

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXXII Septiembre-Octubre 1956 Núms. 340-341

Estudio del usufructo

I. Concepto del usufructo

1. PROPIEDAD Y DOMINIO. a) *Dominio*.—Para determinar el sentido jurídico de propiedad y de dominio, cuyos recíprocos enclaves se han obscurecido por los textos jurídicos desde el Derecho romano, se debe de acudir, en primer término, por ser un problema lexicográfico, a las acepciones académicas de estas palabras, que sustancialmente están conformes con el criterio jurídico dominante. El dominio ha venido restringiendo sus primitivas acepciones, para limitarla a la contenida en la definición de las Partidas (ley 1.^a, título XXVIII, partida 3.^a) : «*Señorio es poder que el ome ha en las cosas muebles, o rayz*». No se puede considerar vigente la segunda parte de esta Ley, que corresponde a la parifacación de los derechos reales realizada por la glosa, al decir: «*señorio es poderio que el ome ha en el fruto o en la renta*»; aunque modernamente esté en uso en el extranjero la locución *señorio del usufructuario*. La acepción característica del dominio, que le diferencia de las restantes comunes con la propiedad, es el de ser: «plenitud de atributos que las leyes reconocen al propietario de una cosa para disponer de ella».

b) *Derivados de propiedad*.—Si el dominio tiende a restringir su sentido al castizo de señorío sobre las cosas, salvo en la expresión arcaica y antagónica de dominio directo y dominio útil, el tér-

mino propiedad tiene carácter expansivo y sirve para designar a los titulares de otros derechos reales, y a la propiedad se adhieren los apelativos de industrial o intelectual para designar estas dos nuevas formas patrimoniales. Al dominio limitado por el usufructo se le sigue llamando, en la forma latina, *nuda* propiedad, empleándose, por excepción, la versión castellana de desnuda. La «mera» *propiedad*, utilizada por la glosa, se mantiene en la legislación hipotecaria a partir de su primitiva Ley. Elípticamente se dice por el Código civil en muchas ocasiones, e igual hace la doctrina, simplemente *propietario*, con lo que se sobreentiende al titular de la propiedad de la cosa gravada por el derecho real de usufructo.

2. DETRACCIONES DEL DOMINIO. Los distintos atributos que entraña el dominio es posible separarlos temporalmente concediéndoselos a titulares distintos. Esta división de facultades dominicales es contraria a la unidad conceptual del dominio y está representada en el Derecho romano, entre otras instituciones, por la invención del usufructo. El usufructo cubre sus etapas en el Derecho romano acunándose en su desarrollo como medio de proporcionar amparo y una cuota alimenticia que faciliten una viudez digna, cuya importancia va acrecentándose según el relieve que adquiera la mujer en la familia romana a consecuencia de la influencia del cristianismo.

La *propiedad temporal* y vitalicia que configura el usufructo, la desconfianza y natural coexistencia entre los titulares—que en el orden natural pueden sentir el antagonismo entre la línea consanguínea y afín—, son las notas que marcan la impronta romana de la institución, cuya vida ya ligada al ámbito familiar, y en su prosperidad o decadencia se ve el índice de la unidad familiar, causa del singular aprecio y respeto que, en este aspecto, merecieron nuestras instituciones forales a la promulgación del Código civil.

a) *Legado-usufructo*.—Si en su pristino sentido el usufructo reconoce como causa de su origen al legado, pues montadas a caballo se encuentran en el *Corpus Iuris* las normas referentes a la institución, en la vida real de éste derivan casi todos los usufructos. El complejo legado-usufructo sigue informando la institución, pero nacida para un campo patrimonial reducido se limitaron sus disposiciones más importantes a los bienes inmuebles, únicos que tenían relevancia jurídica y económica. Estas normas en el mismo

Derecho romano tienen poder absorbente para los bienes muebles, y al incorporarse, modernamente, al patrimonio las cosas incorporales que los cambios económicos han ido poniendo en circulación, respetando el derecho matriz, se han materializado, recibiendo, por lo tanto, un tratamiento unitario.

b) *Contrato-usufructo*.—La ventaja patrimonial derivada del usufructo no ha quedado concretado a recorocer como causa única del mismo al legado, sino que se ha ampliado a los demás actos gratuitos entre vivos, llegando a extenderse también a los onerosos, aunque no estén representados en la vida real. Razones sistemáticas llevaron a declararlo así al Código civil de Chile de 1855, admitiéndolo también el argentino y mejicano, preceptos que tienen eficacia extraterritorial de no existir una prohibición expresa para esta forma de disponer, pero perturban el estudio de la institución y las relaciones de coexistencia que le distinguen al trasladar su origen a un acto bilateral y oneroso, que determina normas singulares de excepción sobre el derecho matriz.

c) *Usufructo legal*.—Desde el campo familiar y sucesorio afluyen al usufructo, derecho real, una serie de modalidades distintas de disfrute de bienes ajenos, ocasionando fenómenos de crecimiento en la institución, que dieron lugar a la confusión de algunos conceptos, estando superada esta fase y haciéndose por la doctrina una discriminación de lo que tienen de común y diverso ambas instituciones, superado el trasplante de preceptos que originó el confusionalismo.

El usufructo, en frase de HEDEMANN en su «Tratado de Derecho civil», sirve de *figura central* a otras instituciones jurídicas de disfrute temporal de bienes ajenos, complementándolas como derecho supletorio. El distinto grado de desarrollo jurídico alcanzado por cada una de las instituciones absorbidas por el usufructo o la compatibilidad o incongruencia de fines que entre ellas existan obligan a admitir con reservas la supletoriedad del usufructo, por polarizar los fines familiares en situaciones jurídicas contrarias a las alcanzadas por el derecho real. De su simbiosis con el usufructo, la que mayor huella ha dejado en el derecho positivo es el derivado de la patria potestad al cambiar el sistema romano de peculios, y de su fusión queda el impacto de las excepciones que a las normas clásicas se establecen en el usufructo.

Para evitar, en lo posible, estas implicaciones, concretámos, este estudio sobre el usufructo al derecho real de disfrute derivado del legado, por ser éste el paradigma al que deben de remitirse las demás instituciones, salvo el caso de que su interferencia resulte de algún precepto legal comprendido en el usufructo.

4º) *Uso y habitación.*—Con el usufructo van naciendo en el Derecho romano otras formas menores de disfrute temporal de bienes ajenos; el uso y la habitación. La pervivencia de esta última, a la que concedió autonomía Justiniano, peligró como institución en la codificación alemana al elaborarse el BGB. Dice IHERING en su *Jurisprudencia en broma y en serio*, el derecho de habitación debía pasar al cementerio, «llegó a estar todo preparado para su entierro, pero no se llevó a cabo». La *operis servorum* de los romanos desapareció; tan sólo pervive su recuerdo como un muñón mutilado en el frondoso *arbor servitutum* medieval.

3. ETIMOLOGÍA DE LA SERVIDUMBRE. «Por una de aquellas inducciones superficiales que multiplican las metáforas en el desarrollo del lenguaje, dice VENEZIAN en su magistral obra *Usufructo, uso y habitación*, hubo de aplicarse a estos derechos, que producían la sujeción de un predio a otro, el nombre con que era designada la sumisión de un hombre a otro hombre, y se llamaron *servitudes*, con el cual nombre no se ponían de relieve más que uno de los aspectos resultantes de la relación *iura praediorum*; la condición del fundo era su objeto, y la situación que quedaba éste, tan desemejante de la del fundo, que estaba completamente a disposición del dueño.»

De los términos latinos *usus* y *fructus*, que corresponden a las facultades principales de usar y disfrutar de la cosa ajena, se forma el descriptivo de la institución intitulada usufructo, que agrupado con las otras dos formas menores de uso y habitación se llamaron en el Derecho justiniano servidumbres personales, en oposición a las reales, cuya unidad persiste en alguna legislación positiva y parte de la doctrina.

De la fusión bizantina se apartó el Código civil francés, más por razones políticas que doctrinales, aunque no le faltan valedores a la tesis escisionista. La causa de ésta, según MOURLON, fué que temiendo quizá los legisladores franceses que el desconocimiento del sentido técnico de las palabras pudiera hacer, que se confundie-

ra esta institución con las servidumbres de la Edad Media, si bien admitieron los mismos derechos, cuidaron de no darle el calificativo de servidumbres personales, porque estas expresiones, aunque fuieran jurídicamente exactas, pudieran herir la susceptibilidad de las masas poco ilustradas».

Con el Código de Napoleón adquiere fortuna la autonomía del usufructo, y de esta forma pasa a los Códigos latinos, sin que en esto sea excepción el nuestro. Independencia que se mantiene en todo nuestro proceso de la codificación civil, pues como decía FRANCISCO SILVELA al refrendar, en 7 de enero de 1885, el proyecto de Ley de Bases: «No es nuestro ánimo reformar instituciones, ni innovar costumbres; y deliberadamente renunciamos a utilizar la ocasión, que a algunos parecerá propicia para recoger los trabajos y proyectos más recientes del extranjero; lejos de esto, siguiendo el camino señalado por un Gobierno de tendencias menos conservadoras que las nuestras, aceptamos como base del Código el proyecto de 1851, que no significa una revolución, sino una prudente evolución de nuestro derecho nacional, con alteraciones de escaso alcance en su sentido sustancial interno». Del usufructo, precediendo al estudio de las servidumbres reales, se trata en el título VII del libro II del Código civil. Del vacío que dejaron las *servidumbres personales* se aprovechó la doctrina para designar e intitular las discutidas servidumbres reales, cuando su titular es una persona o una corporación, por lo que la aplicación actual al usufructo resulta equívoca por anfibiológica.

4. LÍMITES DE LA DETRACCIÓN. La unidad del usufructo se desdobra y escinde por el usufructo entre los dos titulares que su constitución produce; el uno, propietario inmanente de la cosa, aunque circunstancialmente sólo lo sea de forma virtual, por las facultades externas que se otorgan al otro titular, el usufructuario o fructuario. Esta palabra culta la echa de menos PLANOL en su *Tratado elemental de Derecho civil*. La utilizó por figurar en los Diccionarios y tener uso en el Código de Chile, del que fué autor el ilustre humanista venezolano ANDRÉS BELLO, que no era Abogado.

No obstante la dispersión de facultades provocada por la constitución del usufructo, la unidad del dominio es el punto de partida y la línea de retorno, dada la tendencia natural de la propiedad a revertir, después de su desdoblamiento temporal, a su forma per-

fекта, permitáseme la redundancia, de dominio pleno. La temporalidad es el elemento característico y esencial del usufructo, que le separa de sus ex-homónimas las servidumbres reales, que se enquistan de acuerdo con la naturaleza de las cosas por ser condición de su nacimiento la perpetuidad de la causa.

a) *Temporalidad del usufructo.*—La letalidad, como nota característica del usufructo, fué señalada por Justiniano en la *Instituta* 2, 4, 1, en la que se dice: «Mas para que no fueren completamente inútiles las propiedades teniendo segregado siempre el usufructo, se estableció que se extinga el usufructo de ciertas maneras y que revierta a la propiedad». Criterio recibido por una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1861, que declaró: «aunque el usufructo se extinguir ordinariamente por la muerte del usufructuario, esto no excluye que pueda extenderse su duración por condiciones o pactos que no sean contrarios a su naturaleza y no hagan ilusorio el derecho de propiedad». Traigo a capítulo esta Sentencia del Tribunal Supremo, aun siendo anterior a la codificación civil, para confirmar la tesis que mantengo en este estudio sobre la misma, que respondió a un estado de la cultura de la época derivado de la continuidad histórica del usufructo, en la que formando parte de la ciencia jurídica la causídica informó su jurisprudencia alguno de los preceptos legales, en ocasiones completamente nuevos, que singularizan la acertada y progresiva codificación española del usufructo.

b) *Perpetuidad del dominio.*—El carácter esencial que distingue cronológicamente al usufructo de la nuda propiedad es la temporalidad de aquélla y la perpetuidad inherente al *dominio*, en la que se apoyaba su antigua prueba diabólica. Esta nota esencial crea un antagonismo entre ambos, que necesariamente han de confluir en un momento, determinado o determinable, en el que tenga lugar la extinción del usufructo con la consolidación de la propiedad virtual en su anterior plenitud dominical; situaciones que se ensamblan por el medio jurídico de declarar extinguido en aquel momento el usufructo, con la obligación de devolver la cosa fructuaria. Esta carga no tendría eficiencia jurídica si de forma paralela no se impusiera la que, en el orden natural le conviene de consumo: la conservación de la cosa que se disfruta temporalmente. Igual ocurre en las obligaciones de dar según el contenido del art. 1.094, cuyo

texto, no interesa en este lugar más que por la analogía que representa al decir: «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia». Aquellas dos obligaciones demandan la verificación del estado de la cosa que se recibe temporalmente, a cuyo objeto atiende el inventario, y para garantizar la normal devolución de la cosa fructuaria puede exigirse la fianza.

Desde este punto de vista lógico aparecen las tres obligaciones fundamentales del usufructo, correlativas a cada uno de los tres tiempos en que se desenvuelve su vida, según la clasificación clásica: antes, durante y después del usufructo. En el nacimiento, la de inventario y caución fructuaria; durante la vida del usufructo, la obligación de conservar la cosa; quedando obligado el usufructuario a devolverla a la extinción del derecho real. Esta correlación se alcanza en el Derecho romano, como señala PUIG BRUTAU en *Fundamentos de Derecho civil*: la extensión desde el origen particular a la normalización por el edicto del Pretor; «por ello era preciso que un pacto normal pasara a ser un elemento normativo... La razón es obvia, pues si se trataba de un legado *per vindicationem*, esto es, si nacía sin que hubiera necesidad de la mediación del heredero, éste, como propietario de la cosa gravada, no podía convenir fácilmente con el usufructuario la estipulación de la *cautio*».

c) *El usufructo con facultad de disposición*.—Lo más importante en el estudio del usufructo es eliminar aquellas figuras atípicas por sus caracteres negativos, y entre ellas se encuentra, como una creación del derecho consuetudinario español admitido por la jurisprudencia, el usufructo con facultad de disposición. La jurisprudencia italiana conoce una Sentencia de 21 de marzo de 1927, en que fué declarado válido por la Corte de Bolonia. Esta institución, a pesar de estar regulada por la jurisprudencia anterior al Código, en particular por la producida por la Dirección General de Registros y del Notariado, no ha sido recibida por el derecho positivo.

El alcance de este derecho usufructuario indiferenciado se halla limitado a los actos *mortis causa*, por haberlo proscrito para los actos *inter vivos* la Resolución del referido Centro directivo de 6 de diciembre de 1929. El titular de este derecho híbrido, por su carácter potestativo, puede anular el derecho del nudo propietario, que se convierte en una expectativa residual al disfrute y propiedad de

los bienes de que no haya dispuesto el fructuario dentro de las condiciones marcadas por el testamento.

El carácter perpetuo del dominio queda quebrantado y a disposición del usufructuario, con facultad de disposición, por lo que con buen sentido la jurisprudencia le dispensa de la obligación de prestar fianza, ya que le falta la obligación inherente, que es la de restituir, que como principal aparece en el usufructo normal.

No debe de confundirse este usufructo con el llamado por KHOLER *usufructo de disposición*, derivado de la naturaleza de las cosas objeto del derecho real.

5. SUBSTANTIA Y SUSTANCIA. «El punto de partida, dice HEDEMANN, para configurar el usufructo, es la distinción de dos elementos: la sustancia y el provecho.» El concepto de sustancia se halla en la cúspide del usufructo, y de su conocimiento se deriva el de la institución, siendo los frutos aquellas detacciones, normalmente periódicas, que sin alterar aquélla permiten recibir un beneficio al usufructuario. La sustancia es el límite jurídico que señala los derechos de ambas partes, pues si de ella arrancan los derechos y obligaciones del usufructuario, también está establecida esta divisoria para el propietario al dispor el art. 489: «El propietario... no (*podrá*) alterar su forma y sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario».

Se ha discutido la influencia de la filosofía griega en el Derecho romano, manteniéndose tesis antagónicas, y más concretamente sobre su influjo o indiferencia en el concepto de usufructo. Es difícil conjeturar si al definir PAULO el usufructo, como se recoge en la I, 1, 2, pr. 4, y D. 7, 1; 1, como *«ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salvâ rerum substantia»*, utilizaba la palabra *substantia* en sentido vulgar u ontológico. Habrá que distinguir dos momentos: el de la recepción, realmente hipotético, pero con la presunción de que respondía a una cultura, y el de la evolución de este concepto, netamente jurídico. Sin pasar en el primer aspecto del terreno de la hipótesis, para analizar la correcta influencia, no es lícito, como en alguna ocasión se hace, acudir a sistemas filosóficos posteriores a la fórmula jurídica, como se hace desde BARTOLO.

Si examinamos la filosofía griega, por ser materia extraña, viéndonos de algún manual, encontramos algunas ideas sobre el

concepto de *substantia* que pudo tener proyección jurídica en él Derecho romano, y que a través del mismo ha recibido la moderna codificación. En las *Leccciones preliminares de la Filosofía*, de GARCÍA MORENTÉ, se dice: «La forma la toma Aristóteles de la Geometría; la toma de la influencia que la Geometría tiene sobre Sócrates y sobre Platón.» No olviden ustedes que Platón inscribió en la puerta de su escuela el letrero que decía que *Nadie entre aquí si no es geómetra...* La forma es la esencia, lo que hace que la cosa sea lo que es... ; es la serie de notas esenciales que hacen de la cosa lo que es y le dan sentido y *telos*, finalidad». También dice: «La definición de una cosa contiene su finalidad, y la forma o conjunto de notas esenciales imprime en esa cosa un sentido que es aquello para qué sirve» ; y con relación al concepto de *substantia*, ésta: «es para Aristóteles lo que existe ; pero no sólo lo que existe, sino en unidad indisoluble con lo que es con su esencia, sino con sus accidentes» ; y «*La materia y la forma constituyen una unidad que se llama substancia ; la unidad que es absolutamente indivisible.*» La forma todavía no se ha emancipado ontológicamente de la *substantia*, sino que, como dice WERNER JAEGER en su obra *Aristóteles*: «En este libro (Z de la Metáfísica) examina Aristóteles la cuestión de la naturaleza de la substancia sobre la base más ancha posible, partiendo de la distinción de cuatro sentidos diferentes del término: *materia*, *forma*, *universal* y *esencia*. Su objeto es mostrar que en el verdadero concepto de *substantia* se une los tres últimos».

La evolución del concepto de *substantia* tiene lugar en el mismo Aristóteles ; leemos en la obra últimamente citada: «No cabe dudar de que surgieron originalmente de los argumentos de Platón en favor de las Formas. Consuenen primeramente con ellos y deben de haberse inventado primeramente para ellos. Su sentido sólo es claro mientras se aplican a una realidad trascendental como aquella que creía Platón, tornándose ambiguos cuando se refieren a la esencia inmanente. De aquí que Aristóteles se vea obligado a matizar su sentido». De la escolástica en que tiene lugar esta separación la toma el Código Albertino, que disocia la forma de la sustancia, de donde pasó al antiguo Código italiano.

La mutación del concepto ontológico de *substancia* la señala ZARAGÜETA en su discurso sobre la *Contribución del lenguaje a la filosofía de los valores*: «Y queriendo consagrarse en este vocabulario esta distinción fundamental de los resultados de nuestra experien-

cia, designamos con el nombre de *substantia* a la síntesis de hechos invariablemente coexistentes y la razón profunda de esta invariabilidad», diciendo más adelante: «el supuesto sentido trascendental de la palabra se ha evaporado; mejor dicho, se ha relevado como un mito, en cuya génesis tampoco advertimos más que imágenes subrepticiamente deslizadas en el núcleo de las sensaciones empíricas»...

El sentido de la unidad y el telológico, bien sea un impacto ontológico o simple coincidencia, son dos de las normas que gobiernan la institución jurídica del usufructo. El segundo está expresamente señalado en muchos pasajes del *Corpus Iuris*, y en otros por él se han resuelto los problemas planteados, respetando el destino de la cosa; pero su verdadera abstracción y rehabilitación tiene lugar en el discutido art. 981 del moderno Código italiano: «el usufructuario tiene el derecho de gozar de las cosas, pero debe respetar el destino económico de la cosa». La tendencia a la unidad jurídica es difícil determinar cuando se deba a la influencia filosófica de forma excluyente, o cuando responde a una tendencia innata a todo sistema jurídico.

En la inconsistencia filosófica de la *forma* le sigue su réplica jurídica separado su perdurable aspecto teleológico, pues con la incorporación al campo del usufructo de las cosas incorpóreas, la materia se esfuma y queda un símbolo, su *valor*, que vivifica el concepto del usufructo, persistiendo extinguida la primitiva relación jurídica, subrogado sobre otra nueva relación jurídica de igual valor. Esta transmutación tiene también lugar en las cosas corporales, en los casos de incendio o expropiación.

6. EL PRINCIPIO DE UNIDAD. a) *La unidad física*.—La ruptura temporal que ocasiona el usufructo con la *desintegración* de las facultades del dominio, iguales o distintas, repercute en su campo jurídico, pero no en el aspecto material de la cosa fructuaria, pues con relación a ella las alternativas que experimenta, bien aumentando o bien disminuyendo, normalmente afectan recíprocamente sobre el derecho de los «consortes», cuyos derechos asimilan las variaciones naturales que sufra la cosa.

La unidad jurídica por estas oscilaciones naturales no se altera, recibiéndose en el campo jurídico, por su tendencia hacia la misma, recogida por EUGEN HÜBER en *El Derecho y su realización. Proble-*

mas de *Legislación y de Filosofía del Derecho*, en la que dice: «Es muy antigua, y pudiéramos decir constitutiva, la tendencia humana a reducir a unidad total el vario contenido del saber de la experiencia, fortaleciendo así la conciencia de sí mismo y afirmando del propio modo la unidad de personalidad». Una aplicación concreta tiene lugar en el Derecho romano con motivo de la accesión, diciendo el D. 7, 1, 9, 4: «semejante a éste es el tratado que suele consagrarse a lo que se agregó por accesión; y pareció bien que también el usufructo del aluvión pertenezca al usufructuario. Pero si hubiera surgido en el río una isla junta al fundo, escribe PEGASO, que su usufructo no pertenezca al usufructuario, aunque sea accesión de la propiedad, porque es como un fundo propio, cuyo usufructo no le corresponde. Cuya opinión no carece de fundamento, porque donde el incremento se halla oculto, se aumenta también el usufructo, pero donde se halla separado, no acrece para el usufructuario». Esta distinción, fundada en la unidad física, que falta en el caso de la formación de isla, se recibe en algunos Códigos que excluyen al usufructuario del disfrute de la misma. Nuestro Código tiene un principio general que es el sentado de la siguiente forma en el art. 479: «El usufructuario tendrá el derecho de disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, de las servidumbres que tenga a su favor y, en general, de todos los beneficios inherentes a la misma». La generalidad del principio y las discusiones y preceptos no recibidos no dan lugar a suponer que se ignorara el problema en la época de la codificación al silenciar el problema, sin que la expresión literal del *dueño*, que se emplea en el art. 373, autorice, por su colocación, a deducir consecuencias limitativas.

Por la identidad y relación directa con la cosa que produce el derecho real, a la que llama BARASSI en sus *Instituciones* «característica fisionómica del derecho real», se llega a la misma solución en cuanto a la extinción o limitación del derecho de usufructo en el caso de pérdida total o parcial de la cosa. Las soluciones romanas, recibidas y también superadas, están representadas en el D. 7, 1, 2: «Es en realidad el usufructo un derecho sobre cosa corpórea, suprimida la cual es necesario que se extinga también el usufructo»; y en D. 7, 4, 23, se dice: «Si un campo cuyo usufructo sea nuestro hubiere sido inundado por río o por mar, se pierde el usufructo; porque también se pierde la propiedad, en ese caso; y ni aun pescando podemos retener el usufructo. Pero así como si el agua se hubiere

retirado con el mismo ímpetu que vino se restituye la propiedad; así también se ha de decir que se ha de restituir el usufructo. Se recibe éste párrafo en el art. 808 del Código de Chile y hay una versión del mismo, con relación a la accesión, en el art. 372 de nuestro Código civil.

Dentro de estas situaciones de fénecimiento, de otras dos más se ocupa el Derecho romano: la pérdida de destino de la cosa, que extingüía el usufructo, concepto que ha evolucionado, y las soluciones ambivalentes que motivan las cosas deteriorables, representándose la intermedia en el D. 50, 16; 14 al decir: «Estimán LA BEÓN y SÁBINO que si el vestido se vuelve rasgado, o las cosas alteradas, v. gr.: los vasos liendidos o raída la pintura, parece que dejan de existir, porque el precio de ellos no consiste en la materia, sino en la hechura».

b) *Unidad jurídica*.—A esta unidad se llega por distintos caminos derivándolos de la naturaleza de las cosas, como ocurre con el usufructo de ganados, en que la *universitas facti* determina reglas especiales, en las que aparece indiferenciada cada una de las reses por la unidad del destino que forma el rebaño, permitiendo la sustitución de las cabezas siempre que se conserve la unidad numérica del conjunto. Sobre este aspecto, dice ROJINA en su *Teoría general de los derechos reales*: «se admite: también usufructos sobre universalidades de hecho, como son el usufructo de ganado, que se constituye sobre la totalidad y no sobre cabezas determinadas...; en donde existe como característica general la de que el derecho real se extiende sobre un conjunto, independiente de las partes que lo constituyen, de tal manera que debe de mantenerse esa unidad y sus elementos integrantes, aunque perezcan los que en el momento de la constitución del derecho hayan existido». Este usufructo plural, con tratamiento unitario, es el principio que en su génesis va evolucionando hasta alcanzar la unidad del usufructo sobre la hacienda mercantil, donde la sustitución no se origina con el nuevo fruto natural, sino por la aportación voluntaria al acervo común.

Dentro de la unidad económica que produce la explotación de un sueldo, creo que tanto en el Derecho romano como en el derecho común se introduce el *quasi-ususfructus* como un reto de la realidad de las cosas, que demanda un tratamiento unitario de las consumibles, unidas a otras que no lo sean, creando ésta figura anómala y

antagónica del usufructo, con la que, sin embargo, está apareada. La presión sobre la doctrina se confirma con el siguiente párrafo de FRANCISCO DE CÁRDENAS, escrito en 1851, figura interesante que culmina la codificación, diciendo en su trabajo *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el proyecto del Código civil*: «Es un punto sujeto también a opiniones, aunque de aplicación muy frecuente, si legado el usufructo de una finca rústica es visto legarse también los instrumentos y aperos que el testador tenía en ella para labrarla, como bueyes, mulas, arados y grano separado y dispuesto para la siembra. GREGORIO LÓPEZ, fundándose en el Derecho romano (Dig., *item si feudi*), en BALDO, ANGELO y FLORIANO defienden la afirmativa; la misma opinión han seguido otros autores modernos». La solución negativa esterilizaría el quasi usufructo. Facilita esta tesis la disposición conjunta de cosas de distinta naturaleza usufructuaria el artículo 883, al disponer: «La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador». Dice el art. 995 del nuevo Código italiano: «Si el usufructo comprende cosas consumibles...».

