querer la mutua dependencia, pues aunque no se quiera—ausencia de voluntad o voluntad contraria—, la interdependencia de las obligaciones, correspectivas (sinalagmáticas) o no, es un requisito y una consecuencia del elemento llamado causa.»

74. *Causa subjetiva.*

«Al desencadenarse las críticas contra la teoría de la causa—sigue DABIN, pág. 72—sus últimos mantenedores han pretendido acentuar más la orientación *subjetiva*». DUBREMIL expone con bastante claridad este sistema: «Sea cual fuere el contrato con ocasión del que se defina la causa, ésta consiste siempre—dice—en el móvil esencial a que obedeciera el contratante». Pero después de haberla definido de una vez para todos los casos, es de notar que en los ejemplos particulares donde se puntualiza el concepto, y olvidando que se trata de una *noción intencional*, se insiste en su carácter objetivo, diciendo que en el contrato sinalagmático la causa de la obligación es la *contraprestación* debida; en el contrato real, lo es la entrega de la cosa. Y cuando la teoría se pronuncia con escrúpulos y emplea todas las reservas necesarias, sostiene que «en el contrato sinalagmático la causa la constituye la *consideración* de la obligación correspondiente, así como en los reales consiste en la *consideración* de la cosa recibida».

«Desde el punto de visto histórico es preciso notar que semejante interpretación está en pugna con la concepción *objetiva* de DOMAT. Ahora ya no es la causa objetiva vista en los contratos sinalagmáticos la que va a dar la orientación a todo el sistema, sino que asume tal función la causa *subjetiva* de las liberalidades... DOMAT y POTHIER, sin embargo, jamás vieron en la causa un móvil, ni siquiera en las liberalidades: «el motivo que debe en ellas hacer las veces de causa» no es un móvil, por ejemplo, el propio agradecimiento, sino que se trata siempre de un servicio prestado con antelación, y que puede considerarse como la contraprestación de la liberalidad. La intención de liberalidad «suficien-

te para fundamentar la obligación» sólo sirve—añade DABIN—para encubrir la ausencia de causa en este caso».

«Si procedemos ahora—sigue DABIN, pág. 73—al análisis de la noción *subjetiva* de la causa, veremos cómo el *motivo* queda absorbido por el consentimiento. A decir verdad, se ha intentado establecer un criterio distintivo, para lo cual BUFNOIR sostiene que «la causa es como un elemento *subjetivo* que viene a *completar* la voluntad del que se obliga»... Con más precisión, BARTIN considera «la causa del acto a título oneroso como una fracción ideal de la voluntad concreta de la persona que se obliga. Esta voluntad se desdobra en voluntad de obligarse—consentimiento, en el sentido jurídico de la palabra—y voluntad de adquirir, que constituye la causa». En la liberalidad, por el contrario, la causa consiste en la voluntad de no percibir equivalente alguno.»

Lo cierto es—concluye DABIN—que el motivo no completa el consentimiento, que había de consistir en la sola voluntad de obligarse. La distinción carece, pues, de toda base psicológica y jurídica. Las mismas partes son las que consienten, bien en que una de ellas se obligue sin equivalente alguno, o en que ambas lo hagan sinalagmáticamente, y esto es lo que viene a constituir el objeto *inmediato* del *consensus*, que no admite fraccionamiento alguno en razón de la deliberada sencillez de su objeto. La voluntad de adquirir, que constituiría la causa del acto oneroso, confúndese con el deseo de que el otro contratante quede obligado también, lo cual constituye la condición a que ambas partes subordinan su conformidad. La voluntad de obligarse no existe sin su correlativa la de adquirir: el contrato no nace, el acuerdo de voluntades no se perfecciona, sino cuando las partes consienten en no fraccionar la operación y en tenerla por indivisible. Un desdoblamiento de la voluntad estaría precisamente en pugna con sus propias intenciones. Si referimos esto a las liberalidades, la voluntad de no adquirir, de no recibir equivalente alguno, será el propósito que tiene de obligarse solo. Esta voluntad no es susceptible tampoco de desdoblamiento (voluntad de obligarse; voluntad de obligarse solo); pues lo que aquí aparece es únicamente un desdoblamiento en la forma al considerar una misma realidad desde dos puntos de vista diferentes.»

«Por tanto—termina DABIN—todo intento en este particular,

aun cuando triunfara, resultaría siempre ineficaz, porque la concepción *subjetiva* está condenada fatalmente a seguir la suerte de la antigua.»

75. Crítica.

DABIN, parte siempre de igual base, a nuestro juicio errónea: la voluntad de las partes es la que unifica e impide el desdoblamiento. Históricamente, antes del Code Napoleón, puede que, en efecto, fuera así. La *stipulatio*—que subsistió durante toda la Edad Media (85), era *verbal* y *unilateral* sólo obliga al que respondía y exigía tantas respuestas como singulares obligaciones. La documentación escrita cambió la estructura de la formulación de la *stipulatio*. Un acto complejo, de muchas obligaciones, si se limitaba a transcribir el acto oral, hubiera sido un rosario de preguntas y respuestas. Por eso, en aras de la brevedad, la forma subjetiva y directa de cada pregunta (*spondes?—spondeo—*) se sustituye por la narración indirecta, abreviada, objetiva e impersonal (*stipulatus est; spondit; fide rogavit; fide promisit; stipulanti spopondet*). Los *verba solemnia et directa* quedan suplantados por los *verba obliqua*. Estaba en la naturaleza de las cosas que la *stipulatio* escrita no pudiera ser «un espejo fiel, una imagen inalterada del acto oral» (86).

76. Resultado de esto fué una organización interna del contenido del documento, que llevó a *pactar* la unidad, reciprocidad o correspectividad de las obligaciones. Lo que *legalmente* era distinto e independiente—obligaciones abstractas derivadas de la *stipulatio*, esencialmente abstracta—quedaba ligado e interdependiente por la voluntad de las partes, mediante una *stipulatio* más: la llamada *stipulatio specialis*.

En efecto: el negocio jurídico, con los *verba obliqua*, tenía dos partes: a) el *praefatio*, que contenía, además de la *conventio*, todas, una por una, las obligaciones; b) al principio o al final, una *stipulatio specialis*, que daba eficacia al todo (*Stipulanti spopon-*

(85) Cfr. NÚÑEZ-LAGOS: *Hechos y derechos en el documento público*. Madrid, 1950, págs. 89 y sigs.

(86) LIEBE: *Stipulation und das einfache Versprechen*. Braunschweig, 1840, págs 20 y sigs.

dit; cum stipulatione et promissione interposita; cum stipulatione subiecta; cum stipulatione subnixta), que recuerda las fórmulas notariales de hoy, «con arreglo a las siguientes estipulaciones», lo mismo que el texto de la propia *stipulatio specialis: ea quae supra scripta sunt, promittis, Promitto*, es el antecedente de «Así lo dice y otorga», de los notarios de hoy (87).

Por si fuera poco, esta unidad de la *stipulatio specialis* se reforzaba con una cláusula penal —*stipulatio penae*— para caso de incumplimiento.

La unidad causal de los contratos bajo el imperio de la legislación romana vigente en el Medievo, era una «creación de la voluntad de las partes», y respecto a este sistema cabría discutir su confusión con el consentimiento contractual. Pero en el sistema instaurado por el Code Napoleón, la unidad contractual, con su cuadro típico—con *tipicidad genérica*—de obligaciones, correspondientes o no, es obra directa de la ley, al margen de la voluntad de las partes, precisamente por ese elemento esencial llamado causa. Las partes no pueden prescindir de él, ni pactar en contra de él, fuera del margen que la misma ley ha dejado a la autonomía de la voluntad. En una palabra, no es posible la creación ilimitada, *mera voluntate*, de obligaciones abstractas.

Lo que pasa es que se confunde el problema de la *existencia* en la realidad de la causa, con el problema de su necesaria expresión en el momento de la perfección del contrato.

El anticausalismo hoy ha perdido terreno, y por influjo de la jurisprudencia francesa los autores latinos trabajando principalmente sobre causa ilícita y causa inmoral, buscando una noción única del concepto de causa, se han hecho *subjetivistas*.

A nuestro juicio, hay aquí una confusión entre causa eficiente y causa final. La causa objetiva es la causa eficiente de la eficacia legal. La causa subjetiva es la causa final, que reacciona—vertiente de la legitimidad—contra una eficacia legal—vertiente de la

(87) En Castilla, la *stipulatio specialis* aparece en los formularios notariales del título IX de la Partida 5.^a. Así: *stipulatio specialis*. Al final de la escritura se dice: «E todas estas cosas e cada una de ellas *prometiô* Guillén el sobredicho, a Remon e de facer e de cumplir, e de pagar assí como dicho es, a buena fé, sin mal engaño...»; *stipulatio poenae*: «...so pena de cient maravedis; la qual pena, quier sea pagada, o non, sean todas estas cosas firmes, e estables e valederas» (Ley 76)

legalidad—, por razones de moralidad o licitud. Es la legalidad corregida por la legitimidad.

77. c) *La causa se confunde con el objeto.*

PLANIOL (88) ha sido el defensor de esta posición. La noción de causa es inútil, porque confundiéndose con el objeto, en todos los supuestos que se señalan de falta de causa o de causa ilícita, la obligación es nula por falta de objeto o por objeto inmoral. El compromiso de cometer un homicidio, un robo, un abuso de confianza o una estafa, recae sobre un *objeto ilícito*. La teoría del objeto ilícito priva de todo interés a la de la causa ilícita. No tiene, por tanto, utilidad ninguna comprobar que esta obligación de cometer un homicidio, etc., servía de causa a la contraída por la otra parte de entregar los fondos en vista de la perpetración del acto prohibido.

78. *Crítica.*

JOSSERAND (89) arguye en contra: «Esta argumentación sólo tiene valor respecto a las operaciones sinalagmáticas, pues sólo en éstas la misma prestación desempeña el doble papel de causa y efecto, según el ángulo desde el que se considere; ningún valor tiene sobre los contratos reales y las liberalidades. Adviértase también que por lo menos no es absolutamente exacto decir que la misma prestación desempeña acumulativamente, en los contratos sinalagmáticos, los oficios de objeto y de causa; refiriéndonos al caso antes expuesto, la suma de dinero constituye el *objeto* de la obligación contraída por la parte que se propone financiar la empresa criminal, pero hablando propiamente, no representa la causa de la obligación correspondiente, asumida por el futuro autor del delito; éste se ha obligado en consideración, no a la suma prometida, sino de la promesa que se le ha hecho; la causa de su obligación se encuentra, no en el objeto de la obligación correspondiente, sino en esta misma obligación, puesto que, según la concepción clásica y para los contratos sinalagmáticos,

(88) PLANIOL-RIPERT, tomo II, núm. 1.059.

(89) JOSSERAND, L.: *Los móviles en los actos jurídicos de Derecho privado. Teología jurídica*. Trad. esp. de Sánchez Larios y Cajica. México. D. F., 1946, págs. 135 y sigts.

son las obligaciones respectivas de las partes las que se sirven recíprocamente de causas. Existe en esta materia un matiz que, sin duda, no debemos exagerar, pero cuya existencia es conveniente recordar.»

«Por lo demás—sigue JOSSERAND—, en la práctica se traduce por una línea de demarcación muy precisa entre el papel desempeñado por el objeto y el que corresponde a la causa. Para que surja, basta modificar la hipótesis expuesta hasta aquí y suponer que un individuo ha obtenido la promesa de una suma de dinero, no para cometer un crimen, sino para abstenerse de cometerlo. Este contrato es inatacable según la teoría del objeto, puesto que de ambas obligaciones, la primera recae sobre una obligación de dinero, en tanto que la otra tiende a la abstención de un acto ilícito: el contrato no sobrepasa el círculo de las prestaciones lícitas y, sin embargo, su inmoralidad es manifiesta; es escandaloso que un individuo cobre por no transgredir la ley penal. Esta combinación no debe producir efectos, y se atacará con ayuda de la causa, pues la noción *relaciona*—lo que no puede hacer el *objeto*—las dos obligaciones correspondientes, poniendo de manifiesto este contacto, la inmoralidad de la operación. Si por una parte no choca obligarse a entregar una suma de dinero y, por otra, obligarse a respetar la ley penal, es inmoral cobrar una suma o recompensa *para* no transgredir esta ley; lo que vuelve intolerable esta combinación es la relación de *causalidad* que une ambas obligaciones y que el concepto de causa pone de relieve cuando el concepto de objeto es impotente para obtener este resultado.»

«Por otra parte, apelando a la noción de causa puede establecerse una distinción entre los actos onerosos y las liberalidades: tan pronto como la obligación contraída por el deudor encuentra su explicación suficiente, su «por qué», en una prestación efectuada por la otra parte, o bien en una obligación, civil o natural preexistente, nos encontramos, sin duda alguna, en presencia de un acto a título oneroso. Por el contrario, si una de las partes no recibe nada en cambio de la obligación que adquiere o de la prestación que proporciona, o si lo que recibe es insignificante o desproporcionado en consideración al sacrificio consentido, es muy probable que este acto sea a título gratuito; esto es probable, pero no cierto, porque, como enseñan los causalistas, la *intención* libe-

ral en esta materia es decisiva, y fuera de ella no puede existir ninguna liberalidad. Ahora bien: frecuentemente se acepta un sacrificio fuera de toda intención liberal, como sucede en el concordato concedido a un comerciante quebrado por sus acreedores; la remisión de deuda o los plazos concedidos por éstos encuentran su causa en su interés bien comprendido, y no en la voluntad de donar; por ello no constituyen liberalidades y no están sujetos a colación.

79. *La causa de las obligaciones en el nuevo Código Civil italiano de 1942.*

La obra gigantesca de la nueva Codificación italiana, a nuestro juicio, ha zanjado de frente el problema de la causa (90). Parte de la distinción tradicional entre causa y motivo.

Causa, art. 1.343. *Causa ilícita*. La causa es ilícita cuando es contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres».

Art. 1.344. «*Contrato en fraude a la ley*. Se reputa, además, ilícita la causa cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa.»

Motivo, art. 1.345. *Motivo ilícito*. El contrato es ilícito cuando las partes se han determinado a concluirlo exclusivamente por un motivo ilícito común a entrambas» (91).

(90) «He meditado acerca de la oportunidad de mantener la causa como un requisito del contrato; la solución afirmativa de la cuestión ha sido la aceptada, porque, además de estar conforme con nuestra tradición, responde a una concreta necesidad jurídica. La causa tiene gran importancia, sobre todo en los contratos innominados, porque hace comprensible la licitud. Pero es además un elemento susceptible de una propia función incluso en los contratos nominados, porque, aun admitiéndose que cuando la ley ha creado un típico esquema contractual, la causa existe *in re*, dado el reconocimiento expreso de una tutela al fin específico económico social que el contrato entiende realizar; sin embargo, es posible que, en concreto, este fin no se actúe y que la causa llegue a faltar: entonces viene a menos la *legitimidad* de la relación intercurrente entre las partes» (*Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni*, núm. 193). «No hemos creído que procedía definir el concepto de causa» (Idem, núm. 194).

(91) «Es necesario, en efecto, mantenerse firme, contra el perjuicio que se inclina a identificar la causa con el fin práctico individual y afirmar que la causa exigida por el derecho no es el fin subjetivo, cualquier que éste sea, perseguido por los contrayentes en el caso concreto (que entonces no sería concebible ningún negocio sin una causa), pero es la función económico-social que el Derecho reconoce relevante para sus fines, y que por sí sola justifica la tutela de la autonomía privada. Función, por tanto, que debe ser no sólo

Todo el problema de la contraposición de la causa subjetiva a la objetiva ha sido la expulsión rigurosa, por la teoría clásica, de los motivos del campo de la causa, y al mismo tiempo la insuficiencia de la causa objetiva para aplicar, dentro de los estrechos límites de su objetividad y tipicidad, el concepto de causa ilícita.

El legislador italiano ha cortado el nudo gordiano: en materia de ilicitud al margen o más allá de la causa, valen también los motivos. Lo que equivale a decir: la causa subjetiva no es más que la forma encubierta de dotar de eficacia jurídica a los motivos. Los motivos se hacen legalmente trascendentes en materia de ilicitud (92).

No cabe duda que los *motivos*, en el sentido del art. 1.345 transcrito, tiene indudable carácter subjetivo. Por la regla *inclusio unius, exclusio alterius*, la doctrina italiana concluye que el artículo 1.343 contempla la causa objetiva. Porque dentro de la concepción subjetiva, uno de los dos preceptos—1.343 ó 1.345—sobraria (93).

«De hecho—dice PUGLIATTI (94)—, si nos adherimos a la concepción subjetiva, no queda otro remedio que identificar causa y motivo, y llegar a la eliminación de una de las dos normas referidas pero si los dos conceptos (causa y motivo) deben permanecer distintos, dado que el segundo (motivo) tiene innegable carácter subjetivo, no se puede atribuir esta característica subjetiva también al primero (causa).»

conforme a los preceptos de la ley, al orden público y a las buenas costumbres, sino también, por los reflejos difusos del art. 152, apartado 2° (art. 1.322), que responda a la necesidad que el fin intrínseco del contrato sea socialmente apreciable y como tal merecedor de la tutela jurídica. Esta *concepción objetiva y positiva* de la causa se trae al art. 174 (art. 1.345), en el que se indica el motivo común a las partes como figura distinta de la causa, considerada en los precedentes artículos 172 y 173 (1.343 y 1.344), y no es necesario aclarar que el motivo común que impulsa a las partes a contratar es el intento práctico que éstas quieren actuar, a menudo diforme y contrario al fin objetivo, cuya realización el Ordenamiento jurídico se propone garantizar» (*Relazione al Re Imperatore sul libro «Delle obbligazioni»*, núm. 79).

(92) CARRARO: *Il negozio in frode alla legge*. Padova. 1943. núm. 16. páginas 55 y sigts.

(93) CANDIAN: *Nozioni istituzionali di diritto privato*. Milano, 1946, página 174.

(94) PUGLIATTI, SALVATORE: *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, «Nueva Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'economia, Diritto sociale», vol. I, parte I, pág. 13.

80. Según PUGLIATTI, el nuevo Código italiano, en su adhesión a la causa objetiva, ha eliminado algunos preceptos del Código de 1865, que no encajaban perfectamente en una rigida concepción objetiva.

A este respecto, cita:

a) El artículo 1.119 (Código, 1.865) (falsedad de la causa).— «Era bastante difícil—dice—configurar la hipótesis de una causa falsa, con referencia al negocio tomado en su objetividad; y de aquí se inducía la identificación de la causa falsa con la inexistente, o la reafirmación de la concepción subjetiva».

b) Los artículos 1.120 y 1.121 (Código, 1.865), que declaraban válido el contrato, aunque no se expresara su causa, la que se presumía existente hasta prueba en contrario: «como si se tratase de un elemento del todo extraño al negocio».

«La causa—sigue PUGLIATTI, pág. 17 (95)—, se basa *en* el negocio y no en la actividad del sujeto que le da existencia. Si lo concebimos como elemento necesariamente intrínseco al negocio, immanente, por el cual el negocio viene individualizado, es elemento distinto de cualquier otro. Causa es, por tanto, elemento (verdaderamente objetivo esta vez) por medio del cual un determinado negocio es propiamente áquel negocio, distinguiéndose de otro negocio cualquiera. Los negocios, por lo mismo, no tanto se distinguen por su aspecto exterior cuanto por este elemento íntimo esencial, que es la causa, núcleo central que puede aparecer escondido en las notas y determinaciones accidentales que en cierto sentido lo desenvuelven, pero que manifiesta, en contingencias peculiares, su energía activa.»

«Este elemento del negocio—concluye PUGLIATTI, pág. 20—adquiere relieve práctico en su aspecto negativo; por tanto, no la existencia de la causa, sino más bien la inexistencia o su ilicitud, dan lugar a cuestiones decisivas para la eventual nulidad del negocio; o más bien, la eventual superación de los límites de elasticidad del esquema causal, al cual se puede reconducir la identificación del esquema negocial constituido; o la definición de otros fenómenos (conversión, conjunción de negocios y similares); y,

(95) Siguiendo a SANTORO PASSARELLI: *Instituzioni di Diritto civile*, I, 2.^a edición. Napoli, 1945. pág. 86; y a MESSINEO: *Manuale*, I, pág. 283.

finalmente, también la cuestión de la nulidad del negocio, en cuyas hipótesis se puede asimismo hablar de falta de causa.»

81. *La causa en la doctrina española.*

Los autores españoles han dedicado poca atención al estudio *monográfico* de la causa. En los tratados generales han sido influidos por la doctrina francesa. En el aspecto monográfico, son excepción: TRAVIESAS, DUALDE y ALBADALEJO.

A) TRAVIESAS (96). *La causa del negocio jurídico.*

«Un filósofo inglés—dice Traviesas, ob. cit., pág. 57—a quien hace referencia LOMONACO (97) ha observado que la voz traducida por *causa* en las lenguas modernas, no tiene menós de 64 significados diversos en las obras de PLATÓN y de 48 en las de ARISTÓTELES. No podrá decirse que el término *causa* ofrezca tantos significados en el lenguaje jurídico español, pero tiene más de uno, como el de proceso (art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); el de razón jurídica de una decisión (art. 852 del Código Civil); el de circunstancia, acto o negocio del cual se hacen depender consecuencias (art. 34 de la Ley Hipotecaria); el de motivo (art. 767 del Código Civil); el que señala el artículo 1.274 del Código Civil para ciertos supuestos; fenómeno productor de efectos (art. 1.896 del Código Civil); razón jurídica de una adquisición (art. 1.301 del Código Civil); razón jurídica de pedir (art. 1.252 del Código Civil)».

Puede asimismo hablarse, en términos jurídicos, de causa en el sentido de finalidad de los negocios jurídicos, aunque sea calificación explícita de la ley. La delimitación de la causa en este sentido es el objeto de estas líneas.

«Lo que ocurre es que la causa no es elemento específico del contrato: en los testamentos hay causa (arg. *a contrario* del artículo 767 del Código Civil): la hay en todo negocio jurídico. La *finalidad* propia del negocio es su causa jurídica, impuesta

(96) TRAVIESAS, M. MIGUEL: *La causa en los negocios jurídicos*. Madrid, 1919.

(97) LOMONACO: *Nozioni di Diritto civile italiano*, 3ª ed., pág. 511 (cita de Traviesas).

por normas de Derecho o por declaración de voluntad privada». «En un contrato de compraventa, verbigracia, los contratantes quieren la cosa, como objeto del contrato, y el precio de ella; no es que el comprador quiera sólo la cosa y el vendedor sólo el precio: es que la cosa y precio han de ser queridos por comprador y vendedor como materia de la compraventa. La *realización* del contrato es el fin que persiguen las partes. La cosa y el precio son elementos de la compraventa, que el Derecho exige como esenciales (art. 1.450 del Código Civil). Los interesados pueden imponer además como esencial un elemento accesorio cualquiera; por ejemplo, que la cosa que se vende no sea tradida, sino pagando el precio en monedas de oro. Pero en todo supuesto, la relación del contrato es el fin que persiguen las partes. Y lo mismo puede afirmarse respectivamente de los demás contratos. Ni hay excepción relativamente a la donación, que según nuestro Código, es un contrato (arts. 618, 1.254 y 1.274 del Código Civil). Es esencial en ella que haya un acto de disposición, constitutivo de una liberalidad, que otra persona acepte (art. 618 cit.). En realizarlo estará la finalidad de la donación, o sea, su causa sin perjuicio de los elementos accesorios que los contratantes puedan establecer como fin del negocio-donación» (ob. cit., pág. 61).

«En todas las donaciones siempre aparece una *atribución* por una persona, de una cosa o servicio, para otra persona. Esta atribución, hecha con ánimo de liberalidad, es el fin del negocio, es la causa. No es la causa la «mera liberalidad del bienhechor», como dice el artículo 1.274 del Código Civil, con relación a los contratos que llama de pura beneficencia; es la atribución, sin espera de una contraprestación. La liberalidad, en el sentido de ánimo de ser generoso, constituye un motivo de la donación. Es uno de tantos como puede inspirarla. Igualmente puede donarse por vanidad, por congraciarse con otro o en espera de alguna recompensa. Y, además, no es un mero *animus* lo que constituye la donación; es la atribución patrimonial con el *animus* de que no se deba ninguna contraprestación, y en esto estriba la liberalidad». «Y en un contrato oneroso como la compraventa, o en un contrato lucrativo como la donación, los contratantes han de tener la representación mental del fin propio del negocio que

concluyan; no puede pensarse en un consentimiento que no se refiera a una finalidad perseguida al contratar. El fin de todos es la causa, y el objeto es el bien a que se contrae el negocio» (ob. cit., pág. 63).

B) DUALDE (98). *La causa de los contratos.*

Distingue entre causa subjetiva y causa objetiva. Pero dice de ésta (pág. 103) que es de origen italiano, citando a PUGLIATI, BATTISTONI, FERRARA, SIMONELLI, RUGGIERO.

DUALDE contrapone fin social, económico, legal, voluntad de ley, etc., frente a fines de las partes. Se maneja aquí la palabra fin con mayor vaguedad que la de causa.

DUALDE se pregunta (pág. 115): ¿la causa de qué?; y responde: *de los contratos*. «¿Cómo encerrarse en la causa de las obligaciones—dice, pág. 116—y no ascender al contrato?».

Pero insiste en considerar como causa la final (objetiva). Dice, página 120: «IHERING, pues, llama varias veces causa al fin, la causa final es para él como el «por qué» de la caída de la piedra. La voluntad «obra en virtud de un fin», que es evidente *precede al obrar*, según el propio IHERING. Un acto de voluntad sin la *causa finalis* que la preceda, es imposible». «¿Qué es la causa?». Repite y contesta (pág. 121): «En derecho civil lo mismo que en Química, en Fisiología, en Economía y en cualquier otra ciencia». «Repito—sigue—copiando lo ya copiado: «La causa es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que siendo realizadas hacen que siga el consiguiente de toda necesidad». «O—como dice GLOBOT—antes transcrito y ahora recordado»: «no solamente un conjunto de circunstancias patentes, o latentes, cuya totalidad es requerida para que el hecho tenga lugar, sino también una acción subyacente a los fenómenos, un poder oculto capaz de producirlos y que no se manifiesta a nosotros más que por ellos». «Esta es la causa de los contratos. Todas estas circunstancias positivas y negativas, que reunidas engendran el contrato, son la causa del

(98) DUALDE, JOAQUÍN: *Concepto de la causa en los contratos (La causa es la causa)*. Barcelona, 1949.

contrato». Y termina (pág. 124): «Resumen: 1.º La causa de los contratos es una causa, como todas las causas. Debe ser considerada a través de las definiciones de STUART MILL y de GOBLLOT. 2.º No es exacto la limitación de la causa final al círculo de la *intención de los contratantes*. La intención de la ley y de las exigencias económicas deben tenerse en cuenta, como también los otros elementos causales no conscientes. Todo lo que produce el contrato hasta lo meramente físico».

«En definitiva, dice (pág. 154)»:

«1.º En los contratos voluntarios, la causa es el consentimiento mutuo. No existe, por tanto, una causa para el comprador (la prestación de la cosa) y otra para el vendedor (la prestación del precio), sino que mediante el consentimiento se quiere por las partes contratantes el total del contrato, las mutuas y dependientes obligaciones. El comprador quiere su obligación y la del vendedor.» «Además serán causas las normas imperativas en la zona imperativa del contrato y los elementos de la teoría objetiva».

«2.º En el contrato, producto de imperativos jurídicos, la causa es el hecho generador de un algo que se contrae y la ley así lo establece, así como los motivos de la misma.»

«3.º Las causas están expresadas por vía de sinécdoque, denunciando el elemento más relevante de ellas.»

«4.º No se puede hacer un inventario de causas singulares. Ello ha de practicarse en cada caso concreto. Aquí basta con la doctrina general de lo que es la causa, de su localización y de sus elementos.»

«5.º La causa tiene a su vez su causa, ésta la suya y así sucesivamente en serie longitudinal.»

«6.º En el núcleo central de la causa no puede prescindirse de la idea de fin. Tanto en el contrato voluntario como en la teoría objetiva y en la intervención imperativa de la ley, sin perjuicio de las circunstancias naturales actuantes como concausas, pero estériles por sí, aislada y exclusivamente.»

C) ALBALADEJO (99). *La causa de la obligación.*

Presenta el mérito primordial de separar y tratar en sendos apartados la «concepción objetiva» y la «concepción subjetiva». Dice página 317: «De qué es la causa». Y responde: «De la obligación» (núm. 3 del art. 1.261 del C. C.).