Si bien los usufructos legales dan lugar, por su propia naturaleza, a usufructos universales, su tratamiento jurídico no tiene singularidad alguna, pues siguen gobernándose con arreglo a la tesis atomística romana, se consideran existentes sendos usufructos, tratamiento singular, según las reglas que correspondan a la naturaleza del objeto sobre el que recaiga cada uno de aquéllos.

La concepción unitaria de un patrimonio encuentra su aplicación en el usufructo cuando se dispone de aquél de forma universal, constituyendo un usufructo universal o parciario, que implícita lleva la idea de que no se disgregue por el pago de deudas que corresponden al heredero; pero para evitar su desintegración, con solución aparentemente incorrecta, el art. 509 concede al fructuario la facultad de asumir el pago de deudas extrañas, subrogándose en el crédito, cuyo vencimiento se altera fijándose, por ministerio de la ley, en el día en que tenga lugar la extinción del usufructo.

Desde el punto de vista jurídico, la indivisibilidad viene a ser un corolario de la unidad, y en este aspecto tiene su reflejo, al igual que en las servidumbres, en el principio de que el disfrute de la cosa se extiende sobre la totalidad de los aprovechamientos que produzca el objeto gravado. Así dispone el art. 745 del Código civil.

suizo: «el usufructo confiere al usufructuario, salvo disposición contraria, el goce completo de la cosa», y al mismo objetivo tiende el párrafo 1.030 del Código civil alemán, al decir: «El usufructo puede ser limitado mediante exclusión de utilidades singulares». A la misma solución se llega, no obstante el art. 469, del análisis del contenido de los arts. 471 y 527.

Un mayor esfuerzo jurídico es necesario para asimilar y embutir, dentro de los límites del usufructo, las facultades de disposición inherentes al usufructo sobre una empresa mercantil. Esta meta impuesta por la necesidad económica se señala por HEDEMANN: «La empresa es un concepto totalmente desconocido para el BGB, ha alcanzado a la luz del moderno Derecho económico una significación cada vez más elevada. Ya se han señalado, a propósito de la adquisición de la propiedad, cuán difícil es aproximarse a él sobre la base del viejo BGB. No obstante, debemos hacerlo accesible al usufructo sea como sea.»

Entre otras varias manifestaciones de la unidad e indivisibilidad, señalamos el carácter de irdivisible que se concede a la prestación, que da lugar a la admisión o no del usufructo sobre una renta vitalicia, aunque se sacrifique la integridad de la sustancia.

7. DEFINICIÓN LEGAL DEL USUFRUCTO. a) *Código francés*.— El *Code civil*, siguiendo a la definición de PAULO, dice en el art. 578: «El usufructo consiste en el derecho de disfrutar de cosas cuya propiedad pertenece a otro, como este mismo, pero conservando la sustancia de aquéllas». Esta fórmula legal compendiosa salva la insuperable antítesis de agrupar o ignorar el usufructo sobre las cosas consumibles, y de esta forma tangencial el significado de la dicción como *el propietario mismo* es bifronte; cuando se trata de cosas no consumibles, entre las facultades del usufructuario no está la de disponer de la cosa como derecho real limitado, pero cuando se aplica a las cosas consumibles, su acepción es precisamente la contraria, pues se le concede el *ius abutendi*. Con unanimidad se le llama así a la facultad del usufructuario de disponer, en el usufructo impropio de los alemanes o irregular del Código argentino. Sin embargo, de esta dicción oportunista, se derivaron en la codificación napoleónica consecuencias inesperadas. La primera es una limitada facultad de administrar concedida al usufructuario, suficiente a que el *colonato* persista, dentro de ciertos límites, a la ex-

tinción del usufructo, obligando al nudo propietario los actos del propietario «putativo». También es paladina su repercusión, recibida por nosotros, en la reglamentación del usufructo sobre los bosques, aunque tenga ascendiente romano.

b) *Código civil español*.—En la línea clásica se encuentra la definición positiva del usufructo contenida en el art. 467 del Código civil español, que dice: «El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que por el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa». Dejando, de momento, el último inciso, se notan dos ligeras diferencias con la definición pauliana. La adición de *bienes ajenos*, que es un acierto, por concretar más la definición legal, lo que merece las loas de algún autor, en contraste con la omisión de este requisito en otros Códigos, pero más bien pueda ser un epítafio al antiguo *usufructo causal*. La interpolación de la palabra *forma*, en la redacción primitiva del anteproyecto, no parece que tenga sentido ontológico, sino que está utilizada en sentido vulgar, pues GARCÍA GOYENA decía: «En este artículo se añade la forma, porque alterarla o cambiarla es disponer de la cosa», consecuencia de la proscripción por la doctrina de las cláusulas de disposición, documentando esta interpolación en los siguientes pasajes: D. 7, 1, 7, 3: «no puede hacer alteraciones ni quitar lo útil»; D. 7, 1, 8: «aunque lo haya de reponer mejor»; D. 7, 1, 60: «está establecido que el usufructuario no puede concluir el edificio comenzado, aunque de aquel lugar no puede usar de otro modo», y D. 7, 1, 44: «una cosa es conservar lo que hubiere recibido y otra hacer algo nuevo».

En este caso se confirma la falta de ascendencia escolástica de la forma, a la que atribuye VENEZIAN su ingreso en la legislación italiana: «De esta suerte qué para determinar el concepto de sustancia en relación con el destino de la cosa, y por lo tanto y en último análisis, con la voluntad del dueño, no estorba la cláusula agregada a la definición clásica del usufructo, *conservación de la sustancia tanto en la materia como en la forma*, que apareció por primera vez en las leyes civiles de 1819, y de aquí, a través del Código albertino, ha pasado al nuestro. Esta cláusula se explica si recordamos la antítesis corriente entre materia y forma, y principio de la unidad y diferenciación entre los individuos de la misma

especie; y la forma, realidad mediante la cual deviene la materia sustancia actual y principio de la unidad y diferenciación entre las especies».

c) *Último inciso del art. 467.*—La dificultad de definir el usufructo ya fué señalada por ALBERTO AGUILERA por nota al pie del art. 2.197 del Código civil portugués, diciendo: «Es muy difícil dar una definición exacta del usufructo y hacer ver en ella de una manera perfecta las diferencias que le separan del arrendamiento; de aquí la diversidad que en los detalles de sus definiciones respectivas se nota en los distintos Códigos modernos».

La primera redacción del usufructo en el Código civil estaba tomada del anteproyecto, pero se había suprimido el último inciso que decía *salvo lo dispuesto en el art. 444*. Aunque no consta la causa de esta supresión, bien pudo ser el evitar citas y referencias interíreas, de que se aligeró el anteproyecto; pero parece más atinado el suponer que se hiciera la poda con carácter general a todo lo referente en el usufructo a los bienes fungibles, pues no sólo hay ésta, ya que el art. 444 vino a ser al actual 482, sino que se han suprimido otras.

En el Senado dijo el penalista LUIS SILVELA: «Se define el usufructo, ¿y por qué no el uso y habitación? ¿Y cómo se define? Diciendo que es el derecho de usar y gozar de las cosas ajena sin alterar su naturaleza. Mala definición, porque esto puede ser, por ejemplo, el arrendamiento, toda vez que yo, arrendatario de una finca, uso de ella sin alterar su sustancia; puede ser también el comodato, porque éste no es otra cosa que el derecho de usar y gozar de las cosas fungibles sin alterar su esencia. Luego si esta definición sirve para definir varios derechos reales, la definición es mala. Parece exigirse que la cosa usufructuada fuese de aquellas que no necesiten se altere la esencia para ser gozadas. Sin embargo, más adelante se dice que se pueden dar en usufructo las cosas fungibles con tal que se devuelvan otras de la misma especie y cantidad. Tendremos, pues, un usufructo sobre cosas fungibles que no es el usufructo que define el Código». Insistió AZCÁRATE sobre la definición del usufructo en el Congreso de Diputados y dijo en su discurso: «Lo que pasa en el usufructo es muy extraño, porque el Código dice que el usufructo es el derecho de disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma y sustancia. Esto es el *salva rerum substantia*

del Derecho romano. Pero el art. 481 habla del usufructo de cosas que sin consumirse se deterioran por el uso, y el 482 habla del usufructo de cosas que no se pueden usar sin consumirlas. De maniera que después de decir que en el usufructo es preciso que queden a salvo la sustancia y la forma de las cosas; se admite el usufructo de las mismas, de las cosas que se deterioran con el uso y hasta de las cosas fungibles. ¿Por qué habéis huído de emplear la palabra *cuasi* y no habéis llamado al usufructo en estos casos *cuasi usufructo*? Si eso significa que habéis ensanchado el criterio jurídico para hacer entrar en aquello que no cabe en el concepto que los romanos tenían del usufructo, es decir, el *quasi ususfructus*, santo y bueno; pero conserváis el concepto antiguo, y a seguida os ponéis en contradicción con él haciendo lo mismo que al tratar de las servidumbres, puesto que a seguida de definirlas, y definirlas bien, incluís entre ellas ciertos aprovechamientos que no son tales servidumbres». Le contestó, por la Comisión, GAMAZO, que también era Vocal de la Sección primera de la Comisión de Códigos, diciendo: «Lo mismo puede decirse de todos los Códigos del mundo que han incurrido en el error en que se incurre estudiando el derecho de usufructo, error, en efecto, que se trata de enmendar por la adición del *cuasi-usufructo* en la noción general del usufructo, si al definir éste se dijera siempre que había de salvarse la sustancia de la cosa. Realmente, de que sea buena o sea mala, me parece no depende la felicidad de un país».

El resultado de esta discusión parlamentaria fué el que al publicarse la segunda edición del Código civil para adaptarlo a las indicaciones de ambas Cámaras, se adicionó al art. 467 el siguiente inciso: «*a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa*». Es de señalar que en la Exposición dirigida al Gobierno, por la Comisión de Códigos, como es de ver por las firmas que figuran en el preámbulo del Decreto de 30 de junio de 1889, que publicó el vigente Código civil, no se alude a esta adición. La razón, en éste como en otros casos, fué sin duda el de aminorar el número de las modificaciones reales o retoques de que fué objeto, pues según los datos de FALCÓN, que facilita el doble texto correspondiente a ambas ediciones, sólo se hace referencia en el preámbulo a 37, y los retoques que se omiten bajo el especioso nombre de correcciones de estilo alcanzan el número de 181, y aun no incluye alguna errata, como la salvada en el art. 492.

El espíritu de contradicción, natural al temperamento latino, se pone de manifiesto en el proceso seguido en la elaboración del antiguo Código civil italiano. Según VENEZIAN, a la dicción del artículo 477: «La obligación de conservar la sustancia, tanto en la materia como en la forma—seguía—, salvo las excepciones establecidas por la ley o el título», siendo suprimida esta última, por innútil, por la Comisión de corrección de estilo.

La definición compendiosa de nuestro Código incurre en el principio de contradicción, estudiado por GARCÍA MAYNEZ en *Introducción a la Lógica jurídica*, en la que sienta que: «ambos no pueden ser verdaderos» y «todos los comprendidos en esta especie son necesariamente falsos». No obstante, no se produce esta falacia en el Código, pues la fusión jurídica no se produce, siendo su contenido distinto, aunque reconozcan ambos su origen en el mismo título, y su contenido es el apropiado a su naturaleza: contradic-toria: en el uno, se transfiere la posesión; en el otro, la propiedad.

c) *Códigos modernos*.—El concepto de sustancia se difumina en los comentaristas de los Códigos modernos—entiendo por tales, a efectos de este trabajo, el alemán, suizo e italiano—, los cuales omiten la definición de usufructo, más difícil en cuanto en ellos se reglamenta al que recae sobre cosas incorporales (derechos en el BGB). Esta tendencia a suprimir definiciones legales permite entrar rápidamente en el estudio de la institución, y para suplir la omisión los autores se limitan a dar la suya, pero dando un salto atrás; leemos en WOLF: «El moderno derecho de usufructo se inspira en lo esencial en el Derecho romano y en el Derecho común (en el sentido que anteriormente a la codificación tuvo en España, modificándose en el artículo 1.976, *derecho de Castilla, por común*, en la segunda edición, que es el aceptado en el extranjero). El propio concepto del usufructo es completamente romano, persistiendo sus caracteres de unidad y sentido teleológico.

En resumen, sobrevive la definición de PAULO sobre el usufructo, con la impronta aristotélica que debió recibir la institución, persistiendo sus caracteres de unidad y sentido teleológico.

8. ORIGEN DEL USUFRUCTO. No obstante, es opinión común, tanto para la codificación civil como para el usufructo—se dice por VENEZIAN en su conocida monografía—, que el Código italiano trae

su influencia del Código civil de Napoleón. El problema debe plantearse en términos generales, y para encontrar la solución correcta debemos de buscar las interferencias producidas en otros campos de la cultura, donde se ha repetido el mismo problema. Dice MAYANS y SISCAR en *Orígenes de la Lengua Española*: «Algunos pensarán que yo me olvido de la lengua francesa, italiana, alemana y otras, de las cuales hemos recibido, por razón de trato y larga comunicación con otras naciones; pero yo hasta ahora he hablado de propósito de *lenguas matrices*, porque entiendo que en ellas principalmente se han de buscar los orígenes de los vocablos, sino en el caso que por ser la cosa recién inventada, y por consiguiente su vocablo, sea preciso recurrir a estas lenguas modernas».

La influencia del Código civil francés en nuestra codificación se ha alzado primado. En este sentido, el diputado MALUQUER Y VILADOT, en la sesión de 20 de marzo de 1889, dijo en el Congreso de Diputados: «He dicho antes que en nuestro Código civil se copian numerosos artículos del Código francés. Realmente son muchos los que se copian literalmente; yo he hecho un examen comparativo de los dos cuerpos legales y puedo decir que son más de 250 los artículos que del Código francés se transcriben literalmente a nuestro Código, y el de un número tres veces mayor el de los artículos que con palabras distintas vienen a decir lo mismo», haciendo una relación de los idénticos o concordantes.

Si esta afirmación objetiva es irrebatible y se atiende exclusivamente al fenómeno externo de toda codificación, se olvida su génesis, que exige discriminar cuáles eran los preceptos derivados del derecho común y cuáles los elementos técnicos o indígenas determinantes de su elaboración. No podía nuestra codificación, como toda la latina, diferir sustancialmente de la francesa, si ambas reconocen como derecho matriz al sistema romano; siendo de señalar lo que tienen de diverso en los preceptos en que aquélla es original, y cuáles son los típicamente españoles.

Nuestro Código no puede calificarse de progresivo, aunque no es inferior a los de su época; en esto sigue las normas que recoge PUIG BRUTAU en *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, diciendo: «Pocas personas—dice HARBUSY—pueden expresar correctamente la calificación que merecen las circunstancias imperantes en su tiempo, pues el pensamiento refleja el estado de opinión exis-

iente una generación antes. JULIUS STÖNE afirma que siempre existe un cierto período de tiempo entre la aparición de una nueva manera de pensar y su transformación en hechos. Sólo al cabo de una generación, por lo menos, las nuevas ideas son puestas en práctica por los hombres de acción.

En el acto celebrado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación para celebrar la promulgación del Código civil, su Presidente, FRANCISCO SILVELA, aplaudía el tono de medida con que se resolvían los problemas jurídicos en el Código, diciendo al efecto: «El poeta, bien sea en las reformas políticas, bien en las reformas jurídicas, es el que representa las ilusiones en el futuro, es el que presenta fórmulas muy sabias, muy por cima del estado de cultura del país, y es el que con sus aspiraciones universales en un sentido podrá alcanzar grandes glorias para la apreciación del porvenir, pero no se encuentra en condiciones de satisfacer a las necesidades del presente, que es, ante todo y sobre todo, lo que deben realizar los legisladores, y más que en ninguna otra materia en el Derecho civil». Criterio que repite en los demás discursos que pronunciara durante la elaboración del Código civil este ilustre político liberal-conservador, a cuya preparación jurídica hay que añadir su extraordinaria erudición, que le permitió reunir cuatro medallas académicas. Conociendo por experiencia las dificultades de la codificación civil, envainó su daga sin resentimientos.

A dilucidar los distintos factores que intervinieron en la codificación civil tiende este trabajo, concretado al usufructo, y sin perjuicio de señalar influencias parciales de distinto origen, la primordial es la romanista, pues como decía uno de los Vocales de la Comisión de Códigos, BENITO GUTIÉRREZ, en *Códigos*, al hablar del usufructo de montes, justificando las citas del *Corpus Iuris*: «Estas conclusiones se han tenido presentes a la formación del proyecto del Código; citándolas creemos hacer un servicio a la juventud estudiosa»; en el discurso necrológico pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas se le atribuyeron la redacción de más de 500 artículos, lo que avalora su opinión.

Entre la legislación positiva extranjera, razones de oportunismo despertaron la curiosidad de los juristas españoles sobre el original Código civil portugués, lanzándose al mercado tres traducciones, viéndose alguno de sus preceptos al Código civil. De estas tra-

ducciones, la de 1879 lleva un prólogo de ALONSO MARTÍNEZ, del que era pasante su traductor ALBERTO AGUILERA, siendo de gran interés para conocer el programa de la codificación civil del autor del Código civil. Dice: «El estudio comparativo de los Códigos modernos es una verdad muy provechosa para el legislador de cada país, que puede por tal procedimiento mejorar ciertas instituciones jurídicas, desenvolviéndolas con más arte, perfeccionar el método, excogitar en cada caso las fórmulas más adecuadas y felices; pero los dogmas, los principios fundamentales, no ya en cuanto a la contratación, que derivándose de necesidades comunes a todo el género humano es, por decirlo así, el elemento invariable del Derecho, sino en cuanto a la condición de las personas y a la organización de la propiedad y la familia son idénticos. Y es que las naciones de Europa cuyos Códigos he comparado, forman una familia nacida de una misma cuna, alimentada por una misma nodriza y educada por un solo maestro. Todas ellas, en efecto, extienden sus raíces por la antigua Roma, reciben su savia del individualismo germánico y se desenvuelven bajo la influencia del cristianismo».

Su sueño dorado, dijo ALONSO MARTÍNEZ en la apertura de Tribunales, lo constituía la promulgación del Código civil. Consiguió verlo realizado, por ser tres veces Ministro de Justicia y Presidente de la Comisión de Códigos, desde el 30 de septiembre de 1878. Como Ministro de Justicia presentó a las Cortes las Leyes de Bases de 1881 y las que fueron aprobadas por Ley de 11 de mayo de 1888, presentando en apoyo de las primeras el *proyecto* articulado de los libros I y II del Código civil. La Sección primera, que presidía, empezó a preocuparse del Código civil en 1880, dedicándole, según el Libro de Actas—perdido—, 316 sesiones, de las que asistió a 260. Su labor quedó a falta de la publicación de unos comentarios, que estaba preparando cuando le sorprendió la muerte, cuya omisión es mucho más de lamentar por faltarle a este cuerpo legal una Exposición de Motivos, que tanto prestigio diera a otros del siglo pasado, probablemente por la premura con que se hubieron de quemar las últimas etapas, determinante de una incorrección de fechas, pues sancionado el proyecto de Ley, siguió elaborándose el Código hasta el 29 de noviembre de 1888 por la Sección primera de la Comisión de Códigos.

Esta falta de materiales esfuma bastante la *mens legis*, por lo que hay que acudir a medios indirectos para estudiar el proceso de

nuestra codificación, excepto en el caso de que se trate de los libros III y IV del Código civil, en que se salvó de la incuria algún ejemplar de la ponencia que sirvió de base a la Comisión de Códigos, elaborado en el seno de la Sección primera, para la aportación de enmiendas por el resto de los Vocales, a cuyo efecto se imprimió a media margen.

El sentido histórico de la codificación va ligado a sus precedentes, señalando el Código una etapa de cristalización del Derecho, ajustado a un breve texto; lo que hay de aprovechable en los cuerpos legales anteriores que conviene asimilar, pues no deben de calificarse de progreso todas las cosas nuevas—como decía FRANCISCO DE CÁRDENAS, conspicuo Vocal de la Comisión de Códigos—que individuos o colectividades pretendan introducir en el fondo o en la exposición del Derecho, mientras que no hayan sido aceptadas por la mayoría de los juristas y comprobadas por la experiencia. Este trabajo resultaría unilateral si el aspecto histórico no se completara sucintamente con el presente y el porvenir del Código civil, al que factores jurídicos o extraños al derecho presionan sobre éste y le obligan a evolucionar. El acaecer jurídico va dejando su surco, en el que se apoyan los dos motores que impulsan la vida jurídica: la razón y la experiencia, forzadas, a veces, por los nuevos hechos.

El que nuestro Código tuviera mala prensa no es un hecho singular, pues lo recoge KIRCHMANN en *La Jurisprudencia no es ciencia* de la siguiente forma: «Ha llamado muchas veces la atención el que amplios Códigos hayan sojuzgado en todas partes largo tiempo a la ciencia, y se han buscado por doquier motivos, siendo corriente materia de censura para el respectivo Código». La infancia del Código ha sido superada; esta crisis jurídica de crecimiento nos la explica la precitada conferencia: «Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la materia podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura». Más ecuánimes fueron las opiniones extrañas, pues ROLIN-JAEQUENYUS decía de nuestros juristas del siglo XIX: «El estudio de la literatura jurídica de España ofrece un interés que excede a la simple curiosi-

dad», y con relación al Código civil, en la nota también publicada en la *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, al hacer la recensión del *Code Civil Espagnol, traduit et annoté*, por LEVY, se decía: «Contiene una exposición crítica de las disposiciones que el autor considera pueden presentar más interés; mas a causa de su carácter exclusivamente nacional, sea en favor de los progresos que ellos consagran y que le parece deseable ver pasar a nuestra legislación».

La fase crítica del Código civil ha sido superada, y la calidad de los civilistas que le defienden, desde el punto de vista histórico o historicista, sirven de contrapeso o neutralizan las diatribas tradicionales, que le liberan de la maraña de cuestiones que le han empequeñecido, constituyendo en alguna ocasión el objeto especial de algún trabajo.

La estabilización del Código civil está conseguida; después de pasar en silencio hasta sus bodas de platino, no se atisba un movimiento de reforma como el iniciado por RUIZ VALARINO por Orden ministerial de 3 de julio de 1911, desarrollando el Real decreto de 11 de marzo de 1910, al que en las Memorias de los Presidentes de las Audiencias, a juzgar por la que corre impresa de ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Presidente de la de Pamplona, no debió de encontrar el eco necesario el bello discurso que con este motivo pronunciara aquel Ministro de Justicia en la solemne apertura de los Tribunales de 1910, deferente homenaje de don Trinitario a la Magistratura.

9. OBJETO DEL USUFRUCTO. De DALMASES y JORDANA sienta en su obra el *Usufructo de derechos*: «Hemos recibido del Derecho romano no sólo la terminología sino también la doctrina. Allí, al principio, no se concebía el usufructo más que como un derecho real al derecho de las cosas que pudiera verificarse sin alterar su sustancia, sin abusar de ellas, o sea sin consumirlas. Por lo cual, lecía Cicerón en aquel fragmento citado por todos: «*No debet ea mulier cui vir bonorum suorum ususfructum legavit, cellis vinariis et pleariis plenis relectis putare, id ad se pertinere*; *usus enim non abusus legatus est*». Pero pronto se vió que una concepción tan restringida del usufructo no estaba de acuerdo generalmente con la voluntad del causante en el legado de *ususfructus omnis bonorum* ni satisfacía las necesidades que el Derecho tenía previstas, situación

que se agravó cuando la *lex Papia Poppea* concedió al supérstite el usufructo del tercio de los bienes del causante. Y para remediar esta situación se dispuso, en virtud de un senado-consulto de fecha desconocida y dictado quizás bajo Augusto, que objeto del usufructo podían serlo todas las cosas». Lo recibe, el art. 581 del Código de Napoleón: «puede ser establecido sobre toda clase de bienes muebles o inmuebles».

El objeto aborigen del usufructo es el correspondiente a una economía primitiva y su prístino sentido se circunscribe a las cosas materiales, que persiste indebidamente en el D. 7, 1, 2, al decir: «Es en realidad el usufructo un derecho sobre cosa corpórea», concordante con la I. 2, 4, pr. 1: «Es, pues, un derecho sobre un cuerpo, quitado el cual, necesario es que aquél desaparezca». El objeto corporal del usufructo, con la adherencia natural que implica, sufre una expansión a través del legado universal o parciario, que incorporan al acervo del usufructo las cosas incorpóreas, sirviendo de vehículo a esta expansión el usufructo sobre un crédito. La impronta corpórea de las primitivas disposiciones romanas sobre el usufructo se irradian sobre las cosas incorpóreas, cuyo proceso de asimilación considero que no está totalmente concluido. Los objetos consumibles que aquellos legados universales aportan a las disposiciones *singulares* fructuarias caen en otra vertiente: el cuasi usufructo.

Atendiendo a la formación histórica del usufructo, seguiré la clasificación romana de cosas corporales e incorpóreas para determinar el concepto de sustancia, tanto en aquéllas como en éstas, *abracadabra* del usufructo. Su valoración jurídica venía atribuída a la interpretación de la definición pauliana, pero NICOLÓ y GIORGANNI, en el *Nuovo Digesto italiano*, dicen que la obligación de conservar la sustancia no puede considerarse como una obligación en sentido técnico. Por lo que su concepto habrá que deducirlo de su proyección en cada uno de los objetos sobre los que recae; de los mal llamados usufructos especiales. Del estudio de éstos se infiere que el concepto de sustancia no es rígido, sino eminentemente circunstancial, adaptándose a los caracteres del objeto gravado, y a su vez, la irrupción de nuevos hechos, hace necesario examinar la circunstancia de cada objeto, teniendo en cuenta la sucesiva apariación de éstos y su absorción por este derecho real de usufructo.

10. USUFRUCTO SOBRE BIENES INMUEBLES. El art. 334, en la parte que aquí interesa, dispone: «Son inmuebles.—1.º Las tierras, los edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.—2.º Los árboles y plantas y los *frutos pendientes*, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte del inmueble». Estas cosas vienen a formar su sustancia, que en principio concuerda con el concepto de bien inmueble.

Los límites y extensión del usufructo sobre los bienes inmuebles por naturaleza han de estudiarse en este lugar en dos de sus proyecciones: vuelo y subsuelo. El concepto de subsuelo sufre la limitación siguiente en su profundidad, en virtud de lo dispuesto en el art. 350: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y los reglamentos de policía». Se recoge aquí la herencia de una disparidad de criterios producida entre la legislación de Aguas y Minas, que se inició con la primitiva ley, según explica FRANQUET en su *Ensayo sobre las Aguas*: «Hoy puede decirse que tan justificadas prácticas y consuetudinarios usos han quedado consagrados con la fórmula acomodada a nuestras leyes civiles y administrativas formada por la Comisión Regia; pero, desgraciadamente, en la parte de aguas subterráneas la mayoría de la Comisión ha adoptado un principio que, a nuestro modo de ver, es un retroceso injustificable rechazando los usos consuetudinarios y prácticas que en Valencia, y sobre todo en Cataluña, ha desarrollado una industria, que aplicando con conocimiento la ciencia de los antiguos zahoríes fertiliza dilatadas comarcas y ha creado derechos inmensos, que no pueden menos de ser respetados. Y es esta novedad tanto más chocante cuanto que los principios introducidos en la práctica civil seguida son los mismos proclamados por la nueva ley de minería para la investigación y explotación de otra propiedad subterránea de igual carácter, de mayor valor si se quiere, pero de menos necesidad y conveniencia pública social».