«Sin que el Código haya estado feliz de expresión en ese artículo 1.274—dice pág. 318—no cabe, sin embargo, negar que a base de él queda claro que se acoge el concepto objetivo de causa. Así la causa es el fin inmediato y objetivo a que la atribución se dirige, porque la atribución es un mero medio de alcanzar aquel fin, es decir, no tiene su justificación en ella misma. No se realiza algo sólo por enriquecer, sino que se enriquece *por algo*. Como resultado inmediato, la atribución produce un enriquecimiento al que la recibe, y la razón o fin de este enriquecimiento es la causa de aquélla» (100).

82. *Sistema del Código Civil español.*

Nuestro artículo 1.274 sigue la escuela clásica francesa, diciendo: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.»

Desplazamientos patrimoniales a título oneroso.—«En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa... por la otra parte» (1.274 C. C.). Hay, pues, en el título oneroso dos partes y dos formas de la causa: prestación o promesa. Y, por lo mismo, las siguientes combinaciones: a), prestación a cambio de prestación (negocios jurídicos manuales); b), promesa a cambio de promesa (promesas mutuas, contratos bilaterales) y prestación frente a promesas, que puede origi-

(99) ALBALADEJO, MANUEL: *La causa*, en «Rev. de D. Privado», 1958, páginas 315 y sigs.

(100) Aunque ALBALADEJO se refiere a «fin objetivo y típico» (pág. 321), a diferencia de otros fines subjetivos y de los «motivos» la palabra «fin» en materia de causa es equívoca. Al referirse a la causa objetiva, es preferible evitarla.

nar dos modalidades; c), prestación en vista de una promesa anterior (*causa solvendi*), y d), prestación sin promesa anterior, pero con promesa coetánea (*causa credendi-causa debendi*).

Antes de avanzar, para la debida claridad hemos de decir:

1) En la técnica de la causa, al hablar de prestación, no se hace referencia a la prestación debida—*promissio*—, sino a la prestación ejecutada o que se ejecuta—*datio*—. La prestación por ejecutar (en el futuro) es la promesa. No es posible que desaparezca la contraposición entre prestación y promesa, entre *datio* y *promissio*, tradicionales y de honda raigambre histórica en esta materia; y de otra manera desaparecería.

2) La promesa vale provisionalmente (Véase antes núm. 62) como causa habilitante, pero no definitivamente como causa justificante. La promesa incumplida en definitiva deja sin causa el contrato (1.124 C. C.). La promesa vale porque es la prestación por ejecutar, la prestación en potencia.

3) Cada parte contrata para obtener un resultado. El resultado logrado o lográndose se llama prestación. El resultado futuro, aunque jurídicamente vinculado, promesa. Si la promesa es la prestación en potencia, la prestación es la promesa *in actu*.

4) Así acotado el concepto de prestación, quizá no es exacto hablar de prestaciones negativas, transposición poco afortunada de la frase, desde luego rigurosamente exacta, de obligaciones negativas. Las obligaciones de no hacer no contienen verdadera prestación, porque el derecho del acreedor se encamina a que el deudor no realice acto contrario al deber de abstención, y no puede ni necesita exigir nada del deudor mientras éste no incumpla su deber de omitir o de tolerar. El derecho del acreedor es un derecho sin pretensión: ésta sólo surge cuando se produce un hecho que quebrante el deber de abstención. La omisión puede dar contenido a una promesa, pero no a una efectiva prestación.

5) Los esquemas de las dos combinaciones posibles entre promesa y prestación no exigen ni suponen la equivalencia (económica) de los resultados o prestaciones. Sin embargo, la falta de equivalencia, excediendo de ciertos límites legales, puede ser prácticamente análoga—en sus efectos—a la falta de causa (teoría de

la rescisión por lesión); en cuanto en uno y otro caso queda frustrado el resultado propuesto por las partes en el momento de perfeccionarse el contrato.

83. *Modalidades en el título oneroso.*

a) *Prestación a cambio de prestación* (negocios jurídicos manuales). Cambio simultáneo—*in continenti*—de prestaciones. Trueque de cosa por cosa. Toma y daca en el mercado. Perfección, y consumación, coetáneas. Nacer y morir en un momento. Apenas hay tiempo de vida para las obligaciones, por lo menos para las anteriores a la consumación del contrato. Acuerdo de voluntades, pero no contrato obligacional.

84. b) *Promesa a cambio de promesa.* Carece de autonomía para el tratamiento de la causa, pues ya hemos dicho (antes núm. 62) que la promesa vale, en cuanto embrión de prestación (con carácter provisional), como causa habilitante. Si no se ejecuta ninguna promesa, la causa funciona con la *exceptio non adimpleti contractus*, la *compensatio morae*, la resolución, etc. Si una de ellas se ha ejecutado, entonces estamos en otro grupo: prestación en pago de promesa.

85. c) *Prestación a cambio de promesa.—Causa credendi* (Véase antes núm. 48). En el momento de constituirse la obligación, ambas son simultáneas y correspectivas. La prestación (*datio*) de una de las partes tiene su causa en la promesa de parte de la otra. Pero es supuesto de hecho que en el momento constitutivo con carácter voluntario o necesario se realiza una prestación de presente (*datio*) por una de las partes, entre la promesa de la otra parte.

La particularidad de esta hipótesis estriba en que la prestación no es nuevo cumplimiento de una obligación, sino que esta entrega o prestación se involucra *in continenti*, en el proceso y momento constitutivo. Y esto puede acontecer de dos maneras:

Primero: con carácter *necesario*. En los contratos reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), porque estos contratos se perfeccionan *ex re*, es decir, con una *datio* constitutiva. La entrega de cosa,

la ejecución de la prestación, no extingue una obligación, sino que la crea. La *datio* se ha desplazado desde el capítulo del cumplimiento de las obligaciones, al de las fuentes.

Segundo: con carácter *voluntario*, bien porque la entrega de la cosa sea *conditio iuris* de contrato (renta vitalicia), bien porque una de las prestaciones se ejecute al contado—por ejemplo la entrega de la cosa en la compraventa—y lo otra quede prometida o aplazada.

En cualquiera de los dos supuestos, la *datio* de la cosa es *causa credendi* para el *tradens*, para el acreedor, que sin previa obligación, al menos en el orden del tiempo, hace un acto real de transmisión o prestación y adquiere un crédito (*causa credendi*). En su activo hay una subrogación de valor. Ha cambiado una cosa por un crédito. Por el contrario, el *accipiens* ha cambiado una deuda por una cosa. El *accipiens* recibe, pero promete; adquiere, pero se endeuda (*causa debendi*). La *causa debendi* es también una *iusta causa traditionis*.

86. *Aptitud para transmitir la propiedad.*

Quedan fuera de campo todos los supuestos en que la previa entrega de cosas no transfirió la propiedad (comodato, depósito, prenda), dejando viva la acción reivindicatoria del *tradens*. Igualmente, todos aquellos otros en que, transmitida provisionalmente la propiedad, se pierde por el juego retroactivo y automático de una condición resolutoria (*revocación ex tunc*). Para que haya causa onerosa en el sentido que le venimos dando, es preciso que la *traditio* sea apta para transmitir la propiedad plenamente. El fiduciante o el prestamista (en el mutuo), que se reintegran, adquieren de nuevo. El depositante, en cambio, sólo recupera lo suyo: es un efecto del dominio, de la yacente acción reivindicatoria.

87. La promesa del *accipiens* puede tener por contenido un *facere*. Tenemos entonces un esquema *do ut facias*. Pero también puede consistir en un *dare*, con tres direcciones (Véase antes número 62).

a) Obligación de dar la misma cosa (ídem), que se recibió (*do ut reddas*). *Fiducia cum amico*.

b) Obligación de dar otro tanto de la misma especie y calidad (*tantumdem eiusdem generis*). Mutuo.

c) Obligación de dar una cosa distinta de la recibida. Contraprestación de diferente género a la recibida (*do ut des*).

Tenemos, además, dos situaciones análogas, pero anómalas. Todas las hipótesis propuestas presuponen una prestación actual presente y una promesa simultánea. Pero puede ocurrir:

1) Que entre prestación y promesa exista un lapso de tiempo. Prestación pasada o, mejor dicho, promesa que nace y responde a una prestación ya acaecida con anterioridad. Así, por ejemplo: prestación de unos servicios sin obligación ninguna; promesa posterior de pagar estos servicios. Los servicios sirven de causa onerosa. Cuando en cumplimiento de su promesa pague el *tradens*, lo hará con obligación jurídica de pagar. La entrega de dinero se hará indiscutiblemente, *causa solvendi*. Si en vez de promesa, espontáneamente y sin vínculo jurídico alguno, el *tradens* realiza la prestación (por ejemplo, entrega el dinero), en consideración a esos servicios, sabiendo que no estaba jurídicamente obligado a pagar (y, por tanto, sin error), tendremos un reconocimiento. Y los servicios prestados seguirán siendo la causa (causa remuneratoria: 1.274 C. C.). El reconocimiento implica el ciclo vital de la promesa con signo y dirección diversos.

2) Que exista la prestación, pero que no exista, en modo alguno, la promesa. Donación manual, pura y simple. Tal vez la única verdadera donación. Pero hace falta que *tradens* y *accipiens* den y reciban *animo donandi*. En otro caso estaremos en presencia de una transmisión sin causa, pues si es posible en España la promesa que no exprese su causa (billete del Banco de España; 1.277 C. C.) es nula la adquisición de propiedad sin causa por la teoría del título y modo (609 C. C. *in fine*).

88. d) *Promesa a cambio de prestación*.—Si la prestación de una de las partes es coetánea a la perfección del contrato, estamos en el supuesto anterior. Si respecto a ese momento, es prestación futura, entonces, no es prestación, sino promesa, en la técnica de la causa; y a pesar de su formulación inversa (sólo gramatical-

mente), estamos en supuestos del apartado b): promesa de una de las partes a cambio de promesa, de la otra parte.

89. *Causa solvendi.*

Si la prestación de una de las partes, no responde a la promesa de la otra parte, sino a la ejecución de la *propia* promesa, entonces estamos en supuestos típicos de *causa solvendi* de pago.

R. NÚÑEZ - L A G O S

Notario de Madrid.

Economía y Sociedad en la Génesis de la Ley Hipotecaria^(*)

Nos reunimos hoy para conmemorar los cien primeros años de la Ley Hipotecaria. La que hoy rige, siquiera haya experimentado luego retoques, que en modo alguno modifican su contenido fundamental, es la misma que se promulgó el día 8 de febrero de 1861. Circunstancias diversas, y en particular el deseo de que pudiera asistir una representación del Colegio Nacional de Registradores a este acto, fueron parte para que no lo celebrásemos el mismo día 8, sino algunos después.

Ante todo he de señalar la iniciativa de los Registradores en esta conmemoración. Han sido ellos quienes han estimulado en las Universidades españolas la organización de actos para recordar una de las más longevas Leyes de nuestro país. Y la Univer-

(*) Las presentes páginas contienen la breve intervención—breve, pues no leí todo—con que inicié el acto conmemorativo del Centenario de la Ley Hipotecaria, el 25 de febrero pasado, en el Aula Magna de la Facultad de Zaragoza. La amable insistencia de don FRANCISCO CERVERA, don PEDRO CABELLO y don RAFAEL CHINCHILLA, que concurrieron al acto en representación del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, me obliga irremisiblemente (¿quién podría negar nada a tan buenos amigos?) a entregarles, para su publicación, unas cuartillas que, cuando fueron escritas, destinaba exclusivamente a ser leídas y olvidadas. Cuartillas sin ninguna pretensión científica, pues estaban dirigidas a un público—que por cierto se sumó al acto en gran número—en el cual había legos en Derecho—desde el propio Rector Magnífico de la Universidad, catedrático competentísimo de la Facultad de Ciencias, que nos hizo el honor de presidir la sesión—y estudiantes que no habían cursado aún la materia del Registro de la Propiedad. Finalmente, cuartillas redactadas con apresuramiento: los datos históricos han sido tomados de dos obras de divulgación, como la *Historia de España*, de ZABALA, y la *Historia Social y Económica de España y América*, dirigida por VICENS VIVES.

sidad ha respondido a ese estímulo con agradecimiento y con íntimo gozo, porque con esa conmemoración no sólo honramos la memoria de los Registradores y profesores universitarios que colaboraron en la redacción o la aplicación de una buena Ley, sino que, al recordar en estos días a quienes pusieron en ella, en su redacción y en su aplicación, trabajo, talento, y, sobre todo, la formación jurídica que habían recibido en la Universidad, honramos a la Universidad misma; a esta *alma mater* esta noble madre y maestra de todos, de los que celebramos el homenaje y de aquellos a quienes recordamos y loamos en el homenaje. Entre ellos, entre los autores de la Ley (1), los dos principales, don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y don FRANCISCO DE CÁRDENAS, habían sido o eran profesores universitarios, y dedicaron gran parte de su tiempo al estudio del Derecho, dejando obra escrita muy importante. Y entre los que después habían de dejar en ella, y en general en los estudios hipotecarios, más profunda impronta, también don JERÓNIMO GONZÁLEZ y MARTÍNEZ fué profesor universitario, profesor mío, y me honro siempre diciéndolo, en el curso de ampliación de Derecho Civil del doctorado en la Universidad madrileña.

Pero esta venida de los Registradores a su Facultad de Derecho, su Universidad, tiene todavía, a mi modo de ver, otra significación. Porque, en verdad, en los estudios universitarios de Derecho Civil la materia hipotecaria ha tenido siempre un relieve menor del que merece, acaso por tener menor tradición que el resto; porque sus cánones no vienen dados en la Ley de las Doce Tablas ni en los textos de Pandectas. Por eso, y por su carácter formal, a veces se ha llegado a considerarla como materia procedimental y de trascendencia escasa. La presencia de los Registradores viene a recordarnos que no es así: que se trata de temas fundamentales para el jurista, y que los catedráticos hemos de esforzarnos en enseñar a nuestros discípulos cada vez con mayor detalle y con mayor profundidad, correspondiendo a la intensidad cada vez mayor del tráfico inmobiliario, al valor cada vez más crecido de los inmuebles, e incluso al ámbito cada vez más extenso de la publicidad, que desborda hoy el campo de los bienes

(1) Me refiero a los que, inmediatamente, intervinieron en su redacción.

raíces para extenderse a los muebles más fáciles de identificar y más difíciles de distraer.

Esa importancia creciente del comercio y del valor de los inmuebles, junto con la necesidad cada vez mayor de inversiones, de bienes de capital, es la que provocó, hace cien años, la aparición de la Ley Hipotecaria. Fué ésta, así, la respuesta a unas necesidades del tráfico a las que el Derecho de la primera mitad del siglo XIX ya no podía atender. Había sido superado por la evolución de la sociedad y, sobre todo, de la economía, y era necesario ponerlo de acuerdo con ellas. Y tal hizo esa Ley que llamamos Hipotecaria, aunque no se refiere sólo a la hipoteca. Una Ley que estableció—y hablo por los estudiantes que no han llegado todavía a esta materia en su programa—una oficina pública, el Registro de la Propiedad, donde pueden inscribirse las transmisiones del dominio o cualesquiera enajenaciones y gravámenes relativos a fincas, de tal modo que el adquirente pueda conocer, por el examen de la historia anterior, cuál es la titulación y el estado jurídico del inmueble, y además, sobre la base de lo que contiene el Registro, pueda ser protegido, si adquiere de buena fe, de modo que lo que no figura en los libros registrales sea, para él, que desconoce la existencia de otros gravámenes o de otras enajenaciones, exactamente como si no existiera.

Esta protección del Registro de la Propiedad al adquirente, basada en la información que el propio Registro puede proporcionarle, no existía prácticamente en el sistema español de adquisición de los Derechos reales sobre inmuebles anterior a la Ley Hipotecaria; en el sistema de título y modo, de contrato y entrega de la cosa, que nos había sido transmitido del Derecho romano a través de las Partidas, y al cual no habían logrado desvirtuar las disposiciones que, timidamente, exigían la consignación de las hipotecas, y luego incluso de las transmisiones de inmuebles, en registros especiales.

Todavía habían venido a combinarse con el sistema romano cláusulas de estilo, como la de *constituto posesorio*, en las que la tradición quedaba minimizada, de modo que, prácticamente, el otorgamiento del contrato, sin entrega de la posesión, equivalía a la transmisión de la propiedad. Además, los contratos de garantía inmobiliaria, por su propio concepto, suponían, al no haber

desplazamiento posesorio, una carga oculta. Pero sobre todo, eran fuente abundante y peligrosísima de gravámenes ocultos las llamadas hipotecas legales, generales y tácitas: la hipoteca, constituida *ipso iure* y sin publicidad, sobre todos los bienes del marido al recibir éste la dote, o sobre todos los bienes del tutor para asegurar la gestión de los del pupilo, y tantas otras hipotecas que pesaban sobre cuantos inmuebles desfilaban por el patrimonio del presunto deudor y, desde entonces, los seguían ya a través de cualesquiera manos por las que pasasen, muchas veces con la ignorancia de sus dueños. El adquirente de un inmueble nunca podía tener la seguridad de que fuera realmente de quien se lo transmitía como propietario, ni tampoco de que se hallase libre de cargas. Si después el inmueble resultaba propiedad de otro, el adquirente perdía el objeto adquirido, y sólo conservaba una acción contra quien se lo vendió sin ser suyo; si surgía una hipoteca desconocida, provocando la venta del inmueble, el adquirente quedaba igualmente despojado, y no tenía más recurso que la acción civil de evicción, y, mediando dolo, la acción penal de estelionato: acciones éstas, que no podían restaurar el derecho del adquirente cuando su *auctor* fuera insolvente o huyera con el precio percibido.

Si semejante sistema podía funcionar, era porque la Economía y la Sociedad, hasta fines del siglo XVIII, no pedían urgentemente más: porque la enajenación no era demasiado frecuente y la demanda de capitales reducida, y así, los inconvenientes del sistema quedaban paliados por su escasa aplicación.

La propiedad rústica, hasta el siglo XIX, se halla, en la mayor parte, o en poder de las llamadas manos muertas, es decir, del Estado, provincia y municipio por una parte, y de la Iglesia y órdenes religiosas por otra, o bien vinculada a una stirpe nobiliaria o puramente plebeya; los bienes han de pasar de mayorazgo a mayorazgo sin que pueda trocarse su sustancia. Tampoco en la propiedad rústica libre, o en la urbana, vinculada en menor proporción, hay un tráfico activo. Los bienes pasan de padres a hijos, e incluso no está socialmente bien visto desprenderse de las fincas. Para obtener dinero a costa de una finca, ésta no se vende; se impone un censo. Para colocar dinero con garantía de una finca, tampoco se pacta un préstamo con garantía hipo-

tecario: se compra un censo. Para arrendar, se pacta un censo enfiteutico. Cuando hoy nos extrañamos al contemplar, en el Código Civil, una regulación tan extensa y completa de unos Derechos reales tan infrecuentes y superados, olvidamos lo que pesó sobre el legislador el recuerdo del principalísimo papel que esas modalidades habían desempeñado en tiempos pasados, todavía cercanos.

La primera mitad del siglo XIX trae, con la revolución de las concepciones y estructuras sociales y la crisis de antiguo régimen, la liquidación del ordenamiento tradicional de la propiedad; con la revolución de la máquina y de la técnica, un cambio esencial en las condiciones de la Economía. Ambos fenómenos se complementan: cuando el desarrollo del espíritu de empresa y los perfeccionamientos técnicos reclaman nuevas tierras y nuevos capitales para una economía en trance de mudanza, como savia vital de un tráfico más acelerado e intenso y un nivel de vida superior, el viejo régimen de la propiedad, que substrahe las fincas al cultivo y a la circulación, y, no sólo no ayuda a conseguir crédito, sino que lo dificulta, al no haber un instrumento hábil para que los inmuebles puedan con seguridad servir de garantía o ser enajenados, ha de dejar paso a otro más de acuerdo con los tiempos.

No voy a hablar ahora de la oportunidad o inoportunidad, justicia o injusticia de la desamortización civil o eclesiástica: acaso podríamos decir que fué oportuna, pero gravemente injusta en su planteamiento y disparatada en su realización práctica: lo indudable es que en pocos años lanzó al mercado, para siempre, una cantidad extraordinaria de nuevos bienes inmuebles, incrementando con ellos el reducido elenco de los disponibles en el comercio. Al mismo tiempo acuden a él los bienes vinculados y amayorazgados, cuya liberación, progresiva—en la última Ley de 1836—para una mitad de ellos, es instantánea para la otra mitad. Y esta liberación, menos sensacional que la desamortización, coloca en el comercio un número de fincas mucho mayor. De 1836 a 1856 se habían vendido 139.500 fincas eclesiásticas y 22.000 del Estado y Corporaciones (datos del Ministerio de Hacienda). Pues bien: según cifras recogidas por SALVADOR MILLET, en 1845 el número de transacciones de propiedad desvinculada

fué de 63.000, y, en curva muy ascendente, en 1854 de 273.300, por importes, respectivamente de 190 a 1.007 millones de reales, cantidades que sumadas, acaso sean la mitad o más de lo que produjo toda la desamortización eclesiástica.

Pero no sólo se incrementa el número de fincas disponibles, sino también el valor de las fincas. Las estadísticas revelan que en 1808 había 2.900.000 hectáreas dedicadas al cultivo de granos, y en 1833 pasaban ampliamente los 5.100.000 hectáreas. La viña, de 1800 a 1860, pasa de las 400.000 a 1.200.000 hectáreas. En general, entre 1818 y 1860 entran en cultivo unos 4.000.000 de hectáreas: la quinta parte de la superficie cultivada de España. Además, merced a los adelantos técnicos, la tierra se cultiva mejor; las obras de irrigación se reanudan a buen ritmo (canales de Castilla, de Urgel, de Isabel II); en el aspecto jurídico, la desaparición de las prohibiciones de cultivar los baldíos y cerrar las fincas, y de los exorbitantes privilegios del Concejo de la Mesta, contribuyen a la revalorización de la propiedad rústica.

Junto a esto hay que señalar el aumento experimentado por la riqueza urbana. De una parte, porque el ciudadano exige más comodidades, y las calles y las viviendas son más confortables, mejores, y por ende éstas, mucho más caras. Pensemos en el cambio que experimenta, en sesenta años, la capital de España. A principios del siglo XIX—cuenta ALCALÁ Galiano—es un pueblo de feísimo aspecto: casas pobremente construidas, empedrados deficientísimos en calles interceptadas a todas horas por multitud de animales que los vecinos de los pisos bajos sacan a pastar a la vía pública, y alumbradas por menguados farolillos colocados a largos trechos, que tan solo sirven «para hacer perceptibles las tinieblas». A la modestia del exterior corresponde la del interior de las viviendas, construidas con rudimentarios entramados de madera rellenos de cascote, con exiguos balcones y ventanas que dan luz y ventilación a angostas habitaciones, bajas de techo. Como aquella casa que describe MESONERO ROMANOS en su *Panorama matritense*, con escalera tan pina y tan angosta, que si por casualidad se oían resonar en la parte más alta las rotundas pisadas del aguador asturiano, no había más remedio que volver a bajar o hacer que él volviese a subir, por la imposibilidad de hallar paso simultáneo. El cuarto principal de la finca consta

de «una antesala que por lo breve podría pasar por esdrújulo»; un salón muy reducido, el gabinete inmediato, la alcoba principal, y «unos dormitorios a guisa de camarotes de fragata, tan especiosos que el durmiente podía muy bien formarse una perfecta idea de su última mansión». En las demás poblaciones, «las casas no tenían vidrios, salvo las de algún señorón, el cual daba así tal prueba de orgullo y de afición al regalo y a la molicie, que se malquistaba con la gente, y ya los milicianos realistas, ya los nacionales, calificándole de liberal o de servil, ora en nombre de la libertad, ora en nombre del altar y del trono, se los rompían a pedradas». Pero la época isabelina señala un cambio profundo, tanto en el concepto de la habitación (e incluso en el del mobiliario, con el nacimiento del estilo isabelino), como en el del urbanismo, o más bien la introducción de una concepción urbanística propiamente dicha. Podríamos señalar, como fecha crucial, la memoria de MESONERO ROMANOS, titulada *Rápida ojeada de la capital y de los medios para mejorarla*, en 1846, siquiera el cambio de aspecto de las poblaciones españolas se haya iniciado algo antes. En lo que se refiere a Madrid, son de esta época la apertura del Teatro Real en 1850, la de la Castellana, paseo llamado de las Delicias de Isabel II por haber empezado su construcción cuando nació esta princesa, en 1830; la ampliación de la Puerta del Sol, de 1856 a 61; la construcción de numerosas galerías y apertura de calles, la iniciación del barrio de Argüelles, y, en particular, a partir de 1854, en que el Marqués de Salamanca termina la edificación de su hermoso palacio en el paseo de Recoletos, el ensanche de aquella parte de la población por iniciativa del emprendedor Marqués: a la vez, la sustitución del antiguo empedrado de pedernal por adoquines o tarugos, y las del antiguo alumbrado a base de aceite por faroles de reverbero en 1835, y por faroles de gas en 1846.

En Barcelona, donde el alumbrado por gas data de 1842, las obras de reforma urbana se inician en 1803 con la apertura del Salón de San Juan, y en 1824 el Paseo de Gracia: ya en 1802 se había tomado la decisión de rectificar todas las calles para que quedasen tiradas a cordel. De esta época son la apertura del paseo de la Barceloneta y las calles de Fernando y de la Unión, prolongándose éstas más tarde; se erige el Liceo en 1845, y en 1854

se obtiene una Real Orden que autoriza a derribar las murallas. En 1860 se acepta el famoso plan de Cerdá, que ha dado al ensanche barcelonés su aspecto de cuadrícula. En las demás poblaciones españolas podríamos observar también un extraordinario movimiento urbanístico, y, por tanto, de valorización de la propiedad urbana, en esta misma época.

Correlativamente, se inicia en 1848 la construcción de ferrocarriles: primero, en pequeños tramos, pero ya en la década 1850 al 60 se fundan las dos más importantes compañías ferroviarias españolas: Madrid a Zaragoza y Alicante, y Caminos de Hierro del Norte. En 1860 existe comunicación ferroviaria entre Albacete, Madrid y Zaragoza; Valladolid y Burgos; aparte otros pequeños trayectos: ocho años más tarde hay líneas de Cádiz, Málaga, Badajoz, Cartagena, Santander, Bilbao y Barcelona hasta Madrid, alcanzándose en esos años una media de kilómetros de línea construidos como ya no ha vuelto a conseguirse. En lo que respecta a las carreteras, la época isabelina es también de extraordinario auge: la aplicación de técnicas nuevas en materia de firmes, desmontes, terraplenes, puentes, etc., permite conseguir rutas más perfectas, de las que se construyen 6.000 kilómetros entre 1840 y 1860.

El cuadro de la circunstancia económica resultaría incompleto si no hacemos referencia, tanto al progreso de la industria, y en particular de la de tejidos, con la aplicación de la máquina de vapor y la importación de telares de Inglaterra, a partir de 1842, como de la minería y la metalurgia, con la puesta en valor de minas más pobres, merced al uso de los convertidores Bessener y la instalación de altos hornos.

Para que, en esta situación de crecimiento económico, y, por tanto, de penuria de capitales, el dinero acudiera al mercado, era necesario, entre otras medidas, reorganizar la propiedad inmueble: que los bienes puedan venderse ágilmente, sin temor a evicción, y sobre todo que, dados en garantía, animan a los posibles capitalistas a arriesgar su dinero sin exigir condiciones leoninas, a manera de premio de seguro. Y para dar cauce jurídico a esas posibilidades económicas, nace la Ley Hipotecaria. No con tanta urgencia ni objetivo tan determinado como en Francia, donde la Ley de 1855 se formula apresuradamente para hacer posible la

creación del *Credit foncier*. En España el Banco Hipotecario, aunque aludido ya en los trabajos preparatorios y la Exposición de Motivos de la Ley, nace once años después de ella: así, pues, no se hizo a intención suya, y representó, antes de él, un fomento indudable para el crédito y un instrumento de seguridad en la contratación de bienes inmuebles. No es de este lugar, ni de mi incumbencia, el pormenorizar los servicios inestimables prestados por la nueva legislación a la economía y la sociedad españolas: incluso estos servicios no son fáciles de enumerar. Se observan antes de la Ley los inconvenientes, la inseguridad de las enajenaciones y gravámenes, la usura, pero nos hemos acostumbrado a las ventajas, que ahora no notamos. No nos paramos a pensar en lo que serían hoy la contratación sobre inmuebles y el crédito inmobiliario sin un Registro de la Propiedad: en si hubiera sido posible el esfuerzo de la construcción para proporcionar viviendas a un país en rápido crecimiento de su población, o el de la agricultura para obtener mayor o mejor o más rentable producto de los campos, con la legislación antigua.

No todos, sin embargo, han olvidado eso, y así lo demuestra el que nos hayamos reunido hoy universitarios y profesionales para honrar la memoria de los autores de este cuerpo legal, que, como toda obra sólida, ha perdurado a través de los más variados regímenes políticos y de las más distintas circunstancias.

Sólo me queda agradecer, en nombre de nuestra Facultad, la asistencia de tantos profesionales y de tantos alumnos universitarios como han venido a sumarse a este acto, y, en particular, a las representaciones oficiales: a las autoridades judiciales y universitarias, a los decanos de los Colegios profesionales, que con su presencia aquí dan testimonio de la adhesión de las Corporaciones que presiden. Gracias especialmente al Cuerpo de Registradores de la Propiedad y a su decano el señor CERVERA, que ha querido venir desde Madrid, presidiendo una representación del Colegio Nacional de Registradores, para compartir con nosotros estas horas. Gracias a todos, pues, y, más que gracias, el congratularme de vernos a todos reunidos aquí, animados de un mismo sentimiento. Nada más.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO;

Catedrático.

La Ley sobre propiedad horizontal y el Registro

No conocemos la publicación de ningún trabajo sobre este tema, y nos decidimos a dedicarle unas cuartillas, con la esperanza de que la iniciación del mismo, e incluso las equivocaciones o desviadas interpretaciones en que seguramente incurriremos, sirvan de acicate para trabajos más autorizados.

Es nuestro propósito tratar la cuestión solamente en su relación, directa o indirecta, con el Registro de la Propiedad, eliminando toda pretensión doctrinal.

Propiedad horizontal o por pisos o locales.

Fieles a nuestro propósito de no teorizar, omitimos discutir sobre si es o no acertada la expresión de «propiedad horizontal». Parece que en la redacción definitiva de la parte dispositiva de la Ley se ha huido de utilizarla, sobre todo en los preceptos esenciales, aunque, como si se hubiera escapado, se repite dos veces en la reforma de la Ley Hipotecaria (núm. 5.º del art. 8.º y 11.º del 107), y vuelve a surgir en el artículo 21 de la Ley, al hablar de extinción del régimen. No obstante, la Ley aparece en el Boletín con el título de «Sobre propiedad horizontal», y repetidamente se lee esto en la exposición de motivos. La utilizaremos, aunque sólo sea por razón de brevedad.

Tampoco vamos a divagar sobre las distintas clases de comunidades o copropiedades. Basta señalar que la reforma que en el Código Civil ha introducido la Ley que comentamos, ahondando más en la realizada por Ley de 26 de octubre de 1939 en el propio artículo 396, perfila una especial copropiedad, que, después de su detallada regulación, aparece todavía más diferenciada de la antigua comunidad, principalmente contemplada por nuestra ley civil, siquiera ya tuviera que dedicar a la propiedad por pisos ese artículo 396, sucesivamente reformado, y que, en su primitiva redacción se ocupaba casi exclusivamente de la forma de sufragar obras y servicios.

Naturalmente que sigue la posibilidad, sobre las fincas urbanas, de la copropiedad que pudiéramos llamar pura o de cuotas, iguales o desiguales, pero, en cuanto por transmisión realizada por el propietario único de la total finca o por todos los partícipes en caso de indivisión, o incluso por adjudicación a uno de tales partícipes, haya una persona, o varias, propietarias de un piso, local o parte del edificio, susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida a un elemento común del edificio o a la vía pública, surge indefectiblemente la llamada propiedad horizontal, que cae de lleno en el artículo 396 del Código y que, como dice su párrafo final, se regirá por las disposiciones legales especiales, y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.

Parece, según esto, que no cabe la enajenación o asignación de un piso o departamento a una persona, y conservar el resto del edificio en propiedad individual pura, o en la comunidad clásica sino que todo el inmueble queda incurso en el artículo 396 del Código y para que la inscripción de tal departamento pueda practicarse en el Registro a nombre del adquirente, será preciso cumplir a raja tabla con cuanto dispone la Ley que comentamos.

Aunque, como luego veremos, el número 5.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, parece exigir que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de esté régimen, creemos que, puesto que el régimen es obligatorio, desde el momento que surja la propiedad independiente de un piso o local, no hace falta declarar en la escritura de modo expreso que la finca queda acogida al régimen de la Ley, pero en cambio sí será preciso, y ello

basta para que la inscripción se practique, que en el título se consigne respecto a inscripción, tanto del inmueble como de los pisos y locales, cuota de participación y además cuanto la Ley exige, principalmente en su artículo 5.º, que pasamos a comentar, dejando para después lo referente a la reforma de la Ley Hipotecaria.

Título constitutivo del régimen.

El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales, dice el artículo 5.º, describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquellos a los que se asignará número correlativo.

La numeración correlativa de los pisos y locales, que es preciso consignar en el título, y después, en letra, en la inscripción, puede implicar alguna dificultad. No la habrá, generalmente, en aquellos edificios integramente destinados a viviendas, pero es mucho más frecuente que los bajos se destinen a locales industriales o comerciales, y también que en contraposición a lo que ocurre con los pisos, cuyo número y distribución suelen ser definitivos, el de los locales varíe, según las perspectivas que se presenten para su venta, y puede transcurrir algún tiempo hasta que definitivamente quede fijado su número.

Quizá por esta razón hubiera convenido asignar distinta numeración a los departamentos de la planta baja y a los de las superiores, pero el precepto es claro y obliga a que la numeración sea correlativa, sin distinción de locales y pisos.

Estimamos que si el propietario o constructor no tiene decidido, al formalizarse el título de constitución de propiedad horizontal, cuántos van a ser los locales ni su extensión y demás circunstancias, debe asignarse un número a la totalidad de los trabajos y establecerse la reserva del derecho a favor del propietario, para dividir por sí la planta baja en cuantos locales estime oportunos y distribuir entre ellos la cuota de participación asignada a los bajos en su totalidad.

Como esto no ha sido previsto en la Ley, ni, por consiguiente, existen normas sobre la numeración que deba darse a estos locales, nos parece lo más oportuno que se designe por el mismo nú-

mero que tenía el bajo total, distinguiendo a cada uno con una letra, por orden alfabético.

Este problema, aunque más esporádicamente, puede presentarse con otras plantas del edificio y no vemos inconveniente en darle la misma solución.

El propio párrafo primero del artículo 5.º, después de habernos dicho que en el título se describirá, además del inmueble en su conjunto, cada piso o local, detalla primero cómo ha de describirse el inmueble, diciendo después, dentro del mismo párrafo: «La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallase y los anejos».

Aunque esto resultará farragoso, cuando se trate de edificios con numerosas viviendas y locales, no creemos pueda dudarse sobre la necesidad de que en el título de constitución se describa cada piso o local con los detalles expresados de extensión, linderos, planta y anejos. Si otra cosa hubiera querido el legislador, si su propósito fuera que esta descripción detallada se reservase a la de cada piso o local, cuando haya de ser objeto de inscripción independiente, así lo hubiera dicho, o por lo menos no se incluiría lo referente a los pisos, en el mismo párrafo que trata de la descripción total de la finca, sin siquiera la separación que implicaría un punto y aparte.

Esto lo confirma el nuevo número 4.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, del que después habremos de ocuparnos. Basta señalar ahora que este precepto exige que en la inscripción se describan, con las circunstancias prescritas por la Ley, *además* del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos y locales, añadiendo a éstos un número correlativo, en letra, y la cuota de participación. Obsérvese que ninguna de estas dos circunstancias, número y cuota, están mencionadas en las líneas que el párrafo primero del artículo 5.º dedica especialmente a la inscripción, y, por consiguiente, al exigir la Ley Hipotecaria la descripción de los pisos con las circunstancias prescritas por la Ley no puede referirse a las del número y cuota, que además hubiera resultado ocioso repetir, sino a la extensión, linderos, planta y anejos.

Claro que si esto ha de consignarse en la inscripción, necesariamente ha de constar en el título que la produzca.

El párrafo 2.º del artículo que examinamos dispone que en él

mismo título de constitución se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, cuota o coeficiente que, según la exposición de motivos, no es ya la participación en lo anteriormente denominado elementos comunes, sino que expresa el valor del piso y cuanto a él se considera unido, en el conjunto del inmueble. Ha desaparecido, por tanto, la presunción de igualdad de las partes en copropiedad, del anterior artículo 396 del Código, y es requisito indispensable para la constitución del régimen, que, respecto de cada piso o local, se exprese su cuota de participación.

Disposiciones de derecho necesario.

Como muy bien dice la exposición de motivos, la regulación de la Ley puede ser suficiente, por lo cual no son imprescindibles los Estatutos, pero ello no cierra la puerta a la iniciativa particular, a cuyo efecto al párrafo tercero del artículo 5.º dice:

«El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso y destino del edificio, sus diferentes pisos y locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad.»

Este precepto suscita ciertas dudas, que conviene dilucidar, puesto que el Registrador ha de examinar los pactos o artículos de ese estatuto privado de que nos habla, para admitir solamente los que procedan.

En principio, da la impresión de conceder gran libertad al propietario o propietarios del edificio, con esa larga enumeración de disposiciones que pueden adoptar y que llegan hasta la constitución y ejercicio del derecho, con una sola limitación, *que no estén prohibidas por la Ley*.

Si examinamos ésta, veremos que rara vez se emplean términos prohibitivos, pero la exposición de motivos, a la que parece lógico acudir, mucho más cuando el precepto copiado no difiere en esencia del proyecto, admite que, «por obra de la voluntad, se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes,

siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley».

Si damos por supuesta la no aplicación literal de los términos del precepto, que parecen permitir todo lo no prohibido por la Ley, el problema está en dilucidar cuáles son esas normas de derecho necesario, y esto, francamente, no se nos presenta tan diáfano como la exposición de motivos supone.

Parece claramente de derecho necesario el artículo 7.º, que, además, consideramos de espíritu francamente prohibitivo, llegando hasta a emplear tal palabra en su párrafo último.

Lo mismo ocurre con el 8.º, aunque en nuestro concepto sea extremada su severidad. Creemos que en esa modificación de pisos o locales y cuotas de participación hubiera sido suficiente el consentimiento de los titulares afectados, dando cuenta de lo estipulado a la Junta, pero sin necesidad de que ésta tuviera que aprobar, y menos que sea quien fije las nuevas cuotas de participación. Mayor va a ser la dificultad, si por afectar este particular al título constitutivo, se estima necesaria la unanimidad, de acuerdo con la norma primera del artículo 16.

Pero el precepto es claro y parece que no habrá más remedio que cumplirlo, pasando a examinar un problema que plantea, en relación con otro, del que anteriormente hablamos. Nos referimos a ese estado indeciso en que, seguramente, estará la división de los bajos destinados a locales, y más excepcionalmente otras plantas, no sólo al tiempo de otorgarse el título de constitución del régimen, sino, en muchas ocasiones, durante bastante tiempo después.

Arbitrábamos la solución de que el propietario se reservase expresamente el dividir esos locales y asignar a cada uno de ellos la cuota de participación, siempre dentro, naturalmente, de la total que es imprescindible señalar en el título de constitución a la integridad de los bajos.

A primera vista parece esto opuesto al artículo que comentamos, que, como hemos dicho, consideramos de derecho necesario, en el sentido de que las cuotas fijadas en el título de constitución sólo podrán modificarse por la Junta, y no sería válido el pacto o artículo de estatutos que, como regla general, confiriese a los interesados afectados, esta facultad de variar entre ellos las cuotas,

aunque insistimos en que con esto no parece que nadie pudiera sufrir perjuicio.

Pero consideramos completamente distinto el caso en que no estando decidida la división de determinada parte del edificio, se asigne a toda esta parte una participación, reservándose el propietario expresamente la facultad de subdividirla, por si solo, en varios locales o departamentos independientes, atribuyendo a cada uno de éstos su cuota de participación. Establecido esto en el título constitutivo por el propietario o propietarios que entonces fueran del inmueble, obligaría, no sólo a éstos, sino también por considerarlos adheridos, a quienes conociéndolo por el Registro, entren después a ser partícipes del edificio, por adquisición de cualquier piso o local.

Haría interminable este trabajo ir examinando uno a uno los restantes artículos de la Ley, que, además, únicamente interesarán al Registro, en cuanto se estimen de derecho necesario, al efecto de que no puedan ser contradichos en los estatutos, inclinándonos a considerar como tales, además de lo ya dicho, los artículos 9.º a 20, contra los cuales estimamos no se puede pactar, excepción hecha de las salvedades que los propios artículos contienen.

Por parecernos importante aludimos solamente al *quorum* que para la adopción de acuerdos por la Junta, fija el artículo 16. Ni este precepto ni ninguno otro prohíbe su reducción, y es lo cierto que, en numerosos casos, se tropezará con verdadera dificultad para que en segunda convocatoria la mayoría de los asistentes que adopten el acuerdo, represente más de la mitad de las participaciones, pero opinamos que debe considerarse el *quorum* señalado, en cada caso, como mínimo, del que no se puede bajar.

En definitiva, resultará lo más práctico atenerse a la Ley, con la cual, como muy bien dice la exposición de motivos, no resulta indispensable la formalización de estatutos, y limitar éstos a lo estrictamente necesario, por la naturaleza o destino particular del inmueble. A modo de ejemplo, señalaremos la posibilidad de estipular: la división por el propietario de los bajos u otra parte del edificio, asignándoles cuotas, problema al que reiteradamente nos hemos referido; exención de contribuir a determinados gastos, a los locales bajos, lo cual parece autorizar la norma quinta del artículo 9.º; la facultad de los propietarios de los bajos de realizar

determinadas obras, incluso en la fachada correspondiente a ellos, dar salida a humos, etc.

Reforma de la Ley Hipotecaria.

Ninguna dificultad presenta el número 3.º del artículo 8.º, del que ha sido suprimido el párrafo segundo.

El número 4.º, que es nuevo, se dedica exclusivamente a los edificios en régimen de propiedad por pisos, lo cual pudiera implicar una redundancia, puesto que, refiriéndose el número 3.º a las fincas urbanas y edificios en general, no parecen estar incluidos en él los que estén en régimen de propiedad por pisos.

Quizá este número 4.º ha sido enfocado principalmente a hacer posible, con la precisa condición de que estén en régimen de propiedad horizontal, la inscripción de los edificios, cuya construcción no esté terminada, pero si comenzada, con lo cual se ha seguido el camino ya iniciado en el suprimido párrafo segundo del número 3.º anterior, aunque en éste se diera el contrasentido de hablar de inscripción de pisos como independientes, y no de la firma total, si bien en la práctica se inscribía previamente, el edificio total en construcción.

Con la actual redacción de los números 3.º y 4.º, parece claro que únicamente pueden inscribirse, en construcción, los edificios en régimen de propiedad horizontal,

Esto puede implicar que los *edificios en construcción*, no sometidos al régimen de propiedad horizontal, bien por pensar dedicarlos a arrendar, o a cualquier destino, como fábrica o negocio, que supongan la ocupación íntegra, no podrán ser objeto de hipoteca hasta su total terminación, al menos de modo directo, porque indispensable sería para ello la inscripción previa de la obra en construcción, lo cual únicamente puede hacerse sometiendo la edificación al régimen de propiedad horizontal.

El problema, de todos modos, no es trascendental. En primer lugar, puede constituirse la finca en régimen de propiedad horizontal, aunque después éste no llegue a ser efectivo, por no producirse la transmisión de pisos o locales con independencia. También podría recurrirse al número 5.º del artículo 107 de la Ley Hi-

potecaria, que declara hipotecable el derecho de superficie, hoy cuidadosamente regulado en el artículo 15 del Reglamento, aunque ambas disposiciones parecen contemplarlo como separado de la propiedad del suelo. Más sencillo resultará pactar la extensión de la hipoteca a la edificación en construcción, lo cual parece factible, aunque el artículo 111 no hace alusión a edificaciones entre las cosas a que puede extenderse la hipoteca, por pacto expreso, y están exceptuadas de la extensión legal que regula el artículo anterior.

Sigue el nuevo número 4.º del artículo 8.º detallando las particularidades que deben contener las inscripciones de estos edificios, en régimen de propiedad por pisos, lo cual quizá hubiera sido más propio del artículo 9.º, o de alguno posterior dedicado a esta especial inscripción.

Como ya hemos anticipado, consideramos que en esta inscripción de la totalidad del inmueble, en régimen de propiedad horizontal, es imprescindible consignar respecto de cada piso o local, extensión, linderos, planta y anejos, puesto que el párrafo segundo de dicho número 4.º exige que se describan con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos y locales, sin distinción entre aquél y éstos, por lo cual no puede entenderse que, respecto del inmueble total, haya de consignarse cuanto detalla el párrafo primero del artículo 5.º de la nueva Ley, con referencia a la Hipotecaria, y que no se haga lo propio con los pisos y locales. Respecto de éstos hay que expresar también el número correlativo, en letra, y la cuota de participación, extremos que no corresponden a la descripción propiamente dicha.

No parece sea indispensable esta descripción tan detallada respecto de los pisos *meramente proyectados*, puesto que la Ley se limita a decir que se *harán constar* en la inscripción del solar o edificio, pero en este caso creemos que, terminada la obra, será necesario adicionar la inscripción con la descripción completa de cada piso o local.

Insistiendo en esta necesidad de que la descripción de cada piso, en la inscripción del edificio total, se haga con los detalles referidos, podría sostenerse que, cuando en virtud del mismo documento en que se constituya el régimen, hayan de inscribirse en

folio propio cada uno de los pisos o locales, puesto que en estos folios especiales ha de consignarse la descripción detallada de cada piso o local correspondiente, para evitar repeticiones, podría *suplirse* la descripción en la finca total, haciendo referencia a la inscripción que ha de practicarse de cada uno de ellos, en folio separado, dándola por reproducida.

De todos modos creemos que el legislador ha querido que, en la inscripción que pudiéramos llamar primordial, conste con todo detalle reflejado el edificio, y nos parece más correcto describir detalladamente cada piso o local.

La inscripción, como es natural, y dice el último párrafo del número 4.º que examinamos, se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen. Esto será lo que ocurra casi siempre con las nuevas edificaciones, pero como el régimen puede constituirse, respecto de fincas, en las que varios o todos los pisos y locales hayan sido enajenados, era lo lógico, y así lo dispone dicho párrafo, que esta inscripción de constitución del régimen se practique a favor de los titulares de los pisos y locales, que por asumir la total propiedad del inmueble, han de ser necesariamente los constituyentes del régimen.

Y abordemos, por último, en relación con la reforma de la Ley Hipotecaria, la inscripción de cada piso o local como finca independiente.

En nuestro concepto se ha desorbitado este problema. En primer lugar, sin dudar que es una verdadera inscripción aquella por la que registralmente queda constituido un piso o local en finca independiente, con folio propio, no creemos que esto constituya una auténtica segregación, como muy frecuentemente se la denomina, puesto que nunca la Ley la ha llamado así; ni rige para este caso la regulación de las segregaciones, aunque las operaciones registrales sean análogas.

El origen de la autorización de estas inscripciones como fincas independientes, nunca ha podido ser una razón de tipo sustantivo, puesto que ningún efecto diferente produce en este aspecto que el piso se inscriba con distinto número, o vayan haciéndose bajo el número de origen, y una tras otra, las inscripciones de cada piso o local. Ningún obstáculo existiría para que estos pisos sucesivamente inscrito bajo el mismo número de la finca total,

sean por separado, pero también por asientos sucesivos, objeto de transmisión, hipoteca o embargo, como ha venido ocurriendo hasta la reforma del 39 y sigue haciéndose respecto de porciones indivisas de fincas, sean éstas rústicas o urbanas.

Es, sencillamente, que esta inscripción como finca independiente se ha hecho necesaria en cuanto se ha multiplicado la venta de pisos y locales, porque su no autorización entorpecería de modo extraordinario el despacho de la documentación referente a estos pisos y locales, por la sucesión de innumerables inscripciones bajo un número de fincas, y haría prácticamente inabordable a los interesados el examen registral de tales fincas.

Esto debía hacer preceptiva la inscripción por separado, en todo caso en que por ser varios los titulares de la finca ha de producirse considerable acumulación de asientos bajo un número, y propugnamos que esto se haga aun no habiéndose asignado a los pisos cuota de participación. Nos referimos, naturalmente, a fincas antiguas, pues esta falta de cuota será imposible en lo sucesivo, pero conocemos edificios en que el número de inscripciones pasa del centenar, sin que se hayan constituido fincas independientes, por haberse omitido desde el comienzo de las ventas consignar participación en las cosas comunes, lo cual parecía exigir el suprimido párrafo tercero del número 3.º del artículo 8.º, aunque esto no lo encontremos terminante.

En definitiva, que la inscripción independiente debía darse siempre que con ella se evitase la complicación que supone la excesiva acumulación de asientos, pero hay que atenerse a las disposiciones que regulan este particular, hoy número 5.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, y de acuerdo con él resulta claro que es requisito indispensable para la inscripción por separado de los pisos y locales, que conste en el folio correspondiente a la finca total, inscrito previamente el régimen de propiedad horizontal.

Aparte de lo ya insinuado, después nos ocuparemos de este problema, en relación con fincas en que la venta por pisos se inició con anterioridad a la vigencia de la Ley.

La palabra «podrán» del párrafo segundo del número 3.º del anterior artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, ha desaparecido al quedar tal número 3.º reducido a su primer párrafo, prescindiéndose

en absoluto del segundo, al que, en cierto modo, sustituye el actual número 5.º.

Ahora bien: si, enlazamos este número 5.º, con las palabras que preceden a esta enumeración del tan repetido artículo 8.º, dirá:

«Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen.»

Esto, literalmente interpretado, nos llevaría a la conclusión de que, en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal, una vez inscrito este régimen en la finca total, es necesario que sus pisos y locales se inscriban como fincas independientes.

Pero no podemos olvidarnos del número 4.º, antes comentado, que se refiere a la inscripción de la finca total en régimen de propiedad horizontal, con descripción detallada de los pisos y locales. Puede sostenerse que esta inscripción en nada contradice la procedencia de inscribir, en todo caso, como finca independiente cada uno de los pisos y locales, sino que, por el contrario, es necesario, precisamente como previa a la inscripción en folio propio de cada uno de los departamentos independientes.

De todos modos, examinados en conjunto estos preceptos en relación con la Exposición de Motivos, que habla de la posibilidad de inscripción del piso en su conjunto y del piso o local como finca independiente, y sin desconocer que la exposición en este particular es idéntica a la del proyecto, no obstante haber variado la parte dispositiva, nos inclinamos por la solución de no estimar necesaria la inscripción por separado de pisos y locales, por la simple constitución del régimen. Esta inscripción por separado habrá de practicarse si así se solicita, lo cual, seguramente, convendría hacer siempre, bien en la propia escritura de constitución del régimen o por separado, y será necesaria cuando todos o alguno de los pisos o locales sean objeto de una propiedad diferenciada del resto del inmueble, ya sea efectiva o en potencia, por haber sido objeto de hipoteca. En suma: que si resulta de tipo imperativo el número 5.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, relacionado con las palabras que preceden a todos los números de dicho artículo, la solución más moderada a que puede llegarse es considerar necesaria la inscripción como finca independiente de los pisos y locales de edificios en

propiedad horizontal, si no siempre, si en cuanto se produzcan su asignación o transmisión individualizada, o sean objeto de hipoteca, que en su día puede producir tal transmisión, y en todo caso cuando así se solicite.

Por cierto que convendría, hasta por consideración fiscal, no hablar nunca de división, sino limitarse a decir que la finca consta de los pisos y locales que a continuación se describen, añadiendo, cuya inscripción como fincas independientes se solicita, cuando así se desee.

Por último, la propia reforma del número 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, lleva a la misma conclusión antes expresada, sobre la necesidad de inscribir como independientes los pisos o locales. Al hablar de los pisos o locales inscritos conforme al artículo 8.º, no puede menos de estimarse que se refiere a la única disposición que concretamente y de modo especial, dentro de dicho artículo, se destina a tales pisos y locales, y ésta no es otra que su número 5.º, que prescribe su inscripción como fincas independientes, y sería tan extraño considerar que se refiere a otro número del artículo, como admitir una regresión en este particular. Huelga decir que si necesaria es la inscripción de los pisos y locales, en folio separado, para que puedan hipotecarse, con más motivo ha de exigirse cuando sean objeto de transmisión por cualquier título.

Problemas de derecho transitorio.

Pueden que sean éstos los más importantes y dudosos que la Ley plantea, por lo que nos ocuparemos de ellos con cierta extensión.

Contiene la Ley dos disposiciones transitorias, a las que, aunque resulte contrario a lo que acabamos de decir, vamos a dedicar pocas palabras, sin desconocer la importancia que tienen, sobre todo la primera. Pero amparados en el plazo de dos años que fija, optamos por la postura cómoda de dilatar su estudio, para no hacer esto interminable, y también con la esperanza de que en ese intervalo se aclaren las numerosas dudas que plantea, destacando como cuestión trascendental, la suerte que han de correr, en cuanto a contratación sobre ellos, los edificios respecto de los cuales no se

haya hecho la adaptación de estatutos, en el plazo de dos años que la Ley fija.

Nos permitimos opinar, con referencia a este punto concreto de adaptación de estatutos, que sería lo más práctico y menos propenso a dudas y contradicciones la derogación del estatuto anterior, con sometimiento a la Ley, y adición de los pactos o reglas que se estimen pertinentes, siempre, naturalmente, que no contradigan aquélla.

Parece claro, pasando ya a la segunda disposición transitoria, que en todas las enajenaciones de pisos o locales, realizadas después de la vigencia de la Ley, deben considerarse inexistentes los derechos de tanteo y retracto en favor de los copropietarios, se hayan o no establecido tales derechos en los estatutos, a no ser que, con respecto al último caso, se acredite haberse acordado el mantenimiento, por mayoría no inferior al 80 por 100 de los titulares.

Independiente de esto, y no abordado, directamente al menos, por estas disposiciones transitorias, queda el problema capital de disposición e inscripción de pisos o locales pertenecientes a edificios en los cuales se hubiera iniciado, antes de la Ley, su enajenación e inscripción como fincas independientes.

Quizá pueda sostenerse que a tales operaciones debe aplicarse íntegramente la Ley, de acuerdo con el párrafo primero de la disposición transitoria también primera, pero esto, además de no ser claro, resultaría de imposible cumplimiento en muchísimos casos.

Conviene aclarar que la adaptación a que la disposición transitoria se refiere, afecta únicamente a estatutos, no a disposición, gravamen e inscripción, que nunca son objeto de aquéllos, como no sea para suprimir o regular los derechos de tanteo y retracto.

La falta, hasta ahora, de una detallada reglamentación de esta propiedad horizontal, ha dado lugar a una variedad realmente desconcertante, que vamos a procurar clasificar, con la correspondiente numeración para más fácil referencia:

1.º En bastantes casos se ha considerado necesario el previo establecimiento de estatutos, con asignación a cada espacio independiente de participación en las cosas comunes, se han descrito los pisos y locales con los detalles de extensión y linderos, y solicitado la inscripción como fincas independientes (llamando comúnmente a esto *segregaciones*). Aunque discrepemos de esta

denominación, hay que reconocer, en lo demás, el acierto del sistema, puesto que en estos casos ninguna dificultad surgirá para aplicar íntegramente la Ley, ya que, aunque ésta y más especialmente la Exposición de Motivos, distingue la cuota de participación de la antigua en los elementos comunes, no creemos haya ningún inconveniente en considerar esta equiparada a aquélla.

2.º Hay otros casos, bastante frecuentes, en que la declaración de edificación va acompañada del establecimiento de estatutos, en la misma o posterior escritura, con asignación de participación en las cosas comunes, respecto de cada piso o local, pero sin expresar la extensión y linderos de ellos.

3.º Creemos más generalizados los casos en que, con estatutos que no señalan participación en las cosas comunes, y muchas veces sin estatutos, el propietario va fijando esta participación, al irse otorgando la enajenación de cada piso o local, respecto de los cuales tampoco se consigna extensión y linderos.

4.º También conocemos varios casos, alguno de edificio con numerosas viviendas, respecto de los cuales se han ido transmitiendo pisos y locales, sin existir estatutos de comunidad, y sin asignarse, ni en el acto de la transmisión, participación en las cosas comunes. Se trata, generalmente, de construcciones anteriores a la implantación de la inscripción de los pisos como fincas independientes. En la mayoría de estos casos no se ha practicado la inscripción de los pisos y locales como fincas separadas, pero en alguno se ha optado por ello, ante la acumulación enorme de asientos bajo un número.