El estudio del concepto de sustancia en los bienes inmuebles por naturaleza ofrece escasas modalidades, pues su misma solidez facilita la íntegra devolución del objeto, quedando diferidos los problemas que presentan a la conservación o aprovechamiento del fundo, a los que nos remitimos.

a) *Arboles*.—A una economía primitiva corresponde la formación del concepto de frutos, complementario del de sustancia, derivándolo de su función biológica por ser el medio para conservar la especie, y jurídicamente es fruto todo lo que la cosa produce sin merma de su facultad fecundante.

La idea primaria es biológica, pero a semejanza de que la separación señala el momento de atribución de la propiedad del fruto, cuando llegue el caso de que, por accidente o muerte natural, perezca el árbol, su atribución al nudo propietario deja sin cubrir el destino de la finca, pues no puede cargarse al usufructuario la obligación de replantar—mejorar—, situaciones que se pueden engarzar en el Derecho romano. En el D. 7, 1, 59, se dice: «No se halla establecido que los árboles arrancados por la fuerza de la tempestad, no por culpa de usufructuario, sean sustituídos por éste». El D. 7, 1, 18, dice: «legado el usufructo de un campo, han de sustituirse otros en lugar de los árboles muertos, y los primeros pertenecen al usufructuario» (*sic.* en la traducción de GARCÍA DEL CORRAL). Del contenido de estos dos pasajes del *Corpus*, que selecciono para evitar discordancias, resulta sentado el criterio que recogen nuestras Partidas sobre la atribución y obligación de reponer árboles. Igual hace el *Code*, pero con una limitación inexplicable reduce el precepto a los árboles frutales, cuando los comentaristas extienden la norma a todos ellos.

Esta alterna atribución se recoge en los arts. 483 y 484, diciendo el primero: «El usufructuario de viñas, olivares u otros árboles o arbustos podrá aprovecharse de los *pies muertos*, y aun de los *tronchados* o *arrancados por accidente*, con la obligación de reemplazarlos por otros». La interpretación histórica autoriza, a la vista del anteproyecto que se refería a la *reposición parcial*, y que este artículo tan sólo a ella obliga, pues los producidos por *accidente* están corcretados a los tronchados o arrancados, no a los pies muertos. Explicaba GARCÍA GOYENA este precepto diciendo que no le satisfacían las razones dadas por los franceses en sus comentarios al art. 594 del *Code*: «El usufructuario hace suyo el árbol frutal en justa indemnización a los frutos que pierde». Más cierta me parece que, aun siendo en principio el árbol del nudo propietario, se varía su atribución concediéndoselo al fructuario, puesto que éste, para seguir el destino de la finca, se ve obligado a repónerlos, sin perci-

bir durante los años de crecimiento frutos, y la ley le concede esta compensación legal. De otro modo, el nudo propietario tendría dos utilidades: de momento, en el curso del usufructo, percibiría los pies caídos, y a la terminación de aquél recibiría graciosamente unos árboles repuestos, que no tendrían el carácter de mejora, y que, en todo caso, sería ingravida.

La reposición normal de toda explotación agrícola señala el límite de la obligación de conservar la finca el usufructuario, quedando indemne de ella el fructuario en el supuesto del art. 484, del tenor literal siguiente: «Si, a consecuencia de un siniestro o caso extraordinario, las viñas, olivares u otros árboles o arbustos hubieren desaparecido en número tan considerable que *no fuera posible o resultare demasiado gravosa* la reposición, el usufructuario podrá dejar los pies muertos, caídos o tronchados a disposición del propietario, y exigir de éste que los retire y deje el suelo expedito». Se trata de la otra solución basculante, en la que se atribuyen como *productos* (parte de la sustancia), por razón de cantidad, los árboles al nudo propietario. El módulo que señala el límite de cada una de las dos vertientes de esta alterna atribución, es el de que no fuera posible. A la imposibilidad objetiva ha de extenderse también la técnica cuando las normas agronómicas, por la esterilidad producida por un cultivo anterior, no aconsejen la replantación análoga, pudiendo sustituirse por la adecuada a *uso de buen labrador*. La misma medida se adopta cuando resultare *demasiado gravosa* la reposición. Esta evaluación no debe ser subjetiva, sino atendiendo a la naturaleza de la finca, pues la reposición es una carga de los frutos en tanto en cuanto ésta se puede estimar *normal* dentro de una regular explotación, así como cuando el accidente, sin perder este carácter, sea de producción más o menos regular. La excepción es sólo para los casos *extraordinarios*, y no puede calificarse de tal, por ejemplo, una helada, si cada diez o doce años se repite el mismo fenómeno, con lo que habrá que atender a la frecuencia local del accidente para calificarlo de ordinario o extraordinario. El trasplante del precepto, desde el capítulo de las obligaciones del usufructuario en que figura en el anteproyecto, embutiéndolo entre los derechos, da carácter de excepción al derecho a los pies muertos que concede.

La proposición última del art. 484 contiene un *facere*, que es accesorio del derecho a los árboles caídos que se le concede al propie-

tario, tomado del D. 7, 1, 19, 1, que dice: «Si el dueño no quitase los árboles arrancados por el viento, por lo que fuera más incómodo el usufructo o el paso, se ejercitarán contra él por el usufructuario sus acciones».

b) *Viveros*.—La sistemática del Código ha dado lugar a una transferencia de preceptos. En el Derecho romano se considera a los viveros como una explotación complementaria de la agricultura, y en el Código civil se les incluye dentro del usufructo forestal. Por apoyarse en ambos casos la solución jurídica en el destino, hay que aplicar una solución ambivalente, sin tener en cuenta la servidumbre del lugar que ocupa en el Código. Su texto era en el D. 7, 1, 9: «Mas el fruto del semillero opino que pertenece al usufructuario, pero de suerte que le sea lícito vender y plantar; mas debe siempre reponer el semillero preparado para *plantar los campos*, como instrumento del campo, para que sea restituído al dueño finido el usufructo». Más lacónicamente, el apartado 3º del art. 485, dispone: «En el vivero de árboles podrá el usufructuario hacer la entresaca necesaria para que los que queden puedan desarrollarse convenientemente», pero su tenor literal tiene una expresión excesivamente lacónica, que ni siquiera hace al fructuario expresamente la atribución de los plantones que entresaque. Con mayor concreción jurídica, dice el art. 590 del Código de Napoleón: «Los árboles que pueden sacarse de un plantel sin echarle a perder pertenecen al usufructuario, pero con arreglo a las costumbres de cada lugar para reemplazarlos por otros», que pasó al art. 491 del antiguo Código italiano. Literariamente es más correcta esta expresión, por ajustarse a la naturaleza jurídica del derecho sin necesidad de acudir a inducciones o deducciones para llegar al mismo resultado. En resumen, el vivero, tanto el agrícola como el forestal, debe de explotarse con arreglo a su destino, accesorio de la explotación principal, a la que debe de suministrar los plantones necesarios, siendo el remanente, después de cubiertas las necesidades del fondo o monte, frutos de los que puede disponer libremente el usufructuario, siempre que no perjudique la finalidad del vivero.

c) *Aprovechamientos forestales*.—Dispone el primer apartado del art. 485: «El usufructuario de un monte disfrutará todos los aprovechamientos que pueda éste producir según su naturaleza». Tanto por la generalidad de la regla, como por la de ser común co-

las normas que reglamentan el aprovechamiento agrícola, desdibuja la utilidad, desde este punto de mira, de una correcta calificación del objeto. En *todos*, tanto cabe la resina, el corcho, las hierbas, etcétera, siempre que se aprovechen de acuerdo con su naturaleza y destino, sin distinciones naturalistas de si afectan o no a la sustancia de la cosa, por estar superado el concepto de frutos de los dogmatismos que en alguna ocasión los ha restringido.

d) *Monte tallar*.—Un tratamiento jurídico especial tiene el monte maderable. El concepto de su aprovechamiento está en plena evolución por las múltiples aplicaciones que de aquél se derivan y los avances experimentados por la silvicultura. En este aspecto, nuestro Código puede considerarse retrasado con arreglo a la época en que se promulgó, pues no era original en la materia, ya que toma casi literalmente el precepto de los arts. 1.336 a 1.338 del Código civil de Guatemala, de 1877, que sustancialmente coinciden con el anteproyecto y Código de Napoleón, modificando nosotros los textos guatemaltecos al sustituir «Ordenanzas de montes» por «costumbre del lugar». La importancia de ésta tiende a decrecer a impulsos de la expansión del derecho público, que basado en normas dasonómicas limitan la iniciativa privada, impidiendo descuajamientos abusivos que dejen al bosque estéril durante muchos años.

Si normalmente el nacimiento del usufructo se debe a la iniciativa y a la libre voluntad de las partes, en cuanto las normas legales son supletorias de la iniciativa privada, el enmohecimiento de la legislación sólo será perceptible cuando en el acto constitutivo se hayan omitido normas vitalizadoras, por lo que es de interés conocer los preceptos de la legislación comparada, los que por vía de imitación pueden situar nuestras relaciones jurídicas a la altura en que lo están las de otros países donde la importancia forestal es mayor y su elaboración jurídica posterior a la nuestra. Sirva de ejemplo el contenido del párrafo 1.038 del BGB, que dice: «Si fuere objeto del usufructo un bosque, podrá el propietario, lo mismo que el usufructuario, pedir que la medida del disfrute y la forma de explotación se fijen mediante un plan correspondiente, si sobreviene alguna modificación notable en las circunstancias, podrá cada parte exigir la misma modificación en el plan de explotación». Igual precepto contiene el art. 770 del Código civil suizo.

Lá evolución del contenido de este usufructo se refleja en la exis-

tencia de normas anacrónicas. La propia limitación a las *maderas de construcción* ofrece un aspecto unilateral, que si fué cierto en alguna época, ignora las demás aplicaciones forestales de la industria moderna a la que la madera proporciona la materia prima. También en su semántica se han producido otros confusionismos. Se discutió el significado de *caudius*, el que, según el *Léxico de Derecho civil*, de NEBRIJA, es: «selva cortable (*caeda*) es aquella cuyos árboles pueden ser cortados ya para leña, ya para madera, pues una selva está siempre formada por árboles»; de aquí deriva esta locución aclaratoria señalada anteriormente con la frase reiterativa del Código, al decir: *monte tallar o de maderas de construcción*.

Este rezago de nuestro Código fué señalado por ALBERTO BOCH en el discurso que pronunció en el Senado, diciendo: «Si queréis llevar estos principios de la economía moderna de los campos al Código, ¿por qué razón no habéis llevado a definir los derechos que compete al usufructo de los montes, que reguláis por las costumbres del primitivo dueño, costumbres siempre difíciles de conocer y además variables, del primitivo dueño, que lo mismo podría ser un maderero que llevara todos los días el hacha a los árboles y descuajara el monte, como un admirador de la naturaleza que se contentase con cazar faisanes o descastar ardillas? Para determinar el derecho del usufructuario del monte, sí que hacían falta los preceptos modernos de la economía rural, las doctrinas dasonómicas, los principios seguros de la ordenación forestal». Como la crítica no era constructiva, al contestarle, por la Comisión, ROMERO GIRÓN, se limitó a señalar la diferencia entre la legislación romana y la austriaca —por su afición a los Códigos germánicos, y al que se debe la influencia de éstos en el Código, sobre todo del Código civil de Sajonia, que tradujo y no publicó—, por lo que quedó sin modificar el texto del apartado segundo del art. 485, que dice: «Siendo el monte tallar o de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas o las cortas ordinarias que solía hacer el dueño, y *en su defecto* las hará acomodándose en el modo, porción y época a las costumbres del lugar».

El modo del aprovechamiento, que en D. 7, 1, 22 se circunscribía al arbitrio de buen varón como lo haría un padre diligente, encuentra una nueva concreción en el *Code civil*. «Un principio fecundo y luminoso—dijo GARY, en el Tribunado—nos ha guiado en el

examen de estas cuestiones. Estraiba este principio en el respeto debido al uso de los antiguos dueños. En efecto, no basta que el usufructuario goce de las cosas como un buen padre de familia ; es necesario que el propietario las dedique a los usos que el propietario las dedicaba y que se sirva de ellas. Es de creer, a menos que se haya convenido lo contrario, haber querido el dueño que disfrutara el usufructuario de la cosa lo mismo que él y sus predecesores, *idea que nos despierta la definición del usufructo*, que consiste en el derecho de gozar como el propietario». (Según la traducción publicada en B. 1.832, bajo el título : *Principios de Legislación*.)

El anteproyecto y proyecto atenuaban la influencia francesa, diciendo : «*Como lo haría el dueño*, acomodándose en el modo, porción y épocas a la costumbre del lugar» ; pero la costumbre bajó de rango por conducto de la modificación guatemalteca, y se rompe la paridad con el inciso *en su defecto*, que separa ambos modos. La expresión fuera correcta en los Códigos que irradiian la costumbre como fuente del Derecho, pero no en nuestro Código civil, que subrepticiamente introducía a última hora, en el art. 6.º, la costumbre como fuente del Derecho—suprimiendo a los principios del derecho—, bajo la influencia de la brillante votación recaída en el Congreso de Juristas Españoles, celebrado en Madrid en 1885, en la que se aprobó la costumbre *praeter legem* por 369 contra 19 votos.

La tala es el medio material que disgrega el árbol, dando a la parte separada el concepto de fruto ; pero aquélla no puede realizarse *ad libitum* por el fructuario, sino que está sólo legitimado para realizarlas dentro de una medida legal, diciéndose en el art. 485, apartado tercero : «En todo caso hará las talas o cortas de modo que no perjudique a la conservación de la finca», únicas *talas* que pueden considerarse *regulares*.

Necesidades extraordinarias; como las anteriormente apuntadas para los árboles por accidentes, tienen representaciones análogas en la explotación forestal y normas específicas contiene el art. 770 del ZGB sobre la aplicación del producto de las talas extraordinarias por tempestades, nieves, incendio o invasión de insectos, a los que llama aprovechamientos extraordinarios el moderno Código civil italiano ; son situaciones civiles del estado de necesidad. En el primero se subroga el usufructo sobre el valor del producto extraordinario, y el segundo se las adjudica al propietario. La cuestión aparece re-

suelta con relación a unos encinares por la Sentencia de 1 de marzo de 1951, en la cual se confirma el acuerdo del Juzgado de primera instancia de depositar el valor de la entresaca realizada de los mismos, siendo los intereses del usufructuario y debiendo devolverse el capital a los dueños a la terminación del usufructo; solución judicial que lleva nuestro arcaico usufructo de montes a las líneas doctrinales más avanzadas.

e) *Alamedas*.—Dice el D. 7, 1, 4, 13: «Si... el predio fué de recreo, teniendo vergeles o alamedas o paseos cubiertos de sombra o ámenos con árboles infructíferos, no deberá arrancarlos, acaso para hacer huertas, o alguna otra cosa que reditúe». Se mantiene su destino infructífero, concediéndole el uso de la sombra o de la vista que las alamedas proporcionan. A reglamentar este uso dedica el Código el último apartado del art. 485, incorrectamente colocado al final, más de señalar por la traslación, ya que en el proyecto y anteproyecto figuraban en último lugar los viveros, viiniendo ahora a constituir un enclave. Dispone éste: «*Fuera de lo establecido en los párrafos anteriores*, el usufructuario no podrá cortar árboles por el pie como no sea para *reponer o mejorar* alguna de las cosas usufructuadas, y en este caso hará saber al propietario la necesidad de la obra».

El precepto queda un poco desdibujado; se omiten las dos citas clásicas: la toma de rodrigones para las viñas o de maderas para las reparaciones del edificio conjuntamente disfrutado. La notificación al dueño es singular de nuestro Código, que la exige para reponer o mejorar, pero entiendo por su formación histórica que se refiere a todos aquellos árboles que no tengan propiamente una aplicación agrícola o forestal definida, como se infiere del carácter residual que tiene el principio del párrafo, en relación con los anteriores, cuyos árboles tampoco producen propio y especial fruto.

f) *Usufructo de montes en Cataluña*.—Después de la citada opinión de BENITO GUTIÉRREZ del sentido romanista de las disposiciones sobre montes en el Código civil, vemos que en la Memoria de DURÁN Y BAS, con buen sentido, no se recogía como especialidad digna de conservarse en Cataluña el usufructo forestal, a cuya conclusión llega recientemente MARTÍN RAMOS en la «Revista Jurídica de Cataluña».

La interpretación producida sobre textos arcaicos ha complicado el problema, y para poner al día lá materia, en los anteproyectos de Apéndice de 1930 y 1952 se reglamenta este usufructo. Disponé el artículo 136 de este último, tomado del anterior : «El usufructuario podrá disponer de los árboles y arbustos que suelen cortarse por el pie para aprovechar los renuenos que echa en el tronco o las raíces, en la forma y plazos que sean costumbre de la comarca. La misma regla se aplicará a los árboles de ribera, de crecimiento rápido, pero deberá reponer los que cortase sin más demora que la normal. Igualmente podrá extraer y disponer de los árboles plantados en terreno destinado a vivero para la venta, pero reponiendo también los que falten». En el artículo siguiente, se dice : «En cuanto a los árboles maderables o de construcción, el usufructuario sólo podrá disponer de los productos y de las ramas mediante podas, según costumbre de la localidad ; y como no sea para menesteres de las fincas usufructuadas, no podrá cortar árboles ni para hacer entresacas que faciliten el desarrollo de los restantes, sino con permiso del propietario , y, en este caso, el producto de la venta pertenecerá al propietario en dominio y al usufructuario en usufructo.—Los árboles que mueran serán del usufructuario, con la obligación de dejar los que le sustituyan ; y los arrancados o tronchados por el viento serán del propietario, pero el usufructuario podrá también utilizarlos en los menesteres para reparaciones de los edificios usufructuados y para la leña de su consumo doméstico.—Del monte bajo podrá disponer el usufructuario haciendo cortas periódicas, según la costumbre de la localidad. Igualmente podrá disponer de la hierba».

El Derecho romano, además de otros principios anteriormente recogidos, para que no quedara vacuo el usufructo establecía en el D. 7, 8, 22 : «porque si no les fuera lícito a los legatarios hacer cortas en la selva y venderlas, al modo que es lícito a los usufructuarios, nada habría de tener por este legado». El párrafo más discutido y que más implicaciones ha traído ha sido el del D. 50, 16, 36, que dice : «Bosque tallar es el que, según opinan algunos, se tiene para ser cortado. SERVIO dice que el que cortado por el pie renace otra vez de su tronco o las raíces». Parece hoy una ironía de los recopiladores del *Digesto* el que éste pasaje forme parte del título que tiene el siguiente epígrafe : «De la significación de las palabras», que anquilosando conceptos impide su evolución gramatical

y jurídica. Este es uno de los preceptos más perturbadores a través de la historia jurídica, cuyas implicaciones estuvieron representadas no sólo en España, a las que dió fin NEBRIJA, sino en los escritores foráneos. El que no sean frutos los pinos; por ejemplo; y que sí lo sean, las talas de los castaños, por la distinta forma de reproducirse, porque al ser talados aquéllos no vuelven a renacer, como ocurre con éstos, es una razón biológica que escapa al sentido común que de acuerdo con la moderna técnica silvícola rechaza una solución tan contradictoria, superada técnica y jurídicamente por el Código civil, que le impone al usufructuario la obligación de mantener el vivero cuando existiera anteriormente, obligación que por vía supletoria pudiera aplicarse a los territorios de derecho foral.

Algunas tendencias filosóficas dan especial realce a la lógica, de cuyos trabajos se deriva la crítica de la aristotélica que privó durante siglos, pero sin necesidad de recurrir a estos procedimientos, la regla de SERVIO, como norma interpretativa del Derecho romano, debió de ser enunciada como secuencia de principios o premisas presupuestados en aquélla, en forma de entímema. Si anteriormente señalamos que el concepto primario de fruto es el de aquella parte que se puede desprender de un árbol sin quitarle su facultad fecundante, se llega lógicamente a la conclusión de SERVIO. Si se rechaza la validez de la premisa principal, la conclusión es sofística. Prescindiendo de la logomaquia jurídica alrededor de este texto sostenida, la palabra principal que define este pasaje del Digesto es, *Silva caedua*, y la traducción de bosque, tallar, no agota sus etimologías, pues también admite la acepción de selva (en sentido vulgar).

Mientras este derecho no evolucione debidamente, las discrepancias entre la ley y el derecho seguirán produciendo un fenómeno jurídico estudiado por HERING en *La lucha por el Derecho*, en la que dice: «Es cosa averiguada qué no hay jueces más rectos en cuestiones de propiedad, qué los campesinos; por más que no podamos hablar por experiencia; nos atrevemos a asegurar qué si un campesino por casualidad formulase una acción sobre reparación de injurias, el juez podría con más facilidad moverlo a un arreglo que si tratara de una cuestión acerca de la propiedad». El concepto de la sustancia en el usufructo de edificios tiene escasa importancia por su existencia material. Su estudio tiene conexión con la obligación de conservar la casa y con

los efectos sobre la extinción del usufructo o su modificación, cuyo sentido teleológico determina una alterna solución en el art. 517, según se trate de casa de labor o casa destinada a la vivienda.

11. USUFRUCTO DE LA CONCESIÓN MINERA. La distinta concepción que se tenga de la propiedad repercuté sobre el concepto del usufructo en virtud del mimetismo jurídico de este derecho real menor. El usufructo de minas representa las dos etapas: la de una concepción material, en que el mineral es *pars domini*, y su extracción es difícil de justificar por el *salva rerum substancialia*; para cuyo objeto hay que acudir a distintos medios dialécticos o a soluciones pragmáticas. La concepción romana está superada por el Código civil español, que tomando el concepto de la concesión de la legislación particular de minas, derivada de la absorción de las ideas regalistas, transvasa el usufructo al campo de los derechos sobre las cosas incorpórales.

Esta absorción jurídica de las cosas incorpórales por los derechos reales ha sido señalada por RICATI de la siguiente forma: «En *El Derecho real*: «Los derechos pueden ser objetivados por el espíritu como valores económicos y servir, por tanto, como objeto de derechos reales, los que, lo mismo que la hipoteca, recaen sobre el valor económico y no sujetan a las cosas más que bajo este aspecto». Esta objetividad jurídica ha ampliado el objeto del usufructo, para el que son aptos casi todos los bienes, excepto los derechos personalísimos o intransmisibles. La incorporación de las cosas incorpórales ha traído otro desplazamiento interno de signo contrario, corregiría de la tendencia materialista originaria en el concepto de frutos, manifestándose en el devénir del arrendamiento rústico por la espiritualización de sus rentas; paralela a la que vamos a estudiar en el usufructo sobre minas, refleja del cambio del concepto de su propiedad».

a) *Pars domini*.— El art. 441 del arteproyecto, tomándolo de los Códigos fundados en el Derecho romano, decía: «Corresponden al usufructuario los productos de las canteras y minas que se hallen denunciados y en estado de laborear al tiempo de comenzar el usufructo». La entrada de los principios regalistas en el Código tiene lugar por el proyecto, pero en aquellos aprovechamientos superficiales hay una reminiscencia su unidad con el suelo. Dispone el apartado segundo del art. 476: «Podrá sin embargo el usufructuario

extraer piedras, cal y yeso de las canteras para *reparaciones u obras* que estuviere obligado a hacer o que fueren necesarias». Pequeñas cuestiones determina este artículo. En su aspecto literario-jurídico, termina con una tautología, pues tanto da decir que las reparaciones sean necesarias como que esté el usufructuario obligado a realizar la refacción. En el aspecto histórico se deriva de su construcción literaria por el principio *sin embargo*, con cuya locución empieza también el artículo siguiente, 477, que, aprobado el dictamen en una primera lectura, fué objeto de una interpolación, probablemente al suscitarse alguno de los problemas de mejoras, como el de aprovechamiento de árboles para la reposición o mejora del art. 485.

Esta aportación adventicia le da un carácter singular y se presta a una interpretación unilateral, que puede destruir la jurisprudencia romana recogida por el autoproyecto: la continuidad del destino, que, no obstante, parece que no se ha pretendido derogar. Sin gran esfuerzo se puede deducir la facultad de continuar la explotación superficial del art. 475, que concede al usufructuario todos los *beneficios inherentes* a la propiedad, y no se le debe otorgar para establecer nuevos aprovechamientos, en virtud del sentido teleológico asignado al usufructo, siguiendo las coordenadas del sistema civil, en frase de EUGENIO IMAZ en *El pensamiento de Dilthey*.

b) *La concesión de minas y su usufructo.*—Un defecto suele señalarse al usufructo de derechos y en particular al usufructo sobre la concesión minera —no de minas—, al que el Código civil llama usufructo de un *predio en que existan minas*, y es la falta de una definición o una reglamentación legal. El circunloquio que emplea el Código puede obedecer a la razón de considerar tan poco evolucionado el derecho, que deja a la doctrina la definición de su alcance y contenido, o por el contrario, idea que éste por más cierta, que siendo el usufructo un *derecho periférico al derecho que grava*, su admisión no supone un cambio fundamental en su naturaleza, sino un simple desplazamiento de las titularidades y derechos *creados o modificados* por su ley particular. A su vez, el silencio envuelve la ventaja de que siendo esta legislación más inestable, sus modificaciones no varían fundamentalmente el Derecho civil en tanto en cuanto no cambien de sistema. También suele manifestarse el usufructo sobre las minas de otra forma subyacente, pues cuando su explotación es a través de una sociedad anónima, se esfuma el objeto

jurídico-mineral, para aparecer las acciones que representen a la sociedad como objeto inmediato del usufructo.

Nuestro criticado Código no es aquí original, pues toma los preceptos fundamentales, apartado primero del art. 476 y el art. 478, de los arts. 1.327 y 1.328 del Código de Guatemala, y 979 del de Méjico; pero con la expansión de nuestro Código civil a Cuba y Puerto Rico vuelven hacia el cuadrante de origen. Cuando la explotación de la mina se haga de forma directa, se debe de aplicar el Código civil, que en recuerdo de una legislación anterior distinta, emplea en éste, como en otros casos análogos, una expresión negativa, siempre más enérgica, cuyo uso repetido la convierte en afirmativa, en conexión con la proposición última de concesión expresa o usufructo universal. El Código civil, como decíamos, considera a la mina como una propiedad separada de la del suelo, en cuanto aquella está absorbida por la legislación minera; dice en el art. 476: «No corresponden al usufructuario de un predio en que existan minas los *productos* de las denunciadas, concedidas o que se hallen en laboreo al principiar el usufructo, a *no ser* que expresamente se le conceda en éste o que sea universal». El precepto aparentemente dice mucho, pero realmente afirmado el principio de ser la concesión minera una propiedad independiente de la del suelo, emanan dos sencillas: la de poder concederse el usufructo sobre este derecho de concesión minera (con independencia de la disposición del suelo), y si el usufructo constituido es universal recae, por lo tanto, sobre todo el patrimonio; y si dentro del haz que forma el activo del constituyente existe una propiedad minera, no se puede excluir a ésta de la disposición universal fructuaría. Estos dos corolarios intrascendentes demuestran la agudeza de nuestra codificación, que supo captar el tránsito de nuestra legislación minera, fenómeno que había pasado desapercibido en otras codificaciones que no recibieron la transmutación del objeto, por lo que VENEZIAN señala a nuestro Código civil como al «único» que da la solución correcta *más en armonía*, pues «proscribe la presunción de que constituya las minas en explotación el usufructo concedido sobre un fundo».

Otro principio reflejo de la legislación minera, que como propiedad particular ha tenido entrada en el Código, es el contenido en el art. 478, que dice: «La calidad de usufructuario no priva al que la tiene del derecho que a todos concede la Ley de Minas para denunciar

y obtener la concesión de las que existan en los predios usufructuados en la forma y condiciones que la misma ley establece». La recepción en el Código civil de la legislación minera, con su impacto en el usufructo, señala el tránsito del concepto de *parc domini*, al de propiedad, independiente, que altera totalmente el concepto de sustancia;

La plena aceptación de estas ideas; eliminando las rémoras que se habían producido en el concepto de sustancia, con la espiritualidad que a su concepto proporciona la concesión, se acusa en la Sentencia de 8 de julio de 1915, en la que rompiendo los vínculos materiales afirma: «debe deducirse la posibilidad de que el usufructuario, agregue, cuando el título constitucional lo autorice, al usufructo, suyo, el beneficio de todos los *productos mineros*; o su representación, quedando para el mero o nudo propietario lo que de la mina quede al extinguirse aquéllos.»

c) *Usufructo legal en cuyo patrimonio existan minas.*—Es original de nuestra legislación el contenido del art. 477, que viene a establecer una excepción a los principios sentados en el artículo anterior, bajo el siguiente enunciado: «Sin embargo—dice reiterativamente—de lo dispuesto en el artículo anterior—se refiere sólo a su primera parte—, en el usufructo legal podrá el usufructuario explotar las minas denunciadas, concedidas o en laboreo existentes en el predio, haciendo suya la mitad de las utilidades después de rebajar los gastos, que satisfará con el propietario». El doble juego de conceptos empleado en estos dos artículos induce a confusión. El artículo 476 se refiere a los usufructos universales, pero como una de las clases que forman éstos son los legales a que se refiere el artículo 477, pues todos los legales son de aquella clase, en esta posterior norma se establece una excepción a la regla sobre atribución de frutos en los usufructos universales.

Con esta identidad de supuestos, la última diferencia que separa a las referidas normas es la de que en el usufructo universal se concede al fructuario la totalidad de los frutos o utilidades que proporciona la mina. En el usufructo legal se hace una reducción; los detrae, dividiéndolos en dos partes: la mitad de los beneficios los adjudica al padre o marido, y la otra la aplica al hijo o a la madre, protegiéndoles tutivamente por medio de este amparo salomónico ante el temor, sin duda, de que los beneficios mineros excedan en mucho a las cargas que por el usufructuario se tengan que levantar.

Esta ley del encaje, sin embargo, no es suficiente para explicar este singular precepto ecléctico de nuestra legislación, coadyuvando la causídica a explicar el ciclo de su evolución histórica. En una etapa anterior jurisprudencial, a través de influencias variadas, se llegó a la doctrina de la Sentencia de 7 de mayo de 1879, a la que siguen las Sentencias de 27 de diciembre de 1879 y 1 de diciembre de 1884, diciéndose en aquella «que el usufructo está limitado, como todos los de su clase, por la obligación de conservar la sustancia o esencia de la cosa usufructuada, y el usufructo que corresponde al padre en las participaciones que sus hijos representa en una mina consiste en las utilidades que por las transformaciones industriales o mercantiles a que se las destinan produzcan los metales u otros minerales extraídos de las minas». Esta anacrónica jurisprudencia se salva en el Código con una solución de compromiso; continúdez dando un paso adelante sobre los Códigos que estaban en la misma línea de cultura, a los que mejora.

d) *Del modo de explotación de las minas por el usufructuario.*— Si el usufructuario puede constituir un derecho autónomo a la cesión minera con independencia del terrero que usufructúa, por aquél será *concesionario*; pero al usufructo de minas sólo se puede llegar por un medio derivado, sucediendo al titular, originario a título singular o *universal*. En cuyaquier de estos dos supuestos se produce una laguna sobre el modo o intensidad del laboreo por el usufructuario de la mina. Puede servir la norma general del buen padre de familia que determina el art. 497, moderada por la explotación del propietario anterior (D. 7, 1, 9, 7), aplicando por analogía, las normas de la explotación forestal; como lo hace el párrafo 1:038, del BGB y el art. 771 del ZGB.

12. MUEBLES POR NATURALEZA. Conforme la economía patriarcal sobre la que nació el usufructo va avanzando, los bienes muebles se van incorporando con el tráfico al usufructo, bien como accesorio de los bienes raíces o con carácter autónomo. Se acrecienta la importancia de los muebles y en la actualidad ocupan un lugar destacado dentro del campo usufructuario.

La incorporación de los bienes muebles pronto demuestra la falta de aptitud de alguno de ellos para el cumplimiento de las obligaciones primordiales del usufructuario: la devolución de la cosa si su goce se confunde con el consumo. Esta antinomia en el usufructo, en

tre la obligación de conservar y la de devolver se ensancha a medida que aumenta la panorámica e irradia a nuevos objetos el campo del usufructo; pero el principio de que todas las cosas son aptas para el usufructo, creado por un senado-consulto, hace que nazca una institución paralela y accesoria del usufructo, llamado *quassi usus-fructus*. Esta institución jurídica se basa en la ficción de declarar hábil el goce extintivo de las cosas consumibles, contra su ley natural, olvidando la obligación de conservarlas, y sustituye su devolución por la de otras de igual cantidad o calidad, o su valor. Los romanos le dieron tratamiento conjunto con el usufructo, intitulándose posteriormente cuasi usufructo, tomárselo del siguiente texto de GAYO, D. 7, 5, 2: «*Sed remedio introducto coepit quassi usus-fructus haberí*». Este *cuasi* (casi) ha persistido sin romancear hasta nuestros días. Los nombres de las instituciones son muchas veces posteriores a la creación de las mismas, que fluyen de las necesidades de la vida, principal motor que impulsa la evolución jurídica..

13. EL CUASI USUFRUCTO. La ampliación panorámica del objeto del usufructo, producida principalmente después del Derecho romano, trae el desarraigó de los primitivos preceptos naturalistas e inicia una escisión en la unidad creada. Decía la I. 2, 4, 2: «*Mas constituyese el usufructo .. sobre las demás cosas, excepto aquellas que se consumen sobre él mismo uso. Porque tales cosas ni por razón natural ni por derecho civil admiten el usufructo .. porque en cierto modo se extinguén por el mismo uso en el cambio continuo. Pero por causa de utilidad decretó el Senado que también pudiera constituirse el usufructo de éstas cosas, con tal de que por tal título se dé al heredero suficiente caución».*

El origen unitario y filial del cuasi usufructo y su homonimia con el derecho real ha creado cierto confusionismo. A la palabra usufructo se le han atribuido semánticamente tres acepciones: la clásica que corresponde a su origen, no cabe el usufructo más que sobre cosas no consumibles,—única posible con anterioridad al Senado-consulto—, pues admiten el uso repetido.; la justiniana, por la que se extingue el usufructo por la pérdida de la cosa—excluye a las consumibles—, y otra moderna, francesa, atribuida a POTHIER, sobre la obligación de conservar. La tercera no es cierta desde el punto de vista histórico ni jurídico, pues la hemos derivado de la obligación de devolver. Las otras, son dos facetas distintas de los elemen-

tos esenciales del usufructo, pero cuya acepción exclusiva a la una o a la otra es irrelevante, pues dice LA SERNA en su *Tratado de Derecho romano*: «En mi concepto es infecunda, y no me detengo a demostrarlo porque no altera en nada las doctrinas, cualesquiera que sea la interpretación que se adopte», acorde con la opinión de ORTOUÁN en las *Instituciones del Emperador Justiniano*, en las que leemos: «Así, en el sentido de los jurisconsultos romanos, disfrutar *salva rerum substantia* es disfrutar sin consumir. La controversia, por lo demás, carece de importancia. Se reconoce por una y otra parte que el usufructuario debe conservar la sustancia, y que el usufructo se destruye con la sustancia».

Explicada esta bizantina cuestión, hace falta hacer un paralelo entre estas dos instituciones jurídicas antagónicas, unidas en su nacimiento y extinción; la una, regulada como un derecho real, y la otra, interferida, con efectos traídos del campo de las obligaciones y cuya unidad se mantiene sólo lo indispensable, atendiendo a su distinta naturaleza. Su parallelismo es el siguiente:

Usufructo: no consumible, conservación, posesión.

Cuasi usufructo: consumible, disposición, propiedad.

Estos tres caracteres fundamentales, que son opuestos en una y otra institución, dan idea de la artificial unidad jurídica que les une, por la razón apuntada por PLANIOI, de que el cuasi usufructo nace *siempre* adherido al usufructo; aunque así no fuere, sirve para explicar aquel derecho parasitario.

14. EL CUASI USUFRUCTO SOBRE EL DINERO. La calificación jurídica del dinero, como bien consumible, a efectos del usufructo, lleva implícito su apartamiento de esta institución. Este criterio se debe en el Derecho romano a dos causas. En el pasaje citado anteriormente se dice: «el dinero contante, porque en cierto modo se extingue por el mismo uso con el cambio continuo» (I. 2, 4, 2); y en el D. 36, 3, 78, también se dice: «Si fueron dados en pago dineros ajenos ignorándolo su dueño o contra su voluntad, permanecen siendo de aquel de quien fueron; si hubieren sido mezclados, de suerte que no se pudieran distinguir, se halla escrito en los libros de GAYC que se hacen del que los recibió, de modo que al dueño le competería la acción del hurto contra el que los hubiese dado». Esta identidad que atenaza el concepto del dinero romano se refleja en

el usufructo, diciendo Gayo en D. 7, 5, 2: «Pero respecto al dinero conviene que debidamente se de caucion a quienes a cargo de quien se hubiera legado el usufructo de este dinero. Por cuyo Señado consulto no se hizo esto, que propriamente hubiera usufructo de la cantidad de dinero; porque la razon natural no se pudo alterar por la autoridad del Seriado, pero introducido este remedio comenzó a tenerse un quasi usufructo, de donde tomó el nombre (V: 12 *in fine*).»

Este anacrónico concepto del dinero perdura actualmente, sin que se haya revisado el concepto romano. La elaboración de éste responde igualmente a otro impacto del aristotelismo: la esterilidad del dinero. La primera fricción que inicia su ciclo evolutivo tiene lugar con la admisión en el Derecho romano del interés en el mutuo. A la vacuidad del dinero en la época feudal por su cerrada economía, cuando evoluciona en la época de las Cruzadas, que estableció el comercio con Oriente, vuelve a ponerse sobre el tapete el aspecto filosófico para determinar los límites de la usura. Señala VON MARTIN en la *Sociología del Renacimiento* cómo en esta época pierde importancia y prestigio la propiedad territorial, y el dinero es el instrumento de la nueva clase burguesa que nace con la época. Persiste la identidad del dinero, cuando casi ha desaparecido de la circulación el amonedado, y en el depósito su forma irregular, es frecuente en el depósito mercantil con la cuenta corriente bancaria; todavía se sigue diciendo que el dinero es cosa consumible, marcando una de las diferencias insuperables en relación con la clasificación de fungibilidad. Por ser estéril el dinero, como creía ARISTÓTELES, sin atenernos a la vida, que es uno de los motores que impulsan vitalmente al derecho, está proscrito como objeto del usufructo. Bien es verdad que el usufructo es un derecho familiar, donde las razones económicas no tienen el mismo impulso que impelle a las relaciones contractualés.

Mientras es corriente en otros Códigos la enumeración del dinero como objeto del usufructo, el nuestro, atisbando la cuestión, es más cauto y se vale de una perífrasis para nombrarle, diciendo en el art. 494, tomándolo la idea del francés: «Los capitales o sumas en metálico y el precio de la enajenación de los bienes muebles se invierten en valores seguros», solución que dispone en el caso de que el usufructuario que deba darla no preste fianza. Es corriente solución

nar por la doctrina esta postura legal alternativa diciendo que cuando se preste la *obligada*, la fianza se ha constituido un usufructo, y cuando falta ésta tenemos un cuasi usufructo; si se acepta esta tesis tendremos que la fianza es el elemento determinante de la calificación jurídica usufructuaria.

El cumplimiento de la obligación de devolver fué garantizado por el Derecho pretorio y luego absorbida, en forma normativa, por la fianza que asegura la obligación de devolver el *tantum den* del objeto del cuasi usufructo. Con lucha se va ampliando en la evolución del usufructo el campo de la remisión de la fianza y en la época de la codificación, al fallar esta base jurídica de la institución, evade el problema y variando el destino del dinero bloquea su importe, invirtiéndolo en valores seguros; en realidad, pensada o impensadamente, ha roto las amarras con la tradición y ha creado la ley un usufructo *sui generis*. El Código da una solución justa, terminando un ciclo económico. Al dinero estéril e inhábil para el usufructo lo lleva, a esta institución de rebote, cuando falte la *obligada*, fianza. En la alternativa evolución que se da entre la ciencia y la historia, tiene aquella la palabra para determinar si sigue vigente el concepto de que el dinero es cosa consumible y no apto para ser objeto del usufructo mediamente.

En el campo económico es paralela, aunque más prematura, la evolución del concepto del dinero, al que, entre las funciones accesorias que se le otorgan, está la de servir de depósito de valor, que jurídicamente dentro del usufructo —derecho alimenticio— está en primer plano. Dice OLARIAGA en *El dinero*: «La función del depósito del valor del dinero hizo posible una concentración indefinida, de la riqueza ahorrada, y en forma líquida y disponible para ser convertida fácilmente en capital y hacer fructificar la producción, llevando de un modo rápido los auxilios necesarios a cualquier parte del mecanismo económico y haciendo aprovechable la mayor parte de cuanto antes se dedicaba a un estéril ahorramiento».

El carácter proteíco del dinero y la evolución del concepto de fianza señalan los hitos para reedificar al usufructo sobre aquél, que muchas veces, y así se indica en los resultados de alguna Sentencia, configurado por el testador sobre una suma de dinero que se ha de sacar de la herencia para constituir un depósito de valores, determinados o no.

15. · · COSAS CONSUMIBLES O NO CONSUMIBLES. Si por la distinta naturaleza de las cosas corporales se ha llegado a la división entre el usufructo y el quasi usufructo, en la misma línea y con absoluta correlación se encuentra la clasificación de las cosas consumibles o no consumibles. Esta clasificación es netamente jurídica, concretamente usufructuaria, cuyo objeto es separar los objetos que caen dentro de cada una de las dos vertientes del disfrute de las cosas sienas: usufructo o quasi usufructo. El traer al campo del derecho clásificaciones creadas por la economía o la lógica confunde más que aclara el problema al pretender refundir los dintornos de ambas, por ser transmutativo el destino de determinados objetos. Dentro del anquilosado concepto del dinero como cosa consumible, los mismos romanos establecían una excepción, diciendo en el D. 7, 1, 28: «puede legarse el usufructo de las monedas antiguas de oro y plata, de las cuales se suele usar en lugar de piedras preciosas». Corrientemente se cita el caso de un libro, que puede ser venal cuando se disponga del mismo colectivamente. El criterio rector es teleológico, la consumibilidad depende del destino que haya de dársele al objeto; en última instancia, de la obligación de devolver *el mismo* a la extinción del usufructo o de restituir, finido éste, su valor u otro objeto equivalente.

Otra clasificación jurídica, a la que dió el nombre ULRICO ZASIO, según BARASSI, en el año 1500; es la de cosas fungibles o no; pero el Diccionario, que no trae la definición de consumible, dice de aquéllas son las «que se consumen o se gastan por el uso». Acentuando este juego de palabras, dijo IHERING, en su citada *Jurisprudencia*: «El que los clavos de hierro, las velas, la leña, etc., pertenezcan a la categoría de cosas consumibles, verbi gratia, sería idea que, una vez adquirida, se gravaría indeleblemente en el espíritu de los instruidos por este método, mientras que yo recuerdo todavía de mis tiempos de estudiante una viva polémica que sostuve con un compañero, el cual afirmaba que aquellos objetos no podían clasificarse como consumibles, porque no es costumbre comer los clavos de hierro, ni leña, ni velas de sebo»:

Ambos conceptos pertenecen a campos distintos, adaptándose el de fungibilidad en las obligaciones y contratos como cosas que pueden o no ser objeto del mismo, sin que su fusión y absorción por el usufructo pueda realizarse de momento mientras no se supere.

el concepto de dinero, que actualmente las distingue como principal obstáculo y se le dé un carácter ambivalente.

La fusión de ambos conceptos en el Derecho español tuvo lugar en el art. 383 del anteproyecto, tomándolo, según GARCÍA GOYENA, del Código holandés. A aquél le sigue el art. 337 vigente, con ligeras modificaciones de estilo, que van señaladas con letra cursiva. Dice así: «Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A la primera especie pertenecen aquéllos de que no puede hacerse uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás». La finalidad de este artículo, según el repetido portavoz de la Comisión del anteproyecto, era el servir de entrada a la distinción entre el comodato y el préstamo de consumo, como en el art. 1.892 del Código civil francés, concordante con nuestro art. 1.740 del mismo cuerpo legal. Hasta aquí era *correcta* la expresión, pero los excesos se cometieron realmente por lo sentado en el título del usufructo, en que indistintamente se usan las palabras *consumible* o *fungible*, tal vez llevados del confusionismo producido por un sector de la doctrina extranjera. Superada ésta, en la posterior elaboración del Código civil se expurga el usufructo y se suprime los términos fungibles deslizados a través del articulado del usufructo, y sólo se salva de esta sustitución una reminiscencia del primitivo texto del anteproyecto, el art. 499 *in fine*, en que persiste la referencia a las *cosas fungibles*, sin duda por inadvertencia.

La poda más importante se hace en los primeros artículos definitorios. La definición del usufructo en el anteproyecto, como ya dijimos, terminaba así: «salvo lo dispuesto en el art. 444», que fué omitido en la primera edición del Código y se sustituyó por un círculo en la segunda. Aquella referencia es de interés, pues este art. 444 del anteproyecto concedía los siguientes efectos al usufructo improPIO: «El usufructuario de *bienes fungibles* puede usar libremente de ellos y consumirlos, con la obligación determinada en el art. 449», que se refería a las genéricas de inventario y fianza. En su actual redacción, del cotejo de los textos se ve la influencia portuguesa, por no decir copia, de la que precisamente los distingue la cortina de humo que pone nuestro Código al vidrioso problema doctrinal de las diferencias entre consumibilidad y fungibilidad, según resulta de los textos legales siguientes:

En el Código civil portugués aparece el Código civil español.

Art. 2.209. Si el usufructo comprendiera cosas fungibles, podrá el usufructuario consumirlas; pero está obligado a restituir su valor terminado el usufructo, si esas cosas hubieren sido estimadas; si no lo fueran, podrá hacer la restitución con la entrega de otras del mismo género, calidad y cantidad o por el valor de ellas al finalizar el usufructo.

Art. 482. Si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas, con la obligación de pagar el importe del avalúo al terminar el usufructo si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo.

La ficción del usufructo impropió ha conculado el principio cardinal de idéntidad de la cosa, que servía de soporte a las obligaciones principales del usufructuario: la de conservar y restituir la cosa fructuaria. Esta se ha sustituido por la entrega de una cosa análoga, contra valor; ante la imposibilidad de devolver la originaria por su valor en cambio. La inherencia característica del usufructo sobre una cosa material puede sustituirse, en los casos que al derecho convenga hacer uso de ello, por una contraprestación, si se admite el neologismo. Esta posibilidad de los usufructos subrogados abre un nuevo campo al Derecho moderno; sucesivamente habremos de ocuparnos de ellos en este trabajo en su expansión legislativa o jurisprudencial.

La expropiación o indemnización por incendio, por no referirnos más que a los dos supuestos legales, divide al usufructo en dos fases, a las que el dinero sirve de empalme, creando dos situaciones distintas. En la primera fase, recae sobre bienes raíces, y en la segunda sobre valores; pero sin que se altere la naturaleza del usufructo ni la interferencia del dinero—medio económico—le dé carácter de cuasi usufructo por la repercusión del carácter consumible de aquél. Por el contrario, algún sector de la doctrina francesa, cuando se trata del usufructo de un crédito, a la primera fase le llama usufructo, y cuasi usufructo al período posterior. La importancia que tiene la idea de valor en el concepto de sustancia ha sido señalado acertadamente por

GARCÍA VALDECASAS en la «Revista de Derecho Privado». Este nuevo concepto pone en crisis muchas de las conclusiones anteriores sobre la clasificación en la consumibilidad o no de las cosas, perfectamente encajable cuando se trataba de aplicarlas a las consuntivas cosas materiales, pero que se esfuman al transportarlas a las cosas incorpóreas, que crean un usufructo híbrido, e indiferenciado jurídicamente, al que en cada situación se le ha de dar un tratamiento adecuado, bien preceda o subsiga a su forma primitiva.

La calificación jurídica usufructuaria, no es una cuestión académica por el diverso resultado que se obtiene de aquélla al aplicar la doctrina de los riesgos. En el usufructo, la cosa se pierde para el propietario, pero el caso fortuito no produce la extinción del derecho, ni libera al cuasi usufructuario de la obligación de restituir. También aparta al propietario de los engrosamientos que experimente el objeto, después de la entrega en el usufructo impropio.

16. "COSAS DETERIORABLES. En el reproducido art. 444 del anteproyecto, según el testimonio del portavoz GARCÍA GOYENA, fué rechazada una enmienda de éste sobre el usufructo de cosas deteriorables, que con cierta reticencia dice que no se reglamentó en Francia. Esta omisión, siguiendo la tradición romana—en la que no falta algún renuncio—, se salva en el proyecto tomándolo del art. 2.208 del Código civil portugués, diciendo su concordante, el art. 481 del nuestro: «Si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas empleándolas según su destino y no estará obligado a restituirlas al concluir el usufructo, sino en el estado en que se encuentren; pero con la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubieran sufrido por el dolo o negligencia».

Las razones de este precepto, con la evolución de la vida, van perdiendo la razón de su vigencia, pues si los vestidos de la viuda pudieron ser, dentro del prototipo vidual romano, una de las causas determinantes de la relajación de la obligación de restituir, que se realiza simbólicamente, con criterio más generoso dispone el artículo 1.420: «No se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho de que usaban ordinariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de uso ordinario, se entregarán al que de ellos sobreviva».

La introducción de este tercer término, dentro de la dicotomía romana; de bienes consumibles o no consumibles; que la convierte aparentemente en tripartita, no llega a tener autonomía, pues se trata de una simple ficción que crea un *subgrupo de las cosas no consumibles*. Esta incertidumbre romana se refleja por el contraste del pasaje citado anteriormente (V. 6. a.) con los siguientes: «Si se hubiere legado el usufructo de un vestido—escribió POMPONIO—, que aunque el heredero haya estipulado que finido el usufructo se devuelva el vestido, no se obliga sin embargo el prometedor si con dolo malo no lo hubiera devuelto muy deteriorado» (D. 7, 9, 9, 3), y cuya antítesis resuelve la I. 2, 4, 2, diciendo: «excepto aquellas cosas que se consumen por el mismo uso... Porque tales cosas, ni por razón natural ni por derecho civil, admiten el usufructo, en cuyo número están... los vestidos».

Por consiguiente, hay que rechazar este término de cosas deteriorables, que rompe la clasificación de las cosas en consumibles o no, y considerarlo como una moderación de la obligación de conservar y de restituir determinados objetos no consumibles, por definición legal, dentro de la tradición y en sentido restrictivo del marcado por la voluntad del constituyente o su propio destino.

17 SEMOVIENTES. La clasificación romana tripartita de los bienes, abandonada en el campo de la doctrina, está implícita en el usufructo, en el que perdura esta nueva reminiscencia romana al concederle el art. 499 un tratamiento singular al usufructo sobre ganados, de la siguiente forma: «Si el usufructo se constituye sobre un rebaño o piara de ganados, el usufructuario estará obligado a reemplazar con las crías las cabezas que mueran anual y ordinariamente o que falten por la rapacidad de los animales dañinos.—Si el ganado en que se constituye el usufructo pereciere del todo, sin culpa del usufructuario, por efecto de un contagio o de otro acontencimiento no común, el usufructuario cumplirá con entregar al dueño los despojos que se hubiesen salvado de esta desgracia.—Si el ganado pereciere en parte, también por un accidente, y sin culpa del usufructuario, continuará el usufructo en la parte que se conserve.—Si el usufructo fuera de ganado estéril, se consideraría en cuánto a sus efectos como si hubiera sido constituido sobre una cosa fungible».

Del contexto del anterior artículo resulta una clasificación legal,

según que se constituya el usufructo sobre ganado de vientre destinado a la reproducción, en que la persistencia e identidad de las cabezas, de vida, normalmente más corta que el usufructo, se sustituye por el de un número igual de cabezas necesarias para mantener el rebaño, del que, como decía GARCÍA GOYENA, abandonaba las antiguas normas que determinaban el número de cabezas que se necesitaban para integrarlo. Cuando se trate de ganado estéril, dentro del que considero al de tiro o de labor, llamado de vida, se constituye un quasi usufructo, pues el fructuario se obliga a devolver un número igual de cabezas prescindiendo de la sucesión, que no es su finalidad. Tanto en el antiguo Código italiano, que hacía referencia a los animales que constituyan la dotación de un fundo, como en el antiguo de Venezuela, cuando se trate de animales colocados en un fundo y destinados al consumo, en ambos se considera como usufructo impropio, en méritos a su accesoriedad, del usufructo principal sobre el fundo, sentido que tiene nuestro Código al hablar del ganado estéril.

La ascendencia romanista del Código civil, con la influencia del francés en cuanto a la sistemática, del que somos tributarios, trae el inconveniente de que su redacción acoplada al título de *obligaciones del usufructuario*, elimina el derecho a las crías o madres remanentes. Como síntesis de la doctrina romana, en la I. 2, 1, 38, se dice así: «Mas si alguno tuviera el usufructo de un rebaño, debe el usufructuario reponer las crías en el lugar de las cabezas muertas, como pareció a JULIANO». La opinión de JULIANO, que con más extensión está referida en el D. 7, 1, 70, 1, ha ganado singular fortuna por haber servido esta norma sobre atribución de crías para explicar el usufructo. Nos referimos a la explicación atomística del usufructo cuando recae sobre una universalidad de cosas, que se descomponen en tantos usufructos como objetos formen la unidad. El referido texto del *Corpus* decía: «Pero pregúntase de quién sea lo que nace ínterin se sustituyan o suplan las cabezas que murieron. Y escribe JULIANO en el libro trigésimo quinto del Digesto, que queda en suspenso su dominio, para que si se sustituyeran sean del propietario; si no se sustituyeran, del usufructuario, cuya opinión es verdadera», opinión que se recoge de ULPIANO.

Las nociones arcaicas sobre pérdida por rapiña o por contagio, sin aludir, como hace algún Código suramericano, a las epizootias,

y a los efectos del incumplimiento de las normas de derecho público en el derecho privado, demandan un concepto más estricto de las obligaciones del usufructuario atendiendo a los usos corrientes en una explotación pecuaria.