5.º Últimamente, según sabemos por referencias, y parece confirmar el apartado c) del último párrafo del artículo 218 del Reglamento Hipotecario, existen pisos inscritos como fincas independientes, sin que conste inscrito el edificio en su conjunto.

Como ya se ha adelantado, ninguna dificultad puede surgir en cuanto a las fincas comprendidas en el primer grupo, por estar, en esencia, de acuerdo con la Ley.

Tampoco se presenta problema alguno respecto de las fincas de los números 2.º y 3.º, cuando no se ha enajenado ningún piso o local con anterioridad a la Ley. Antes de otorgar alguna de estas enajenaciones, debe el propietario o propietarios de la totalidad del inmueble constituirlo en régimen de propiedad horizontal, con

todas las circunstancias que determina el artículo 5.º, sin olvidar consignar la cuota de participación que corresponde a cada piso o local.

Lo mismo deberá hacerse en fincas cuyos pisos aparezcan ya inscritos con independencia, e incluso hipotecados, pero sin haberse vendido ninguno, previamente a la primera enajenación. Si están hipotecados, convendría, sobre todo respecto de las fincas de tercer grupo, la concurrencia del acreedor.

No parece existir ningún inconveniente en que la constitución del régimen se haga en la misma escritura de enajenación o gravamen, pero siempre con carácter previo.

Las dudas se presentan respecto de fincas en las cuales se ha producido ya la enajenación de algún piso o local, con anterioridad a la vigencia de la Ley.

En estos casos, siempre que ello sea posible, debe, por otorgamiento de todos los dueños de pisos y locales, constituirse el régimen en la forma que la Ley señala, y con ello quedará eliminada toda cuestión. Aquí se dará el caso de esa inscripción a favor de los titulares de todos y cada uno de los pisos y locales, de que nos habla el párrafo último del número 4.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria.

Pero no puede ocultarse que, con frecuencia, sobre todo en edificios de numerosas viviendas, enajenadas ya en gran parte, va a resultar difícil, y quizá imposible, la concurrencia de todos los titulares, ¿pueden los pisos que quedan por vender de estos edificios, seguir enajenándose e inscribiendo, como venía haciéndose antes de la vigencia de la Ley?

La cuestión es menos complicada respecto de las fincas del segundo grupo, que cuentan con la circunstancia esencial de haberse señalado cuota de participación en cosas comunes, suponiendo que no haya inconveniente en equipararla a la que la Ley establece, pero es de vital trascendencia en las edificaciones del grupo tercero, en las que no existe fijada cuota más que en los pisos vendidos, por haberse ido asignando en el momento de cada enajenación. Repetimos que, por lo que conocemos, los edificios en estas condiciones son numerosísimos.

Quizá la contestación a la pregunta formulada debiera ser negativa respecto de estos edificios del tercer grupo, si nos aten-

mos a los términos literales de la Ley, y considerado el párrafo inicial de su disposición transitoria primera.

Ahí está, por ejemplo, el párrafo segundo del artículo 5.º, que exige que la cuota de participación que corresponda a cada piso o local se determine por el propietario único al iniciar la venta por pisos, *por acuerdo de todos los propietarios existentes*, por laudo o por resolución judicial.

De acuerdo con esto, parece que no pueden asignarse esas cuotas con la simple intervención del propietario que todavía lo sea de varios pisos, sino que han de concurrir a esta asignación, todos los propietarios de los pisos o locales que antes fueron vendidos, lo cual, si son muchos, ha de resultar en extremo dificultoso.

Por otro lado, si se considera que las enajenaciones anteriores han sido realizadas al amparo de la legislación entonces vigente, y en virtud de esta enajenación de pisos, con la correspondiente asignación en las cosas comunes respecto de los transmitidos, modificando así la presunción de igualdad del anterior artículo 396 del Código Civil, ha quedado una persona dueña de varios pisos con la restante participación en las cosas comunes, no parece que, por Ley posterior, pueda ser privada del derecho a vender por sí sola estos pisos, con la consiguiente participación, sin tener que estar sometido a la voluntad de los demás, aunque siempre—se dirá—le queda el recurso de la resolución judicial.

Pero de todos son conocidas las dificultades que esto de la resolución judicial entraña, y más si ella ha de obtenerse en juicio declarativo, como parece lo procedente en este caso. En efecto: la Ley es cierto que arbitra un procedimiento especial y rápido en la norma segunda del artículo 16, para el caso de que no se obtenga la mayoría necesaria en la segunda convocatoria de Junta, pero cuando quiere que este procedimiento se aplique, así lo dice expresamente, como es la norma tercera del propio artículo y en la disposición transitoria primera respecto a la adaptación de estatutos; y también, cuando ha querido que el procedimiento aplicable no sea el ordinario, nos remite al correspondiente de modo concreto, como ocurre con el abreviado de cognición, según el último párrafo del artículo 19. Al no señalar ninguno para la resolución judicial que ha de fijar las cuotas de participación, parece no poder ser otro que el declarativo ordinario, y creemos lo confirma así, que la

Ley anteponga a la resolución judicial, el laudo, que suele considerarse como el último asidero capaz de evitar el pleito.

Ante estas consideraciones y dificultades, la gravedad que supondría, cuando tanto se habla de reactivación económica, dejar paralizados la gran cantidad de pisos en estas circunstancias, y la falta de disposiciones transitorias concretas, parece lo mejor y casi siempre lo único factible, considerar estos casos en que la propiedad por pisos se ha producido antes de la Ley actual, y al amparo de las entonces vigentes, sujetos a éstas.

En definitiva, puede sostenerse que existe una propiedad horizontal constituida de hecho y de derecho—puesto que en las Leyes entonces vigentes se ampara—con anterioridad a la Ley actual, cuya propiedad ha de regirse civil e hipotecariamente, por la anterior legislación, y la constituida después de la nueva Ley, que íntegramente ha de acomodarse a ella. Obsérvese que las palabras de ésta a que se ha hecho alusión, se refieren al acto de constitución de la propiedad, en el régimen que regula, y cuando antes de ella se ha vendido ya algún piso o local, tal régimen, adaptado a la legislación entonces vigente, ya quedó constituido.

Sería aconsejable, en estos casos, que, antes de la primera enajenación que se produzca después de la Ley, se fijase por el propietario, que, en definitiva, es el único dueño de los pisos que le quedan y de la participación en las cosas comunes que no ha enajenado con los pisos vendidos, la cuota de participación de cada uno de los pisos que conserva. Huelga decir que esta asignación previa puede hacerse en la misma escritura de venta. También convendría, no pareciendo que en ello haya inconveniente, que se asignasen números a estos pisos, reservando el que corresponda a los ya vendidos.

Estimamos necesario que en éstas, como en todas las enajenaciones realizadas a partir de la vigencia de la Ley, se describan los pisos, con los detalles que fija el artículo 5.º, por considerar que una cosa es el derecho nacido al amparo de la legislación anterior, y otra su ejercicio, que debe acomodarse a la actual.

Aquí sí que no cabe duda que se trata de un precepto de derecho necesario, viéndose claro el propósito del legislador de determinar con esa imprecisión del objeto en la contratación sobre viviendas, muy expuesta a confusiones y fraudes.

Todo esto, además, ha podido, si no debido, exigirse antes. Si la propiedad sobre pisos y locales ha adquirido tal peculiaridad, que, aun sin llegar a romper amarras con el edificio total, tanto se asemeja a la propiedad individual en relación con el objeto, no había ninguna razón para que la determinación de éste no se sometiese a cuanto sobre descripción prescriben el Código Civil (artículo 1.471) y la legislación hipotecaria, y si siempre ha sido necesaria la expresión de linderos, tampoco hoy puede esquivarse la determinación de la superficie, después de la última reforma del Reglamento Hipotecario.

Pudiera alegarse que esta descripción no puede realizarse sin el concurso de todos los propietarios de pisos o locales del inmueble, lo cual implicaría otra dificultad, muchas veces insalvable, pero no demostraría la improcedencia de esa descripción. No creemos sea necesaria tal concurrencia, puesto que no se trata siquiera de modificar una descripción, sino sencillamente de completarla. Además, es sabido que en nuestro sistema, el Registro no garantiza la realidad física del inmueble, y la extensión que se asigne a un piso nunca podrá perjudicar al vecino que no ha sido parte en el contrato, y sólo surtirá efecto entre los otorgantes, pudiendo el comprador exigir al vendedor responsabilidades, del orden que proceda, si hubiera sido inexacto, pero nunca podrá inquietar esto a los dueños de otros pisos.

Más complicada es la situación de los pisos y locales del grupo cuarto, que han ido vendiéndose sin asignarles cuota de participación en las cosas comunes, y que, salvo algunas excepciones, no han sido inscritos como fincas independientes, en principio, por tratarse, casi siempre, de edificaciones anteriores a la implantación de estas inscripciones, y posteriormente, por estimar que no podían practicarse sin que estuviera determinada la participación en las cosas comunes.

No puede negarse la realidad de esta propiedad, que ha nacido y se ha inscrito, de acuerdo con la legislación entonces vigente, y no van a cerrarse las puertas a la contratación sobre ella. Como a esto equivaldría pretender que todos los partícipes en estos edificios, algunos de muchas viviendas, se pusieran de acuerdo para constituir el régimen de propiedad horizontal, creemos que, por lo menos hasta que haya una regulación concreta sobre este particu-

lar, y abundando en opinión antes expuesta, debe registrarse esta propiedad por las Leyes vigentes al tiempo de su constitución.

Parecerá esto más fuerte, referido especialmente a la hipoteca, puesto que, después de la Ley Hipotecaria de 1946, puede considerarse requisito necesario para que los pisos y locales sean objeto de hipoteca, su inscripción como finca independiente, pero también creemos debe admitirse la hipoteca sobre ellos, como vino haciéndose antes, aun no estando especialmente autorizada en el artículo 107.

Insistiendo una vez más en que la inscripción independiente no debe tener más finalidad que facilitar el examen de los interesados y el funcionamiento del Registro, dando mayor claridad al historial de cada piso o local, admitiríamos su inscripción en folio separado, estimando que la exigencia de consignar en la inscripción el valor de la parte privativa de cada propietario en relación con el total del inmueble (párrafo tercero del número 3.º del anterior artículo 8.º), se refiere al caso de que tal extremo conste, pero no cuando así no ocurra. En definitiva, si el piso no se inscribe por separado, igualmente quedará sin esa circunstancia, pero en el laberinto casi inabordable de inscripciones sucesivas en la finca de origen, que será muy conveniente atajar.

En cuanto al quinto grupo, opinamos, con Roca, que no han debido producirse estas inscripciones de pisos sin la previa del edificio total, pero como esta situación anormal, según acertada calificación de LA RICA, se ha dado, seguramente antes de la reforma del 46 en el artículo 8.º, y considerando análogo el caso al de inscripción de participaciones en indivisión, creemos, siguiendo la pauta que parece marcar el citado artículo 218 del Reglamento, que tampoco puede darse de lado a la realidad, y habrá que seguir inscribiendo las transmisiones y gravámenes de estos pisos que se vayan produciendo, exigiendo, como en todos los casos anteriores, que se expresen en la descripción, linderos, superficie, planta y anejos (1).

MANUEL BATALLA,

Registrador de la Propiedad.

(1) Escrito hace tiempo lo que antecede, el exceso de original ha impedido su inserción en números anteriores.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

LAS INSTITUCIONES HEREDITARIAS HECHAS EN USUFRUCTO LLEVAN IMPLÍCITAS UN LLAMAMIENTO A LA NUDA PROPIEDAD, QUE DEBEN REPUTARSE HECHO, BIEN POR LA LEY, CUANDO EL DE «CUJUS» NO HA DISPUESTO DE ELLA EN SU TESTAMENTO, BIEN POR EL PROPIO TESTADOR. CUANDO DICHAS INSTITUCIONES FUEREN CONDICIONALES DETERMINARÁN DERECHOS EVENTUALES O EXPECTATIVAS, CUYAS TITULARIDADES NO HAN DE REFLEJARSE EN LOS ASIENTOS REGISTRALES HASTA QUE RESULTEN PLENAMENTE DETERMINADAS POR EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN A LA QUE QUEDAN SUJETOS LOS ACTOS DISPOSITIVOS QUE HUBIEREN PODIDO REALIZAR.

Resolución de 19 de noviembre de 1960 («B. O.» de 6 de diciembre).

Doña Maria del Patrocinio Murga y García falleció en Salamanca el 11 de febrero de 1911, bajo testamento en el que se contienen las siguientes cláusulas: «Cincuenta y dos.—En el remate de todos mis bienes, derechos y acciones instituyo en primer lugar única y universal heredera a mi sobrina doña Pilar Murga Murga, hija de mi difunto hermano don Vicente, y subsidiariamente, en sustitución de ésta, a sus descendientes legítimos, habiendo

de entenderse una y otras instituciones en la forma y en los respectivos términos siguientes:

1.º Respecto de los inmuebles, doña Pilar será heredera solamente en usufructo vitalicio, relevada de prestar fianza.

2.º Al fallecimiento de doña Pilar Murga, siendo ésta mi heredera y dejando descendientes legítimos, sucederán éstos en la posesión y usufructo vitalicio de todos los bienes inmuebles que de mi herede en igual concepto doña Pilar, a cuyo efecto y para en su caso instituyo herederos usufructuarios de estos bienes inmuebles a los descendientes legítimos de la precitada doña Pilar y que a ésta sobrevivan, siendo llamados a la herencia por el orden legal de sucesión de la línea recta descendiente de la madre, como si se tratara de la sucesión de ésta, con arreglo a los artículos 931 a 934 del Código Civil.

3.º Al fallecimiento de los descendientes de doña Pilar Murga que sean usufructuarios vitalicios de los bienes inmuebles que de mi caudal herede ésta en igual concepto, serán herederos de estos bienes los descendientes legítimos de aquéllos, siendo también llamados por el orden legal de sucesión del ascendiente que en todo o en parte hubiere usufructuado dichos bienes.

4.º En caso inesperado de que mi sobrina y heredera instituida en primer lugar, doña Pilar Murga, falleciere antes que yo y por esta causa no llegare a ser mi heredera y de que a su fallecimiento dejare uno o más descendientes legítimos, instituyo a éstos como herederos universales en el remanente de todos mis bienes y derechos y acciones en general, indistintamente en usufructo vitalicio, relevándoles de prestar fianza; y si al fallecimiento de estos usufructuarios dejaren uno o más hijos legítimos, heredarán éstos en pleno dominio todos los bienes de mi pertenencia que sus padres hubieren usufructuado.

5.º A falta de doña Pilar Murga y de descendientes legítimos de ésta al ocurrir mi defunción, quedarán anuladas, sin ningún valor ni efecto, las precedentes instituciones, como si no hubieren sido hechas.

Cincuenta y tres.—Quiero y mando que si mi sobrina y heredera instituida en primer lugar, doña Pilar Murga, fallece sin dejar descendientes legítimos, el señor Obispo de esta diócesis y el

párroco del Carmen se apoderarán e incautarán de los inmuebles que doña Pilar herede en usufructo, los venda en pública subasta ante Notario, destinando su importe a obras religiosas y benéficas, en la forma que en dicha cláusula se detalla».

Por escritura de partición de 24 de junio de 1922 se adjudicó a doña Pilar Murga Murga el usufructo de las fincas que le había sido dejado por su fallecida tía. Por otra escritura de 24 de septiembre de 1951, doña Pilar donó a sus hijos don Fernando y don Vicente Charro Murga el derecho de usufructo, en la que, además, se solicitaba la inscripción a nombre de los nietos de doña Pilar de la nuda propiedad de la porción indivisa de las fincas reseñadas, bajo las siguientes condiciones resolutorias:

«A) Individual y total para el caso de que alguno de los nudo propietarios fallezca sin descendencia antes de su progenitor.

B) Conjunta y total en cuanto a cada grupo si don Vicente o don Fernando Charro Murga, o ambos, fallecen antes que su madre, doña Pilar Murga, y pasáren por tal motivo los nudo propietarios a segundos usufructuarios, conforme lo dispuesto por doña Maria del Patrocinio Murga y García.

C) Conjunta y parcial dentro de cada grupo a favor de los hijos de don Vicente o don Fernando Charro que nazcan después de esta fecha.

D) A cuantas más se deriven de las cláusulas del testamento de la repetida doña Maria del Patrocinio Murga y García»; y por otra escritura de igual fecha y ante el mismo Notario de Madrid señor Lacal Fuentes, doña Pilar y sus hijos procedieron a la división material de los bienes hereditarios.

Presentada en el Registro primera copia de las anteriores escrituras, fueron calificadas con nota del tenor literal siguiente: La de donación: «Inscrito el precedente documento sólo en cuanto a la donación que doña Pilar Murga hace a sus hijos don Vicente y don Fernando Charro Murga, del usufructo vitalicio que corresponde a la donante sobre los inmuebles radicantes de este Distrito Hipotecario y que en el mismo documento se relacionan. Las inscripciones se han practicado en los tomos, folios, número de fincas y números de asientos que se indican en los cajetines

estampados al margen de la descripción de cada una. No procede la inscripción del derecho de nuda propiedad a favor de don Vicente Ferrer, doña María del Carmen, doña María del Pilar, doña María de la Soledad, don Francisco Javier, don Ildefonso, don Manuel, doña María Victoria, doña María Elena, don Jorge Ignacio, don Carlos María y doña María de las Nieves Charro Sánchez-Tabernero, hijos de don Vicente, ni a favor de don Fernando, don José Luis, doña María del Carmen y doña Ana María Charro López, hijos de don Fernando, porque hasta que fallezca doña Pilar Murga Murga no puede determinarse con plena seguridad y suficiente razón jurídica a quién o a quiénes corresponderá el indicado derecho, por pender de una condición que es presupuesto del llamamiento, cual es que doña Pilar premuera a sus hijos. El defecto es insubsanable y no permite tomar anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado»; y la de división: «Denegada la inscripción del precedente documento por el siguiente defecto insubsanable: se consideran en él como nudo propietarios a doce hijos de don Vicente Charro Murga, llamados don Vicente Ferrer, doña María del Carmen, doña María del Pilar, doña María de la Soledad, don Francisco Javier, don Ildefonso, don Manuel, doña María Victoria, doña María Elena, don Jorge Ignacio, don Carlos María y doña María de las Nieves Charro Sánchez-Tabernero, y a los cuatro hijos de don Fernando Charro Murga, que son don Fernando, don José Luis, doña María del Carmen y doña Ana María Charro López, sin que lo hayan sido ni lo sean en el momento en que se otorga la escritura que se califica, porque para que los hijos de don Vicente y don Fernando Charro y Murga adquieran derecho de nuda propiedad de los inmuebles que se relacionan en el documento y radicantes en este Distrito Hipotecario, es preciso que sus padres supervivan a doña Pilar Murga Murga, madre de éstos y abuela de aquéllos, pues de no ocurrir ese evento pertenecería tal derecho a otras personas de modo que en este momento no se puede determinar quiénes serán nudo propietarios. Por ese defecto no ha podido inscribirla a su favor en el Registro, en virtud de otro documento presentado con tal pretensión y cuya inscripción ha sido denegada con esta misma fecha; y es que la división de bienes comunes y las adjudicaciones individua-

les de los divididos requieren como supuesto inexcusable que pertenezcan a quienes por sí o representados efectúan la división, no siendo bastante el que puedan serlo si se cumplen determinadas condiciones; y como en los que en el documento se llaman nudo propietarios no puede saberse si lo serán o no hasta que fallezca doña Pilar Murga Murga, ni tienen inscrito ese derecho a su nombre, ni podrán inscribirlo hasta que se cumpla el evento de que dicha señora premuera a sus hijos, ni pudo practicarse legalmente la división que ha efectuado, ni efectuada es inscribible. La naturaleza del derecho impide tomar anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado.»

Interpuesto recurso por don Fernando Charro Murga, la Dirección, confirmando el auto del Presidente de la Audiencia, ratifica plenamente la nota calificadora, en méritos de la ponderada doctrina siguiente:

Que en este expediente se plantean las dos siguientes cuestiones:

1.^a Si, como consecuencia del testamento otorgado por doña Maria Patrocinio Murga García, podría inscribirse el derecho de nuda propiedad a favor de los nietos de doña Pilar Murga Murga, sometido a la condición resolutoria de que esta señora muriese sin descendientes legítimos; y

2.^a Si sería inscribible con la misma condición una escritura de división de bienes otorgada entre esos nietos y sus respectivos padres:

Que la voluntad del causante manifestada en el testamento constituye la Ley de la Sucesión y permite al testador establecer, con tal de no traspasar los límites impuestos por el Derecho, las cláusulas que estime convenientes para la disposición de sus bienes, como la de disociar el usufructo de la nuda propiedad o someter la adquisición del pleno dominio de los bienes de la herencia a determinadas condiciones, según ocurre en los llamamientos hereditarios hechos en favor de «nondum concepti», que cuando no revistan la forma prevista en el artículo 781 del Código Civil deben ser examinados con la máxima cautela, sin olvidar la regla general del Ordenamiento jurídico de que la aper-

tura de la sucesión es el momento en que debe apréciarse la capacidad del heredero.

Que las constituciones hereditarias hechas en usufructo llevan implícitas un llamamiento a la nuda propiedad que deben reputarse hecho bien por la Ley, cuando el de «cujus» no ha dispuesto de ella en su testamento, bien por el propio testador, y cuando fueren condicionales determinarán derechos eventuales o expectativas, cuyas titularidades no han de reflejarse en los asientos registrales hasta que resulten plenamente determinadas por el cumplimiento de la condición a la que quedan sujetos los actos dispositivos que hubieren podido realizar.

Que el testador puede hacer depender del cumplimiento de la condición el nacimiento del derecho de los herederos o bien su extinción o resolución, y en este caso la muerte del causante no impide la adquisición de la herencia, como si hubiese sido dejada pura y simplemente, aunque permanecerá incierta la subsistencia de tales adquisiciones, ya que el cumplimiento de la condición puede provocar la extinción de los derechos transmisibles a aquellas personas a las que el causante llama en esta eventualidad.

Que de las cláusulas 52 y 53 del testamento de la causante aparece que el momento decisivo para determinar el derecho de sus herederos es el de la muerte de doña Pilar Murga, puesto que sólo entonces podrá saberse quiénes serán los usufructuarios llamados en segundo lugar, ya que la condición impuesta impide conocer con anterioridad a dicho momento si corresponderá a los hijos que la sobrevivan o, en su caso, a los descendientes en línea recta, conforme a lo establecido en los artículos 931 a 934 del Código Civil, por todo lo cual, y dada la forma condicional y suspensiva en que han sido hechos los llamamientos, no podrá accederse a la inscripción de bienes a favor de los nietos ni cabe la disposición en la forma pretendida en el título calificado.

Pedido informe al Notario autorizante de las escrituras calificadas, dijo muy sagazmente éste que la razón del recurrente era clara, pues los llamamientos hechos por la testadora al segundo usufructo y al pleno dominio no se hacen depender de una

condición, sea suspensiva o resolutoria, sino de un *plazo*, es decir de un suceso que necesariamente ha de llegar, aunque se ignore cuándo. No se trata, por tanto—agrega el señor Lacal—de *expectativas de derechos*, sino de *Derechos expectantes*, o sea, ya nacidos, aunque sometidos en su goce al plazo y en ciertos casos también a condición, y los que, como derechos ya con vida, pueden inscribirse en el Registro, si bien afectos a los efectos resolutorios que el Registrador señala...

Por su parte, éste, ratificándose en su nota, expresó que si efectivamente, pueden inscribirse los derechos sujetos a condición suspensiva cuando se conoce quiénes son los titulares de los mismos, no es posible hacerlo cuando por ser la condición supuesto del llamamiento se ignora—como en este caso—quiénes serán los segundos usufructuarios, los nudos propietarios y los dueños de pleno dominio.

Pero vamos a permitirnos un poco de historia. Sólo a partir de la Resolución de 12 de enero de 1944. El supuesto no podía ser más idéntico: doña X instituyó en su testamento única y universal heredera de sus bienes, derechos y acciones, a su sobrina Z, en usufructo vitalicio, y por su muerte *pasarán* los bienes a los hijos de ella por partes iguales en propiedad.

Renunció la usufructuaria en favor de sus cuatro hijos dicho usufructo vitalicio, y por virtud de tal renuncia se otorgó escritura adjudicándose la nuda propiedad con *condición resolutoria* a cuatro hijos entonces existentes. El Registrador denegó..., pero la Dirección estimó inscribible la escritura. Nosotros, coincidiendo con el Registrador, escribimos—pág. 171, año 1944, «R.C.D.I.»—que no veíamos institución de herederos nudo propietarios. Hay un llamamiento—añadimos—para unos hijos que pueden existir o no en un determinado momento, Precisamente en el de la muerte de la usufructuaria renunciante. Luego al renunciar ésta su usufructo, ¿en quién se consolida, con o sin condición resolutoria, puesto que la nuda propiedad está sin *titular determinado*? (A esto se acopla con exactitud lo que dice ahora la Dirección en lo primeramente transcrito como encabezamiento, o sea, que estas «instituciones llevan implícitas un llamamiento a la nuda propiedad»).

GONZÁLEZ PALOMINO, en su *Diagnóstico y Tratamiento del Usu-*

fructo Testamentario, llega a decir respecto a esta Resolución, «que ni hubo renuncia de usufructo, sino cesión de derechos, ni hubo adquisición de dominio con condición resolutoria, ni debió hacerse la partición, ni declararse inscribible la hecha. El Registrador de la Propiedad (de San Fernando) tenía razón» («Anales A. M. Notariado», t. II, pág. 511).

Y razón que le sobraba, por lo que poco tiempo después, en el mismo año 1944, la Dirección—el 22 de mayo—, con motivo de otra institución también en usufructo, «hasta que el menor de los hijos que tenga o pueda procrear (la instituída) cumpla la mayor edad, en cuyo día *pasará* la propiedad a sus hijos», declaró «que no constaba inscrita la nuda propiedad a favor de persona alguna, ni se sabía siquiera quiénes podrían llegar a ser los nudos propietarios, pues los hijos entonces existentes podrían premorir a su madre, siendo llamadas entonces otras personas»...; en suma, que el día del fallecimiento de la instituída usufructuaria sería el determinante de la designación de herederos (ya no nudo propietarios).

Esta más estrecha interpretación va cerrándose—por decirlo así—en sucesivas decisiones, que se alegan y tenido a la vista para la presente, como son las de 22 de diciembre de 1950 y 20 de junio de 1956, a las cuales y nuestras glosas a las mismas nos remitimos, especialmente a la consignada en 22 de diciembre de 1950 (verla en año siguiente en esta Revista).

Pero el que estemos a presencia de *expectativas* o *Derechos* expectantes—como adujo nuestro admirado señor Lacal—o que la condición sea o no *presupuesto* de un llamamiento—cual en sus excelentes nota e informa precisó el Registrador—, siempre constituirá materia interpretable, como lo prueba la vacilación señalada de nuestro Ilustrado Centro, sin que podamos olvidar, según este mismo pone ahora y reiteradamente de manifiesto, que la voluntad del causante es ley de la sucesión, a la que habrá, ante todo, que atenerse.

LAS CERTIFICACIONES LIBRADAS POR EL ESTADO, PROVINCIA, MUNICIPIO,
CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO, NO SON TÍTULOS APTOS PARA
INSCRIBIR DERECHOS REALES SOBRE COSA AJENA, COMO LA SERVIDUMBRE,

QUE NO PUEDE DAR LUGAR A UNA APERTURA DE FOLIO REGISTRAL, SEGÚN ESTABLECE EL ARTÍCULO 7.º DE LA LEY HIPOTECARIA.

TALES CERTIFICACIONES CONSTITUYEN UN MEDIO SUPLETORIO DE INMATRICULACIÓN, SÓLO UTILIZABLE EN LOS SUPUESTOS EN QUE SE CAREZCA DE TÍTULO INSCRIBIBLE, SEGÚN PRECEPTÚA EL ARTÍCULO 206 DE LA MISMA LEY.

FINALMENTE, LA IMPOSICIÓN DE UN GRAVAMEN SOBRE UN INMUEBLE INSCRITO, REQUIERE, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 20 DE LA REPETIDA LEY, EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL.

Resolución de 24 de noviembre de 1960. («B. O.» de 7 de diciembre de 1960.)

El Ayuntamiento de Algodonales (Cádiz), en cumplimiento de lo que dispone el capítulo tercero, sección primera, del Reglamento de Bienes de Entidades Locales, de 27 de mayo de 1955, formó inventario de sus bienes patrimoniales y otro de los Derechos reales pertenecientes al vecindario, los cuales fueron aprobados por el Pleno de la Corporación en sesiones de 6 de junio de 1958 y 31 de enero de 1959. En el inventario se hace referencia a una servidumbre de aprovechamiento forestal que constaba como «mención y propiedad del vecindario» en el Registro de la Propiedad desde el 2 de noviembre de 1864, al libro primero, folio 244, en virtud de expediente posesorio aprobado en 12 de agosto de 1863 y protocolizado en la Notaría de don Lorenzo García Leo, número 14, de 1865, y ratificada mediante escritura notarial de fecha 16 de enero de 1870, presentada al Registro por el Ayuntamiento en 26 de abril de 1870. Parece que los propietarios de la finca gravada han logrado recientemente la cancelación de aquella «mención» al amparo de las disposiciones transitorias de la Ley Hipotecaria. La servidumbre ha sido objeto de controversia en el transcurso de los tres siglos y medio de existencia, habiendo sido cancelada la inscripción en virtud de escritura de 13 de noviembre de 1913, lo que dió origen a un largo pleito sostenido por el Ayuntamiento, en el que el Tribunal Supremo dictó sentencia de 13 de noviembre de 1918 confirmando los derechos del vecindario a disfrutar aquellos aprovechamientos y declarando nula la cance-

lación practicada. Dichos aprovechamientos se hicieron constar en escritura otorgada en Villamartin en 12 de febrero de 1620 ante el Escribano don Blas Portillo, entre el Consejo de Zahara y la Casa Ducal de Arcos, confirmada por Felipe IV en 29 de marzo de 1629, en la que se especificaban los derechos de los vecinos de Zahara en nueve dehesas propiedad de aquella Casa Ducal; por Real Cédula de Fernando VII de 18 de noviembre de 1816 se concedió a Algodonales jurisdicción propia y título de villa, y al practicarse el deslinde del término municipal quedaron dentro de su perímetro parte de aquellas nueve dehesas gravadas. Y conforme al artículo 199 de la Ley de Régimen Local, texto de 24 de junio de 1955, y 55 del Reglamento citado, el Secretario de la Corporación Municipal expidió certificación duplicada del contenido del inventario de los bienes y derechos municipales, que fué presentada en el Registro al amparo de los artículos 206 y 207 de la Ley Hipotecaria y 303 a 307 de su Reglamento, con instancia de 16 de febrero de 1909, firmada por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento.

Presentada la certificación duplicada en el Registro de la Propiedad, fué calificada con la siguiente nota: «Inscrito el documento que precede en los tomos, libros y folios y con los números de fincas e inscripciones que constan puestos al margen de la descripción de cada una de las fincas. Denegada la inscripción en cuanto a los bienes a que se refiere la segunda parte de la certificación que precede, por no ser el presente título hábil para obtener su inmatriculación» (art. 206 de la Ley).

Interpuesto recurso por el Alcalde de dicho Ayuntamiento, la Dirección, confirmando el auto del Presidente de la Audiencia, ratifica la nota del Registrador, mediante la razonada doctrina siguiente:

Que en este recurso se plantea la cuestión de si una certificación expedida con arreglo al artículo 206 de la Ley Hipotecaria tiene virtualidad para inscribir un derecho de servidumbre a favor del Ayuntamiento de Algodonales cuando las fincas aparecen en el Registro inscritas a favor de terceras personas.

Que las certificaciones libradas por el Estado, Provincia, Mu-

nicipio, Corporaciones de Derecho público sólo tienen, conforme se deduce del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, virtualidad inmatriculadora para el caso de que las fincas no aparezcan inscritas a favor de persona alguna, pero no son títulos aptos para inscribir Derechos reales sobre cosa ajena, como la servidumbre pretendida, que no puede dar lugar a una apertura de folio registral, según establece el artículo 7.º de la Ley, al exigir que toda primera inscripción de una finca lo sea de dominio.

Que tales certificaciones constituyen un medio supletorio de inmatriculación, que sólo puede utilizarse en los supuestos en que se carezca de título inscribible, según prescribe el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, y en el presente expediente se afirma que el derecho que se pretende inscribir se constituyó por escritura de transacción otorgada en Villamartin el 12 de febrero de 1620, completada y explicada por otra de 16 de enero de 1870 ante el Notario don Lorenzo García Leo, y aunque en la certificación no se ha hecho constar que los títulos se hayan perdido, destruido o inutilizado, ello de por sí no sería suficiente, dada la posibilidad de reconstruirlos, sin una prueba cumplida y solemne de dicha afirmación.

Que para que tenga acceso al Registro de la Propiedad un acto jurídico por el que se imponga sobre un inmueble inscrito un gravamen se requiere, de conformidad con el artículo 20 de la Ley, que consienta el titular registral, lo que no resulta en el presente caso, en donde del inmueble, por sucesivas segregaciones, se formaron multitud de fincas que aparecen inscritas a favor de diversos propietarios; y mientras no presten su consentimiento no podrá llevarse a cabo la inscripción solicitada, sin perjuicio de lo que, en su caso, puedan resolver los Tribunales de Justicia.

* * *

En su escrito de alzada del auto del Presidente de la Audiencia, alegó el recurrente, con indudable perspicacia jurídica, que como lo que se pretende es inscribir un Derecho real en fincas ya inscritas a favor de sus titulares, la aplicación del artículo 20 en cuanto al consentimiento de éstos, debe rechazarse, ya que existía una mención hipotecaria al tiempo que los mismos adquirieron los inmuebles, en la que se referían las cargas, por lo que, a través

de la idea de buena fe, la preexistencia de la relación jurídica llega a conocimiento de tercero, quedando subsistente el efecto negativo, destruyendo la buena fe del adquirente y constituyéndose una reserva autenticada de rango a favor del titular mencionado (Resolución de 21 de abril de 1948).

Dice el artículo 29 de la Ley que «la fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial».

Convengamos en que el precepto no es un dechado de redacción y acaso por esto, por tal descuidada redacción, se suscitó la duda de si la mención de un Derecho real en cuanto publicación no jurídica, tiene el efecto, de puro hecho, de eliminar la buena fe del adquirente.

GIMÉNEZ-ARNAU y COSSÍO, sobre la base de la redacción del artículo 29 copiado, afirman que la mención registral, aun indebidamente practicada, si se refiere a un Derecho real o a una estipulación de efectos reales, al despojar de buena fe al adquirente, reserva puesto hipotecario al titular del derecho mencionado. En cambio GONZÁLEZ PALOMINO opina que el conocimiento de la mención está compensado por el de los artículos que declaran ineficaces las menciones, con lo cual le es lícito al adquirente ampararse en el Registro para defenderse contra ella. El adquirente cree que tiene medios jurídicos para protegerse contra la eficacia de la inscripción, es decir, contra una relación de derecho que estima defectuosa o ineficaz. Con esto, no es de mala fe si no contribuye o colabora a un fraude.

LACRUZ BERDEJO, en sus magníficas *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*—con esa ponderación y finura en él habituales—escribe que el problema está en ver si el conocimiento de una relación jurídica real a través de la mención puede equipararse a ese conocimiento a través de cualquier otro medio, que indiscutiblemente privaría de su condición de tercero al adquirente, al privarle de su buena fe. Es decir, ¿tienen las menciones un tratamiento de excepción, que hace no puedan servir de elemento de juicio e información del adquirente?

La cuestión es dudosa. La jurisprudencia—sigue diciendo—sólo se ha ocupado del problema con referencia a los efectos producidos por las menciones, en orden a la buena fe, bajo el régi-

men anterior, aun cuando después hayan sido canceladas. En el caso de la sentencia de 24 de mayo de 1952, una servidumbre había sido mencionada en la inscripción de una compraventa con arreglo al antiguo artículo 29 de la Ley. Después de la reforma 1944-46, el titular de la servidumbre pidió que ésta fuera inscrita en el Registro. Demandado el dueño del predio, alegó que en el asiento de su adquisición esta servidumbre estaba sólo mencionada y que se había extinguido al caducar la mención de dicha servidumbre por aplicación de la primera disposición transitoria de la Ley Hipotecaria. El Supremo da la razón al demandante, por entender que el propietario adquirente, cuando recibió la finca, conocía la existencia de la servidumbre, la cual entonces era objeto de una mención que tenía determinada eficacia, y la supresión ulterior de las menciones no ha suprimido los Derechos reales mencionados. Si «se admite la certeza del hecho de que el demandado, al adquirir la finca, conocía la existencia de la servidumbre, por la mención que de ella constaba en la inscripción del predio adquirido, es indudable que no puede considerarse tercero protegido por la fe pública del Registro, aunque con posterioridad haya sido cancelada dicha mención...»

Por nuestra parte, diremos que ésta nos parece la doctrina recta. Pero—entiéndase—*declarada* por los Tribunales de justicia. Fué lo que dijimos con motivo de la Resolución de 25 de abril de 1948, invocada—con toda razón—por el recurrente, que entendemos felizmente rectificada por la precedente, por cuanto bien claramente expresa en su último Considerando —*in fine*—, «que no podrá llevarse a cabo la inscripción solicitada (la de una servidumbre), sin perjuicio de la que, en su caso, puedan resolver los Tribunales de Justicia».

A lo expuesto hay que agregar cuanto decimos en la nota 1, página 397 de esta Revista, año 1961.

USUFRUCTO CONJUNTO.—POR MUERTE DE UNO DE SUS TITULARES SIN DESCENDENCIA, TIENE LUGAR EL ACRECIMIENTO EN FAVOR DEL OTRO COTITULAR NACIDO DESPUÉS DE LA MUERTE DEL TESTADOR, COMO UNA MANIFESTACIÓN MÁS, POR UNA PARTE, DEL DERECHO DE ACRECER QUE EXISTE, EN TEORÍA GENERAL, EN TODO LLAMAMIENTO CONJUNTO Y SOLIDARIO,

Y DE OTRA, PORQUE, SUPERANDO UNA INTERPRETACIÓN RIGUROSAMENTE GRAMATICAL DEL ART. 987 DEL CÓDIGO CIVIL, QUE SE LIMITÓ A REFUNDIR LOS 818 Y 819 DEL PROYECTO DE 1851, SIRVE PARA HACER PREVALECER Y CUMPLIR LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE, NORMA SOBERANA EN LA SUCESIÓN.

Resolución de 1 de diciembre de 1960 («B. O.» DE 13 de diciembre)

Don José Lorenzo Lasso de la Vega Quintanilla, al morir el 11 de enero de 1894, tenía manifestada su voluntad en siete testamentos, el primero nuncupativo y los seis restantes ológrafos; los albaceas contadores-partidores, asesorados por el letrado don Ramón Martínez Burgos, otorgaron el 6 de agosto de 1895, ante el Notario de Sevilla don Adolfo Rodríguez de Palacios, escritura de partición, en la que previamente se fijaba la voluntad del causante, interpretando la disposición testamentaria referente a un legado de la mitad de los bienes procedentes de su primera esposa, la marquesa de Campo-Verde, en los siguientes términos: «11. Lego en usufructo a don José Lasso de la Vega y Zayas la tercera parte y la mitad de otra tercera, o sea la mitad de todos los bienes que heredó el excelentísimo señor Marqués de su esposa, la excelentísima señora Marquesa de Campo-Verde, situados en el término de La Puebla, Junto a Coria, provincia de Sevilla, y en la ciudad de Granada y su provincia, y la casa, calle de Zaragoza, número 23, de la ciudad de Sevilla; por falta de don José Lasso de la Vega y Zayas pasarán en plena propiedad la indicada mitad de bienes y la casa calle de Zaragoza número 23, a los hijos del señor legatario si tuviese también hijos legítimos, y solamente en usufructo si no los tuviere. En el apartado segundo del testamento ológrafo, fechado en Madrid en 12 de octubre de 1892, revocó el excelentísimo señor testador el legado que hacía a don Antonio Lasso de la Vega y Zayas en la cláusula tercera del testamento también ológrafo fechado en la Hacienda de la Plata, ordenando que la tercera parte de los bienes que heredó de la excelentísima señora Marquesa de Campo-Verde, situados en La Puebla, junto a Coria, y en la ciudad de Granada y su provincia, se dividieran por partes iguales entre la excelentísima señora Marquesa de las Torres y su hermano don José Lasso de la Vega y

Zayas, con las mismas condiciones de anteriores legados. Por las razones expuestas, a la excelentísima señora doña María Guadalupe Lasso de la Vega y Zayas corresponde en usufructo la mitad de los bienes situados en La Puebla, junto a Coria, y en la ciudad de Granada y su provincia, así como las casas calle de Zaragoza, números 19 y 21, en la ciudad de Sevilla. La otra mitad de indicados bienes y la casa calle de Zaragoza número 23, pertenecen en usufructo al señor don José Lasso de la Vega y Zayas, pasando en plena propiedad a los hijos legítimos que tuvieren; si éstos tienen hijos legítimos, y solamente en usufructo si no los tuvieren. En el caso de que don José Lasso de la Vega ni sus hijos tuvieren sucesión legítima, se dividirán los bienes que constituyen sus respectivos legados en la forma señalada por el excelentísimo señor Marqués en las cláusulas cuarta, quinta y sexta y su concordante la octava del testamento otógrafo de 8 de noviembre de 1889; es decir, la referida mitad de bienes se hará tres partes iguales: el primer tercio pasará en plena propiedad al excelentísimo señor Conde de Casa Galindo, si tuviere hijos legítimos, y sólo en usufructo si no lo llegase a tener, en cuyo caso se dividirá dicho tercio en dos partes iguales, que una pasará en plena propiedad a los hijos legítimos del señor don Miguel Lasso de la Vega, Vizconde de Dos Fuentes. La otra mitad se partirá en dos mitades, pasando una de éstas en plena propiedad a los hijos del señor don Pedro de Solís y Lasso de la Vega. La otra mitad pasará en usufructo y partida por igual a don Antonio y don Ricardo de Rojas y Solís, hijos de la difunta señora Marquesa de Alventos, y por su fallecimiento pasará, también en usufructo, respectivamente, a los hijos legítimos que tengan, sucediendo a éstos en plena propiedad sus legítimos, o sea los nietos de don Antonio y don Ricardo de Rojas y Solís. Si don Antonio de Rojas y Solís y sus hijos no tienen sucesión legítima, la parte de los bienes que le hubiese correspondido pasará en usufructo a don Ricardo de Rojas y Solís y sus hijos legítimos, y en plena propiedad a los hijos legítimos de éstos, o sea los nietos de don Ricardo. Del mismo modo sucederán don Antonio y sus hijos legítimos y nietos a don Ricardo y sus hijos si no tuviesen sucesión legítima. En el caso de que don Antonio y don Ricardo y sus hijos fallecieran sin sucesión legítima, pasarán los bienes que les lega

el excelentísimo señor testador a los hijos legítimos del señor don Pedro Solís y Lasso de la Vega. El segundo tercio de los bienes, legado a don José Lasso de la Vega y Zayas, en el caso de que ni él ni sus hijos tuviesen sucesión legítima, se dividirá en dos partes iguales; una pasará en propiedad plena a los hijos de don Pedro de Solís y Lasso de la Vega, y otra a don Antonio y don Ricardo de Rojas y Solís, sus hijos y nietos, y después a los hijos legítimos de don Pedro de Solís y Lasso de la Vega, en la forma y casos y con las condiciones que el excelentísimo señor testador ordena en la cláusula cuarta del referido testamento, fecha 8 de noviembre de 1889. El tercio de los bienes legados en usufructo a don José Lasso de la Vega y Zayas, en el caso de que ni él ni sus hijos tuviesen sucesión legítima, pasará en plena propiedad a los hijos del señor don Miguel Lasso de la Vega y Quintanilla, Vizconde de Dos Fuentes, hermano del excelentísimo señor testador»; que en la mencionada escritura de 6 de agosto de 1895 se hizo adjudicación al legatario don José Lasso de la Vega y Zayas de los bienes que por su legado le correspondía como usufructuario, y entre ellos de la casa sita en Sevilla, calle de Zaragoza, número 23 novísimo, y al inscribirse en el Registro se hizo constar que «la nuda propiedad de los bienes adjudicados en usufructo a don José Lasso de la Vega y Zayas es indeterminada, por ser inciertos los herederos en quienes debe recaer, quedando sujeta a las circunstancias y vicisitudes que claramente se especifican y detallan en el apartado 11 del supuesto cuarto, sobre interpretación de la última voluntad del testador»; que fallecido don José Lasso de la Vega y Zayas, se dividieron los bienes que constituían el legado, adjudicándose a los dos hijos del usufructuario, don Miguel Lasso de la Vega López, Marqués de Saltillo, y doña Ignacia Lasso de la Vega López, Marquesa de los Ríos, quienes usufructuaron los bienes en las condiciones dispuestas por el causante, correspondiendo la nuda propiedad a las personas designadas por el testador. La casa calle de Zaragoza, número 23, de Sevilla, objeto de este recurso, fué adjudicada a don Miguel Lasso de la Vega López, haciéndose constar en la inscripción practicada en el Registro que tal adjudicación «quedará sin valor y efecto en el caso de que el legatario fallezca sin sucesión legítima, pasando entonces a las personas, hoy inciertas, llamadas a su disfrute, según lo ordenado en sus

disposiciones testamentarias por don José Lasso de la Vega y Quintanilla»; don Miguel Lasso de la Vega y López falleció sin sucesión en Madrid el 19 de diciembre de 1957, con lo que quedó extinguido el usufructo que ostentaba sobre la casa de la calle de Zaragoza, número 23, de Sevilla, entre otros bienes. Y por escritura otorgada ante el Notario de Sevilla don Rafael González Palomino el 17 de junio de 1958 por los hijos de don Miguel Lasso de la Vega y Quintanilla, como nudo propietario, y don Ricardo Rojas Solís, nieto de doña Gracia, otra hermana del primer causante, como usufructuaria, se formalizó la derivación hereditaria de los bienes usufrutuados por don Miguel Lasso de la Vega López, como interesados «únicos con plena capacidad para recibir los bienes del legado condicional, con arreglo a lo establecido en el artículo 801 del Código Civil y sin que afecte la limitación de los artículos 781 y 787 a don Ricardo Rojas Solís, ya que vivía al tiempo del fallecimiento del testador».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, acompañada de varias certificaciones de defunción de familiares del instituyente del legado, causó la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento por observarse los defectos siguientes: Primero. No se justifica el fallecimiento sin hijos de todos los usufructuarios para quedar extinguidos el derecho que los hijos de don José Lasso de la Vega Zayas tienen a estos bienes, de conformidad con la disposición testamentaria. Segundo. Caso de haberse extinguido dicha rama, que es cuando procede la transmisión de los bienes a los otros sobrinos del causante don José Lasso de la Vega Quintanilla, la justificación de que los adjudicatarios de dichos bienes están dentro de los límites que dispone el artículo 781 del Código Civil para ser válidos los llamamientos expresados. La índole de los defectos impide anotación preventiva, aunque no se ha solicitado por el presentante del documento».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección, con revocación parcial del auto del Presidente de la Audiencia, que había ratificado la nota del Registrador, confirma el primero de los defectos señalados en ésta, en méritos de la doctrina siguiente:

Que las cuestiones que plantea este recurso se reducen a resolver si extinguido un usufructo por muerte de uno de sus titulares sin descendencia, tiene lugar el acrecimiento en favor del otro cotitular nacido después de la muerte del testador, o si, por el contrario—como sostiene el Notario recurrente—, se produce la consolidación parcial del dominio pleno en los nudo propietarios designados en el testamento y, finalmente, si dándose este último supuesto, deberá justificarse ante el Registrador que los referidos nudo propietarios están dentro de los límites establecidos en el artículo 781.

Que ya el Derecho romano percibió la peculiar característica que ofrecía el problema del acrecimiento en el legado conjunto de usufructo, pues no sólo nos proporcionó una rica variedad de textos relativos al mismo, sino que en uno famoso (Ulp. D.7.2.1.) construyó la primera justificación técnica de lo que había de ser después dogmáticamente estimado como nota específica de este tipo de acrecimiento, es decir, la de que el derecho de acrecer surge en este caso no sólo cuando no existe adquisición por el colegatario, sino también en el supuesto de que con posterioridad a dicha adquisición una de las cotitularidades del derecho cese por muerte de uno de los usufructuarios; nota peculiar que se contrapone a lo exigido por nuestro artículo 982 en todos los casos de legados o instituciones en propiedad.

Que esta peculiaridad del acrecimiento en caso de usufructo conjunto, formulada en las fuentes romanas, ha sido constantemente aceptada en el Derecho intermedio, recogida en las obras francesas prerrevolucionarias, aceptada en la más moderna de las legislaciones civiles latinas y además justificado dogmáticamente, al superar la explicación de que el usufructo se constituía y se legaba diariamente—«quotidie constituitur et legatur...»—como una manifestación más del derecho de acrecer que existe, en teoría general, en todo llamamiento conjunto y solitario o como un supuesto normal de fuerza expansiva de las cotitularidades en los derechos absolutos.

Que en esta línea hay que situar nuestros precedentes legislativos, puesto que el Código de 1851 expresamente reconocía en su artículo 819 que se daba el derecho de acrecer «entre los llamados conjuntamente a un usufructo .. aunque haya aceptado el legado»,

decisión que su más autorizado comentarista admitía «porque es muy conforme a la naturaleza del usufructo» y porque el testador da a entender «con esto su voluntad de que sólo por la muerte o renuncia de todos (los usufructuarios) tuviese lugar la consolidación», «sin que en contra de esta evolución» pueda alegarse el artículo 987 de nuestro Código actual, que sólo se limitó a refundir los artículos 818 y 819 del Código de 1851, antecedentes legislativos que supera una interpretación rigurosamente gramatical y que es de máxima virtualidad en cuanto sirve para hacer prevalecer y cumplir la voluntad del causante, norma soberana en la sucesión.

Que reconocida la posibilidad del acrecimiento, no puede plantearse el problema de la existencia de un nuevo llamamiento, a los efectos del artículo 781 del Código Civil, ya que al tratarse de un legado conjunto de usufructo estamos en presencia de una vocación única y solidaria que subsiste y de la que surge precisamente en el momento del acrecimiento de una nueva delación que, por así decir, renace cada vez que se produzca una causa de acrecer, que comprende en nuestro caso concreto los bienes anteriormente usufructuados por el colegatario fallecido, sin que signifique ni entrañe un nuevo llamamiento sucesorio.

Que contra el anterior criterio sólo podía prevalecer una expresa voluntad en contrario del testador y de las últimas disposiciones del causante (en especial las cláusulas tercera a sexta y octava), resulta la inequívoca voluntad del de «cujus» de realizar una serie de legados en favor de sus hermanos y sobrinos, teniendo en cuenta las ramas que representen, de tal forma que mientras subsista descendencia en una de ellas, no disfrutarán los bienes los pertenecientes a las restantes, quienes únicamente heredarán, si se cumple la condición de que fallecieren sin hijos, los legatarios o los descendientes de éstos.

Respecto a la segunda cuestión, que reconocido el derecho de acrecer a favor de la colegataria, resta pendiente de cumplirse la condición suspensiva de inexistencia de hijos legítimos, por lo que sólo al fallecimiento de la misma podrá apreciarse la capacidad de los herederos instituidos, sin que proceda plantearse entre tanto si ese llamamiento se encuentra o no fuera del límite del segundo grado impuesto en el artículo 781.

Sea como quiera se enfoque la cuestión, a cuyo objeto son de resaltar las alegaciones del Notario recurrente, de que el usufructo con respecto a la rama de don José Lasso de la Vega y Zayas está extinguido, sin que proceda nuevo usufructo, pues de dicha rama sólo existe doña Ignacia Lasso de la Vega y López, Marquesa de los Ríos, que no reúne las condiciones del artículo 788 en relación con el 781 del Código Civil, o sea, está fuera del segundo grado de la transmisión, y no le acompaña para compensar tal obstáculo la circunstancia de vivir al tiempo del fallecimiento del testador, ya que nació en 1902 y el testador murió en 1894, a lo que hay que agregar cuanto se desprende de los artículos 758, 759, 982 y 987 del mismo Cuerpo legal; es también notorio y merecedor de destacar que el Registrador acompañó a su prudente informe certificación referente al asiento de presentación que produjera la escritura otorgada en Madrid ante el Notario de la misma don Alejandro Bérnago Llabrés, en la que se adjudicó la parte de usufructo que correspondió a don Miguel Lasso de la Vega y López, a su hermana doña Ignacia, cuyo documento había sido inscrito en varios Registros.

Lo expuesto basta para reconocer que no es asunto pacífico éste del usufructo conjunto, y especialmente el testamentario, del cual, como señala Roca (1), tanto se ha ocupado la doctrina italiana.

Ya VENEZIAN (2) decía que puede llamarse a varias personas al usufructo de una cosa misma o a un mismo conjunto de bienes; y la extensión del derecho asignado a los individuos permanece fija e invariable cuando se les llama a recibir las partes en que está dividida idealmente la cosa en una u otra proporción; pero es variable cuando se llama a todos los individuos a recibir el usufructo de la cosa entera y no está preordenada la división, aun cuando aparezca como consecuencia de la concurrencia de ellos. En el primer caso, la parte no percibida por su respectivo titular o por quien sea sustituto, queda a favor del gravado. En el segundo caso, la *ineficacia del llamamiento* no impide que subsista el usufructo ni que, disgregado de la propiedad, sigan privados de él los herederos o el legatario gravado; el usufructo en

(1) «Estudios de Derecho Privado». Tomo II, pág. 252.

(2) «Usufructo, Uso y Habitación». Tomo I, pág. 328.

toda su extensión sigue asignado potencialmente a todos los demás llamados; y como disminuye el número de los concurrentes, aumenta en beneficio de éstos el cociente de la división. Hay que reputar conferido con un solo acto de voluntad a los legatarios individuales de una cosa entera o de un usufructo entero el derecho a recoger una cuota tanto mayor cuanto menor sea el número de concurrentes; y no suponer, por el contrario, conferido un derecho a recoger una cuota cierta, y otro derecho, eventual, a participar en la adquisición de las otras partes por falta de algunos de los llamados; la extensión del legado se acerca más bien que a un *derecho de acrecer* la cuantía del legado adquirido, a un *derecho de no decrecer* del legado dispuesto en su beneficio.

Uno de los efectos del usufructo conjuntivo—señala con precisión Roca (3)—es la incrementación a favor de los usufructuarios, producida por la muerte (principalmente, entre otras causas) de alguno de ellos. A este fenómeno se le ha dado por llamar *derecho de acrecer*; pero esta expresión no es admisible en buena técnica jurídica, puesto que se trata de una «comunidad consumada», o ya funcionando, sin que se dé supuesto alguno de llamamiento, vocación o delación (4).

Y explicando más adelante (5) por qué en el usufructo conjunto se produce siempre este *especial acrecimiento* y no se refunde, embebe o revierte a la propiedad, expone los siguientes argumentos o posiciones:

A) El Romano o de que el usufructo legado se constituía «cottidie», de manera que nacía cada día (6).

B) El de la Indivisibilidad. El usufructo es una servidumbre,

(3) Páginas 252 y 253, obra citada.

(4) Para GONZÁLEZ PALOMINO es un «pseudo acrecimiento». «Estudios de Arte menor sobre Derecho Sucesorio». A. A. M. N., pág. 572.

(5) Página 256, obra citada.

(6) En realidad, dicen los profesores ALVARO D'ORS y J. BONET CORREA: *El problema de la división del usufructo*, «Anuario de Derecho Civil», Tomo V, fascículo I, pág. 81, no debemos burlarnos de esta ingeniosa explicación, pues el Derecho tiene muchas ideas constructivas de ese tipo, empezando por aquella de que el mutuante adquiere la «propiedad» de las monedas prestadas o aquella otra tan contradictoria de que «hacemos nuestros los frutos por consumición». Para estos autores, tal construcción, como todas las construcciones jurídicas, son recursos antihistóricos. Nuestro Centro, en su tercer Considerando, dice que esta explicación se halla superada. Y GONZÁLEZ PALOMINO afirma «que es pura y malamente conceptual», obra y lugar citados.

y como tal, participa de la nota de la indivisibilidad común a ésta.¹ De aquí que su atribución sea, naturalmente, en bloque. (Véase estudio citado en nota 6.)

C) El de toda comunidad. En toda comunidad hay acrecimiento, y, por ende, no debe constituir una excepción la comunidad del usufructo (7).