18. USUFRUCTO DE DERECHOS. La formación inmobiliaria del usufructo a escala romana, a consecuencia del acuerdo del Senado, se expandió a todos los bienes, y por extensión se han ido desenvolviendo los principios jurídicos originarios cuando no siempre aquéllos convenían a la distinta naturaleza. Actualmente entiendo que se puede también seguir el camino contrario: partir de la naturaleza del derecho para estudiar su usufructo, creado por una extensión legal. Dice OERTMAN en *Introducción del Derecho civil*: «El Código entiende por cosa, de acuerdo con el Derecho rectamente interpretado, aunque en contradicción con el Derecho prusiano, que amplió mucho el concepto, solamente los *objetos corporales*. Y, en efecto, la extensión del concepto de cosa a todo lo que puede ser *objeto* de un derecho y de una obligación no harían más que ampliar su ámbito a costa del contenido y convertir aquél en un concepto casi sin valor alguno... Tampoco implica la extensión del concepto de cosas a objetos no corporales el hecho de que el Código... incluya el *usufructo* y la prenda sobre los créditos, es decir, sobre objetos incorpórales. Ello no significa que el crédito sea cosa, ni en modo alguno va contra la construcción del concepto, habiéndose limitado la ley a tratar unitariamente la materia del usufructo y la de la prenda, en atención a la íntima conexión entre todos los casos pertenecientes a cada una de ellas, incluyendo los respectivos tratados en la parte del sistema a la que corresponderían los casos más importantes y más simples de las indicadas materias». El usufructo sobre una cosa inmaterial se nos presenta como un derecho bifronte; en su lado activo es un derecho real, pero continuando con su naturaleza obligatoria desde el punto de vista del deudor, puntos de mira que es necesario ensaniblar.

Estas dos vertientes jurídicas, la una obligante y la otra real, harán de unirse por medio del mimetismo jurídico del usufructo, que representa el derecho flexible ante la especial situación del contrato o la propiedad, hacienda mercantil o propiedades especiales que grava, tanto más intangible por la absorción cuando se trate del

usufructo de un crédito, en que la persona del deudor es extraña a la relación interna usufructuaria.

El carácter complementario de los conceptos de sustancia y frutos requiere adelantar primeramente el concepto de éstos para aplicarlos al usufructo de derechos, donde conjuntamente estudiaremos el concepto de sustancia y frutos en las cosas incorporables, siguiendo el orden de su formación histórica y doctrinal. «También en este supuesto usufructo de derechos, dice HEDEMANN, la total relación está subordinada a la separación entre sustancia y provecho. Sino que siendo la sustancia, conforme al significado primario que se da a esta palabra, algo corporal, para dar sentido aquí a este distingue se necesita acudir de nuevo a cierta intelectualización.» Esto produce el que la extinción de una relación jurídica no siempre produce la pérdida de la sustancia, sino, como dicen los Códigos de Guatemala, art. 1.333, y 984, de Méjico, cuando el capital se redima se volverá a imponer a satisfacción del propietario y del usufructuario. Esta comutabilidad del usufructo de derechos es el carácter esencial y el *valor* como medio, lo que hace pervivir al usufructo, que en cada momento recae sobre una relación preconstituida o creada con posterioridad al derecho real originario.

Las diferencias de este particular en el derecho positivo son muy acusadas como derecho en formación, y no dejan de existir impugnadores tan calificados como WOLFF en *Derecho de cosas* al decir que quien califica de usufructo sobre el valor de la cosa, no hace sino describir su función económica. «Esto es cierto si, como se dice, «si lo pagado es cosa consumible, es, por ejemplo, dinero, el usufructuario adquiere su propiedad con el deber de indemnizar su valor. Solución que no se da en nuestro Código».

En el nuestro, por su mayor flexibilidad, permite el llegar a otras soluciones, aunque de forma subsidiaria, pues inicia un avance para la busca del concepto de sustancia en el usufructo sobre derechos, una vez superado el concepto jurídico-material de consumibilidad y el económico de esterilidad del dinero, concediendo a éste la función que desempeña en la vida real de vehículo para reconstituir otra relación jurídica redituable como *objeto del usufructo*. Vitalizando el punto muerto en que había quedado en el usufructo el concepto del dinero y considerándolo como representación de la relación jurídica primitiva, debe admitirse la posibilidad de generar otra nue-

va relación redituable que subrogue a la del usufructo primitivamente constituido.

En resumen, para terminar esta parte del trabajo, podemos afirmar con FADDA y BENSA: «el concepto de cosa es progresivo, como lo son las necesidades humanas». La evolución del concepto del usufructo a través de estas nuevas aportaciones económicas produce un movimiento de reajuste de las primitivas disposiciones sobre las cosas corporales, paradigma del usufructo. La materialización que sufren los derechos al pasar a ser objeto del derecho real le conceden corporeidad, al propio tiempo que el usufructo, por su *adherencia*, se espiritualiza.

El sentido secular del usufructo, con una unidad de formación continental proyectada a las naciones americanas, sorprende aparentemente por la persistencia y la lentitud de su formación. En esto también se puede ver la causa de su grandeza, pues como dice IHERING en *El espíritu del Derecho romano*: «Cuando más fácil, rápida y copiosa es la producción del derecho de un estado y más débil su fuerza moral, más menguada es esta producción; y a medida que es más pródigo el intervalo entre la concepción y el nacimiento y más largos y penosos los dolores del parto, más sólido y robusto es el fruto que nace».

JOSÉ LATOUR BROTONS

Fiscal de ascenso y excedente en el Cuerpo
de Letrados del Ministerio de Justicia

La distinción del Derecho en público y privado

S U M A R I O .

- 1.º *Evolución histórica (Grecia, Roma, Germania, Edad Media, Renacimiento).*
- 2.º *La doctrina moderna: Las teorías de Kelsen, De Castro y Legaz Lacambra.*
- 3.º *El Derecho civil, coordinador del cuerpo social.*
- 4.º *Los principios de comunidad y personalidad en la distinción del Derecho.*

1. La distinción del derecho en privado y público es obra de la voluntad humana ; depende de la posición ideológica del ordenamiento positivo de los pueblos. En una época primitiva la distinción del derecho no existía. El páter familias era el jefe familiar, político y religioso. El grupo tenía entonces una relevancia extraordinaria. En el páter familias residía la fuerza de las normas jurídicas.

Es en Grecia donde surge la distinción entre derecho privado y derecho público, puesto que esta distinción exige siempre la presencia del Estado, aun cuando sea en su forma rudimentaria. Por lo mismo, la distinción del derecho en público y privado es producto de las sociedades civilizadas (1).

(1) VILLAR Y ROMERO : *La transformación del Derecho privado en Derecho público.* «Rev. Derecho Privado», 1943, pág. 416.

En Roma surge la distinción del derecho en público y privado al constituirse la «civitas» sobre las «gentes», conservando éstas su autonomía. Entonces quedan frente a frente Estado e individuo.

La familia, que tuvo en un principio poder político y religioso, queda relegada a tener un poder exclusivamente ético (2). El *ius publicum* es el derecho del Estado y el *ius singulorum* es el derecho del individuo. El Estado estaba por encima y fuera del alcance del derecho privado. El individuo no tenía derechos contra el Estado, sino contra los demás individuos. El Estado, en sus relaciones con los particulares, no se despojaba de su carácter soberano. Sólo más tarde, en la época imperial, se llegó a distinguir entre el Estado como ente público y el Fisco, que representa el carácter patrimonial de la personalidad de aquél.

La distinción, que en el Derecho actual presenta un valor histórico, en un principio, sin embargo, implicó una diferenciación de origen.

En las Doce Tablas las declaraciones de los particulares creaban derecho. El *ius privatum* derivaba su fuerza de la *nuncupatio privada*, que la ley reconocía.

Cuando esto sucede, Estado y Derecho vivían aún disociados, siendo posible distinguir entre el conjunto de las relaciones jurídicas formadas y actuadas por manifestaciones de la autoridad social, representante o intérprete de poderes sobrenaturales —qué es lo que constituía el ámbito del primitivo Derecho público—, y el conjunto de las relaciones jurídicas creadas por los individuos, en la expresión de sus poderes naturales con finalidad esencialmente económica.

De donde el desarrollo sobre la base de la propiedad como institución de un complejo de relaciones dirigidas a la utilización directa o indirecta de los bienes por parte de los individuos. O sea, el goce y disfrute de los bienes, su intercambio o permuta, su transmisión *inter vivos y mortis causa*, han constituido siempre la materia específica del Derecho privado sobre la base de las prácticas sociales, pertenecientes más a las costumbres jurídicas que a la iniciativa de la legislación estatal (3).

(2) URSICINO ALVAREZ: *Horizonte actual del Derecho Romano*, 1944, página 210.

(3) W. CESARINI SFORZA: *Filosofía del Derecho*, Roma, 1954, pág. 144.

La concepción religiosa imprimía un origen místico a la formación social del grupo, con la existencia de fuerzas centrales imaginadas (totem, animales, etc.), que se transmitían y, por este motivo, se hallaban siempre presentes en el curso de las generaciones.

En las formas más progresivas de la sociabilidad, que vienen acompañadas de una laicización de la autoridad política, no impiden que también en los tiempos modernos el mito religioso siga presentándose como fundamento: basta pensar en la teoría del derecho divino del rey, o sea, en la imputación de su poder a la voluntad de Dios (San Pablo dice: *Non est potestas nisi a Deo*); incluso en el siglo XVIII la autoridad religiosa consagraba con el rito de la unción la soberanía del rey de Francia, y, de todas las maneras, jamás desaparece la concepción del soberano como padre de sus súbditos (de la idea de Dios Padre a la del Estado paternal) (4).

Con todo, en el ámbito civil del individuo, una vez que el Estado absorbe y controla todos los poderes de la sociedad, se establece un monopolio legislativo, emanando todas las normas del Poder estatal, incluso las reguladoras de las relaciones del Derecho privado. Es a la voluntad del Estado a quien se imputan las actuaciones normativas cuando los particulares dan vida a las relaciones jurídicas, siendo los órganos jurisdiccionales estatales los que intervienen en la aplicación coactiva de dichas normas. Por eso asevera Bacon que *jus privatum sub tutela juris publici latet*, si bien las relaciones del Derecho privado nacen siempre, no de la ley, sino del negocio jurídico (5).

Entonces, cuando todo el Derecho es estatal, la *nuncupatio* se limita tan sólo a poner en movimiento unos efectos legales, y el *jus privatum* —como decíamos— pasa a ser creación de la ley del Estado. Esto es, pierde totalmente importancia la distinción del Derecho, y únicamente subsiste la diferenciación funcional de la norma.

Por eso Livio ha dicho: *Fons omnis publici privatique iuris*. Desaparece, pues, la distinción entre las formas de producción del *iuris*. Todas las normas jurídicas son ya estatales. A este momento histórico corresponde la definición de Ulpiano: normas que miran al Estado son Derecho público, y las que miran al individuo son

(4) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, pág. 136.

(5) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, págs. 143-144.

Derecho privado. Sin embargo, ya no existe una gran diferenciación entre Derecho público y Derecho privado, sino que es meramente funcional de la norma, y, por consiguiente, resultan ser dos aspectos del Derecho (6).

Los autores germanos nos dividen el Derecho. Este es único y abarca las relaciones estatales e individuales. El Estado quedaba absorbido en el individuo y en las infinitas divisiones sociales. El individuo quedaba enmarcado en la comunidad y en la familia y en las demás corporaciones en las que desenvolvía su vida (7).

Fué con la recepción del Derecho romano cuando se introdujo en Alemania la distinción del Derecho. El Derecho público viene a librarse al principio de la sumisión a las leyes (*princeps legibus solutus est*). Así surgieron las monarquías absolutas (8).

La Edad Media se caracteriza por la exaltación del Derecho privado. El Estado llega a identificarse con la persona del soberano y se le considera como su patrimonio (9).

Existen en esta época una cantidad de comunidades, familias, corporaciones y municipios que vinculan al individuo por múltiples ligámenes. Pero ninguna de estas comunidades podía crear esta distinción capital entre los elementos públicos y privados; las dos categorías se penetran recíprocamente; los *cargos públicos* eran objeto de comercio jurídico, mientras que el ejercicio de los Derechos privados se hallaba fuertemente ligado a la vida de los grupos. No había, pues, en esta época establecida separación entre los dos dominios (10).

En el Renacimiento cunde la distinción del Derecho en privado y público. Se concibe al Estado como cosa distinta del Derecho a impulso de la llamada «razón de Estado» forjada por Maquiavelo. El principio debía determinar sus acciones mirando exclusivamente el interés del Estado, y no el interés del Derecho. El Derecho público consagra un amplio margen de arbitrio en el ámbito de la administración interna y la política internacional. De este modo, el

(6) ALVARO D'ORS : *De la privada lex al Derecho privado y al Derecho civil* «Boletim da Facultade de Direito da Universidade de Coimbra», 1949, págs. 36 y 37.

(7) BONFANTE : *Historia del Derecho Romano*, trad. 1944, I, 185.

(8) RADBRUCH : *Einjuhrung in die Rechtswissenschaft*, págs. 47-48.

(9) VILLAR Y ROMERO : *Op. cit.*, pág. 416.

(10) ROUBIER : *Théorie générale du Droit*. París, 1951, pág. 300.

Estado viene a ocupar una posición metajurídica, y el Derecho público alcanza una posición de preeminencia frente al Derecho privado (11).

2. Antes se oponían la *lex* y el *ius*. Hoy todas las normas, por el contrario,emanan del poder del Estado, tanto las de Derecho público como las de Derecho privado.

El origen de la distinción del Derecho ha provocado modernamente abundante literatura. Ehrlich, para quien todas las normas, por regularlas el poder del Estado, serían *ius publicum*; el *ius privatum* sería el Derecho creado por la autonomía particular (12). Dülkeit también establece la distinción entre Derecho público y *lex privata*, o sea, la regla de conducta fijada por los particulares (13). En Italia han propugnado esta dirección doctrinal, entre otros autores, Silvio Romano, Luzzato, Lombardi, Guarino, Grossi, etc. De Francisci dice que en un principio las normas emanaban de la *civitas*, y el *ius* eran las normas que surgían de las entidades infraestatales. Después, todas las fuentes del Derecho se reducen al Estado. La diferenciación se limita entonces entre el Derecho público y el Derecho civil. Ya no se habla de ordenamientos en planos distintos: el de la *civitas* y el de los organismos inferiores (14).

En España se han ocupado de la distinción del Derecho: Ursicino Álvarez (15), Legaz Lacambra (16), Pérez Leñeros (17), Juan Iglesias (18), Alvaro d'Ors (19), etc. Para Alvaro d'Ors la distinción del Derecho era exclusivamente formal; depende de la publicidad. Lo público era objeto de la *publicatio*; el Derecho privado se reservaba su conocimiento a los que intervenían en el negocio; no era patrimonio de todos, como aquél (20).

En un principio, el Estado no absorbía la vida total del pueblo,

(11) LEGAZ LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*. Barcelona, 1953, pág. 345.

(12) *Beiträge sur Theorie der Rechtsquellen*, 19-2, I, págs. 159 y sigs.

(13) *Oegjentliches un Privatrecht im romischen Recht*. Zeitschrift der Akad. j. d. Recht., 1935, págs. 277 y sigs.

(14) *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del dir. rom.* Scritti Ferrini. Milán, 1947, I, págs. 211 y sigs.

(15) *Op. cit.*, págs. 211 y sigs.

(16) *Op. cit.*, págs. 344 y sigs.

(17) *Sobre la distinción romana entre «ius publicum» e «ius privatum»*. «Rev. Información Jurídica», 1949, págs. 878 y sigs.

(18) *Op. cit.*, pág. 15.

(19) *Op. cit.*, págs. 29 y sigs.

(20) *Op. cit.*, págs. 31 y 32.

y el Derecho surgió también de los organismos que se desenvolvían al margen del Estado, motivo de la subsistencia independiente del Derecho consuetudinario. Sólo la ley emanaba del poder estatal. Después, el Estado absorbió la vida total de la comunidad, y todo el Derecho emana del poder del Estado. Desde este momento, la diferenciación del Derecho sólo radica en que unas normas se dirigen al Estado y otras al individuo, pero siempre dentro del Estado.

La ley interviene como acto constitutivo de las relaciones jurídicas, correspondiéndole dos significados:

1.º Como manifestación de la voluntad del Estado concebida como síntesis conceptual de todos los posibles actos normativos, creándose entonces una relación jurídica de la cual el Estado aparece como titular frente a los individuos, que tienen una obligación general de observarla.

2.º Como acto constitutivo de relaciones entre órganos del Estado y entre los órganos estatales y los ciudadanos, por el cual se inviste a aquéllos o a éstos de una obligación correlativa a un Derecho cuyo ejercicio pertenece al Estado.

En estas hipótesis las actuaciones normativas aparecen como manifestaciones de una voluntad de autoridad frente a cada uno de los ciudadanos. Sólo cuando la ley manifiesta realmente una fuerza vinculadora de las auténticas expresiones humanas, estando sus acciones efectivamente reguladas y ordenadas, se produce su validez sustancial, que se diferencia de su vigencia formal por cuanto en este último supuesto no llega a aplicarse nunca, porque es derogada por otra disposición legal o tácitamente (21).

Dentro del Derecho público, el legislador, por lo general, actúa dominado por concepciones ético-políticas, mientras que en el Derecho privado prevalece la consideración de los intereses económicos, o sea, el cálculo utilitario y contingente acerca de la distribución y el uso de los bienes (22).

En todos los Códigos de Derecho privado figuran, además de las normas reguladoras de la propiedad, las obligaciones y las sucesiones, aquéllas que se refieren a la persona y a la familia. En dichas relaciones los sujetos individuales no figuran como portadores de in-

(21) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, págs. 137, 138.

(22) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, 148.

tereses puramente privados. Esto se explica porque las personas (físicas o sociales) son los sujetos necesarios de las relaciones de Derecho privado, aun cuando su posición en el ordenamiento jurídico no depende de sus voluntades, sino de la de la ley. Incluso las relaciones de familia se consideran de Derecho privado, no porque sean tales en sí mismas, sino porque el grupo familiar ha perdido, al afirmarse la superior autoridad del Estado, su primitiva autonomía, que de hecho la asemejaba a una organización política (23).

El Derecho privado, pues, reglamenta la parte más importante del Derecho para la concepción liberal del Estado. Se sostiene que un retroceso de la influencia del Derecho privado conduciría a una disminución del espíritu de justicia en la sociedad. En efecto; la obligación de decidir entre intereses que se encuentran en igualdad lleva necesariamente a los jueces y a los jurisconsultos a un análisis muy ceñido de lo justo y de lo injusto, mientras que las relaciones entre el Poder público y los particulares se resuelven a veces sobre la base de consideraciones de equidad o de simple oportunidad (24).

En los Estados del siglo XIX ha prevalecido como principio regulador supremo de los respectivos ordenamientos esta concepción liberal-democrática, quien ha atribuido a la *autoridad del propietario* importancia decisiva para la disciplina de las relaciones jurídicas entre los particulares. La ley reenvía, a las valoraciones que del propio interés hace subjetivamente el individuo. No se define un interés objetivo como propio de un ente superindividual, sino que vale como tal aquél mismo que un individuo establece subjetivamente como interés propio correlativo a sus fines personales.

La situación jurídica que por tal motivo surge se configura como un derecho del sujeto A hacia B en cuanto tiene personalmente interés en el mismo; o sea, qué la voluntad concreta de A se destaca de la voluntad de la ley creadora de la relación abstracta en la cual se enmarca el derecho de A. Esto significa que A puede renunciar y, por consiguiente, que la obligación de B subsiste sólo en tanto en cuanto que A lo quiera (25).

Esta influencia de la doctrina individualista fracasa técnicamen-

(23) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, pág. 145.

(24) PAUL ROUBIER: *Théorie générale du Droit*. París, 1951, pág. 291.

(25) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, págs. 148-149.

té al no ser capaz de situar cada institución dentro de su categoría jurídica correspondiente.

El absolutismo estatal no supera el dilema entre individuo o comunidad, sino que lo lleva a su último extremo, suprimiendo el concepto de persona (26).

Este carácter de la autoridad pública, como esencialmente un hecho, lo pone por primera vez de relieve el filósofo inglés Hobbes (siglo XVII). Según su doctrina, todo hombre tiene, por ley de naturaleza, tanto derecho (subjetivo) cuanta fuerza tenga. Los hombres viven disociados y luchan continuamente entre sí (*bellum omnium contra omnes*), y el derecho se identifica con la fuerza. Sólo el instinto de conservación les lleva a renunciar, según un cálculo utilitario, del uso de la fuerza para formar una sociedad pacífica. A ésta llegan mediante un contrato (*pactum unionis et subjectionis*) por el que cada uno de los hombres se obliga hacia los otros a renunciar al uso de su fuerza, aceptando, al mismo tiempo, que ésta pueda ser usada por uno solo, el cual la utilizará para constreñir a los hombres a la observancia del pacto.

De este modo, se pasa del estado de naturaleza al estado civil mediante la creación de la sociedad y el Estado, que se halla encarnado por un «soberano», quien tan sólo puede usar de la fuerza sin límites (*summa coercitiva potentia*).

En esta concepción del absolutismo estatal se advierte que el soberano tiene hacia sus súbditos una pretensión que se manifiesta como ejercicio de guerra, como poder de hecho, que no presupone ninguna relación jurídica abstracta, imponiéndose a los súbditos como voluntad imperativa (27).

De otra parte, para Kelsen la antítesis entre Derecho privado y público constituye la espina dorsal de la teoría del Derecho. Pero nos dice que en cuanto se indagan los fundamentos de esta distinción se incurre en un caos doctrinal. En el terreno de la doctrina pura no cabe la distinción, que obedece sólo a razones históricas y políticas. Hay que proclamar la unidad del Derecho (28).

No obstante, conviene observar cuál es la posición de Kelsen frente al Derecho. El subsuime al orden jurídico en el Estado. Para

(26) DE CASTRO: *Op. cit.*, 1942, I, págs. 67 y 68.

(27) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, págs. 140-141.

(28) *Diritto pubblico e privato*. «Riv. Int. di Fil. del Dir.», 1924, págs. 34 y siguientes.

él el Estado es la personificación jurídica de la comunidad social. Por eso para Kelsen el acto más privado de la vida particular, el negocio jurídico, no es más que una prolongación de la voluntad estatal. Luego la diferenciación del Derecho en privado y público se refiere a la creación de la norma secundaria. Esta norma secundaria es la que determina en cada caso la conducta de los particulares. Por ejemplo, el deber de devolver la suma prestada nace del contrato que se concierta entre acreedor y deudor. El orden jurídico delega, por tanto, en los individuos la facultad de regular contractualmente sus relaciones económicas. De donde resulta que la norma individual, o secundaria, presupone la norma general, o primaria (29).

Ahora bien; los hombres constituyen una comunidad porque poseen cosas comunes. De lo contrario, no tendrían explicación ni la existencia de la sociedad ni la del Estado. Pero el hombre sólo existe en sociedad, y ésta es para él garantía y, al mismo tiempo, limitación. De aquí la dificultad de trazar una línea divisoria entre lo público y privado. Es menester tener en cuenta que la persona individual unas veces se obliga por su propia iniciativa, mientras que otras se constriñe a la realización de ciertos actos aun en contra de su voluntad (30).

En el primer caso se deja al arbitrio de las partes no sólo el hecho de existencia de la norma, sino inclusive la forma de vinculación. Nos estamos moviendo dentro del ámbito de la llamada autonomía privada. En el segundo supuesto, por el contrario, como sería el caso de tener que pagar un impuesto, hay un mandato unilateral que obliga al destinatario. Tal forma de creación de las normas jurídicas corresponde al llamado por Kelsen el principio de «heteronomía», que implica sujetos jerárquicamente desiguales (31).

Sólo en el primer supuesto de la autonomía privada la norma secundaria es creada mediante una transacción jurídica. Sin embargo, es necesario consignar que toda norma jurídica es expresión de un interés público y protege un interés particular. De lo contrario, la aplicación del Derecho privado no se conferiría a órganos estatales. De esto se deduce que ni el contrato existe sólo en la es-

(29) HANS KELSEN: *Teoría general del Derecho y el Estado*. Méjico, trad. G. Mayner, 1950, págs. 208 a 215.

(30) LEGAZ LACAMBRA: *Op. cit.*, págs. 347 y 348.

(31) KELSEN: *Op. cit.*, pág. 216.

fera del Derecho privado ni el mandato unilateral pertenece, exclusivamente a la órbita del Derecho público. Luego la calificación de que una norma sea privada o pública depende de que la misma manifieste su preferencia por uno de estos dos intereses: el del individuo o el del Estado. Por tanto, podemos decir que la diferenciación entre Derecho privado y Derecho público no radica en ningún contenido del que *a priori* pueda decirse que pertenece a uno de los dos sectores, sino a una diferencia de estructura normativa cuya adopción es contingente y depende de la ideología que el Estado haya adoptado sobre la materia (32).

Esta influencia política en la distinción del Derecho, a la cual ya hacía referencia Kelsen, fué recogida y puesta de relieve en España por Fedérico de Castro. Este nos dice que si el absolutismo estatal procurara la supresión del Derecho civil, como en Rusia, el positivismo mercantil procurará privatizar el Derecho público, incluso concibiendo al Estado como una sociedad por acciones (33). El liberalismo político, pues, representa la disolución del Derecho público en el Derecho privado. La base de toda la vida social pública y privada se encuentra en el pacto de Rousseau; el contráto es la categoría jurídica de la vida burguesa. Los individuos no se vinculan por lazos orgánicos, sino voluntarios y racional-utilitarios (34). Sin embargo, el legislador ruso no se propuso fundamentalmente, la supresión total del Derecho privado o civil, sino proyectar en su órbita los principios filosóficos de Marx y Engels, lo que produjo como secuela la supresión del Derecho civil capitalista.

Para Legaz, una norma es de Derecho público cuando tiene la estructura de la subordinación. Mientras que las relaciones típicas de Derecho privado se caracterizan porque las normas están presididas por el principio de coordinación.

Por eso, mientras que en el primer caso, o sea, en las relaciones de subordinación la condición de la obligación establecida en las normas es producto de una voluntad extraña al obligado; en el segundo supuesto el hecho condicionante de la obligación se establece por la voluntad de los particulares que participan en el negocio jurídico. No importa qué unas incidan en la esfera de las otras, ya

(32) KELSEN: *Op. cit.*, 218; y LEGAZ LACAMBRA: *Op. cit.*, págs. 348.

(33) *Op. cit.*, pág. 68.

(34) LEGAZ LACAMBRA: *Op. cit.*, pág. 353.

que en toda norma jurídica participan, en cierto grado, los principios de subordinación y de coordinación. Sólo lo que interesa poner de manifiesto es que unas y otras responden a distintos procesos técnicos. Por eso hoy día ya no tiene ningún sentido metajurídico, como veíamos que sucedió en el Renacimiento con Maquiavelo, la distinción del Derecho en privado y público. El Derecho público actualmente no tiene un mayor valor que el Derecho privado. Por consiguiente, actualmente no es admisible la consagración de una esfera al arbitrio estatal.

El sentido político de la distinción se revela en que son dos procedimientos antitéticos para la creación de la norma. Unilateral o heterónomo uno de ellos, aquél en que veíamos que los sujetos no están en un plano de igualdad, sino de jerarquía. Y bilateral o autónomo el otro, en que existe el principio de igualdad jurídica, que es producto de la creación por ellos mismos. Esto mismo ocurre en la ciencia política entre la antítesis democracia y autorcracia.