D) El de la voluntad del disponente, que para Roca es el aceptable, pues que entonces se produce el juego del acrecimiento tontino, a que parece responder el artículo 521 del Código Civil, y lo confirma la jurisprudencia (Sentencias de 29 de marzo de 1905 y 21 de mayo de 1910, a las que agregan los citados D'ORS y BONET CORREA la de 9 de febrero de 1917). Basta que haya conjunción o, mejor dicho, que no haya disyunción, o sea, formación de cuotas específicas, para interpretar que la voluntad del disponente fué atribuir todo el usufructo por entero a todos y cada uno de los usufructuarios.

* * *

Ahora bien, nuestro Código Civil dispone en el artículo 521 citado, que «el usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de la constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere».

El Código proclama—señalan D'ORS y BONET (8)—el acrecimiento de un modo general sin concretar—como hacía el proyecto de 1851—dicho efecto tan sólo a los efectos *mortis causa*, en donde la presunción de voluntad a este efecto era el fundamento del mismo. *En este último caso*, «si el título constitutivo es de carácter sucesorio, ya sea universal, ya meramente singular, el que podría llamarse derecho de acrecer entre los cusufructuarios—dice COMAS—se determinará conforme a las disposiciones que regulan las sucesiones y tendrá, por tanto, como corresponde al derecho de acrecer, la consideración de un verdadero derecho de esta clase».

Si esto es así (y los citados D'ORS y BONET CORREA nada aducen en contrario a la cita que hacen de COMAS), rigurosamente hemos de atenernos a lo que en la Sección Tercera, del Capítulo Quinto, dispone el Código Civil, en cuanto al Derecho de Acrecer, y cobran

(7) ASÍ, VENEZIAN (ob. cit.) y RUGGIERO.

(8) Página 120, trabajo citado.

total relevancia, por tanto, las argumentaciones que en pro de su tesis expuso el Notario recurrente, lo que en verdad no se le puede motejar le pasase inadvertido a nuestro Ilustre Centro, pues bien claramente alude a los artículos 987 y 982 de dicho Código en sus Considerandos.

Acaso el razonamiento de más fuerza que hubiera podido esgrimirse (y que por el tiempo que empleamos del verbo fácilmente se colige no se hizo) en pro de la doctrina sentada por nuestro Centro, es el muy fino e ingenioso—aunque un tanto conceptual—de ROCA SASTRE, cuando dice: «Pero hay que observar que el artículo 987 del Código Civil más bien se refiere al caso de *comunidad en formación* y no a la *en marcha*, y además, que en caso de coherederos, no hay problema alguno de absorción por el *dominus* (9).

Porque ese otro de la presunta voluntad del disponente, con la invocación del artículo 675 del Código Civil y de la magnífica sentencia de 6 de marzo de 1944 (10), resulta... un tanto elástico, demasiado flexible, por cuanto con él se podría llegar a eliminar todo el derecho sucesorio: sustituciones, capacidad, legítimas, derecho de acrecer, etc., materias absolutamente disciplinadas y a cuyas normas la voluntad de todo disponente habrá de ajustarse, por ser más que de derecho necesario, institucional o público, mejor.

Y por lo que se afirma en el Considerando tercero, «que esta peculiaridad del acrecimiento en caso de usufructo conjunto formulada en las fuentes romanas, ha sido constantemente aceptada en el Derecho intermedio, recogida en las obras francesas prerrevolucionarias, aceptada en la más moderna de las legislaciones civiles latinas» (11), fácil es deducir que inspirado nuestro legis-

(9) Página 255, obra citada.

(10) De la que fué ponente el insigne maestro don JOSÉ CASTÁN (véase «Revista de Derecho Privado», pág. 424, año 1944).

(11) Dispone expresamente el artículo 678 del Código Civil italiano —16 de marzo de 1942—: «Acrecimiento en el legado de usufructo: Cuando a varias personas les es legado un usufructo, de modo que entre ellas tenga lugar el derecho de acrecer, el acrecimiento tiene lugar también cuando una de ellas falta después de conseguida la posesión de la cosa sobre la que recae el usufructo.» Escribe GAZZARA, comentando este artículo, que la actuación del acrecimiento puede ser posterior no sólo a la apertura de la sucesión (y, por tanto, a la adquisición *ipso iure* del legado), sino también a la adquisición material de la posesión de la cosa legada.

Y esto es así por expresa disposición legal, cuya justificación ensaya el autor

lador de 1889 por aquéllas, y habida cuenta—además—del proyecto de 1851, no cabe pensar se le pasase por negligencia u olvido su regulación expresa en la sección correspondiente del Derecho de Acrecer, referente a sucesiones, cual ha hecho el italiano, al que creemos se referirá la Dirección al hablar de la más moderna legislación latina y según explanamos en la nota 11.

Y si no lo hizo, si se limitó a proclamar el acrecimiento de un modo general (según expresión antes copiada de D'ORS y BONET), en el artículo 521, ¿por qué no atenernos a su letra y dejamos de buscarle un sentido e interpretación que seguramente sus redactores no quisieron tuviera? Sobre todo cuando, como en la cuestión planteada, se fuerzan deducciones que chocan en una interpretación literal, según reconoce el propio Centro Directivo, con diversos preceptos—los citados y alguno más que pudiera aducirse—del Código.

Sin embargo, esto no quiere decir que estemos totalmente convencidos de lo que acabamos de exponer, que tiene más de ensayo de una postura—la postura del jurista práctico que somos—que de crítica—¡Dios nos libre!—a la doctrina—tan brillante—de nuestro órgano rector; sobre todo cuando pensamos en lo escrito al principio de su meritisimo estudio por los repetidos profesores D'ORS y BONET (12), «que el estudio del Derecho romano conduce a la rectificación y superación de la crisis actual del Derecho Civil», hasta el extremo, como se puede comprobar en el presente caso —añadiríamos parafraseándoles—, de llevarnos a una purificación mejor que a una subversión (como se pudiera deducir) de lo legislado.

con argumentos muy análogos a los examinados en el texto (cfr. Roca y VENEZIAN).

En otros términos—precisa GAZZARA—el legislador, de acuerdo con la especial naturaleza del derecho en cuestión, ha intentado extender, con la norma del artículo 678, la presunción de acrecimiento a la efectividad del fenómeno, hasta los límites de lo posible e incluso posteriormente a la adquisición.

Teniendo en cuenta esto es obvio que con mayor razón deberá tener plena eficacia la voluntad explícita del testador para que la solidaridad activa entre los colegatarios del usufructo opere más allá de la adquisición del derecho y de la aprehensión de la posesión de la cosa legada, etc.; nos remitimos a las páginas 192 a 195 de la obra de GIACOMO GAZZARA: «Contributo Ad Una Teoria Generale Dell'Accrescimento». Guifré, Milano, 1956.

(12) Página 62, introducción al sumario del trabajo.

ANOTACIÓN PREVENTIVA.—PARA PODER EXTENDER UN ASIENTO DE ESTA CLASE SE REQUIERE QUE EL TÍTULO QUE LE SIRVE DE FUNDAMENTO SE BASE EN ALGUNA DE LAS CAUSAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 42 DE LA LEY HIPOTECARIA O DE OTRA QUE EXPRESAMENTE LO DETERMINE.

LA NO CONSTANCIA DE NOTA DENEGATORIA EN EL DOCUMENTO CALIFICADO NO CONSTITUYE DEFECTO FORMAL, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 106 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, TODA VEZ QUE NO APARECE SE RECLAMASE OPORTUNAMENTE SU EXTENSIÓN.

Resolución de 3 de diciembre de 1960. («B. O.» de 20 de diciembre.)

En causa 1.921/52 de la Primera Región Militar, seguida contra Emilio Milán Pisonero, se adjudicó al Estado una finca propiedad de aquél, sobre la cual aparece construido un chalet de dos plantas con una nave a él adosada, finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Getafe; al amparo del correspondiente auto se expidió por el Juzgado Militar mandamiento al Registro de la Propiedad, el cual fué inscrito en cuanto a la adjudicación del dominio del suelo, denegándose la del vuelo por aparecer éste inscrito a nombre de don José Miguel Gómez Acebo y Pombo; la Autoridad judicial de la Región, ante este hecho, ordenó deducir testimonio para el Ministerio del Ejército, a fin de que por la Dirección General de lo Contencioso se ejerciten las acciones para la inscripción del vuelo o del dominio pleno del suelo, y que por el Instructor, entre tanto se interpone demanda por la Abogacía del Estado, se expida mandamiento al Registro de la Propiedad para que se tome la anotación preventiva del número 10 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria en garantía de los intereses del Estado. En cumplimiento de lo ordenado se expidió por duplicado mandamiento al Registro de la Propiedad número 9 de esta capital a aquellos efectos.

Presentado en el Registro de la Propiedad el citado mandamiento, fué devuelto con un oficio en el que se hace constar: «que para practicar la anotación preventiva sobre el vuelo inscrito a nombre de don José Miguel Gómez Acebo y Pombo de la finca registrada en el tomo 330, folio 76, número 7.983, al amparo del apartado 10 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, es preciso, de con-

formidad con el artículo 38 de la misma Ley que, previamente o a la vez, se interponga la demanda a que se refieren los resultados tercero y cuarto del auto que se transcribe».

. Interpuesto recurso por el Instructor de la causa, la Dirección ratifica el auto del Presidente de la Audiencia y nota del Registrador, mediante la razonada doctrina siguiente:

.
Que adjudicada una finca al Estado e inscrita a su favor en cuanto al suelo, pero no respecto del vuelo por aparecer en el Registro a nombre de tercera persona, la cuestión planteada en este expediente consiste en dilucidar si podrá anotarse en base del número 10 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria el mandamiento expedido por el Juzgado Militar Especial para garantizar los intereses del Estado, en tanto no se presente la correspondiente demanda.

Que para poder extender un asiento de anotación preventiva se ha de requerir que el título que le sirva de fundamento se base en alguna de las causas establecidas en el artículo 42 de la Ley, y aunque se ha pretendido apoyarla legalmente en el número 10, no cabe estimar correcta la fundamentación dado que para ello sería necesario que, conforme a lo dispuesto en las disposiciones hipotecarias o en otra Ley, se tuviese derecho a exigirla.

Que aun cuando la finalidad perseguida por la anotación que se pretende se contraiga, según el auto del Juez especial militar, en asegurar, a efectos registrales, los intereses del Estado, tampoco cabría extenderla en base del número 1 del repetido artículo 42 de la Ley, porque es a los Tribunales ordinarios a quienes corresponde ordenarla una vez interpuesta la demanda y no al Juzgado Especial cuya actuación ha finalizado totalmente, y además porque de llevarlo a efecto afectaría a un titular registral que no habría sido parte en el procedimiento.

Que la no constancia de la nota denegatoria en el documento calificado no constituye ningún defecto formal, de conformidad con el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, toda vez que no aparece reclamarse oportunamente su extensión.

Una vez más se ratifica por la Dirección lo que viene repitiendo unánimemente la doctrina, por desprenderse de la propia Ley —art. 42—, que para que los asientos de anotación preventiva puedan practicarse se precisa la existencia de una norma concreta que específicamente lo prevenga. Rige, pues, el *numerus clausus* en cuanto a ellas.

Por lo demás, y sin que esto aparezca declarado por nuestro Centro, puede deducirse una indudable habilidad procesal del recurrente, pues si se encontró al ir a posesionarse del solar que fuera propiedad del procesado, con un derecho de superficie inscrito sobre el mismo a favor de persona distinta, con la interposición del recurso y mediante el juego del artículo 114 del Reglamento, dará lugar a que por la Dirección de lo Contencioso se interpongan las acciones correspondientes de que se hace mérito en los hechos al principio copiados y se refleja claramente en su escrito de alzada de la decisión presidencial, cuando invoca la indefensión del Estado respecto a los particulares, dado los largos trámites requeridos para que la Abogacia del Estado interponga la oportuna demanda en defensa de los intereses del mismo.

ANOTACIÓN PREVENTIVA.—NO ES POSIBLE PRACTICAR LA QUE SE DIRIGE A HACER CONSTAR LA ADJUDICACIÓN A FAVOR DE UN FIDUCIARIO DE LOS DERECHOS QUE EN SU DÍA PUDIERAN CORRESPONDER A UN FIDEICOMISARIO, CON EL FIN DE ADVERTIR A LOS TERCEROS QUE EN EL FUTURO NO PUEDE ESPECULARSE CON LOS EVENTUALES DERECHOS DE ESTE ÚLTIMO, Y CUYA ANOTACIÓN PRETENDE BASARSE EN EL NÚMERO 3 DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY HIPOTECARIA, RELATIVO A LAS DE EMBARGO, YA QUE POR LA NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL RECAÍDA, EL DOCUMENTO CONSTITUIRÍA UN TÍTULO INSCRIBIBLE A TENOR DEL ARTÍCULO 3.º DE LA CITADA LEY, EN CUANTO IMPLICA VERDADERAS DECISIONES SOBRE LOS DERECHOS DEBATIDOS EN LA «LITIS» Y JUEGA A MODO DE LAS PROPIAS EJECUTORIAS.

POR OTRA PARTE, NO PUEDEN PRACTICARSE OTRAS ANOTACIONES DISTINTAS A LAS ESTABLECIDAS CONCRETAMENTE, DE UNA MANERA EXPRESA, EN LAS DISPOSICIONES LEGALES, CON LO QUE SE LLEGA A LA CONCLUSIÓN DE SER IMPROCEDENTE EL ASIENTO PRETENDIDO.

Resolución de 14 de diciembre de 1960. («B. O.» de 4 de enero de 1961.)

Don Antonio Raventós Arnau otorgó testamento en 18 de julio de 1900, ante el Notario de Barcelona, don Adrián Margarit, en el que instituyó herederos por partes iguales a sus hijos don Juan, don José y doña María Raventós Babot y a los demás hijos nacidos o póstumos que dejare a su fallecimiento y les nombró sustitutos para después de su muerte a sus respectivos hijos y si a éstos premuriese alguno de estos hijos dejando descendencia dispuso que éstos ocupasen el lugar del padre o madre premuerto. Como consecuencia de dicho testamento, constan inscritas en el Registro de Barcelona, Oriente, a favor de don José Raventós Babot dos casas, cuya mitad indivisa está sujeta al referido fideicomiso. En juicio ejecutivo seguido a instancia de don José Raventós Babot contra su hijo don José María Raventós Laguna, en reclamación de 150.000 pesetas de principal, intereses y costas, se despachó ejecución contra bienes del demandado y sobre todos los derechos resultante del indicado fideicomiso de su abuelo y causante, don Antonio Raventós Arnau, comprensivo entre otras fincas de las dos casas antes mencionadas; seguido el procedimiento por todos sus trámites se dictó sentencia de remate en 19 de febrero de 1952, y por auto de 25 de agosto de 1954 fueron adjudicados al ejecutante los derechos del fideicomisario sobre las citadas fincas embargadas y subastadas en el procedimiento que pudieran corresponder al ejecutado en la herencia de su abuelo, en la cantidad de 24.609,36 pesetas. Para asegurar el cumplimiento de dicha sentencia y auto se dictó providencia el 15 de junio de 1957 para la anotación del auto de adjudicación sobre las fincas indicadas y en la misma fecha se expidió mandamiento ordenando la práctica de la anotación.

Presentado en el Registro el anterior documento, fué calificado con la siguiente nota: «Presentado por duplicado el mandamiento que precede a las doce del día 17 de enero actual, asiento 1.266 del Diario 122, se suspende la inscripción del auto de adjudicación de fecha 25 de agosto de 1954, por cuanto respecta a una mitad indivisa de la finca, que corresponde al ejecutante por compra, ningún derecho ostentó el ejecutado, y respecto a la otra mitad, sujeta al fideicomiso, por no constar previamente inscritos los derechos de

éste, por lo que se han extendido anotaciones por suspensión, y sin que proceda tampoco la anotación de embargo, ya que todos los derechos constan adjudicados al propio actor y no ser admisible la constitución de derechos sobre cosa propia, no pudiendo aplicarse por ello el párrafo 3.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 141 del Reglamento, que se refiere a otros supuestos. Las anotaciones por suspensión y duración de sesenta días se extendieron donde expresan los cajetines al margen de las descripciones de las fincas.»

Interpuesto recurso, la Dirección, con el informe del Juez que expidió el mandamiento, ratifica el auto presidencial, confirmatorio de la nota calificadora, mediante la ponderada y brillante doctrina (en la que, además, se centra impecablemente lo discutido) siguiente:

Que en este expediente debe resolverse únicamente si es posible practicar una anotación preventiva en la que se haga constar la adjudicación a favor del fiduciario de los derechos que en su día pudieran corresponder al fideicomisario, puesto que por haber admitido el recurrente aquella parte de la nota relativa a la mitad indivisa de la finca que le corresponde por compra, y no poder ser discutidas en el recurso gubernativo más que las cuestiones que se relacionan directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, deben rechazarse de plano las peticiones basadas en otros motivos.

Que los términos en que aparece redactado el mandamiento calificado no son claros, y ello origina que lo que se ordena sea interpretado de diversa manera, y así el Juez que conoció de los autos manifiesta en su informe que lo solicitado es una anotación de derecho hereditario basada en el número 6 del artículo 42 de la Ley; el funcionario calificador suspende el asiento por no aparecer previamente inscrito el derecho del deudor; y el recurrente pretende que se haga constar en el asiento del fiduciario, como advertencia a tercero, la adjudicación a su favor de los posibles derechos que en su día pueda adquirir el fideicomisario, caso de cumplirse la condición.

Que, aun tratándose de documentos judiciales—en los que no

es tan amplia como en los extrajudiciales la facultad calificadora del Registrador—para que las operaciones registrales ordenadas por dicha autoridad queden cumplidas, se hace preciso que la decisión relativa a los derechos contenidos en los libros del Registro se atemperen a los pronunciamientos que resulten de tales asientos no tan sólo en cuanto a la titularidad del condenado en el respectivo proceso, sino también en cuanto al alcance y modalidades de su derecho.

Al resultar de los asientos, que no se trata de una herencia indivisa, por aparecer los bienes adjudicados a los herederos en virtud de la debida partición, no es posible practicar, conforme al artículo 71 de la Ley, la anotación del derecho hereditario ordenada, según el informe judicial, por el mandamiento presentado.

Por imperativa aplicación del tracto sucesivo, que la disponibilidad sobre los bienes ha de operarse por el titular del derecho, según el Registro, y tratándose del supuesto del artículo 82 del Reglamento Hipotecario, es igualmente necesario que el fideicomisario sea conocido, requisito insustituible por meras expectativas de naturaleza eventual, que no se han de traducir en derechos definidos y ciertos hasta el cumplimiento de las condiciones impuestas por el testador, pues otra cosa equivaldría, en definitiva, a desconocer la sustitución impuesta.

Que la finalidad perseguida por el recurrente—advertir a los terceros que en el futuro no puede especularse con los eventuales derechos del fideicomisario—no es viable mediante una anotación basada en el número 3 del artículo 42, relativo a las de embargo—ya que por la naturaleza de la resolución judicial recaída, el documento constituiría un título inscribible a tenor del artículo 3.º de la Ley—en cuanto implica verdaderas decisiones sobre los derechos debatidos en la litis y juega a modo de las propias ejecutorias—sin que pueda fundarse en ninguno de los restantes números del mismo artículo, y dado que no han de practicarse otras anotaciones distintas a las establecidas concretamente, de una manera expresa, en las disposiciones legales, se llega a la conclusión de ser improcedente el asiento pretendido.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L

III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1959.—*Mandato y poder: diferencias. Efectos de uno y otro.*

Aunque ya conocida por la doctrina y reconocida por la jurisprudencia, es de interés la sentada por esta sentencia, y que dice:

Que desintegrado el concepto del Código Civil francés sobre el mandato en dos figuras autónomas, la interna de gestión—mandato—y la externa de representación directa—poder—, pueden darse los siguientes supuestos: Primero. El complejo—mandato y poder unidos—, aunque instituciones independientes, conexas en su nacimiento e interferidas en sus efectos. Segundo. El simple poder sin mandato, esto es, la representación directa, principalmente voluntaria, que o obedece a un mandato en sus relaciones internas entre «dominus» y «procurator»; y Tercero. El simple mandato sin poder, mandato puro, exento en absoluto de representación directa, privado de todo actuar en nombre del mandante, reducido el mandatario a obrar exclusivamente en su nombre, si bien por cuenta y cargo de su mandante.

Que en el mandato sin poder, el titular único de las relaciones jurídicas de los actos realizados con los terceros es el mandatario, gravitando sobre su patrimonio las obligaciones contraídas, así como forman parte del mismo los derechos adquiridos, aunque esa titularidad sea necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante que queda extraño a esas relaciones jurídicas.

Que nuestro Código Civil admite el mandato puro en los apartados 1.º y 3.º del artículo 1.717, conteniendo el primer apartado una «denegatio actionis» entre tercero y «dominus», esto es, las acciones derivadas de la relación de representación directa, afirmando sustancialmente que cuando el mandatario actúa en su propio nombre—no en el del mandante—no hay «contemplatio do-

min», y, por consiguiente, se excluyen la representación directa y sus efectos. las acciones entre tercero y mandante. Aclara el legislador, en el apartado 3.º, la vigencia de las acciones directa y contraria en las relaciones jurídicas entre su mandante y mandatario, porque si bien excluye la representación —el poder—, no anula el mandato ni, por consiguiente, sus dos acciones típicas.

Que por excepción no cabe titularidad del mandatario cuando las cosas sean propias del mandante (artículo 1.717, apartado 2.º, inciso último) por tratarse de un caso de representación directa, o de poder por apariencia.

Que como ha declarado esta Sala en su sentencia de 6 de julio de 1946, el artículo 1.717 del Código Civil, a la vez que consagra el mandato simple o representación indirecta, destacando los efectos de tal forma de actuar por cuenta de otro, y en nombre propio, es indudable que el apartado 2.º de su párrafo 2.º establece una clara excepción a virtud de la cual, cuando las cosas pertenecen al mandante, las consecuencias jurídicas de lo hecho por el mandatario afecta directamente a aquél, surtiendo iguales efectos que la verdadera representación, pues de lo contrario no sería posible la venta de cosas del mandante sin representación inmediata o una previa transmisión al mandatario.

SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1960.—*No hay subarriendo por la formación de una «peña» en una taberna.*

El subarriendo supone el hecho plenamente demostrado de la ocupación total o parcial, compartida o excluyente, de la cosa arrendada, por persona que no intervino en la perfección del contrato de arrendamiento. Esta circunstancia no puede inferirse del hecho de que los miembros de una Asociación concurren con todos los demás clientes del negocio propio y exclusivo del arrendatario, al establecimiento que, en el local arrendado explota este negocio, con el cual no tienen más relación aquéllos que la derivada de las consumiciones variables a capricho de cada uno en calidad, cantidad, ocasión y retribución, inconciliables con las notas esenciales de la arrendaticia de espacio determinado, precio cierto y uso subjetivamente individualizado en la persona de su titular, de que carece el vehículo que liga a los concurrentes a un bar al dueño de éste, aunque algunos de ellos sean miembros de una asociación o aunque todos los asociados en ésta acudan al bar a utilizar sus servicios retribuidos y no un espacio determinado mediante especial y singular retribución.

Se llega a distinta conclusión (resolución del contrato) en sentencia de 5 de abril de 1960, sin duda, porque los hechos, en principio análogos, eran distintos en sus matrices y circunstancias.

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1960.—*La «convivencia» con el arrendatario—artículo 27 de la L.A.U. de 1946—es inaplicable a los locales de negocio*

Se pidió la resolución del contrato de arrendamiento por traspaso ilegal. Los demandados se opusieron, alegando que el arrendamiento era, en parte, de local de negocio, y en parte de vivienda, y que por ello, la convivencia en la vivienda no podía traer como consecuencia la resolución del contrato.

En Primera Instancia se estimó la demanda y se impusieron las costas a los demandados. La Audiencia confirmó tal sentencia, y el T. S. declaró no

haber lugar al recurso interpuesto, razonando que el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos de 1946 se refería a las viviendas, pero no a los locales de negocio, en los que no es posible la convivencia del inquilino con otras personas.

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1960.—*Negación de prórroga de arrendamiento urbano por necesidad de la dueña que contrae matrimonio con varón avecindado en otra localidad.*

El problema planteado en esta litis es sutil. Una mujer es dueña de una casa arrendada situada en la población donde reside en el domicilio de sus padres y de donde es natural. Contrae matrimonio con persona domiciliada en lugar distinto, y le niega la prórroga al arrendatario, basándose en la necesidad de habitarla, como consecuencia de la formación de su nuevo hogar. No existe razón de profesión, oficio, o cargo que obligue a los cónyuges a determinada residencia.

Demandado el inquilino sobre resolución del contrato de arrendamiento, se opuso, alegando que el requisito de la necesidad ha de concurrir en el matrimonio y no aisladamente en la mujer o en el marido.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda e impuso las costas a la parte actora; la Audiencia revocó la sentencia y declaró resuelto el contrato e impuso las costas de Primera Instancia al demandado. El T. S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

Dice la sentencia que es incuestionable que el matrimonio requiere y exige un hogar de instalación distinto al de los padres, porque, formada una nueva familia, es natural que vivan con independencia. No es un capricho, ni simple deseo, ni mera conveniencia, la fijación de residencia donde el cónyuge reclamante ha nacido y vivido toda su vida, sino consecuencia natural dentro del régimen social, pues sería absurdo el ir contra realidades de la vida, que por no ejercer profesión, no estar vinculado a oficio o cargo, se le obligara a desplazar de residencia, pues a tal equivaldría el negarle el derecho de ocupación de la vivienda.

No es estimable que el requisito de la necesidad haya de concurrir en el matrimonio y no aisladamente en la mujer o en el marido, porque el precepto se refiere al arrendador que necesite la vivienda, y en los autos es la dueña arrendadora la que requiere la casa para ella, con base en su matrimonio, por lo que ante esta complejidad de hecho, de local arrendado, matrimonio de la propietaria y continuación de la residencia donde habitualmente ha vivido, es claro y evidente que le asiste el derecho preferente a ocuparla, y consiguientemente, hay que apreciar la excepción a la prórroga que estatuye el artículo 62 de la Ley.

SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1960.—*Nulidad del pacto sobre competencia en arrendamiento urbano regido por la L.A.U.*

El artículo 121 de la L.A.U. prohíbe la sumisión expresa en los procesos por ella regulados. Todo acuerdo voluntario en contra de dicha norma de derecho necesario, no es pacto exigible o válido, sino radicalmente nulo e ineficaz.

SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1960.—*Cesión de bienes. Pacto de retro no inscrito. Tercero hipotecario de buena fe.*

Los antecedentes son, en síntesis: F. cedió a C., en pago de deudas, ciertas fincas, mediante escritura pública que se inscribió en el Registro. Con posterioridad a la cesión, C. se comprometió a retroceder las fincas a F., si en el plazo de cuatro años le pagaba la deuda e intereses, y, efectivamente, antes de vencer el plazo le efectuó el pago, lo que se hizo constar en documento privado, en el cual C. manifestó retroceder las fincas y estar dispuesta a otorgar escritura pública de retrocesión, y F. entró en posesión de las tan repetidas fincas.

Después de todo ello, C. (que seguía siendo titular registral) vendió a E. L. una finca rústica, «Cruz del Husillo», de las aludidas en este resumen, mediante escritura pública que se inscribió en el Registro.

F. demandó a C. y a E. L., pidiendo, en síntesis, que se le declarara propietario de las fincas que fueron objeto de retrocesión mediante documento privado; que era nula la venta realizada a favor de tercero, el señor E. L., de la finca «Cruz del Husillo»; que se anularan y cancelaran los asientos registrales correspondientes, y que en caso de no acceder a lo antes expuesto, se le indemnizara con la cantidad de 630 000 pesetas.

La demandada C. se opuso, negando la autenticidad del documento privado de retrocesión y la posesión quieta y pacífica del demandante. El demandado, E. L., se opuso alegando su condición de tercero había comprado teniendo en cuenta lo que proclamaba el Registro.

De la sentencia del Tribunal Supremo se deducen, en resumen, las siguientes conclusiones:

A) En cuanto al adquirente, según el Registro, E. L. que es tercero de buena fe. Se mantiene su adquisición. La ausencia de la buena fe no se presume nunca, dice la sentencia, y el conocimiento de la inexactitud de la inscripción registral ha de ser probado de un modo concluyente en régimen de inversión de prueba, por quien afirma la carencia de buena fe en el tercero hipotecario, bien por hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos o bien por actos que haya realizado el mismo supuesto tercero, hechos o actos cuya existencia es cuestión de hecho, que esta reservada en su apreciación a la soberanía del Tribunal de Instancia.