La democracia significa la creación del orden jurídico por los mismos obligados. En cambio, en la autorcracia el orden jurídico es impuesto por una voluntad extraña.

Al hablar del principio de subordinación no nos referimos a una subordinación unilateral, pues lo mismo que se da una subordinación del empleado respecto a su patrono, al mismo tiempo se produce una subordinación de éste en relación al interés general. Y también una misma subordinación del empleado o trabajador respecto del interés general, pues, de lo contrario, nos encontraríamos en el feudalismo, en que el señor tenía un poder igual al del Estado (35).

El de subordinación es el principio de distinción más interesante, caracterizado por la desigualdad de las relaciones jurídicas y donde la justicia toma el carácter de distributiva, mientras que el Derecho privado lo será de coordinación, en el cual los sujetos son colocados en pie de igualdad, presidiendo la justicia comunitativa. Esta doctrina nos parece, de una manera general, como principio ideal de distinción. Sin embargo, colocados en el estado actual del Derecho, conviene reconocer que ella puede admitirse por el Derecho privado, pero no por el Derecho público, sobre todo en materia internacional pública. En efecto, los Estados colocados sobre el pie de igualdad y no encuadrados en un organismo superior están, res-

(35) LEGAZ LACAMBRA: *Op. cit.*, págs. 350-351.

pectivamente, en una posición jurídica que no puede dar nacimiento a un régimen de subordinación.

Además, ha sido objeto de aplicación práctica esta distinción. Se han organizado jurisdicciones diferentes para las relaciones de una y otra especie: al lado de las ordinarias que estatuyen sobre el Derecho privado, existen jurisdicciones particulares, como la contenciosa administrativa. En verdad, la competencia de estas jurisdicciones administrativas varía según los diversos países, y, a veces, ella no ha sido delimitada de una manera muy rigurosa en función de la división del Derecho en público y privado. Pero la creación de esta jurisdicción no es arbitraria, sino que se justifica por razones deducidas del carácter propio del Derecho público, porque las jurisdicciones de orden judicial tienen por misión ordinaria reconocer y sancionar los derechos particulares, y de ningún modo controlar y apreciar la marcha de la Administración pública.

Igualmente, tiene aplicación en las reglas relativas a la responsabilidad administrativa (distinción del hecho personal y del hecho de servicio), enteramente distinta de las concernientes a la responsabilidad civil. Lo mismo existen servidumbres de utilidad pública sobre propiedades privadas fundadas sobre razones de interés general y servidumbres de utilidad privada fundadas sobre las relaciones de vecindad: la posibilidad de usar de la facultad de expropiación para fines de utilidad pública. Y también la diferencia de régimen establecido entre los establecimientos públicos, que son personas morales de Derecho público (verbigracia, Universidades, Cámaras de Comercio), y las de Derecho privado, incluso reconocidas como de interés general (36).

3. Que haya perdido sentido la distinción del Derecho en privado y público, y hoy día quede reducida a una diferenciación de aspectos o a una simple distinción funcional de la norma jurídica, ha tenido hondas repercusiones en todos los sectores jurídicos, y principalmente en el Derecho civil, que es, por así decirlo, la columna vertebral del Derecho.

El Derecho civil, partiendo de la distinción tajante del Derecho en privado y público, venía a encerrarse en una posición nueva en esta concepción unitaria del Derecho. El Derecho civil, que por ser derecho positivo tiene que inspirar sus normas en las del Derecho,

(36) ROUBIER: *Op. cit.* págs. 294-296.

natural, en esta posición unitaria del Derecho, ya no tiene como finalidad la protección egoísta de los intereses individuales, sino la coordinación del cuerpo social.

Y es que hoy día, por haber invadido lo social todos los ámbitos de la vida, y, por consecuencia, también la esfera jurídica, cuya actividad compete al individuo, resulta que la acción de éste ya no sólo repercute en el círculo del grupo, sino que trasciende a la órbita más amplia de la comunidad nacional.

Dicen algunos qué se ha producido una invasión de la zona privatista por parte del Estado como precaución, como garantía de su existencia; pero es menester ver que, si el Estado es presupuestó necesario de toda norma positiva, las leyes civiles constituyen la contextura y la coordinación del cuerpo social, precisamente, por ese papel fundamental que le asignábamos dentro del ordenamiento total; de tal forma sucede esto que, mientras las leyes políticas quedan periódicamente desprestigiadas, sin que por eso sufra menoscabo la existencia misma del Estado, las leyes civiles, siempre que sufren una perturbación, afectan esencialmente a su constitución y, como consecuencia, a la de la sociedad organizada. En esta invasión, por tanto, que se ha producido de la zona privatista por parte del Estado en garantía propia, hay que ver más bien que lo que significa en el fondo es que se va hacia la formación de un Derecho civil nuevo, un Derecho civil que rompa con los moldes clásicos del individualismo jurídico y vaya a una colaboración más estrecha del individuo y la sociedad (37).

La llamada socialización del derecho de propiedad, y en general de los derechos privados, consiste en la progresiva reducción de la actividad normativa de los individuos para sustituirla por la valoración objetiva de parte del Estado.

Se tiende a la parificación de las situaciones de los sujetos de cada relación para eliminar, en lo posible, la inferioridad del sujeto pasivo. Esto se consigue cuando el legislador considera como interés público el de los sujetos pasivos de determinadas relaciones, no dejando ya su sujeción jurídica al arbitrio de los acreedores, quienes

(37) ALVARO D'ORS: *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, 1943, págs. 18 y 19.

se erigían en definidores del bien público, definiéndolo a través de su exclusivo fin particular (38).

El Derecho privado no es más que un campo libre, provisoriamente económico y cada vez más reducido, abierto a la iniciativa privada en la hipótesis de que esta iniciativa sirviera al interés común, susceptible de ser suprimido si esta esperanza es frustrada. Y en ciertos dominios en que la opresión económica ha parecido demasiado fuerte, por ejemplo, en el Derecho obrero, se ha visto acrecer la influencia del Derecho público. De igual modo, en el Derecho civil soviético, al lado de la propiedad del Estado y de los grandes grupos colectivos y cooperativos, subsiste una pequeña propiedad campesina. Así, el Derecho civil, limitándose al derecho patrimonial de los particulares, no es más que un «pequeño Derecho civil» al lado de los contratos celebrados por el Estado y los grandes grupos económicos, los cuales representan lo que se denomina «el Derecho administrativo económico» (39).

Se está, pues, rebasando el concepto kantiano del Derecho límite, que lo consideraba como una simple coexistencia de libertades (40). No hay ya una autonomía del Derecho respecto de lo sociológico, aun cuando tampoco el Derecho se agote exclusivamente en ello (41).

En esta nueva concepción del Derecho que ya se vislumbra se ve, como decimos, a una más íntima relación entre el individuo y la sociedad, y se tiende, por consecuencia, a que el sistema de contratación gire no ya en torno a la idea de antagonismo, como lo venía haciendo hasta ahora, sino que esté presidida por la idea de cooperación, sin que las partes que intervienen en los contratos pierdan por eso su autonomía y su independencia, que es la característica del contrato (42).

El Derecho obrero, por ejemplo, al ser dominado por la política de autoridad, se dice que entraña nuevas conquistas del Derecho público. Sin embargo, no todas las limitaciones a la libertad de los contratos representan un avance del Derecho público, aun cuando muchos de los juristas consideran estos atentados a la autonomía como una disposición del Derecho público, con lo que hacen una

(38) CESARINI SPORZA, *Op. cit.*, pág. 150.

(39) ROUBIER, *Op. cit.*, págs. 300-301.

(40) FIOMUSI GUELFI: *Encyclopédia giuridica*. Nápoles, 1917.

(41) HERNÁNDEZ-GIL: *Op. cit.*, pág. 69.

(42) HERNÁNDEZ-GIL: *Op. cit.*, pág. 67.

aplicación inconsciente de la «teoría del interés» a toda disposición de interés general, que equiparan a una regla de Derecho público. Al contrario, este Derecho debe ser limitado a las reglas de constitución y de ejercicio de los derechos del Poder público. Así, no podemos considerar como un cambio de fronteras entre el Derecho público y privado el hecho de que el legislador intervenga para regular ciertas relaciones de Derecho privado en vista del interés general, fuera, e incluso a veces en contra, de los intereses particulares, como sucede, por ejemplo, con las leyes que han concedido moratorias a los deudores, las leyes que reducen los alquileres de los arrendatarios, etc., las cuales no tienen nada específicamente de Derecho público. Se puede ver aquí la manifestación de una política de autoridad, pero una política de este género es posible incluso en el dominio del Derecho privado. Es suficiente que esta actividad no ponga en juego y no haga aparecer los derechos del Poder público (43).

Es por lo que el Derecho civil ya no puede continuar estando al servicio de una clase social determinada, ni tampoco puede apoyarse toda la vida de la nación en el contrato, y no nos es suficiente para la nueva concepción del Derecho que propugnamos el hombre abstracto de la Revolución francesa. Es menester superar la definición del derecho subjetivo que nos dió Ihering como interés subjetivamente protegido.

De aquí que el Derecho ha de estructurar la sociedad contemplando al hombre, ante todo y sobre todo, como ser comunitario; es decir, ante todo, como miembro de la comunidad social, sin desconocer que en él se reflejan una existencia individual y una parte de la vida total; éste es el dualismo del hombre-miembro y del hombre-voluntad, que nosotros hemos propugnado en nuestros estudios y que es fundamental para la clasificación dualista que estudiamos, en otra parte, entre el derecho subjetivo y el deber jurídico. Por ello, contemplamos al individuo y a la comunidad no enfrentados, sino a la persona individual enmarcada en las instituciones que le dan poder y arraigo.

De este modo, el Derecho responde a la realidad social dentro de la evolución progresiva de los pueblos sin exponerse al peligro de las revoluciones.

(43) ROUBIER: *Op. cit.*, 301-303.

4. Ahora bien; en toda norma jurídica actúan siempre dos grandes principios constructivos: el de la personalidad y el de la comunidad; ambos principios están siempre dirigidos a un fin común, y ellos se encuentran en constante y necesaria colaboración. Los dos principios, el de personalidad y el de la comunidad, aparecen en todas las normas jurídicas, aunque uno de ellos siempre en segundo término.

Cada uno de estos principios preside un conjunto de normas bien caracterizadas: unas, que integran el Derecho político, tratan de la reglamentación, estructura, defensa y funcionamiento del Estado; las otras, que integran el contenido del Derecho civil, versan sobre la situación, estado y convivencia de las personas dentro de la comunidad nacional. De donde que la distinción básica no radique ya entre el Derecho privado y público, sino entre Derecho civil y Derecho político. La distinción del Derecho es sólo la expresión de la distinción de las relaciones jurídicas; esto es, la distinción de la norma es simplemente funcional. De donde, por consecuencia, de que predomine uno de estos dos principios, que van siempre en estrecha colaboración: si es el de personalidad, será el Derecho civil; si el de comunidad, la norma será de Derecho político (44).

Afirmamos como secuela la unidad del Derecho; pero la negamos cuando es impuesta por el Estado, porque no se puede admitir la prepotencia de uno de estos dos principios, el de personalidad y el de comunidad, y a continuación propugnar la subordinación de ambos al Estado. Aspiramos, por el contrario, a una unidad jurídica auténtica, como consecuencia de una pluralidad de instituciones jerárquicamente ordenadas, en que la norma de Derecho brote de abajo arriba como expresión de una unidad del poder social. Por eso, dentro de esta posición comunitaria del Derecho, el Derecho público implicará siempre un sistema de situaciones, mientras que el Derecho privado supondrá un sistema de relaciones.

Entendemos por relación el nexo jurídico trabajado por la actividad de la autonomía particular. La situación implicará la ubicación dentro del supuesto de hecho previsto por el ordenamiento en la norma jurídica.

El profesor Alvaro d'Ors ha querido ver en esta distinción entre

(44) DE CASTRO: *Op. cit.*, págs. 68 a 70; y BENVENUTO DONATI, *Fondazione della scienza del Diritto*, 1929, I, pág. 161.

«situación» y «relación» aquella otra que existía en el Derecho romano entre *lex* y *jus*. *Lex*, la norma creada por el Estado; *jus*, la que surgía de los órganos infraestatales, que estaban fuera de la órbita y de la influencia estatal.

Hoy día, sin embargo, no puede establecerse de una manera rigurosa esta equivalencia, porque en la mente de todos está el poder absorbente que ha adquirido el Estado. Mas, dentro de lo posible, hemos de propugnar por un pluralismo jurídico armónico que nos evite caer en la anarquía jurídica, lo mismo que se cayó en el individualismo anárquico. Por eso este pluralismo jurídico ha de estar presidido por los principios de autoridad y de jerarquía.

El Derecho privado será la garantía de la libertad civil institucional, de la expansión de la personalidad humana, cuyas situaciones derivarán siempre de su posición de *status*, que es tanto como la relación que liga a un individuo con un agregado social, ya tenga personalidad jurídica o no, y del que se derivan para el mismo derechos y deberes que suponen estar en posesión de una conciencia institucional.

Obras de Dr. LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.
Profesor de la Universidad de Panamá.

La hipoteca es una modalidad de la garantía hipotecaria que se aplica a la cosa en su totalidad, sin que sea necesario que el valor de la hipoteca sea menor que el valor del crédito que se pretende garantizar. La hipoteca es una garantía que no tiene que ser inscrita en el Registro de la Propiedad, ya que su efecto es personal, es decir, que no se extiende a los sucesores de la cosa que sirve de garantía, ni a los que adquieran la cosa en virtud de la ejecución de la hipoteca. La hipoteca es una garantía que no tiene que ser inscrita en el Registro de la Propiedad, ya que su efecto es personal, es decir, que no se extiende a los sucesores de la cosa que sirve de garantía, ni a los que adquieran la cosa en virtud de la ejecución de la hipoteca.

Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria *

En el estudio de los efectos de esta modalidad de hipoteca vamos a limitarnos al de aquéllos que le son peculiares, omitiendo los generales consignados en la legislación hipotecaria que le sean de aplicación y por no estar en contradicción con los que exponemos ni con la especial naturaleza de los bienes sobre los que recae la presente, exponiéndolos por el orden del enunciado y precedidos por una norma de carácter más general.

VI. EFECTOS CON RELACIÓN A LA COSA, AL CRÉDITO Y A LOS TERCEROS

En el estudio de los efectos de esta modalidad de hipoteca vamos a limitarnos al de aquéllos que le son peculiares, omitiendo los generales consignados en la legislación hipotecaria que le sean de aplicación y por no estar en contradicción con los que exponemos ni con la especial naturaleza de los bienes sobre los que recae la presente, exponiéndolos por el orden del enunciado y precedidos por una norma de carácter más general.

Reglas generales.

El principio inicial y básico de este apartado es el contenido en el párrafo cuarto del artículo 3.^º de la Ley, por el que se dispone que «la falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley».

* Continuación del número 338-339.

La claridad y precisión del precepto no es óbice para que tengamos que sentar varias reglas aclaratorias, y así deberemos tener en cuenta que la inscripción a que se refiere no es la que se realicé en «algún Registro», sino «en el Registro correspondiente», según las reglas de competencia establecidas por el artículo 69, del que hemos tratado con anterioridad.

Igualmente se requerirá, para que puedan producirse esos efectos, el que la inscripción sea válida y esté fundada en un título igualmente válido, ya que el artículo 30 de la Ley Hipotecaria declara nulas las inscripciones en las que se haya omitido o expresado con inexactitud sustancial alguna de las circunstancias necesarias para ella, y el apartado primero del párrafo quinto del artículo 3.^º de la presente, repitiendo el contenido del artículo 33 de aquélla, expresa a su vez, que «la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes».

No obstante, dado que no puede quedar al arbitrio de las partes la interpretación de la validez o nulidad, se añade, por el citado párrafo, que «los asientos practicados en los libros especiales de Hipoteca y de Prenda que se han de llevar en el Registro de la Propiedad están bajo la protección de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se cancelen o se declare su nulidad». Llevándose este extremo a sus últimas consecuencias por el artículo 85 de esta Ley, al no permitir la suspensión del procedimiento judicial sumario de ejecución por la reclamación formulada por el deudor, el hipotccante o cualquier interesado que verse sobre la «nulidad del título», la cual deberá tramitarse en el correspondiente juicio declarativo, autorizándose solamente el que ese juicio produzca el efecto de retención total o parcial de la cantidad que deba ser entregada al acreedor en virtud del procedimiento citado, cuyo criterio es aplicable también al procedimiento extrajudicial ante Notario, por disponerlo así el artículo 88 de la misma. Pese a este riguroso criterio, no ha podido por menos de estimarse alguna excepción al mismo, y, por ello, ha considerado que debería producirse la suspensión de esos procedimientos de ejecución, por la existencia de algún sumario motivado en la falsedad del título en cuya virtud se proceda y en el cual haya sido dictado auto de procesamiento, siempre que se acredite documentalmente la existencia de ese sumario. Relacionado con lo que hemos expuesto está el problema de determi-

nar los efectos que deben producir aquéllos derechos cuyo soporte es precisamente la inscripción que haya sido declarada nula, los cuales se encuentran recogidos fundamentalmente por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al cual nos remitimos para su estudio.

Ahora bien, los efectos de estas hipotecas no pueden ser perpetuos; el derecho de hipoteca es, por su naturaleza, un gravamen temporal de la cosa sobre la que recae, incompatible con la idea de perpetuidad, incluso cuando por estar sujeta a una condición sea indeterminado su tiempo de vigencia; por ello ha de fijársele un plazo de duración en el momento de su constitución, aunque su iniciación dependa del cumplimiento o del no cumplimiento de una condición. Esto lleva anejo el concepto de prescripción, del que trataremos al desarrollar los efectos de la hipoteca en relación con el crédito; pero apuntándose en nuestra legislación la idea de que el crédito y la hipoteca son susceptibles de cierta vida separada, sin que se haya llegado a una distinción total entre ambos, la cual fué recogida con cierta timidez en la última reforma hipotecaria, acentuada por haberla reconocido sólo una vigencia transitoria mediante el principio de la caducidad de estos asientos, ha sido, a su vez, recogida esa tónica por la presente Ley en su artículo 79, aunque ya con un carácter permanente, puesto que si en la generalidad de las hipotecas es necesario este principio de la caducidad del asiento, resultaba indispensable en la presente modalidad de ellas por el carácter más perecedero de los bienes sobre los que éstas han de recaer.

Dispone el aludido precepto que «las inscripciones de hipotecas caducarán y se cancelarán de oficio o a instancia de parte una vez transcurridos seis años, y las de prenda una vez transcurridos tres años, contados, en ambos casos, a partir de la fecha del vencimiento de la obligación garantizada». Con lo que se hace desaparecer registralmente el gravamen de la hipoteca ó el de la prenda sin desplazamiento, sin tener en consideración la situación jurídica extraregistral en que el crédito se encuentre en ese momento, por presumir que el mismo deberá estar extinguido, bien por su pago o bien por prescripción, ya que la de éste se opera con más rapidez; o sea, a los tres años contados desde que la hipoteca pueda ser ejercitada legalmente, según dispone el artículo 11 de esta Ley.

Efectos con relación a la cosa.

Todas las disposiciones establecidas por esta Ley respecto a la cosa que pueda ser objeto de la hipoteca, giran en torno a la idea de conservar los bienes hipotecados en las circunstancias en que se encontraban en el momento de la constitución de la hipoteca, las cuales fueron tenidas en cuenta por el acreedor para conceder el crédito y cuya alteración puede llevar consigo una notable disminución de la garantía, dada la especial naturaleza de los bienes sobre los que recae esta modalidad de hipoteca. Esta idea, que podríamos llamar temática, se desenvuelve por el legislador en otras varias, de las que pasamos a tratar.

A) Conservación jurídica.

Dice la Exposición de Motivos «que no es indiferente para el acreedor la persona del tercer poseedor de los bienes muebles, ya que éstos exigen un cuidado y un celo especial, muy superior al de los inmuebles, para asegurar su conservación y el mantenimiento de su valor», y conforme a ello se dispone por el artículo 4.^º que: «El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor». En cuyo precepto, si bien se le impone la obligación al deudor, habremos de entender forzosamente que dicho término equivale al de hipotecante, ya concorra o no en él la cualidad de deudor, no sólo porque en esa interpretación se basa la totalidad de la Ley, sino porque al definir el artículo 81, en su párrafo segundo, al tercer poseedor, considera como tal al que adquiere los bienes hipotecados, sin distinguir que el transmisor sea el deudor o sólo el hipotecante de los bienes; por el contrario, estima que la esencia del citado artículo 4.^º radica en que la transmisión de los bienes hipotecados se efectúe «con el consentimiento del acreedor».

No obstante, la aparente claridad del precepto, encierra éste un complicado problema de interpretación cuando se trata de concordarlo con el artículo 85 del Código de Comercio y con el 464 del civil. Pero habiendo tratado este tema con más extensión, al estudiar el último de los caracteres de la definición que dimos de esta modalidad de hipoteca, nos remitimos a lo que allí expusimos, aunque advirtiendo de nuevo la importancia de aquel comentario para la interpretación del citado artículo 4.^º

Completando y precisando esa idea de la conservación jurídica, cuando se trata de las hipotecas recayentes sobre los derechos de propiedad intelectual e industrial, se establece por el artículo 48 que: «El titular no podrá renunciar a su derecho ni ceder su uso o explotación, total o parcial, sin consentimiento del acreedor».

En este artículo se complementa la prohibición establecida por el 4.^º de no poder enajenar los bienes hipotecados, salvo cuando lo sea con el consentimiento del acreedor, con el criterio de prohibir también su renuncia, cuando se refiera a derechos de propiedad intelectual o industrial, cuyo extremo no es más que una aplicación concreta de la norma general del artículo 4.^º del Código civil de prohibir las renuncias efectuadas en perjuicio de un tercero, el cual sería en este caso el acreedor; pero esta repetición de principios no puede ser reputada de innecesaria, ya que el carácter general de la norma del Código ha obligado a que sea casi siempre la jurisprudencia la que tenga que declarar su aplicación a cada caso concreto, lo que ha sido evitado en el presente dados los términos concretos utilizados por el referido artículo 48 de la Ley.

Donde el referido precepto ha resultado menos concorde con la realidad es al tratar del uso y explotación; pero, en cuanto a ese extremo, no entraremos por ahora en su estudio, por hacerlo en epígrafe posterior de este mismo trabajo.

B) Conservación física.

Presupone la conservación la tenencia de la cosa, pero mientras que ésta tiende a evitar el que la misma pase a poder de un tercero sin el consentimiento del acreedor, que es el aspecto en que la hemos considerado en el número anterior, el restante significado de ese término, deducida la idea de la tenencia, comprende el concepto de falta de alteración del objeto a que se refiere, lo cual no es en definitiva otra cosa que el evitar su pérdida o la disminución de su valor económico, que equivale a la pérdida o desmerecimiento de la garantía en que confió el acreedor, ya que por la especialidad de los bienes sobre los que recae esta garantía resulta ésta tan propensa a oscilaciones según sea la actuación de su tenedor durante la vigencia del crédito. Por esto, los efectos de esta hipoteca en cuanto a la conservación física de la cosa, se traducen en obligaciones por parte de su tenedor, que a su vez engendran ineludiblemente ciertos derechos

del acreedor para corregir los supuestos de incumplimiento de la obligación e incluso intervenir por sí mismo en la conservación.

Se inician estos efectos en la presente Ley con la declaración general establecida en el artículo 17, de que «el hipotecante conservará los bienes hipotecados, principales y accesorios, con la diligencia de un buen padre de familia, haciendo en ellos cuantas reparaciones y reposiciones fueren menester», recogiendo de nuevo ese módulo de tan feliz expresión, pero de tan vago o casi nulo contenido.

Perfilando el principio respecto a alguna de las especies de la presente modalidad de hipoteca, se dispone, a su vez, por el artículo 27, referente a los establecimientos mercantiles o industriales, que: «El hipotecante está obligado a continuar el comercio o industria en el establecimiento hipotecado con arreglo a los usos del comercio y a participar al acreedor, dentro de los ocho días, cualquier acto o novedad dañosa». Y concretando aún más, se establece por el artículo 33, que: «No surtirá efecto alguno en perjuicio del acreedor la renuncia de los derechos derivados del contrato de arrendamiento hecha por el arrendatario durante la subsistencia de la hipoteca, si ésta se hubiere notificado en la forma prevista en el artículo 24». Cuya disposición es también una aplicación de la doctrina contenida en el artículo 4.^º del Código civil, de no admitir las renuncias de derechos efectuados en perjuicio de un tercero, aunque si analizamos el contenido del citado artículo 33 veremos que el mismo es de un alcance más modesto que el 4.^º del Código, ya que aquél no prohíbe la renuncia, sino que se limita a no reconocerle efectos en perjuicio del acreedor, cuando la constitución de la hipoteca se hubiese notificado al arrendador, debiendo, por el contrario, producir efectos esa renuncia no sólo cuando no exista esa notificación, sino aún en el caso de existir, si bien entonces sólo los producirá entre el arrendador y el arrendatario, siempre que el acreedor no sufra perjuicio alguno con ella o dejando a salvo sus derechos.

Y continuando la aplicación concreta del principio del artículo 17, establece, a su vez, respecto a la maquinaria industrial, el artículo 44 que: «El dueño de las máquinas y demás bienes hipotecados tendrá la obligación de conservarlos en el lugar y en el estado en que se encontraren, y responderá civil y, en su caso, criminalmente del incumplimiento de aquélla.

» Podrá, sin embargo, usar normalmente dichos bienes conforme a su destino, pero sin merma de su integridad.

«El mal uso o la resistencia del deudor a la inspección de la cosa por el acreedor o persona que éste designe, conferirá al acreedor derecho a dar por vencida la obligación hipotecaria.»

Finalmente, como modalidad especial de este principio de conservación, se presenta, respecto a los vehículos, por el artículo 37, la de que «los vehículos que tuvieran anotada la hipoteca en el permiso de circulación no podrán salir del territorio nacional sin el consentimiento del acreedor. Las Aduanas españolas exigirán, a tal efecto, el citado permiso de circulación».

Todo ello es lo que podríamos denominar aspecto pasivo o de obligación del deudor, en cuanto a la conservación de la cosa, pero ello está unido indisolublemente al derecho de éste a usar y explotar la cosa hipotecada, y sin este postulado caería por tierra; al carecer de finalidad, todo el edificio montado por la nueva Ley, fruto final (por el momento) de bastantes proyectos y construcciones anteriores, sobre cuyos solares, y, como última idea, ha sido levantado el presente, ya que la esencia de la hipoteca radica en que siendo utilizada la cosa como una garantía específica se conserve por el hipotecante su uso y explotación.