La buena fe ha de hallarse referida al momento de la adquisición del inmueble. Es irrelevante que el comprador llegara o pudiera llegar a enterarse de la inexactitud registral después del otorgamiento de la escritura en que se efectúa la tradición, pues *mala fides superveniens non nocet*.

B) En relación con la demandada C. Que es válido y eficaz el documento privado de retrocesión. Por ello es notorio que la retrovendedora ya no tenía la atribución patrimonial de la finca rústica que con posterioridad a la retrocesión transmitió, por venta, a su codemandado en el pleito, y al no tenerla carecía de derecho para efectuar tal venta. Al llevarla a cabo por el crecido precio que recibió, no cabe duda que se operó a su favor un enriquecimiento sin causa, en conexión con un empobrecimiento del actor, que le debe ser reparado como lo acuerda la sentencia, con la restitución del objeto en la cuantía del enriquecimiento (indemnización de 630.000 pesetas).

Ha aplicado la sentencia, con normalidad y corrección, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, tan fundamental, destacando que la buena fe del tercero se presume siempre, y que la pérdida de tal buena fe, con posterioridad a la adquisición, no afecta a la buena fe inicial.

En relación con este tema—la buena fe del tercero— parece de interés traer a colación la cuestión planteada por Lacruz, referente a quien deberá tener la buena fe cuando la adquisición se realiza por medio de representante.

Hupka sostiene que la buena fe es cosa exclusiva del representado, opinión que rechaza el autor antes citado. El profesor Serrano y Serrano entiende que el exigir la buena fe sólo al representante o al representado se presta a inmoralidades. Excluye la necesidad de la buena fe del representado en el caso de representación legal, fórmula que Lacruz estima la más adecuada para el Derecho español.

También es de recordar, con motivo de esta sentencia que algo falta, tal vez, en el sistema español, y es la indemnización procedente de un fondo oficial, al perjudicado por la efectividad de las normas inmobiliarias. La protección al tercero, necesaria para la seguridad del tráfico jurídico, puede traer como consecuencia un perjuicio para el que actuó de buena fe con olvido de las normas hipotecarias, con falta de cuidado para asegurar su derecho. En el Derecho inglés existe una indemnización para tal supuesto (véase el trabajo sobre Derecho registral inglés, que publicará el Registrador don Manuel Rodríguez).

SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1960—Retracto de comuneros ejercitado con motivo de subasta judicial. El plazo se cuenta desde el otorgamiento de la escritura.

Se planteó retracto de comuneros con motivo de una subasta judicial. La sentencia de Primera Instancia entendió que el plazo legal de nueve días se contaba a partir de la aprobación del remate, momento equivalente al de la perfección del contrato. La sentencia de la Audiencia afirmó que el cómputo ha de hacerse atendida la fecha de consumación, que es, en tal caso, la del otorgamiento de la escritura de venta.

El Tribunal Supremo resolvió en favor de esta última tesis

No es nueva ciertamente, dice la sentencia, la doctrina sentada por este Tribunal, que si en algunas de sus resoluciones (sentencias de 28 de junio de 1949 y 2 de junio de 1950) ha dicho que a los efectos del ejercicio de la acción de retracto, ha de estarse al momento de la consumación del contrato y no al de su perfección, ha precisado y justificado esta tesis en sentencia de 5 de febrero de 1952, añadiendo que la acción de retracto, por ser de naturaleza real, no nace hasta que el adquirente de la cosa entra en su posesión por tradición real o simbólica, pues que hasta entonces no se lesiona en realidad el preferente derecho del retrayente; doctrina la expuesta, que esta Sala ha sustentado con carácter general, pero que, además, para evitar toda duda, ha reiterado en supuestos de venta judicial por su sentencia mas reciente de 17 de febrero de 1956. En ella, incidentalmente, se sostiene que el acto de la subasta, puede señalar el momento de perfección del contrato que a efectos del retracto no determina el nacimiento del ejercicio de la acción sólo posible cuando la venta se consuma, por el otorgamiento de la correspondiente escritura, mediante el cual se operó, la tradición simbólica de la finca transmitida, en este caso.

SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1960.—*Daño emergente y lucro cesante: Su prueba*

El incumplimiento de un contrato, se lee en los Considerandos de esta sentencia, por sí solo no implica ni supone la existencia de perjuicios al efecto de relevar de la prueba de los mismos. Pero esta doctrina que es exacta, no es de aplicación tan absoluta que en los casos en que de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño sea preciso acreditar su realidad, además de la de los hechos que inexcusablemente les han causado, más especialmente si se establece la evidente diferencia que hay entre el daño emergente y el lucro cesante.

Respecto al primero aparece demostrado en el pleito el hecho de que la fábrica estuvo paralizada desde el 21 de enero hasta el 12 de junio del mismo año, que la causa de esto es la falta de la oportuna reparación de la turbina, recabada insistentemente por la actora antes de que se rompiese, a lo que venía obligada por lo estipulado en el contrato y en las leyes que rigen la materia, y siendo evidente que ese tiempo tuvo la arrendataria que seguir abonando los jornales, pluses y cargas familiares y seguros sociales de sus obreros, contribuciones, arbitrios e impuestos, sin ganancia que económicamente la compensara de esos gastos, es indiscutible que con ello se le produjo un daño emergente que no necesita para su estimación una prueba concreta de su existencia, pues se infiere necesariamente de los hechos probados, si bien el *quantum* no está concretado y por eso lo difiere la sentencia para que se fije en su ejecución.

Ocorre todo lo contrario con el lucro cesante, pues aun en los negocios más prósperos, y no consta en autos la situación de la industria en cuestión, es corriente que las utilidades sean muy diferentes unas temporadas de otras y hasta puede ocurrir que en un corto espacio de tiempo haya pérdidas, si bien podrían ser compensadas con las ganancias de otros períodos, y por ello tiene declarado este Tribunal que para que puedan ser esas ganancias estimadas por el juzgador tienen que estar acreditadas y probadas, pues lo único que cabe dejar para la ejecución de sentencia es la determinación de la cuantía, pero para hacerlo así hay que demostrar en el pleito y declarar en la sentencia la realidad de tal lucro cesante.

SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1960.—*Tercería de mejor derecho Efecto de la anotación registral de embargo.*

Con motivo de cierta tercería de mejor derecho, en la sentencia referida se lee el siguiente Considerando:

«Que la naturaleza de los procesos sobre tercería de mejor derecho supone por definición, la necesaria comparación de los títulos invocados en el período expositivo del juicio para determinar, en consecuencia, cuál de ellos es el preferente en orden al cobro de la cantidad obtenida de la venta de los bienes embargados a un deudor común; siendo de advertir que la anotación registral de embargo sólo otorga tal preferencia sobre los bienes anotados en cuanto a los que tengan con el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad»

Tan escueta afirmación puede dar lugar a confusiones y erróneas consecuencias, dicho sea con el debido respeto, y conviene explicarla en lo posible.

El artículo 44 de la Ley Hipotecaria remite al 1.923 del Código Civil, número 4, y a su vez, éste hay que relacionarlo con el 1.927. Copiemos la conclusión, derivada de ellos, y expuesta con claridad por Lacruz Verdejo: La anotación de embargo concede preferencia:

1.º Sobre los créditos posteriores a la anotación.

2.º Sobre aquellos créditos anteriores que no tengan una razón de prelación especial sobre el anotado, es decir, que en caso de concurso, no interviniendo la anotación, se liquidarían a la vez.

Roca, resolviendo dudas ya planteadas por los hipotecaristas clásicos, ha escrito: En la pugna entre el crédito anotado y el crédito anterior a la anotación, cuando este último tenga preferencia sobre aquél, vence siempre éste. Fuera de este caso, la prelación de créditos anotados, cualquiera que sea la fecha de ellos, se determina por orden de la antigüedad de su anotación respectiva, de modo que, a base de la regla «prior tempore potior iure», el crédito de anotación más antigua tiene preferencia sobre el crédito o créditos de anotación más moderna.

Se ha criticado nuestro sistema legal en orden al efecto de las anotaciones preventivas de embargo. Fallan a tal respecto los principios fundamentales hipotecarios. Las anotaciones de embargo deben ser consideradas—seguimos a Ramos Folqués—no sólo desde el punto de vista civil y procesal, sino también sin olvido de los principios hipotecarios del sistema registral español, ya que si la anotación, por su contenido, está enmarcada en lo civil y lo procesal, por su naturaleza de asiento de los libros del Registro, queda sometida a las normas rectoras de la legislación hipotecaria. Siendo las anotaciones preventivas un asiento del Registro, forzosamente han de ser presididas, entre otros, por los principios del tracto y de la fe pública. Pero en esta concurrencia de Derecho Civil, Procesal e Hipotecario que se da en las anotaciones preventivas de embargo, este último ha quedado supeditado a aquéllos con mengua evidente de sus principios fundamentales, de la seguridad y amparo del que acude al Registro con la pretensión de garantizar su crédito.

MERCANTIL

II.—SOCIEDADES.

SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1960.—*Junta de Sociedad Anónima: No es válida si solo asiste un socio, aunque tenga la mitad de las acciones. Procedimiento de impugnación.*

Son declaraciones fundamentales de esta sentencia:

La Ley de Sociedades Anónimas (arts. 67 y 68) admite la posibilidad de que los acuerdos nulos y los simplemente anulables se impugnen utilizando el procedimiento de la Ley especial, pero cuidando de subrayar que así como la impugnación de los acuerdos sociales que no sean nulos *in radice* tiene que hacerse necesariamente dentro del plazo que se fija y en el procedimiento específico arbitrado por la Ley, los que tengan aquella condición, pueden ejercitarse después de transcurrido el plazo de caducidad y en ese tiempo por los trámites del juicio declarativo ordinario, interpretación que se conforma con el parecer

de la doctrina más autorizada que ante la dificultad poco menos que insuperable de sanar por el transcurso del tiempo y en plazo muy breve acuerdos contrarios a la Ley e incursos por modo general en el artículo 4.º del Código Civil, establece una reserva que permite conciliar el designio de brevedad que la Ley persigue, con la posibilidad de que los acuerdos radicalmente nulos no quedan sanados por el transcurso de un plazo brevísimo que en principio se establece para acuerdos de menos trascendencia, aunque para todos pueda acudir al procedimiento especial que, salvo ese reparo de fondo, ofrece las mismas garantías.

En relación a la posibilidad de que la Junta se constituya y pueda actuar válidamente en la forma que lo hizo (un solo socio con la mitad de las acciones), aun cuando el artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas declara que dicha Junta queda válidamente constituida cuando concurren a ella una mayoría de socios, o cualquiera que sea el número de éstos si los concurrentes representan por lo menos la mitad del capital social, no puede inferirse de ese texto que la mera concurrencia de un socio mayoritario legitima el criterio seguido en el caso que coincide con el que sostiene el recurrente, que sólo reputa indispensable la pluralidad de socios en el período fundacional, mas no cuando la entidad social goza ya de personalidad jurídica separada y propia, mucho más habida cuenta de las circunstancias que en el caso concurrieron y la necesidad de evitar que por la deliberada ausencia de los demás socios se haga un posible desenvolvimiento normal de la sociedad. Ese argumento sólo tiene una aparente fuerza de convicción, porque pugna abiertamente no sólo con el sentido gramatical de la palabra Junta, sino con lo que es esencial en un órgano deliberante, que piensa esa deliberación y puede decidir y tomar acuerdos válidos; y de prevalecer la tesis que el recurrente propugna en ese aspecto, se habría infringido por la Sala el mismo precepto que se supone quebrantado, porque sin la asistencia de un número plural de socios, aunque sólo sean los dos a que se refiere el artículo 71, no es admisible que un solo socio mayoritario se erija en definidor de una declaración vinculante, que no es precisamente un acuerdo por una interpretación que pugna con las palabras de la misma, y sobre todo con un recto sentir, sin que las posibles desavenencias y obstrucciones que de ello puedan derivarse baste para rechazar el criterio que en recta y acertada exégesis y acogiéndose a la mejor doctrina sustenta la Sala sentenciadora.

Tampoco es digno de estimación el motivo en que el recurrente considera por su cuenta que la falta de intervención del Secretario de la Junta que dejó de asistir a ellas, quedó suplida y subsanada por la presencia del Notario que dió fe del actó; para ello hubiera sido preciso su designación como tal Secretario, y no la tuvo sino como fedatario, según claramente resulta del acta levantada, lo que hace caer por su base misma el argumento contrario y muestra la ineficacia del que habilidosamente se esgrime, pretendiendo confundir ambas funciones perfectamente delimitables.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Central de 29 de septiembre de 1959.

EL ACUERDO DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE REVISIÓN DE COMPROBACIÓN DE VALORES, EL CUAL FUÉ OPORTUNAMENTE NOTIFICADO AL CONTRIBUYENTE, NO ES RECURRIBLE, UNA VEZ FIRME, AL SER PRACTICADAS LAS LIQUIDACIONES GIRADAS COMO CONSECUENCIA DE LA NUEVA COMPROBACIÓN DE VALORES.

Antecedentes.—Presentada a liquidación la escritura de compraventa de una casa autorizada en 10 de noviembre de 1953, en precio de 900.000 pesetas, la Oficina liquidadora aceptó esta base de liquidación, teniendo en cuenta que en el alta dada en la Administración de Propiedades el 13 de febrero de dicho año, figuraba con un líquido imponible de 32.000 pesetas.

La Oficina liquidadora, noticiosa de que el vendedor había presentado en 25 de julio del mismo año en la expresada Administración una declaración de mejora de renta que implicaba un líquido imponible de 126.000 pesetas, propuso en 2 de diciembre de 1957 al Centro directivo, al amparo del artículo 141 del Reglamento, la revisión de la aludida liquidación, y así lo acordó la Dirección

General con fecha 5 de febrero de 1958, disponiendo que se procediera a nueva comprobación por los medios reglamentarios, siendo notificado el acuerdo con fecha 12 siguiente.

El interesado, dándose por notificado, manifestó ante la Oficina liquidadora su propósito de recurrir contra tal acuerdo ante el Tribunal Central y dijo además que la escritura originaria de la liquidación, pedida por dicha Oficina, no la podía presentar por estar unida a un expediente que, en relación con el impuesto sobre la Renta, se le seguía en la Sección correspondiente.

La Abogacía del Estado, en vista de ello, giró la liquidación complementaria procedente sobre la base 2.250.000 pesetas, haciendo constar que aquélla era consecuencia del acuerdo de revisión y de la nueva comprobación de valores.

Realizado el pago oportunamente, el contribuyente recurrió ante el Tribunal Provincial, alegando que el líquido imponible no había sido fijado por la Administración de Propiedades hasta el 15 de junio de 1954, un año después de la escritura de compraventa, y que la acción administrativa de comprobación prescribe a los dos años de la presentación del documento.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso, fundado en que el acuerdo de la Dirección era firme y consentido, al no haberlo recurrido ante el Tribunal Central, como se prevenía en la notificación de aquel acuerdo.

Apelada la resolución ante el Central, éste confirma la resolución del inferior, y dice, refiriéndose a la manifestación del propósito de recurrir hecha por el interesado, que no es posible admitir que el recurso fué interpuesto en tiempo y forma, porque, aun interpretando con la mayor amplitud y benevolencia el Reglamento de Procedimiento, éste exige imperativamente la expresión escrita de la voluntad del interesado, sin que sea posible conceder tal efectividad a la mera expresión de un propósito de recurrir, puesto que el anuncio de conducta futura requiere como forzoso complemento un acto posterior confirmatorio, con todos los requisitos legales.

Añade después que la firmeza del acuerdo de la Dirección General releva al Tribunal de entrar en el estudio de las alegaciones del recurrente sobre la declaración de su nulidad por su manifiesta improcedencia, quedando, por tanto, circunscrito el problema

de fondo de la reclamación a la procedencia del nuevo medio de comprobación utilizado por la Administración con posterioridad a la firmeza del contrato, y no era, por lo mismo, utilizable en la fecha de éste.

El Tribunal Central dice a este respecto que el vendedor de la finca presentó en 25 de julio de 1953 en la Administración de Propiedades una declaración voluntaria en la que a aquélla se le asignaba un líquido imponible de 126.000 pesetas, que fué aceptado por la Administración en su Acuerdo de 15 de julio de 1954, consentido por el recurrente, y con efectos al trimestre en que la aludida declaración se produjo; esto—dice el Tribunal—significa en definitiva su expresa conformidad con la declaración del valor de la finca hecha en su día por el vendedor, y, como consecuencia, con el líquido imponible fijado por la Administración con afectos anteriores a la fecha de la transmisión.

De todo ello deduce la Resolución que comentamos que siendo la capitalización del líquido imponible uno de los medios de comprobación autorizados en el artículo 80 del Reglamento del Impuesto y no habiendo sido recurrido ese medio comprobatorio en su día por el interesado, es vista la procedencia de la comprobación efectuada y mantenida por la oficina gestora.

Comentarios.—Como se ve por lo expuesto, fueron dos las cuestiones planteadas y resueltas: una, la firmeza del Acuerdo de la Dirección General disponiendo la revisión de la comprobación, y otra, la procedencia de la nueva comprobación y consiguiente liquidación. Ambas cuestiones son completamente independientes.

Esto supuesto, nos parece que la primera parte del problema, o sea, la firme del Acuerdo de revisión dictado por el Centro directivo, es incuestionable, pese al manifestado propósito de recurrir por el contribuyente, sin confirmación adecuada en tiempo y forma. Y en cuanto al otro punto, también nos parece reglamentario el Acuerdo del Central, porque lo cierto es que la declaración del valor de la finca ante la Administración de Propiedades surtió efectos con anterioridad a la enajenación del inmueble; y si bien el Acuerdo de la Administración fijando en concreto el líquido imponible es de fecha 15 de julio de 1954, posterior a la de la escritura de compra, que es de fecha 10 de noviembre de 1953,

también es una realidad que contra la fijación del líquido imposible se conformó el comprador.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de octubre de 1959.

CÓMO HA DE COMPUTARSE EL PLAZO DEL MES SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 75 DEL REGLAMENTO DE 1947—DOS MESES EN EL VIGENTE—PARA QUE SE DÉ LA PRESUNCIÓN DE QUE CIERTOS BIENES FORMAN PARTE DEL CAUDAL HEREDITARIO.

CÓMO EL ABOGADO DEL ESTADO QUE INTERVINO EN LA LIQUIDACIÓN RECURRIDA Y FORMA PARTE DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO NO ES RECUSABLE.

Antecedentes.—En esta Resolución se plantean las dos cuestiones enunciadas, que traemos a cuento porque encierran cierta novedad.

La primera surgió porque el causante había transmitido a las dos hijas que le heredaron ciertas acciones de una Sociedad por ante Corredor de Comercio, el día 7 de junio de 1957, habiendo ocurrido el fallecimiento de aquél el día 8 de julio siguiente.

Ante eso, la Oficina liquidadora entendió que la transmisión estaba comprendida en el apartado a) del artículo 75 del Reglamento de 1947, que dispone que los bienes pertenecientes al causante «hasta un período máximo de un mes anterior a su fallecimiento, y que al ocurrir éste se hallen en poder de algún heredero, legatario o del cónyuge de cualquiera de ellos», se considerarán como parte del caudal hereditario; cuyo precepto, dicho sea de paso, fué modificado por el vigente Reglamento de 1959, elevando el plazo a dos meses y añadiendo que la presunción se da «salvo prueba fehaciente de que tales bienes fueron transmitidos por el causante y se hallan en poder de persona distinta de su heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante».

Pues bien, ante tal modo de computar el plazo del mes por la Oficina liquidadora, dicen los interesados que compulsando las fechas de 7 de junio y 8 de julio siguiente, el plazo del mes prescrito

en el Reglamento de 1947 había transcurrido al fallecer el causante, y, en consecuencia, entendieron que la liquidación no era reglamentaria.

La Resolución del Central confirmatoria de la del Tribunal Provincial desestima el recurso y dice que para el cómputo de dicho plazo debe estarse a lo dispuesto en el artículo 114 del mismo Reglamento del Impuesto, que dispone que en los plazos señalados por meses genéricamente se contarán los meses enteros de fecha a fecha, excluido el día en que se cause el acto, y que cuando el último día sea inhábil, no vencerá el plazo hasta el primer día hábil siguiente; de donde se deduce—dice el Central—que «el periodo de un mes transcurrió en este caso desde el día 8 de junio—siguiente al de la enajenación de los bienes—hasta el día 7 de julio inclusive; pero como dicho día fué inhábil, no venció hasta el siguiente día 8 de julio, en que tuvo lugar el fallecimiento del causante, y, por consiguiente, concurren las circunstancias requeridas por los preceptos legales citados»; o sea, según el Tribunal, que muerto el causante el 8 de julio y habiendo sido vendidos los bienes el día 7 de junio, no había transcurrido el mes previsto en el repetido artículo 75, porque, legalmente, el plazo empieza a contarse el 8 de junio y vence el 7 de julio; pero como este día fué feriado, no entra en el cómputo, y el plazo no venció hasta el 8 de dicho mes de julio, fecha del fallecimiento del padre causante.

En cuanto al segundo extremo o problema, o sea el de la recusación del Abogado del Estado interviniente en la liquidación y como vocal del Tribunal, dice la Resolución comentada que entre las causas de recusación señaladas en el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955 no está definida como tal respecto a los funcionarios llamados a formar parte de Organismos o Tribunales que en vía administrativa hayan de resolver reclamaciones contra los actos de gestión, la circunstancia de que el mismo funcionario hubiese dictado el acto administrativo reclamado, y por lo mismo debe estimarse como plenamente vigente el artículo 3.º del Decreto-Ley de 16 de julio de 1924—el que organizó la jurisdicción económico-administrativa—y la Orden ministerial dictada para su aplicación de 5 de abril de 1949, según cuyas disposiciones

unión de los vocales de estos Tribunales Económico-Administrativos ha de ser el Abogado del Estado, con el carácter de Secretario.

Comentarios.—Pese a la plena consideración que la competencia y justificación del Tribunal Central nos merecen siempre en nuestros asiduos comentarios sobre la materia del Impuesto de Derechos reales, algunas apostillas y reservas tenemos que oponer a las tesis de la Resolución objeto de este comentario.

Empezando por el cómputo de términos analizado en primer lugar, hemos de decir que, efectivamente, el cómputo de términos o plazos se realiza como el Tribunal manifiesta, y esto ya de antiguo en la moderna legislación, a partir de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 22 de junio de 1894, artículo 94; la que reformó ésta de 8 de febrero de 1952, en su artículo 102, y la de Procedimiento administrativo de 18 de julio de 1958, artículo 60; pero la cuestión está, más que en la forma del cómputo, en la aplicación que se le da para llegar a la conclusión a que se llega, sosteniendo que los bienes fueron poseídos por el causante durante el mes anterior a su fallecimiento.

El cómputo del plazo del mes, en sí, está bien hecho; pero ¿es aplicable al caso? Este es el nervio de la cuestión.

En la exégesis del precepto hay que partir, necesariamente, de que está dictado para la vida jurídica puramente procesal, a fin de no dejar el procedimiento, ya sea contencioso-administrativo, ya civil o criminal, ya puramente administrativo, indeciso y vacilante y, en cierto modo, a merced de la voluntad del litigante, e incluso de la autoridad llamada a resolver. En definitiva, lo que se pretende es decirles a los litigantes o accionantes que si dejan instar en tiempo lo que a su derecho convenga, quedan sin cauce procesal para recabar su pretendido derecho y el acto recurrido firme y consentido, o, por lo menos, perdido el trámite de que se trate.

Esto supuesto, en nuestro caso se trata de cosa radicalmente distinta, puesto que lo que está en tela de juicio es el determinar si el causante poseyó los bienes durante el mes anterior a su fallecimiento, y por lo mismo se trata de una realidad completamente independiente de que el último día de ese mes sea inhábil o no, o sea, de algo que supera y está fuera y por encima de la voluntad del fallecido.

Aún se puede matizar el razonamiento, añadiendo que el precepto procesal está concebido para evitar que al litigante o accionante a quien la Ley concede, por ejemplo, un plazo de diez días para entablar un recurso o para contestar al adversario, se le reste un día, dejándolo reducido a nueve días, si el último de aquéllos es inhábil; y por eso el legislador, con gran sentido jurídico y rindiendo culto a la equidad, previene la contingencia y dice que en tal caso el término vence al día siguiente, a fin de que el plazo de diez días sea efectivo.

Tales finalidades no tienen ni remota relación con el caso estudiado, puesto que el plazo del mes que el Registro determina se cumple, sea o no feriado su último día, porque el causante posee o deja de poseer, tanto si el día es feriado como si no lo es.

Yendo más allá y dando por bueno que sea aplicable el artículo 114 del Reglamento de 1947, es de tener en cuenta que realiza la cesión de los bienes el día 7 de junio, desde ese día fueron dueñas las hijas y dejó de ser dueño el causante ese mismo día, lo cual implica que el 6 de julio había transcurrido el mes desde que los bienes habían salido del patrimonio del causante, con lo cual cae por su base el supuesto esencial del artículo 75 y resulta indiferente que el día 7 de julio fuese feriado o no.

Creemos que con los precedentes razonamientos se demuestra, por lo menos, que la tesis del Tribunal es de dudosa aplicación y susceptible de ser puesta en tela de juicio.

Por lo que al segundo problema respecta, o sea, el de la recusación del Abogado del Estado, Secretario de los Tribunales provinciales de lo económico-administrativo, hemos de decir que son exactas las citas que el Central reseña; pero de que tales preceptos digan que intervendrá como vocal el Abogado del Estado no se deduce que no sea anómalo que pueda serlo quien dictó el acto discutido, interviniendo para juzgar de la legalidad de sus propias decisiones.

Sobre esto es de recordar el artículo 189 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que señala como causas de recusación de Jueces y Magistrados el «haber sido defensor de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo; y, a mayor abundamiento, es de re-

cordar también el precepto de la vigente Ley de lo Contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956, cuando en su artículo 25, b), señala como causa de recusación de Presidentes, Magistrados y Secretarios de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo «encontrarse con la autoridad o funcionario que hubiere dictado el acto o informado respecto al mismo, en alguna de las circunstancias mencionadas por la Ley de Enjuiciamiento civil».

Verdad es que estos preceptos no rezan específicamente con la jurisdicción económico-administrativa; pero también lo es que son textos que sientan un criterio jurídico-procesal, pudiéramos decir de lógica elemental, que no debieran ser olvidados por el legislador.

La conclusión última, que de todo ello se deduce en cuanto a la recusación, es que, si bien lo que no está prohibido por la Ley, está permitido, es innegable que la anomalía existe.

Decimos, por fin, que la cita del Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955 sobre *incompatibilidades* guarda lejana relación con el motivo de recusación de que se trata, por la sencilla razón de que tal Decreto-Ley, según él expresa en la Exposición de Motivos, fué dictado para cosa muy distinta de prevenir la ilegalidad de la actuación del mismo funcionario en la resolución inicial de un asunto y en el recurso que contra ella se entable; y así dice dicha Exposición, en términos generales, que lo que el Decreto quiso evitar es «que en un mismo asunto..., y por la misma persona se ejerzan simultáneamente funciones públicas y actividades al servicio de otras entidades y particulares», y «que los intereses propios del funcionario o los de personas con quienes le ligen o distancien cualificadas relaciones manifiestas... produzcan recelo de parcialidad...»; y que «los habitualmente dedicados al servicio civil del Estado aparezcan en oposición con éste, por designación y al servicio de otras entidades o particulares...»

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1960.

EN ESTA SENTENCIA LA SALA DENIEGA AL BANCO DE CRÉDITO INDUSTRIAL LA REHABILITACIÓN DE LA EXTENSIÓN QUE LE HABÍA SIDO CONCEDIDA EN SU LEY CONSTITUTIVA Y DESESTIMA ASIMISMO LA ALEGACIÓN FORMULADA POR AQUÉL DE TRATARSE DE UNA EXENCIÓN PACTADA CON EL ESTADO.

Antecedentes.—El gobernador-presidente del aludido Banco instó del Ministerio de Hacienda, a tenor del artículo 84 de la Ley de Presupuestos del Estado y de Reforma tributaria de 26 de diciembre de 1957 la rehabilitación de la exención del impuesto de Derechos reales de que la entidad disfrutaba, de acuerdo con la Ley de Protección a la Industria Nacional de 2 de marzo de 1917:

Al Banco accionante le había sido adjudicado, de acuerdo con esa segunda ley, el servicio de préstamos a las industrias nacionales, por el Real decreto del Ministerio de Hacienda de 22 de mayo de 1920, confirmado por el de 5 de julio siguiente.