Así vemos que se manifiesta con gran claridad en la Exposición de Motivos que: «La configuración tradicional de los derechos reales de prenda e hipoteca, con su limitación respectiva a bienes muebles e inmuebles y con sus características de desplazamiento, y no desplazamiento de la posesión es, sin duda, insuficiente para satisfacer todas las necesidades de la garantía real. La doctrina científica puso de relieve los graves inconvenientes de la privación al deudor de la posesión de la prenda, sobre todo, en cosas muebles de gran valor destinadas a fines agrícolas o industriales ; el desplazamiento de la posesión es perjudicial para el deudor al privarle de los bienes adeudados ; para la economía nacional, al paralizar elementos de trabajo y de producción y, con ellos, fuentes de riqueza ; y aún para el propio acreedor, al disminuir la capacidad económica del deudor y la posibilidad de hacer frente de un modo normal a sus obligaciones». La experiencia demostró que la prenda iba quedando reducida a cosas meramente suntuarias, por ser ineficaz respecto de cosas necesarias para el trabajo del hombre ; y cuando la necesidad obligaba a ignorar estas últimas, los funestos resultados prácticos de la garantía hacían patente la necesidad de otra figura jurídica que salvara sus inconvenientes.»

... En la misma Ley se expresa así, por el artículo 44 antes expuesto al referirse a la hipoteca de la maquinaria industrial, e incluso se impone como obligación respecto a los establecimientos mercantiles e industriales, por el artículo 27, ya que su no uso percutiría desfavorablemente en el valor del establecimiento y, en definitiva, en su función crediticia.

Ahora bien, como esta modalidad de hipoteca abarca bienes de muy distinta naturaleza física, nos encontramos con un grupo de ellos, cuál es el de la propiedad intelectual e industrial, en los que podemos decir que su uso y explotación es no sólo su único contenido económico, sino que aquél, junto con el transcurso del tiempo, va disminuyendo éste hasta llegar a su extinción, lo que lleva aparejado el agotamiento de su función crediticia y de garantía.

Estimándolo así el legislador, ha prohibido por el párrafo primero del artículo 48 cl que el hipotecante ceda total o parcialmente el uso o explotación de esos derechos, sin el consentimiento del acreedor. Llegándose aún más lejos en el desarrollo de esta idea por los párrafos segundo y tercero del mismo artículo, al ligarse en ellos la explotación al pago de la hipoteca, y así dispone ese precepto: «Exceptúase el titular de una película cinematográfica que podrá hacer cesión, parcial, de su derecho de explotación, limitada a determinadas regiones cinematográficas españolas, previa cancelación parcial del crédito hipotecario en la proporción fijada en la escritura de constitución o, en su defecto, a la señalada por la entidad oficial y organismos competentes.

...» La cesión hecha sin la previa cancelación parcial no perjudicará los derechos del acreedor y hará al cedente y cesionarios responsables «in solidum» hasta el importe de la indicada proporción».

Añadiéndose, con carácter más general, por el artículo 49, que: «El acreedor que en virtud de pacto adquiera la facultad de cobrar el importe de los derechos del titular, en su totalidad o en una determinada proporción, imputará las sumas percibidas al pago de intereses, y en lo que excediere, a la amortización del capital. A estos fines, el citado pacto deberá notificarse auténticamente a la Sociedad de Autores».

Por lo expuesto, nos parece lógica y hasta necesaria esta postura, aunque esto sea en definitiva volcar ideas viejas en moldes nuevos, ya que aquélla no es otra cosa que un pacto anticrético unido a una

hipoteca, bien que ello sea una forma algo distinta a la actual y anguilosa figura de nuestra anticrisis.

En estrecha relación con la conservación física de la cosa están los problemas referentes a su menoscabo y pérdida, pero a los cuales y dada su importancia dedicamos los dos siguientes apartados.

C) Menoscabo de los bienes...

Los preceptos referentes a la conservación física de la cosa constituyen en realidad una serie de obligaciones del hipotecante, que han de estar completadas con una serie de derechos del acreedor para el supuesto de que haya ocurrido el desmerecimiento que se trataba de evitar, así como otros encaminados a cerciorarse del estado de la cosa en cualquier tiempo y, en consecuencia, a que no pueda pasar inadvertido para éste el menoscabo ya consumado o a punto de consumarse.

Este criterio ha sido recogido por el artículo 18 al determinar con carácter general que: «La depreciación de los bienes hipotecados, excepto cuando provenga de caso fortuito, concederá al acreedor el derecho a pedir se intervenga judicialmente la administración de tales bienes, presentando los justificantes necesarios al efecto.

»El Juez citará a las partes para que comparezcan ante él dentro del tercer día, y en las veinticuatro horas siguientes a la comparecencia con o sin asistencia del deudor, en vista de lo alegado y probado discrecionalmente, dictará auto, declarando haber o no lugar a la intervención, nombrando en su caso Interventor. Acordará, asimismo, que se requiera al deudor a fin de que se abstenga de ejecutar acto alguno en los bienes sin el previo conocimiento del Interventor en la forma prevenida en el artículo 1.420 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pudiendo liberarse el deudor de esta medida de aseguramiento si para responder de la depreciación sufrida presta caución suficiente, fijada en su cuantía por el Juez».

Sustancialmente recoge este artículo la doctrina contenida en los artículos 1.420, 1.421 y 1.423 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, omitiendo la del artículo 1.422, referente a la forma de solucionar los desacuerdos entre el Interventor y el demandado, que en este caso lo es el deudor o el hipotecante; por ello, como la referencia que efectúa el artículo 1.420 resulta inútil e ininteligible, ya que se refiere al nombramiento del Interventor, lo cual ha sido ya tratado

por ese artículo 18 antes de efectuar esa referencia, mientras que ésta se efectúa después de disponer las notificaciones al deudor para que no realice acto alguno sin el previo conocimiento por parte del Interventor que se haya designado, debemos entender que el artículo que ha sido citado deberá ser el 1.422, teniendo con ello una referencia al procedimiento a seguir en el caso de disconformidad entre ambos, la cual no resulta de ningún otro precepto. A lo sumo, podríamos sostener que si bien la referencia está equivocada, el artículo a que en realidad debe aludir es al 1.421, pero en ese caso, sólo se conseguiría repetir, mediante esta cita, la regla ya expresada por el mismo artículo 18, de que tendrá que hacerse una notificación al deudor sobre el nombramiento del Interventor y sobre la prohibición de que realice acto alguno sin su conocimiento; pero esa interpretación sería en verdad bastante pobre, ya que holgaría hacer una referencia para conseguir con ella el mismo efecto que si hubiese sido omitida; por ello abundamos en la opinión que expusimos de estimar que la cita que se efectúa del artículo 1.420 de la Ley de Enjuiciamiento civil por el artículo 18 de la presente, debe ser entendida como si se refiriese al 1.422.

Ocurre con la doctrina expuesta como con la de otros casos precedentes, que la Ley se ha encontrado en la necesidad de completarla mediante otros artículos de contenido más preciso cuando trata de aplicar la idea general a cada caso concreto, o sea, al aplicar el principio consistente en conceder al acreedor cierta intervención en el cumplimiento de la obligación del deudor de conservar la cosa hipotecada, y así, al tratar de la hipoteca de un establecimiento mercantil en la que mediante pacto expreso se haya incluido en la misma algunas mercaderías o materias primas de las que sean objeto de dicho establecimiento, se dispone en el párrafo final del artículo 22, que «el acreedor tendrá derecho a inspeccionar el giro y tráfico del establecimiento, en la forma y plazos estipulados, sin estorbárs, en ningún caso, su normal desenvolvimiento».

Igual derecho de inspección de la cosa hipotecada se reconoce al acreedor por el artículo 44 cuando se trate de la de maquinaria industrial, ya que se le concede al mismo el derecho de considerar vencido su crédito, aunque no hubiese vencido el plazo estipulado en el contrato, siempre que el deudor oponga alguna resistencia al ejercicio de la facultad de inspección que se concede al acreedor.

«Cuando la hipoteca recaiga sobre algún derecho de propiedad intelectual o industrial, se determina por el artículo 50 que «el acreedor podrá obtener» si el titular del bien hipotecado no lo hiciere, la renovación, rehabilitación o prórroga necesarias para el mantenimiento de los derechos hipotecados, así como también podrá abonar el importe del canon correspondiente, con los efectos del párrafo segundo del artículo sexto», que, como ya dijimos, son los de poder exigir ese importe, junto con los intereses legales de la cantidad abonada por el acreedor en virtud de esta autorización, al mismo tiempo que el principal y hasta la cantidad señalada para costas y gastos por la escritura de constitución de la hipoteca.

Finalmente, siguiendo ese criterio de intervención del acreedor con la finalidad de garantizar sus derechos sobre la cosa, incluso frente al mismo deudor, bien sea contra los actos de ésta o bien contra sus omisiones, se establece por el artículo 25, referente a la hipoteca de los establecimientos mercantiles instalados en local arrendado con facultad de traspasar, que «el acreedor podrá ejercitar los derechos que correspondan al arrendatario para exigir que cesen las perturbaciones de hecho o de derecho, o para que se ejecuten las reparaciones necesarias en el local arrendado; cuando el deudor o hipotecante no las ejercitare, siempre que hubieren transcurrido ocho días desde que fué requerido para ello por el acreedor».

D) Pérdida de la cosa hipotecada y seguro de la misma.

Dado el carácter de bienes muebles susceptibles de más fácil destrucción que tiene los que generalmente pueden ser objeto de esta modalidad de hipoteca, se ha estimado por el legislador en el artículo 6.^º de la Ley que el seguro de los mismos debería ser una obligación legal y no el objeto de una estipulación de las partes, accesoria al contrato de hipoteca, por ello se concede al acreedor el derecho alternativo de que, en el caso de falta de pago de las primas del seguro de los bienes hipotecados o pignorados, «cuando proceda su aseguramiento», podrá considerar vencida la obligación garantizada o abonar el importe de las primas, por cuenta del obligado a ello y como cantidad a exigir del mismo, junto con los intereses legales de ella, al tiempo en que se abone el principal, pero teniendo como límite de la cantidad que se abone por ese concepto de anticipo de las primas del seguro y de sus intereses legales la que al tiempo

de constituirse la hipoteca hubiese sido fijada para costas y gastos.

La cuestión estriba en determinar «cuándo procede el aseguramiento de los bienes hipotecados», y siendo éste un problema tan fundamental, no ha sido recogido por la Ley con la debida claridad, sino en una forma limitada y parcial.

Así vemos que al tratar de la hipoteca de los establecimientos mercantiles no se dicta ningún precepto que establezca esta obligación de aseguramiento, no obstante al señalarse por el artículo 29 las causas que pueden autorizar al acreedor a considerar vencido el crédito, antes de que haya expirado el plazo previsto para ello, específica, entre otras, en su regla segunda, la de la falta de pago de las primas de seguros, y en el artículo 30 prevé el que estas primas sean abonadas por el acreedor, autorizándole a reembolsarse de esa cantidad y de sus intereses legales en la forma y con el límite que antes hemos expuesto.

Esos preceptos no nos autorizan a una interpretación que pueda derivar de ellos la existencia de una obligación de aseguramiento de los bienes hipotecados, que en este caso lo será el establecimiento mercantil por parte del deudor, ya que a lo sumo sólo podremos deducir de ellos el que si en la escritura de constitución de la hipoteca se pactó la obligación de asegurarlos o se hizo referencia a algún seguro ya existente, la falta de pago de sus primas llevaría consigo las consecuencias recogidas por los artículos antes reseñados. Es cierto que lo lógico hubiese sido el que se hubiera impuesto como obligatorio el aseguramiento de los bienes hipotecados como garantía de que no desaparecerá, o disminuirá, la solvencia de los mismos por destrucción total o parcial de ellos en virtud de algún accidente fortuito, que tan frecuente puede ser en esta clase de bienes dada su especial naturaleza física, pero para ello se requeriría el que se hubiese establecido así mediante una declaración expresa de la Ley en ese sentido.

Cuando el objeto de la hipoteca fuese alguno de los vehículos susceptibles de ello, se establece ya en forma expresa por el artículo 36 que «los vehículos hipotecados deberán ser asegurados contra los riesgos de robo, hurto, extrayó, sustracción o menoscabo por una cantidad igual o superior al importe de la responsabilidad hipotecaria».

Si la hipoteca recayese sobre alguna aeronave, se contiene una

única norma sobre la materia en la regla quinta del artículo 40, dedicado a los requisitos especiales de la escritura de constitución, en la que se exige, como circunstancia de la misma, la de que se haga una «especificación de todos los seguros concertados y en especial los de carácter obligatorio». Cuya frase final introduce otro nuevo motivo de duda en la interpretación, que sólo podrá ser resuelto acudiendo a otras disposiciones especiales.

En efecto, la Ley de Bases para la redacción del Código de Navegación Aérea, de 27 de diciembre de 1947, establece, en el párrafo tercero de su base 13, que «se establecerán como seguros obligatorios, independientemente del de pasajeros: el de daños causados a terceros, el de las aeronaves destinadas al servicio regular de líneas aéreas y el de aquéllas que sean objeto de hipoteca, señalándose como garantía de la efectividad de este seguro la toma de razón en el Registro de matrícula de la póliza correspondiente». Añadiéndose en el párrafo quinto de la misma base que «el seguro de la aeronave comprenderá, en todo caso, a ésta y sus accesorios, debiendo señalarse a tal efecto la necesidad de unir a la póliza un inventario de los mismos».

Estos preceptos aclaran el contenido de la regla quinta antes citada, pero no podemos incurrir en el bizantinismo de iniciar una controversia sobre si esta regla del artículo 40 presupone la vigencia de la base que hemos transcrita, en virtud de la referencia indirecta que se hace a su contenido, prescindiendo de que está carente de desarrollo, ya que para la validez de la hipoteca mobiliaria de las aeronaves, como para la de toda hipoteca, se requiere el que sea inscrita en el Registro correspondiente, y según el artículo 69 de esta Ley, cuando se trate de la hipoteca de esta clase de bienes deberá efectuarse la inscripción «en la Sección correspondiente del Registro Mercantil de la provincia donde se hallaren matriculadas»; no obstante, como esa Sección no ha sido aún creada, ya que es en el párrafo doce de la base cuarta donde se prevé su creación, se requerirá para la aplicación práctica de los artículos de la presente Ley dedicados a la hipoteca de las aeronaves, o bien el que sean desarrolladas esas bases en el Código correspondiente, o bien el que se dicte una disposición de carácter transitorio que regule ese punto hasta la publicación del Código indicado. Por lo expuesto, el Reglamento para la aplicación de la presente, publicado el 17 de junio de 1955, ha omi-

tido toda disposición referente a estos bienes, estimando así que esa parte de la Ley está en suspenso hasta la aparición del Código a que hemos aludido.

Nos falta por estudiar esta materia del seguro de los bienes hipotecados, cuando el objeto de la hipoteca consiste en maquinaria industrial ó en los derechos de propiedad intelectual o industrial, pero en cuanto a todos ellos es absoluto el silencio de la Ley, y si bien es plausible esta postura cuando se trate de los derechos únicamente citados, ya que por su especial naturaleza no son susceptibles de riesgos que induzcan a un seguro para prever su pérdida, salvo quizás las películas cinematográficas, no ocurre lo mismo en cuanto a la maquinaria industrial, y ante el silencio de la Ley tendrá que quedar atendida esta materia a los convenios particulares que en cada caso concreto se realicen por las partes contratantes.

Como caso especial tendremos el de la pérdida del derecho de arrendamiento del local donde se encuentre instalado el establecimiento mercantil objeto de la hipoteca, pero dadas las características especiales de los problemas jurídicos que ello origina; lo recogemos al tratar de los efectos de la hipoteca en relación con los terceros.

Efectos con relación al crédito.

El primero de esos efectos, el más fundamental y el que constituye la esencia de toda hipoteca, es el contenido en el artículo 16, expresivo de que «la hipoteca mobiliaria sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida».

Y traduciendo este criterio en normas más concretas al tratar de la concurrencia del crédito hipotecario con otros créditos, se dispone por el artículo 10 que «el acreedor hipotecario o pignoraticio gozará para el cobro de su crédito de la preferencia y prelación establecida en los artículos 1.922, número segundo, y 1.926, número primero, del Código civil, dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales.

»En caso de quiebra no se incluirán en la masa los bienes hipotecados o pignorados mientras no sea satisfecho el importe garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta».

... En cuyo precepto se reflejan ya disposiciones surgidas en esta materia con posterioridad a la publicación del Código civil.

Sin embargo, dada la variedad de bienes que son susceptibles de ser objeto de esta garantía, se requiere en este extremo, como ha ocurrido en otros anteriores, el precisar algunos casos particulares, que en el presente están limitados a la hipoteca de aeronaves respecto a las cuales se dispone por el artículo 41, que «sólo gozarán de preferencia sobre la hipoteca mobiliaria las remuneraciones debidas por salvamento y gastos absolutamente necesarios para la conservación de la aeronave, por orden cronológico inverso, siempre que se anoten en el Registro Mercantil correspondiente dentro de los tres meses siguientes a aquél en que se hubieren terminado dichas operaciones o reparaciones». Teniéndose qué entender el precepto en el sentido de que el mismo es complementario del general contenido en el artículo 10, sin que en ningún caso deba ser aplicado en sustitución de él.

Esta preferencia, dado el principio formalista de esta figura jurídica, se lleva a consecuencias más extensas que las derivadas de los artículos del Código que cita, puesto que al tratar en el artículo 85 de las causas que pueden motivar la suspensión del procedimiento judicial sumario de ejecución, estima como una de ellas la tercera de dominio, pero exigiendo para ello el que se acompañe «inexcusablemente» a la demanda el correspondiente título de propiedad, que deberá ser «anterior a la fecha de la escritura de hipoteca», y si además se «tratase de bienes susceptibles de inscripción en algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito, también, con fecha anterior a la hipoteca». Con ello resultará que este último supuesto apenas será posible que se presente en la práctica si el Registro de que se trate es el de la Propiedad o el Mercantil, puesto que no debemos olvidar que al requerirse por la Ley el que el hipotecante sea dueño de los bienes sobre los que se constituye la hipoteca y que lo sea según el Registro, en el caso de que los referidos bienes sean susceptibles de ello, no podrá haberse constituido válidamente la hipoteca cuando los bienes estén inscritos a nombre de un tercero con anterioridad a la fecha de la referida hipoteca, y si fuesen inscritos después, no se estará en el supuesto expresado, ni habrá podido efectuarse la enajenación que motiva la inscripción a nombre de un tercero, a no ser que se efectúe con el consentimiento del acreedor. El supuesto que podrá darse será el de que el título, si bien sea

de fecha anterior a la de la hipoteca, no haya sido inscrito con anterioridad a ella; pero en este caso, tampoco podrá perjudicar ese título a la hipoteca mobiliaria que esté debidamente inscrita, a tenor del principio de prioridad registral y las consecuencias de ese principio frente a los no inscribientes.

Siendo esta preferencia en el cobro uno de los derechos del acreedor inherentes a la hipoteca, está limitado, sin embargo, por la necesidad de que sea ejercitada al vencimiento del plazo, lo cual viene a constituir así un derecho del deudor. No obstante, como los deberes de guarda y conservación de la cosa hipotecada constituyen una de las características fundamentales de estas hipotecas, dada la especial naturaleza de los bienes sobre los que ellas recaen, se establece como sanción por su inobservancia el que el acreedor pueda anticipar ese vencimiento de la obligación, cuya facultad, dado su indudable carácter penal, no está recogida en una norma general, sino en preceptos concretos dedicados a cada una de las variedades de esta modalidad de hipoteca, según los bienes sobre los que ella puede recaer, con la única excepción del artículo 6.^o, en el que con un carácter más general por ser aplicable a todas las hipotecas mobiliarias e incluso a la prenda sin desplazamiento, aunque constreñido a un solo supuesto concreto, se declara que la falta de pago de la prima de seguro de los bienes, cuando proceda su aseguramiento, en los términos que antes hemos expuesto. «facultará al acreedor para dar por vencida la obligación» o para abonar el importe de las primas adeudadas, con derecho a ser reintegrado de ellas por el deudor.

Como reglas concretas, en cuanto a su contenido y en cuanto a la variedad de hipoteca a que son aplicables, tenemos, respecto a la de los establecimientos mercantiles, las contenidas en el artículo 29, expresivo de que: «El acreedor podrá, aunque no haya transcurrido el plazo estipulado en el contrato, dar por vencida la obligación por cualquiera de las siguientes causas»:

- 1.^a Modificación de la clase de comercio o industria del establecimiento hipotecado, si no se pactare otra cosa.
- 2.^a Incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 27 (referentes a tenerse que continuar el comercio o industria) y, en especial, la falta de pago del alquiler, cargas sociales y fiscales y primas de seguros.
- 3.^a Enajenación por el deudor, sin el consentimiento del acreedor.

dor, de alguno de los bienes hipotecados, excepto las mercaderías, de conformidad con el artículo 22.

4.^a Extinción del derecho de arrendamiento del local.

5.^a Resolución por sentencia firme del contrato de arrendamiento.

6.^a El término del contrato por cualquier otra causa reconocida en la Ley.

7.^a El transcurso de seis meses desde la notificación notarial por el arrendador de la resolución gubernativa que acuerde la demolición del inmueble.

8.^a La disminución en un 25 por 100 del valor de las mercaderías o materias primas hipotecadas, si el deudor no las repusiere, de conformidad con el artículo 22.

9.^a Cualquier otra causa especialmente fijada por la Ley o estipulada en la escritura de hipoteca al efecto de dar por vencida la obligación.»

En cuanto a la maquinaria industrial, dispone el párrafo tercero del artículo 44, que «el mal uso o la resistencia del deudor a la inspección de la cosa por el acreedor o persona que éste designe conferirá al acreedor derecho a dar por vencida la obligación hipotecaria».

Y señalándose, finalmente, por el artículo 51 para la recayente sobre los derechos de propiedad intelectual e industrial que «El acreedor podrá dar por vencida la obligación hipotecaria antes del cumplimiento de su término:

1.^a Por falta de pago del canon correspondiente.

2.^a Por falta de explotación de la patente en un período superior a seis meses, o por falta de uso de las marcas durante cuatro años consecutivos, a no ser que se hubiese estipulado otra cosa.»

Si la dependencia de la cosa respecto del crédito y la prelación sobre ella que nace por la hipoteca tiene, como hemos visto, un plazo mínimo para ser ejercitada, susceptible de anticiparse en los supuestos que hemos enunciado, como contrapartida de ello y a fin de dar certeza a las relaciones jurídicas, se requiere el que estos derechos de garantía tengan determinado un plazo máximo de ejercicio, y siguiendo ese criterio, dispone el artículo 11, que «la acción hipotecaria y la pignoraticia prescribirán a los tres años, contados desde que pueda ser legalmente ejercitada». Con ello reducen el plazo de prescripción que señala la Ley Hipotecaria para las hipotecas inmobilia-

rias, debido quizá al carácter más perecedero de los bienes sobre los que puede recaer la presente.

La prescripción motiva la extinción de la acción hipotecaria, pero para que pueda repercutir en los libros del Registro mediante el correspondiente asiento, se requiere el que haya sido declarado por la autoridad judicial; por ello y con la finalidad de facilitar la cancelación de la inscripción de hipoteca cuando por el transcurso del tiempo deba presuponerse que no sólo ha obrado ya el instituto de la prescripción, sino que incluso ha debido ser satisfecho el crédito, motivándose la falta de constancia registral de la cancelación en la incuria del interesado o en la ignorancia del mismo, e incluso en el mayor gasto que supone para el deudor la cancelación motivada en la prescripción, ha habido necesidad de obviar un medio que, por su rapidez y economía, evite la permanencia en el Registro de inscripciones inexistentes; por ello se ha dispuesto, por el artículo 79 de la Ley, que las inscripciones de hipotecas caducaran de oficio o a instancia de parte, una vez transcurridos seis años desde la fecha del vencimiento de la obligación garantizada.

Otro grupo de efectos respecto del crédito se produce en relación con el principio de expansión de la garantía, con la finalidad de asegurar a aquél en todo caso, y en este sentido es recogido ese criterio por el artículo 5.^o al determinar que «Las hipotecas y la prenda se extenderán a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante o al pignorante, concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados o pignorados si el siniestro o hecho que lo motiva acaeciere después de la constitución de la hipoteca o prenda.

»Si dichas indemnizaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada, el que haya de satisfacerlas entregará su importe con arreglo a lo convenido; en defecto de convenio, se consignará en la forma establecida en los artículos 1.166 y siguientes del Código civil, siempre que en uno y otro caso hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca o de la prenda.»

Aplicando este principio se establece, a su vez, por el artículo 23, referente a las hipotecas de los establecimientos mercantiles instalados en los locales arrendados, que «Se entenderán incluidas en el artículo 5.^o las indemnizaciones que deba satisfacer el arrendador del inmueble al arrendatario con arreglo a la Ley de Arrendamientos Urbanos.

»El arrendador no quedará liberado, en cuanto a las cantidades debidas al arrendatario, si el acreedor hipotecario que le hubiere notificado oportunamente su crédito no presta su conformidad al acuerdo que fije el importe de dichas indemnizaciones.

»El acreedor tendrá en todo caso personalidad para exigir la intervención de la Junta de Estimación.»

Igual principio expansivo se observa respecto al crédito garantidor; por ello se repite en el artículo 9.^o el principio ya establecido para la hipoteca inmobiliaria de que, «salvo pacto expreso, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, en garantía de una obligación que devenga intereses asegurará, en perjuicio de tercero, además del principal, los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente». Y, precisando el concepto de tercero, se le añade, por la presente Ley una nota más a las tradicionales establecidas por la legislación hipotecaria, al establecer en el párrafo segundo del artículo 81, que «a los efectos de esta Ley, tercer poseedor es el que adquiere, de conformidad con el artículo 4^o, los bienes hipotecados o pignorados, o sea, con el consentimiento del acreedor».

Hemos visto la interdependencia de la cosa hipoteca respecto a la obligación garantizada con ella y cómo subsiste esta relación hasta que se opera la cancelación de la hipoteca; por las varias causas que pueden motivarla, también hemos expuesto el principio de expansión encaminado a aumentar la garantía; por ello y porque las disposiciones referentes al menoscabo de los bienes, su pérdida y el seguro de los mismos han parecido suficientemente eficaces para que subsista la cosa hipotecada, o por lo menos su valor económico, e incluso porque parecía que ello sería una consecuencia lógica de lo expuesto el que no sólo la cosa en su totalidad, sino cualquier parte de ella que subsistiese, quedase sujeta a responder de la obligación garantida con ella, ha sido omitido en la presente al recoger ese criterio en un precepto concreto.

No obstante, y al parecer de una manera incidental, se dispone por el párrafo final del artículo 32, que «si fuese destruido por cualquier causa el derecho de arrendamiento del hipotecante (se está refiriéndose el precepto a la hipoteca del establecimiento mercantil) sobre el local, subsistirá íntegramente la hipoteca sobre los demás bienes hipotecados».

Este principio, repétimos, por deducirse de forma evidente de casi todos los preceptos que hemos venido exponiendo, no requería él ser recogido en su articulado; pero a mayor abundamiento, como en la disposición adicional tercera de la presente se dispone la aplicación subsidiaria de los artículos de la legislación hipotecaria general, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los bienes y lo preventivo en esta Ley, será también de aplicación a ésta el contenido del artículo 122 de la Ley Hipotecaria, en el que se dispone: «La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada; y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido, pero sin perjuicio de lo que se dispone en los dos siguientes artículos». De ellos sólo parece que pueda aplicarse a esta modalidad de hipoteca el 124, que relacionándolo con el artículo 14 de la presente, que hemos expuesto al tratar de los requisitos de las inscripciones, puede sintetizarse su doctrina diciendo, que, en el caso de hipotecarse varios establecimientos mercantiles, vehículos, etc., y de que se satisfaga la parte de crédito con que estuviere gravado alguno de ellos, podrá exigirse por aquél a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto al mismo; si la parte del crédito abonada pudiese aplicarse a la liberación de varias de las cosas hipotecadas, corresponderá al deudor la fijación de cuál de ellas es la que debe quedar liberada de responsabilidad.