El demandante, al pedir la rehabilitación alega como único fundamento de la exención que pretende rehabilitar, el apartado H) de la citada Ley de 1917, el cual establece que los préstamos que conforme a ella se concedan, estarán exentos de los impuestos de Derechos reales y Timbre del Estado, si bien posteriormente, en el pleito, como luego veremos, esgrime el argumento de tratarse no de un derecho de exención genérico, sino de una exención nacida de un verdadero pacto entre el Estado y la entidad concesionaria.

La pretensión de rehabilitación fué denegada por silencio administrativo del Ministerio, y contra tal denegación se formuló la demanda de que se trata.

La Sala desestima la demanda, invocando la Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958 y su Reglamento de 15 de enero de 1959; cuyos artículos, respectivamente, 5.º y 8.º, disponen que «ninguna exención o bonificación del impuesto podrá concederse ni podrán tampoco prorrogarse las cedidas, sino a virtud de Ley, y la extensión y condiciones de las que se otorguen serán desarrolladas en cada caso por el Ministerio de Hacienda», con el aditamento de que «en ningún caso, ni a prétexto de ser dudosos, podrán declararse

exceptuados o bonificados otros textos y contratos que los enumerados en los arts. 3.º y 4.º de esta Ley».

En cuanto al alegato, no esgrimido en la instancia inicial de rehabilitación de la exención, de tratarse de una exención pactada con la Administración, dice la sentencia que ni en la Orden de adjudicación provisional del servicio de préstamos de 22 de mayo de 1920, ni el Decreto de 5 de julio siguiente, elevando a definitiva tal adjudicación, aparece nada relacionado con dicho pacto de exención, al cual, por otra parte, ninguna referencia se hace en la escritura pública de 16 de octubre de 1920, que se otorgó como consecuencia del concurso abierto para la concesión del servicio de préstamos.

Así, pues, añade la Sala, al no estar acreditado el pacto, es facultad de la Administración el acceder o no a la rehabilitación.

La precedente doctrina está confirmada en las sentencias de 29 de abril y 2 de noviembre de 1960.

Comentarios.—Nos parece que la demanda parte del total desenfoco del problema con el nuevo argumento—no esgrimido en la instancia inicial ante el Ministro—de que la exención que se pretende rehabilitar fué pactada inicialmente, o, lo que es lo mismo, que el concurso fué resuelto con tal condición. Ello es erróneo, y además está improbadó: el concurso fué abierto para adjudicar el servicio de préstamos con arreglo a la mencionada Ley de Protección a la Industria, y en la Real Orden y Real Decreto de adjudicación nada se dijo de tal condición, ni menos de que las exenciones concedidas en la Ley eran irrevocables y perennes, lo cual sería inexcusable para que la Administración quedase vinculada contractual y jurídicamente.

Esto, que es claro por principios generales de contratación y por la naturaleza de las leyes tributarias—que nunca tienen la cualidad de permanencia indefinida—se refuerza con el argumento «ad hominem», antes apuntado, de que la entidad demandante, al pedir la rehabilitación de la exención, no se acordó de la cláusula paccionada, que saca a relucir en la demanda. Si existía pacto no había para qué hablar de rehabilitación, sino, simplemente, de su cumplimiento.

Por último, entendemos que la cuestión la resuelve de plano

la actual legislación del impuesto: en efecto, el artículo 84 de la Ley de Presupuestos de 26 de diciembre de 1957, más arriba citada, autorizó al Ministro de hacienda para revisar cuantas exenciones y bonificaciones existieren en cuanto a dicho impuesto de Derechos reales y para determinar las que deban subsistir, sin que en lo sucesivo pueda concederse ninguna otra más que por medio de una Ley; lo cual implica que el Ministerio puede proceder discrecionalmente, y por lo mismo que sus decisiones al respecto no pueden ser combatidas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que no se engendran en virtud de facultades regladas.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

V A R I A

SANZ JARQUE, Juan José: *Régimen de Concentración Parcelaria*.
Madrid, 1961. 363 páginas.

El tema de la concentración parcelaria es algo más que problema social, político, jurídico o económico. Es también sistema o empresa conjunta de todos aquellos resortes, en los que igualmente cabe la investigación, el estudio científico, la exposición doctrinal. Es verdad que no hacían falta muchas formulaciones doctrinales, ni grandes textos programáticos. Pero la legislación especial de concentración parcelaria, donde converge lo administrativo, lo hipotecario, lo de organización, lo procesal, lo económico, etc. Precisaba de un estudio detallado y conjunto de sus problemas, de sus trámites, de sus procedimientos, de sus relaciones en el Derecho inmobiliario, el notarial, el administrativo. Necesitaba la concentración parcelaria de una obra que sirviese de instrumento para el jurista, de orientación para el cultivador de la tierra, de guía para el especialista o ejecutor de aquella empresa de concentración.

Y esto es lo que las planchas de las linotipias nos han traído frecuentemente, recientemente. El libro de JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, jefe de tramitación del Servicio de Concentración Parcelaria, y hombre que desde el principio ha estado en la brecha de ella, titulado *Régimen de Concentración Parcelaria*, llena todos estos co-

metidos, como obra instrumental y científica. Estudia en este trabajo los problemas del munifundio, sus antecedentes, naturaleza y sistema comparado, los fines y el procedimiento. Todo ello con una claridad y ordenación excelentes, como muestra de su conocimiento directo y preciso, es decir, visto por dentro de la Concentración. Hay objetividad en los juicios y selección en las citas y comentarios. «*Sobre el Régimen de la Concentración Parcelaria* es una obra seria, sin duda importante en la literatura jurídica española, y bien podemos decir así que «la concentración parcelaria en España ya tiene un libro».

Hay algo más: el libro de SANZ JARQUE viene bien a punto en este año del Centenario de la Ley Hipotecaria. Porque precisamente su autor participa vivamente de las preocupaciones del futuro de la concentración, es decir, de la conservación misma de esa concentración. SANZ JARQUE trata de este problema y cita, por cierto, mi posición al respecto. Ciertamente que, de seguir en esta línea «rogativa», liberal, generosamente ingenua, como si estuviéramos en 1861, se ha dicho que dentro de cincuenta años puede quedar pulverizada la concentración, al ser válida civilmente toda transmisión por consentimiento y tradición, sin necesidad de inscripción.

Hemos visto en el sistema inmobiliario austriaco directamente de qué manera la unidad Registro es el eje de toda la propiedad y muy especialmente de aquella que tiene trascendencia pública, como es la concentrada. Hemos estudiado en el sistema inglés la posibilidad de sistemas compartidos, es decir, regiones en las que la inscripción es constitutiva y zonas en que no. La propiedad concentrada, tras un minucioso catastro, es de aquellas que no debieran mirarse tanto en el régimen general del Código Civil, cuando este Código, como bien analiza SANZ JARQUE (págs. 6-8), es la causa de la pulverización de la propiedad en España.

Creo, pues, que este libro merece la atención especial de Registradores, Jueces y Notarios.

JESÚS LÓPEZ MEDEL,

Registrador de la Propiedad.

Instituciones de Derecho Civil, por el doctor don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, Presidente del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho Civil. Nueva edición, revisada y puesta al día por ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL, Catedrático de Derecho Civil, y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, Profesor adjunto de Derecho Civil. Madrid, 1959. Tres tomos encuadernados en tela.

El tomo I comprende la Introducción, Parte general, Propiedad y Derechos reales. El II, el Derecho de Obligaciones, Contratos, Derecho de familia; y el III, el Derecho de Sucesiones. Impresión bien cuidada, de buena presentación, el éxito es seguro, pues el autor, de sobra conocido, es uno de los más finos juristas de la primera mitad del actual siglo y sus Instituciones perduran aún con la frescura de lo trascendente.

El prólogo, de Cossío, asegura que se ha procurado respetar íntegramente el texto primitivo, con las necesarias adiciones en diferente tipo de letra, la referencia a doctrinas recientes y la revisión total de la jurisprudencia y bibliografía. Por excepción, el Derecho hipotecario ha sido objeto de completa adaptación. Y es verdad; así se cumple el propósito al pasar de las páginas, para quienes lo estudiamos en tiempos juveniles.

Para nosotros, sus discípulos del primero y segundo cursos de Derecho Civil y aún más, discípulos incluso en los ejercicios de oposición al Cuerpo de Registradores, puesto que don Felipe formaba parte del Tribunal de la promoción de 1923-24, a la que me honro en pertenecer, la aparición de esta obra, completa (lo que no conocimos), representa un salto atrás en la vida, pues lo que afirma el prólogo fué vivido por nosotros: «Todas las mañanas, con precisión matemática, penetraba don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO en la sala de profesores de la Facultad de Derecho, en el viejo caserón de San Bernardo, con su paso reposado, sus grandes barbas, su mirada penetrante y tranquila y un pitillo entre los dedos, que había encendido en el coche al salir de casa y del que apuraba pausadamente las chupadas últimas antes de dirigirse al aula en que había de explicar su clase cotidiana». Hasta aquí, Cossío. Ahora sigo yo: la entrada en su clase de la grey estudiantil, era también reposada, serena, algunos para oír y aprender, otros..., Dios

sabe para qué. Su bondadosa voz, que nunca oí saliera del tono lento y pausado de un buen decir, se deleitaba en las explicaciones, siempre claras, metódicas, impregnadas de un romanismo integral (don Felipe fué uno de los mejores romanistas de su tiempo), y, sin embargo, teóricamente se mostraba audaz, muy fuera del Derecho romano y aun del Derecho común, civil y foral (su asignatura entonces), incluso profetizando en materia hipotecaria al exponer que entre nosotros puede entenderse que la tradición ha sido sustituida por la inscripción, aunque para don GERMÁN GAMAZO, la inscripción es ya un acto de dominio del adquirente, al cual precede la tradición (1). Quien no aprendía era por acto obstructivo, como en la adquisición de la servidumbre de luces y vistas, pues mientras no llegaba la negación (cerrar los oídos: leer novelas o lo que fuere) no podía producirse tal hecho.

Pero lo mejor era en las preguntas de las lecciones en clase y en sus intervenciones en los exámenes, antes los apuros de los alumnos que no sabían por dónde salir y soltaban cualquier barbaridad. Siempre, «en cierto modo o dentro de posibilidades o de interpretaciones más o menos latas», la barbaridad podía tener una apariencia de justificación ante su mente bondadosísima y ante el daño de un suspenso, por muy merecido que fuera. Esto es inolvidable, y con emoción lo digo, pues ha sido el recuerdo máximo de mi época de estudiante, la benignidad, la benevolencia y la generosidad innata de este Catedrático de luengas barbas, entregrises, cuidadas y pulidas. Por eso sólo estoy seguro de que ha alcanzado recompensas no asequibles a la generalidad de los mortales, y así como para otros catedráticos la inquina o la desazón acompañan al recuerdo, para don Felipe (así, a secas) la sonrisa vuelve a labios ya reseco al rememorar sucedidos que corren de boca en boca desde entonces y de los que he sido testigo.

Por eso me resisto a comentar esta obra con la frialdad doctri-

(1) Nada tiene de particular que en aquella fecha, 1916-17, no se comprendiese la inscripción como *modo*, pues GARCÍA GOYENA, en el comentario al artículo 1.285 del proyecto de Código de 1851, al referirse al artículo 671 del Código holandés predecía: «La entrega de los inmuebles se hace por la inscripción en los Registros públicos», comentaba: el artículo holandés es inadmisibles, la inscripción, que es toda del cargo e interés del comprador, nada tiene que ver con la entrega, que es obligación del vendedor. La *legalidad* romana es otro mundo distinto de la *seguridad* germánica y de lo que significa el Registro de la Propiedad.

nal o el escalpelo científico, pues aún me parece oír su voz lejana, amable, siempre disculpando y siempre derramando el bien en torno suyo. La parte general tenía para él un especial encanto. Aún conservo los tomos de apuntes copiados en multicopista, ilegibles muchas veces, aun cuando los míos eran de lo mejorcito que por entonces se vendía (la pasta copiadora se conoce que era nueva y la letra del copista elegante, sencilla y clara), y algunas veces los he leído con verdadera fruición, aunque con la pena de que los que se ponían a mi lado en aquella clase no pueden leer estas líneas.

Por lo expuesto, esta nota bibliográfica tiene que defraudar a los anotadores y a la familia del autor, uno de cuyos hijos ha tenido la gentileza de dedicar un ejemplar completo a la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, seguramente en memoria de aquel inimitable profesor, nuestro fundador, don JERÓNIMO GONZÁLEZ y MARTÍNEZ. Nuestro agradecimiento ha de guardar relación con el aprecio del libro, que hemos de colocar en lugar preferente de la biblioteca, pues de cuantos libros de texto examiné y aprendí, es el único que aún conserva actualidad, y con mayor razón, ahora que los anotadores le han revisado y puesto al día. Pero no es vino viejo en odres nuevos. No es tampoco la madre de nuestra niñez que los años ha encorvado, arrugado y enflaquecido, pero que para nosotros es siempre objeto de preferencias y que basta sea limpia y arreglada para que sintamos el encanto de su presencia y el ciego cariño de lo inolvidable. No: es la misma madre joven, que se nos presenta primorosa, y la vemos con el mismo embeleso con que la mirábamos en los primeros pasos por la senda del Derecho Privado, del Derecho Civil, y que aún nos sirve de apoyo en las inseguridades y vacilaciones de su cambiante y, sin embargo, eterno contenido.

Leyes hipotecarias, revisadas y puestas al día por RAFAEL CASERO FERNÁNDEZ, Registrador de la Propiedad. Contiene el tomo: Ley y Reglamento Hipotecarios; Ley y Reglamento de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión; Ley de Hipoteca Naval; Reglamento del Registro Mercantil, y Leyes sobre Régimen del Suelo, Concentración parcelaria y fijación de unidades mínimas de cultivo. Aguilar. Madrid, 1960.

Este precioso tomito, en tamaño reducido y fino papel, sin llegar a papel biblia, con encuadernación flexible plástica color cuero, e índices alfabético y sistemático, pleno de anotaciones jurisprudenciales, está llamado a prestar servicios a los profesionales, sobre todo, por su fácil manejo y su contenido, que alcanza a las Exposiciones de Motivos o preámbulos de las disposiciones, más los modelos oficiales que a continuación de ellas aparecieron en los Boletines Oficiales correspondientes.

CASERO ha realizado una labor concienzuda, además de concretar la jurisprudencia al pie del articulado. Quien haya intentado hacer algo parecido reconocerá el mérito de este trabajo y cuán difícil es reducir a unas pocas palabras la doctrina sentada por sentencias o resoluciones. Asimismo, la confección de índice es penosísima. Recuerdo que ROCA SASTRE me confirmó la pesadez y lo ingrato de este necesario aditamento de todo libro, imprescindible por demás.

Aguilar, nuevamente pone de relieve su deseo de servir al público y el gusto exquisito que destaca en los libros que publica. Recientemente unos ilustres visitantes argentinos, Notarios, me expresaron su deseo de adquirir un manual donde se publicasen integras varias de las Leyes y Reglamentos indicados, y al recibir sendos ejemplares de estas Leyes hipotecarias, regalo, por cierto, de una Corporación oficial, no sólo me encargaron más ejemplares, enviados ya, sino que me rogaron hiciese presente al editor su felicitación más efusiva, a la que uno la mía, incondicional.

PEDRO CABELLO,

Registrador de la Propiedad

Derecho de propiedad horizontal: Pisos y locales ante la Ley 49, de 21-VII-1960. Antecedentes históricos, legales y doctrinales y comentarios a la legislación actual, por don ANTONIO VENTURA TRAVESET Y GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad de Barcelona núm. 5.—Bosch, Barcelona, 1961.

Pretender hacer del Derecho una obra de laboratorio que informe la vida real, es tanto como condenar al propietario a vivir en un perpetuo infierno. Esto que dice el autor respecto a la propiedad horizontal, se puede aplicar a todo el derecho, en el que hay que procurar crear un ambiente práctico. Por la índole de la propiedad horizontal y función social que cumple la misma, el señor VENTURA TRAVESET, estima que su regularización legal debe tener un carácter eminentemente práctico; que, forzosamente, en sucesivas modificaciones legislativas, habrá de alcanzar mayor desarrollo, llegando a dar intervención—en cuanto a la vida jurídica cotidiana de esta propiedad horizontal se refiere—a organismos oficiales, que por su naturaleza y fines, bien podrán ser las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana.

Con este fin—dice el autor—que redactó el libro, así como para fundamentar jurídicamente los preceptos de un estatuto legal, sobre la mal llamada propiedad horizontal.

Después de una breve referencia histórica de los precedentes de esta forma de propiedad hasta llegar al Derecho español de la segunda mitad del siglo XIX, y principalmente del siglo XX, examina este último periodo; o sea desde el 1850 hasta los años que comprenden la primera cuarta parte del siglo XX, haciendo un bosquejo de leyes relacionadas con la materia doctrinal que comenta especialmente el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria de 1861 y el artículo 57 número 2 del Reglamento Hipotecario de 1915. Es lo que, según el autor, se llamó «propiedad por pisos», y que NAVARRO AZPEITIA denomina, quizá más exactamente, «propiedad cúbica», pese a lo modernista del vocablo.

Hace una exposición con referencia a diferentes lugares del solar patrio, de las propiedades por pisos y partes determinadas de fincas con elementos comunes en proindivisión, sin más regulación que los artículos 348 y el hoy derogado artículo 396 del Código Civil.

En la exposición insiste con especial hincapié en una modalidad que nos consta a los que hemos ejercido la profesión de abogado, que es la que el autor llama propiedad horizontal hereditaria; porque su origen es la transmisión por herencia de un inmueble que se distribuye en pisos o en otra forma, con comunidad sobre determinados elementos y cuyos comuneros eran los herederos del anterior y único dueño del inmueble, hijos del causante en la mayoría de los casos.

En todos estos casos, y en otros varios derivados de la libre contratación, cuya regulación pactada era insuficiente, se recurría a los preceptos legales vigentes en aquella época sobre propiedad, comunidad de bienes y servidumbres. Tal época la sitúa el autor en la segunda mitad del siglo xix y primera parte del siglo xx.

No ofrece duda que este vacío legal se ha llenado—según el autor—por la Ley de 21 de julio de 1960, que además la ha regulado conforme a su verdadera naturaleza jurídica; por lo que ha puesto fin a dos cuestiones que obsesionaban a los juristas y a los Tribunales de Justicia, que eran los derechos de tanteo y retracto, y la acción *communni dividundo*.

Nos parecen acertadas las observaciones y afirmaciones del señor VENTURA TRAVESET, sobre la terminología de la propiedad horizontal, haciendo un examen objetivo y ponderado de la impropia terminología antigua, comparándola con la de la nueva Ley, y la de autores que han comentado esta jurídica institución.

Con palabra precisa y sintetizando opiniones de los comentaristas y de la legislación, examina: el sujeto constituyente, el régimen legal, que estima nace automáticamente con la parcelación cúbica del edificio y la propia constitución, haciendo una acertada distinción de las cosas contenidas en tal régimen con anterioridad a la Ley, de las que se han constituido con posterioridad.

Dentro de este comentario, que tan gustosamente hacemos de una obra que, conforme avanzamos en su lectura, nos vamos identificando más con ella, sería prolijo hacer una exposición, aunque fuese brevísima, de lo desarrollado por el señor Ventura sobre los antecedentes de la Ley, sobre los postulados básicos de la propiedad horizontal, regulada por la misma, y sobre examen de las razones que han motivado su publicación.

Coincide con el legislador en la afirmación de que la Ley de

21 de julio de 1960 no es una reforma, es una ordenación «ex novo», poniendo de manifiesto la calificación equivocada que respecto a su naturaleza jurídica se hizo en tiempos pasados. A continuación examina sus fases, haciendo la distinción, en la que, como hemos dicho al principio, coincidimos, o sea: a) De carácter tradicional; b) Hereditaria, y c) La regulada en la nueva Ley.

El autor se extiende después en consideraciones sobre los edificios y otras cosas adheridas al suelo, más o menos permanentemente, como tiendas de campaña, casas de madera prefabricadas..., etc., etc. Distingue con gran detalle con conceptos «piso» y «local» y los diferentes elementos técnicos de que se habla en la nueva Ley.

No podemos por menos de dar noticia de algún detalle, como es la perfecta distinción que hace entre los elementos comunes esenciales de la propiedad horizontal y de otros convenidos. En cuanto a los primeros no cabe ni la enajenación ni la división. En cambio, respecto a los otros, puede admitirse. Y esto en que todos los que hemos saludado esta materia estamos conformes, el autor lo hace con una claridad y precisión dignas de todo elogio, para distinguir en la vida real, sin lugar a dudas, lo que en orden a los principios no nos la ofrece, pero en el caso concreto puede ofrecerla.

Y como este comentario se va extendiendo más de lo que pensábamos, y precisamente por el agrado de su lectura, que consideramos muy aprovechable, no sólo para el profesional ya curtido, sino para el principiante, diremos que en el examen de todos y cada uno de los preceptos de la nueva Ley, hace el comentario por su orden numérico perfectamente razonado; con el cual se podrá o no estar conforme, pero en él se observa siempre la objetividad y el respeto a las opiniones dispares. Aparte de la claridad de la exposición, puede apreciarse en todo momento al profesional del Derecho, que ha atendido con especial atención a los Registros de la Propiedad que ha desempeñado, pero que además ha ejercido la profesión de abogado; la cual complementa el verdadero conocimiento de las instituciones jurídicas, vistas desde la otra cara o faceta; lo que le permite al autor examinar con acierto ambos matices y además salpicar su relato con hechos concretos, seguramente vividos por él, que no sólo dan mayor seguridad al comentario, sino mayor amenidad al relato.

La obra se completa con varios modelos para la regulación de la Propiedad horizontal, e índice completos, así bibliográficos de las obras que cita, como alfabético, de conceptos para facilitar la consulta.

Resumen: que la de nuestro ilustre compañero y fecundo publicista (son más de cuarenta los estudios y monografías que ha publicado y que se reseñan al final del libro), se trata de una obra útil para todos, escrita con claridad y precisión, con referencias detalladísimas de carácter doctrinal y legal; pero todo expuesto por un profesional del Derecho perfectamente compenetrado con la esencia de la institución que concreta y que con toda naturalidad y facilidad va poniendo los «puntos sobre las íes», cuando así se precisa.

Un acierto y un servicio más de un gran Registrador de la Propiedad.

MARCIAL RIVERA SIMÓN,

Registrador de la Propiedad.

Los recursos administrativos, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. Instituto de Estudios Políticos. 274 páginas.

JESÚS GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad y Catedrático de Derecho Administrativo, está especialmente dotado para escribir con claridad; dichosa virtud, que muy pocas veces se alcanza. Cuenta, además, con su doble formación de Derecho público y privado que le permite una visión de conjunto de los problemas jurídicos, y forma parte, por último, de ese aguerrido grupo de especialistas que pretenden quitar a la Administración su «manguito», el que lucían los viejos funcionarios de sainete y que aún aparece por dentro en los recovecos de la organización administrativa.

El libro que nos ofrece ahora tiene corta extensión, pero abarca un estudio completísimo de la ardua materia de los recursos administrativos. Seguramente era necesario haber escrito antes su monumental *Derecho Procesal Administrativo* para poder condensar en pocas páginas aquella doctrina.

«La Administración pública—dice—no tiene necesidad de acudir a los Tribunales para que se reconozcan y definan sus derechos».

«Y, en aplicación del principio de la acción de oficio, puede llevar a cabo la ejecución forzosa o forzada de sus actos ante la resistencia de los sujetos obligados».

La Administración, que ha crecido monstruosamente y se ha desarrollado hasta penetrar en todos los entresijos de la vida, tiene aquel supremo poder, y concede al ciudadano, para defenderse, un complicado sistema de recursos, como era obligado. Pero el arma puede estar mellada, es necesario utilizarla con cautela; puede ser inútil y aun perjudicial.

Hay, incluso entre los profesionales, una tendencia a eludir la interposición de los recursos administrativos; a conformarse con lo que, tal vez sin fundamento, creen una injusticia. Y no es ajena a esa predisposición la dificultad con que se interpretan los preceptos procesales administrativos, aun después de la Ley de Procedimiento, que, con su bien intencionada simplificación, dejó demasiado en esqueleto algunos puntos fundamentales.

Sin embargo, no es tan difícil plantear las cuestiones ante la Administración, defenderlas y conseguir las rectificaciones justificadas. Pero para ello es necesario conocer los caminos del laberinto. JESÚS GONZÁLEZ enseña a manejar la honda contra el Goliath todopoderoso.

Son especialmente interesantes los estudios que dedica al «silencio administrativo» (págs. 95 y ss.), lugar común socorrido, en el que acaban tantos esfuerzos y contra el que nada pueden las declaraciones pragmáticas. Y minuciosa y precisa la exposición del «cómputo de plazos» (págs. 64 y ss.); sabido es que en esta materia el Derecho administrativo se aparta de las normas contenidas en el art. 7.º de nuestro Código Civil; un error de cómputo arrastra toda posible defensa. Y, por último, es una lección diáfana, su exposición del trámite de «Audencia de los interesados», puntos a que se refiere aquélla, elementos que conjuga y su alcance; de que el expediente pueda examinarse en su totalidad depende, en definitiva, la articulación de las alegaciones. Claro que es necesario para enfrentarse con un expediente algo más que haber estudiado mucho Derecho Administrativo.

Para los Registradores, como Liquidadores del Impuesto de Derechos Reales, tiene especial interés el capítulo cuarto, que dedica al recurso económico-administrativo; el régimen de dicho recurso

no se ajusta a las reglas generales, con especialidades no siempre justificadas y con repetidas alusiones a un pretendido carácter jurisdiccional del que institucionalmente carece. El Reglamento se produce en algunos extremos con bastante independencia de los principios de la Ley. Y bien pudiera haberse aprovechado su publicación para acabar con imprecisiones como la del párrafo segundo del artículo 35, que niega la legitimación para recurrir a los funcionarios, salvo en los casos en que inmediata y directamente se vulnere un derecho que en particular les esté reconocido; precepto del que JESÚS GONZÁLEZ afirma que no es un modelo de rigor técnico, y que, heredado del artículo 9.º del Reglamento de 1924, ha permitido negar a los Liquidadores facultades para recubrir mediante sibilinas disquisiciones en una sentencia de 18 de junio de 1942, que reprodujo las de otra de 3 de abril de 1915.

Los Registradores que, mediante el recurso gubernativo podemos apelar ante la Dirección General de los Registros y del Notariado de los autos que dicten los presidentes de las Audiencias (art. 121 del R. H.), no acabamos de comprender por qué hay que negar legitimación para recurrir, o condicionarla con fórmulas abstractas, al Liquidador en el campo económico-administrativo. Tal vez no se trate más que de un resabio de autoritarismo trasnochado que impide airear, en posible beneficio de la Hacienda Pública, detalles de los expedientes, que pudieron pasar inadvertidos. Y desde luego sería conveniente una exposición más detallada de los casos en que el funcionario puede recurrir «contra los actos que afecten a la relación de empleo público que le liga a la Administración», según afirma el autor, del que esperamos aclaración sobre el tema.

Mucho gana el procedimiento expuesto con el orden y la sistemática de JESÚS GONZÁLEZ. Y no debemos olvidar que las disposiciones no se producen con claridad en algunos aspectos: por ejemplo, al tratar del recurso de reposición, cuya obligatoriedad en materia de expropiación forzosa, sólo fué advertida a partir de las sentencias de 4 de abril y 27 de junio de 1959; y cuya posibilidad en el campo económico-administrativo, por lo dispuesto en el art. 216 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales de 15 de enero de 1959, y la falta de referencias al mismo en el Re-

glamento de Procedimiento de 26 de noviembre de 1959, ha dado lugar a la polémica que se expone en el artículo que escribió el mismo autor en el número de julio-agosto de 1960 en esta Revista. Por cierto que es muy interesante la referencia que en dicho trabajo hace a los arts. 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 59 del Reglamento de Procedimiento económico-administrativo que permiten a los Liquidadores rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos, sin necesidad de recurso.

Por último, el libro tiene dos partes: Parte general: Teoría general del recurso administrativo, que comprende: Nociones generales, Requisitos del recurso, Procedimiento y Efectos; y Parte especial, los Recursos administrativos: Alzada, Reposición, Revisión, Económico-administrativo y de Súplica. Al final aparecen unos índices muy completos de materias, autores y artículos de la Ley de Procedimiento.

Y acabamos con un consejo: conviene tener a mano la obra de JESÚS GONZÁLEZ *Los recursos administrativos*.

NARCISO DE FUENTES SANCHÍS.

Registrador de la Propiedad.