Finalmente, como otro efecto de estas hipotecas en relación con el crédito garantido, deberemos estudiar lo relativo a la cesión de éste una vez que la hipoteca haya sido inscrita. Y en cuanto a este extremo, se limita a manifestar el artículo 8.^º, en su párrafo primero, que «el crédito garantizado con hipoteca mobiliaria o con prenda sin desplazamiento podrá enajenarse o cederse en todo o en parte por escritura, en todo caso, con los requisitos y efectos de los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria». Añadiéndose por el párrafo final del artículo transcritó, que «la notificación al deudor deberá ser hecha en todo caso por acta notarial».

La referencia a esos artículos de la Ley Hipotecaria refuerzan su aplicación como norma de carácter principal, ya que sin ella también lo serían como supletorios, conforme a lo dispuesto por la repetida disposición adicional tercera de esta Ley. Del contenido de ellos podemos deducir las tres reglas siguientes: 1.^a Que la cesión ten-

drá que hacerse por escritura pública, la cual será inscrita en el Registro. 2.^a Que el deudor no quedará obligado por este contrato a más de lo que lo estaba por el primitivo; y 3.^a Que de la cesión se dará conocimiento al deudor, pues en caso contrario y salvo los supuestos de excepción que expondremos será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cessionario por consecuencia de esta falta.

La norma contenida en el artículo 8º y pese a lo que parece deducirse de lo preciso de sus términos, tiene una excepción derivada del artículo 15, pues el mismo autoriza la constitución de hipotecas mobiliarias en garantía de títulos al portador o transmisibles por endoso, en las cuales no procederá el que la cesión tenga que constar en escritura pública ni menos aún el que ésta deba ser notificada al deudor.

Estimándolo así, se ha precisado este extremo por el artículo 27 del Reglamento dictado para la ejecución de la presente Ley, al disponer que: «La cesión del crédito hipotecado se notificará al deudor notarialmente. La notificación deberá hacerse constar en la inscripción de la cesión.

»Se exceptúa de este requisito la transmisión de títulos al portador garantizados con hipoteca.»

Queda sin precisar por este precepto lo referente a los títulos transmisibles por endoso, pero a pesar del silencio del mismo en cuanto a ellos, no podemos menos de entender que su cesión no podrá estar sujeta a los requisitos de escritura pública y notificación al deudor. Para lo que nos fundamos, además, de que mediante esta exigencia se desvirtuaría la naturaleza y regulación legal de los títulos referidos en el contenido mismo de los artículos que han sido transcritos.

Así, vemos que el artículo 15 de esta Ley cita de una manera expresa al 155 de la Ley Hipotecaria cuando autoriza la constitución de esta modalidad de hipoteca en garantía de estos títulos, y, este último, al tratar del procedimiento para hacer efectiva la acción hipotecaria nacida de las hipotecas constituidas en garantía de los títulos transmisibles por endoso, exige el que «con los títulos u obligaciones» se acompañe un certificado de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, sin requerir una justificación de las posibles transmisiones de los títulos, y ello porque parte de la base

de que en estos casos no se requiere la notificación al deudor de las cesiones que hayan podido efectuarse con anterioridad a la ejecución, por disponerlo así el artículo 150 de la citada Ley Hipotecaria.

El artículo 8.^º de la presente Ley determina como requisitos y efectos de la cesión, según ya hemos visto, los contenidos en los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria, y precisamente se expresa por este último, que si en los casos en que deba hacerse se omite dar conocimiento de la cesión al deudor ..., con lo que precisa claramente la existencia de casos en los que no se deberá efectuar la notificación de la cesión de crédito, cuya frase no puede ser desconocida, puesto que la referencia efectuada por el artículo 8.^º es a la totalidad del artículo 151, sin ningún género de limitaciones, y no sólo a una parte de él, teniendo que ser interpretado con vistas a los restantes preceptos de la misma Ley Hipotecaria, lo cual lo efectúa la misma en el artículo 150 a que nos hemos referido, en el que se expresa : «Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación o con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni hacer constar la transferencia en el Registro». Cuyo contenido vuelve a ser repetido en los artículos 242 y 244 del Reglamento Hipotecario, referentes a las cesiones de los créditos de esta clase.

Abona también esa interpretación el carácter de supletorios que se atribuye a los preceptos de la legislación hipotecaria en la citada disposición adicional tercera de la presente y en la final de su Reglamento, pues si bien sólo considera como tales a los que sean compatibles con el contenido de su articulado y con la naturaleza de los bienes, lo dispuesto en el artículo 150 deberá ser aplicable al caso planteado, por no adolecer de ninguna incompatibilidad con otros de la Ley o del Reglamento de que nos venimos ocupando. La duda radica en que el párrafo final del artículo 27 del Reglamento que antes hemos transscrito puede parecer que exceptúa únicamente a los títulos al portador, pero no debemos olvidar que este es un precepto reglamentario subordinado a los de la Ley y ésta, por la referencia que su artículo 8.^º hace al 151 de la Ley Hipotecaria, nos lleva forzosamente a la aplicación del artículo 150 de la última, lo cual resulta también conforme con las disposiciones que regulan a estos títulos, que si bien son casi indispensables en la vida mercantil, sólo tendrán

virtualidad práctica si su transmisión no está revestida de múltiples requisitos que la entorpezcan y dilaten.

Nos queda por tratar de la forma en que debe hacerse al deudor la notificación de qué el crédito garantizado con hipoteca ha sido cedido a un tercero por el acreedor y en este punto es más profunda la discrepancia entre la presente Ley y la legislación hipotecaria general:

Determina ésta en el artículo 242 del Reglamento que la notificación al deudor, cuando proceda, se llevará a efecto por los medios establecidos en el artículo 222, o sea, notarial o judicialmente; por el contrario, el párrafo final del artículo 8.^o de la Ley, exige como hemos visto que dicha notificación se efectúe mediante acta notarial. La discrepancia es evidente, pero no podemos entender que la forma de acta notarial sea la única admisible, ya que sería absurdo el negarle valor a la notificación efectuada en la misma escritura de cesión y por entenderlo quizás así ha sido paliada esa norma por el artículo 27 del Reglamento, que exige solamente el que la notificación al deudor se efectúe «notarialmente». Aun con esta interpretación es evidente que queda descartada la forma judicial para estas notificaciones, sin que encontrémos precepto en el que poder fundar una interpretación que las comprenda, con la finalidad de armonizar la presente con la legislación hipotecaria. Pese a lo expuesto, creemos que será imposible desvirtuar la notificación explícita o implícita que de la cesión pueda hacérsele al deudor en la tramitación de algún procedimiento judicial y por ello la notificación notarial quedará reducida a ser la necesaria para que ésta pueda hacerse constar en el Registro, bien en la misma inscripción de la cesión o bien por nota al margen de ella.

Efectos con relación a terceros.

Como la mayoría de los terceros que pueden ser implicados en esta modalidad de hipoteca son los mismos que en las restantes hipotecas, o sea, en las inmobiliarias, y además hemos venido refiriéndonos a ellos, directa o indirectamente, en varias de las anteriores preguntas, nos vamos a dedicar preferentemente a que el tercero que es típico de la presente, por lo que ha sido necesario el que en esta Ley se le dedique una serie de preceptos. Este tercero, al que aludimos, es el arrendador del local en que se encuentre instalado el

establecimiento mercantil o industrial que sea objeto de una hipoteca mobiliaria y del cual pasamos a tratar.

Estando incluido necesariamente en la hipoteca del establecimiento radicante en local arrendado con facultad de traspasar el derecho de arrendamiento del mismo, era evidente la conveniencia de que esa hipoteca fuese conocida del arrendador, no sólo en interés del mismo, sino aún más en el del acreedor; por ello dispone el artículo 24, en su párrafo segundo, que bien a instancia del acreedor o bien a la del deudor, se notifique la constitución de la hipoteca al arrendador o al propietario del local.

También se considera en este precepto como única forma de la notificación, la que se efectúe mediante acta notarial, pero ello es debido a que parte de la base de que la hipoteca ha sido ya constituida cuando se realiza la notificación, y por tanto, si a esa constitución concurre el arrendador en calidad de tal y se da por notificado en el mismo acto, además de prestar o no a su vez el consentimiento con la hipoteca a los efectos que luego expondremos, no habrá inconveniente en estimar que esa notificación ha sido efectuada legalmente.

Los efectos de la notificación van encaminados a tener una base cierta para que no puedan ser eludidos los que la misma Ley dicta referentes a la repercusión que deberá tener sobre la hipoteca la posible extinción del derecho de arrendamiento, y por ello se dice atinadamente en la Exposición de Motivos que: «Para el supuesto de extinción del arrendamiento y las posibles indemnizaciones que el propietario haya de abonar al inquilino, se establece la necesidad de notificar al propietario la constitución de la hipoteca. Tal notificación es indispensable como medio de evitar que aquél, desconociendo la existencia del gravamen y, por tanto, de buena fe, pague su indemnización al arrendatario, quien, silenciando la existencia de la carga, podría hacer ilusorio el derecho del acreedor. El propietario, una vez notificado, sufre algunas limitaciones impuestas por la naturaleza de la cosa y por el principio de la buena fe».

Eos dos principios se desarrollan en la Ley en varias disposiciones concretas, que parafrasea a continuación la misma Exposición de Motivos, pero que, como decimos, están recogidas en varios de los artículos de la Ley. Así, el último de los principios que enuncia es el inspirador del artículo 26, expresivo de que «el propietario del

locial de negocio a quien se le hubiere notificado la constitución de la hipoteca, deberá trasladar al acreedor las notificaciones previstas en los artículos 102 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos», y asimismo del artículo 23, del que ya tratamos al estudiar los efectos de la hipoteca con relación al crédito.

El primero de los principios contenidos en el párrafo transscrito de la Exposición de Motivos, o sea, el referente a los efectos que en cuanto al crédito debe producir la extinción del derecho de arrendamiento, lo desarrolla a su vez la misma Exposición de Motivos en tres reglas especiales, recogidas a su vez por el articulado de la Ley, las cuales pasamos a exponer:

1.^a Conforme a la regla 2.^a del artículo 29, se considerará vencido el plazo y podrá el acreedor pedir la ejecución de la hipoteca cuando el arrendatario deje de abonar el alquiler; pero el artículo 30 permite a su vez que el acreedor pueda elegir en vez de ello el de hacer efectivo el descubierto, teniendo entonces derecho a percibir el importe de lo que abone y de sus intereses legales, al tiempo en que perciba la cantidad garantida, sin que pueda exceder lo que reclame por el concepto de alquileres satisfechos por él e interés de ellos de la cantidad que se estipuló en la escritura para costas y gastos.

2.^a La declaración consignada en el artículo 33, de que no surtirá efecto en perjuicio del acreedor la renuncia de los derechos derivados del contrato de arrendamiento, efectuada por el arrendatario durante la subsistencia de la hipoteca, siempre que ésta hubiese sido notificada al arrendador en la forma que ya hemos expresado.

3.^a Conforme a la causa 7.^a del artículo 29, transcurridos seis meses desde que el arrendador haya notificado notarialmente la resolución gubernativa acordando la demolición del inmueble, se considerará vencido el crédito y ejecutable la hipoteca, en cuyo caso y conforme al artículo 90 la transmisión del establecimiento efectuada en virtud de esa ejecución comprenderá el derecho del arrendatario a volver a ocupar el inmueble cuando éste sea reedificado.

A parte de estos efectos generales nacidos por el solo hecho de la notificación de que antes hemos tratado, se producen otros varios según que el arrendador notificado preste o no su conformidad con la hipoteca.

Si no la prestase, su posición es la misma que tenía al ser noti-

ficado, y así dice el artículo 32: «El arrendador que no hubiere dado su conformidad a la hipoteca, con arreglo al artículo anterior, podrá ejecutar libremente las acciones resolutorias reconocidas en los números segundo a quinto y décimo del artículo ciento cuarenta y nueve de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El acreedor podrá mostrarse parte en el procedimiento.

»El deudor que maliciosamente hubiere dado lugar a dicha resolución incurrirá en la responsabilidad civil y en la penal que procediere.»

Si presta su conformidad, la posición del arrendador es diferente, pues si bien adquiere nuevas obligaciones, además de las generales que le atañen por el mero hecho de ser notificado, adquiere también cierto derechos, y por ello, dispone el artículo 31 de la Ley, que: «El arrendador que hubiere dado su conformidad con la hipoteca tendrá derecho al aumento de la renta vigente en un cinco por ciento, con independencia de lo que le corresponde según la Ley de Arrendamientos Urbanos. Si posteriormente se traspasare el local, el arrendador tendrá derecho a incrementar en un diez por ciento la participación que le corresponda en el traspaso con arreglo a dicha Ley. Ambos derechos serán ejercitados después de la constitución de cada hipoteca consentida.

»Esta conformidad podrá prestarse en el momento de constituirse la hipoteca o en escritura posterior

»La sentencia declarando la resolución del contrato de arrendamiento por cualquiera de las causas señaladas en los números segundo al quinto y décimo del artículo ciento cuarenta y nueve de la Ley de Arrendamientos Urbanos, deberá ser notificada en forma auténtica por el arrendador al acreedor, así que fuere firme, y no será ejecutiva hasta que transcurran treinta días, a partir de la notificación.

»Durante este plazo podrá el acreedor hacer efectiva la acción hipotecaria..

»El propietario del inmueble tendrá derecho de retracto respecto de la adquisición que hiciere el adjudicatario en la subasta, y si no la ejercitare, tendrá los derechos establecidos en el párrafo primero de este artículo.

»Si el acreedor no entabla el procedimiento ejecutivo dentro del indicado plazo de treinta días, el arrendador recuperará el local ob-

jeto del arrendamiento resuelto y el acreedor podrá ejercitar la acción hipotecaria sobre los restantes bienes hipotecados.»

Como comentario breve a estos dos artículos hemos de destacar que si los analizamos y hacemos un balance de lo que puede o no hacer el arrendador, según haya o no prestado su conformidad con la hipoteca, llegaremos a la conclusión de que el beneficio se inclinará a favor de una u otra postura, no en atención a los que la Ley le concede en cada caso, sino según la cuantía de la renta que perciba, en relación con la que podría percibir si el local estuviese libre de toda relación arrendaticia.

Como dijimos al principio del presente apartado, los terceros a quienes puede afectar fundamentalmente la hipoteca serán el cesionario del crédito y el adquirente de la cosa hipotecada. Uno y otro se rigen, en general, por las normas de la legislación hipotecaria, además de las especiales que para ellos se dictan en la presente; pero habiendo expuesto al tratar de los efectos de la hipoteca con relación al crédito las que atañen al primero y al referirnos en el apartado dedicado a los efectos en cuanto a la cosa, las del segundo, omitimos su repetición y nos remitimos a lo que en ellos expusimos.

Nos queda por tratar, finalmente, de otros posibles afectados por estas hipotecas, como lo serán el vendedor de los bienes susceptibles de la presente modalidad de hipoteca, que hubiere aplazado el cobro del precio, garantizándolo con el pacto de reserva del dominio o de resolución del contrato, así como del adjudicatario del establecimiento mercantil en virtud de procedimiento ejecutivo hipotecario.

Respecto al primero, le pareció al legislador que estaba suficientemente garantido con la prohibición establecida por el artículo 2º, de constituir esta modalidad de hipoteca en tanto que el precio de adquisición de los bienes no haya sido entregado en su totalidad. Pero esta prohibición era ilusoria frente a un hipotecante de mala fe, y por ello se ha establecido por el Reglamento, en el párrafo primero del artículo 13, que esos vendedores, siempre que su contrato conste en escritura pública, podrán obtener la inscripción del referido contrato de venta, con lo que quedarán asegurados de toda posible mala fe por parte del comprador. Fuera de esta protección han quedado, por tanto, las ventas con precio aplazado que no consten en escritura pública y las que no contengan ese pacto de reserva o de reversión, quizás porque se ha estimado que el vendedor confia-

ba en esos casos en la solvencia personal del adquirente, ya que renunció a la garantía que suponen los anteriores pactos, e incluso a la de una hipoteca mobiliaria que asegurase el precio aplazado.

En cuanto al segundo de esos terceros, o sea, al futuro adjudicatario del establecimiento mercantil hipotecado que lo adquiere al ejecutarse esa hipoteca, en los casos en que el hipotecante sea a la vez dueño del inmueble donde se halle instalado el establecimiento, aparentemente no tiene relación con la hipoteca, ni al tiempo de su constitución, ni durante su vigencia, ya que su derecho nace precisamente cuando ella se extingue. No obstante, si consideramos que este tercero adquiere el derecho al arrendamiento del local por el mero hecho de la adjudicación, el cual no existía con anterioridad a la constitución de la hipoteca, tendremos que estimar que al exigir el artículo 28 como uno de sus requisitos de constitución el que en la misma escritura se pacten las circunstancias y condiciones de ese futuro arrendamiento, que quedará, en tanto, sujeto a la condición de que surja este tercero y que por el solo hecho de su existencia (lá del tercero) adquiere automáticamente la condición de arrendatario, o lo que es lo mismo, que por el hecho de la ejecución del establecimiento mercantil tendrá la condición de arrendatario del local con cierto efecto retroactivo, ya que podrá exigir el que el mismo se reponga al estado que fué previsto al realizarse la estipulación arrendaticia, salvo que las alteraciones fuesen motivadas por convenciones novatorias inscritas con anterioridad a la iniciación de la ejecución que motiva su adjudicación, hemos de concluir que está presente en potencia este tercero durante toda la vigencia de la hipoteca, sin que veamos inconveniente alguno, desde el punto de vista doctrinal o del legal, en que sea el acreedor el que proteja los derechos de ese posible adjudicatario durante la citada vigencia de la hipoteca, ya que obrará además en su propio interés al facilitar la posible existencia de este adjudicatario, que en definitiva no supone otra cosa que la posibilidad de que los bienes sirvan a la función de garantía para la que fueron adscritos.

BUENAVENTURA C. S. CAÑETE
Registrador de la Propiedad.

Iznalloz, octubre de 1955.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

EFEKTOS JURÍDICOS QUE DEBEN ATRIBUIRSE A UNA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR Y AL PACTO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE UNA FINCA, CONCEDIDOS AL TITULAR DEL DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA DE LA MISMA : POSIBLE ACCESO DE TALES ESTIPULACIONES AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Resolución de 13 de diciembre de 1955 (B. O. de 5 de enero de 1956).

El 3 de abril de 1952, doña María de la Asunción Planas Jordá, representada por su padre y apoderado, don José María Planas Sarrato, concedió a doña María Lourdes Jordá Pons, en escritura autorizada por el Notario de Barcelona don Eduardo García de Enterría, el derecho de opción de compra de una finca de su propiedad llamada «Manso Albareda», situada en los términos municipales de Prats del Rey y Veciana, del partido de Igualada, según cuya cláusula tercera la propietaria o quien de ella haya causa no podrá enajenar, gravar ni de otro modo disponer de la finca optada, sin el expresado consentimiento de la señora optante, mientras se halle vigente el plazo para el ejercicio de opción, sin que esta condición pueda ser ignorada ni vulnerada por causa ni motivo de ninguna clase ; y que también se pactó en la cláusula quinta de la misma escritura que «la señora optante, durante el plazo de opción, tendrá la administración

de la finca optada con las más amplias facultades, con derecho a percibir los honorarios correspondientes y sin obligación de rendir cuentas de tal administración sino en el momento de hacer uso del derecho de opción, o en el de transmitirlo a un tercero, o en el de vencer el plazo de opción sin ejercitarse ésta».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura causó la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento en unión de los demás acompañados, donde indican los cajetines puestos al margen de la descripción de la finca, en cuyas inscripciones se han dejado de consignar la limitación de dominio estipulada por no tener acceso la misma en el Registro, conforme al artículo 27 de la vigente Ley Hipotecaria, y la administración de la finca, dado el carácter de la misma de obligación personal.»

Interpuesto recurso, la Dirección ratifica el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la adecuada doctrina siguiente:

Que los problemas planteados en este expediente hacen referencia a los efectos jurídicos que deben atribuirse a una prohibición de enajenar y al pacto sobre la administración de una finca que se concede a la recurrente en un contrato de compra y, como consecuencia, al posible acceso de dichas estipulaciones al Registro de la Propiedad.

Que aun dadas las diversas opiniones que sobre la naturaleza del derecho de opción se sustentan en la doctrina es indudable que en nuestro ordenamiento jurídico puede inscribirse en el Registro siempre que las partes configuren el contrato que lo establezca con los requisitos que señala el artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

Que los efectos de la opción inscrita implican, más que una prohibición de enajenar, una facultad preferente de adquirir por parte de la optante, y si bien nada impide que en el contrato se pacte una prohibición de disponer para robustecer el derecho de la persona favorecida por la opción, el Registrador, al calificar, deberá distinguir cuidadosamente entre uno y otra, a fin de que cuando la prohibición de enajenar no reúna los requisitos exigidos por la Ley se deniegue su inscripción.

Que la jurisprudencia de este Centro directivo ha tratado de restringir al campo obligacional los efectos propios de las prohibiciones de disponer; que los artículos 26 y 27 de la nueva Ley Hipotecaria

de 1944 determinan las prohibiciones que pueden ser inscritas en el Registro, y como la discutida parece hallarse comprendida en el supuesto del último precepto citado, por haberse constituido en un acto «intervivos» a título oneroso, hay que estimar correctamente fundada la nota de calificación, que no puede quedarse desvirtuada por la alegación del recurrente de que el derecho de opción constituye una forma de garantía real, que asegura el cumplimiento de la prohibición, inscribible al amparo del párrafo final del repetido artículo 27, puesto que aun admitida tal afirmación, siempre resultaría autorizada la inscripción de la garantía en sí y no la de una prohibición; criterio que además se halla confirmado en el artículo 57 del Reglamento Hipotecario.

Que las amplias atribuciones para la administración concedidas a la beneficiaria de la opción no pueden ser inscritas en el Registro ni como contrato independiente ni como pacto especial agregado al derecho constituido, por tener un marcado carácter obligacional y porque el Registro de la Propiedad sólo tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, circunstancia por la que la Ley Hipotecaria prohíbe el ingreso de los derechos de naturaleza personal, y ordena la cancelación de aquéllos que indebidamente hubieran podido inscribirse, todo ello sin perjuicio de la eficacia civil que les corresponda.

* * *

Ningún comentario mejor podríamos ofrecer al lector que las siguientes conclusiones que, como síntesis de su informe, presenta el Registrador:

A) El contrato de opción fué inscrito al amparo del artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

B) Desde la inscripción del derecho de opción, concedido a favor de la optante, doña María Lourdes Jordá Pons, ésta podía oponerlo dentro del plazo a cualquier tercero que traiga causa de la dueña de la finca.

C) La titular de la finca, doña Asunción Planas Jordá, durante el plazo de la opción, no tiene cerrado el Registro a los actos de disposición, si bien éstos quedarán limitados en su ejercicio al mejor derecho de la optante.

D) La prohibición de enajenar, gravar y de otro modo disponer de la finca optada, sin el expreso consentimiento de la señora optante, que se impuso a sí misma la propietaria, entra de lleno en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, no tiene acceso en el Registro de la Propiedad.

E) El artículo 57 del Reglamento Hipotecario es inoperante en este caso porque en la escritura recurrida no se ha constituido ninguna hipoteca o derecho real que asegure el cumplimiento de la prohibición de disponer de la señorita Planas.

F) A la indicada prohibición de disponer no se le niegan efectos civiles que viven fuera del Registro y, por lo mismo no es atribución del Registrador el ampararlos.

G) Los actos de administración, por su misma naturaleza, no son generadores de dominio ni derechos reales limitativos del mismo y, en consecuencia, no son actos registrales de los contenidos en los artículos primero y segundo de la Ley Hipotecaria.

No quiere decir lo expuesto que no sean de apreciar los razonamientos de la parte recurrente.

Es el mismo artículo 27 de la Ley Hipotecaria, a su juicio, el que viene a permitir explícitamente el acceso al Registro de la prohibición de disponer al hallarse unida a la opción de compra, ya que entonces —afirma— opera ésta como forma real de garantía aseguradora del cumplimiento de la prohibición de disponer.

Es ingenioso el argumento y encuentra su más firme apoyo en la última oración del artículo 27.

¿Pero no es la opción en sí una prohibición de disponer?

De las llamadas impropias o reflejas, pero hermanada en abolenzo y *raíz juris* con aquélla.

Tan es así que, como reconoce el recurrente, antes de la reforma de 1944, «la opción de compra penetraba en el Registro por el portillo de las prohibiciones contractuales de disponer, que eran las que le daban trascendencia real».

Con la reforma todo se ha situado en su lugar. Relegadas las prohibiciones de disponer propiamente dichas al amparo obligacional, la seguridad de su cumplimiento mediante «cualquiera forma de garantía real» —aparte la hipoteca—, como expresa el repetido artículo 27 de la Ley Hipotecaria, difícilmente podemos verla configurada como no sea con aquélla: la hipoteca. En absoluto, insistimos, con la

misma opción que, si en un alarde escolástico, podemos considerarla, como expresa el recurrente, entre los contratos de garantía (1), carecería de sentido al garantizar su propio contenido. Claro es que existen los reaseguros, como podrían constituirse hipotecas en garantía de otras constituidas, etc. Pero esto es sacar de su cauce la cuestión.

Y para completar esta delimitación de campos a la opción se le dió franca entrada en el Registro.

Remitimos al lector a nuestras notas a la conferencia de Antonio Moxó Ruano sobre las «Prohibiciones de disponer», págs. 503 y siguientes de esta Revista, año 1949.

Asimismo y por la cita que hace el Centro directivo de la Resolución de 27 de marzo de 1947 a nuestra glosa a la misma, páginas 394 y siguientes de igual año, esta Revista, particularmente en lo que respecta a la nítida diferenciación hecha por el más Alto Tribunal de la Nación entre la opción y la promesa de venta, en sus Sentencias de 23 de marzo de 1945 y 18 de enero de 1947, que acaba de ratificar por la de 18 de mayo de 1955.

DENEGADA LA INSCRIPCIÓN DE DETERMINADO DOCUMENTO Y RECTIFICADA LA CALIFICACIÓN POR EL FUNCIONARIO QUE AL FRENTE DEL REGISTRO SUCEDIÓ AL QUE EXTENDIÓ LA NOTA, NO PUEDE RECONOCERSELE PERSONALIDAD PARA RECURRIR DEL AUTO PRESIDENCIAL EN EL RECURSO GUBERNATIVO ENTABLADO, AL PRIMERO DE DICHOS FUNCIONARIOS, PORQUE, CONFORME A LO ORDENADO EN LOS ARTS. 122 EN RELACIÓN CON EL 116 DEL REGLAMENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA, SÓLO EL TITULAR DE LA OFICINA DONDE HAYAN DE VERIFICARSE LAS OPERACIONES REGISTRALES ES EL LLAMADO A FORMALIZAR EL CORRESPONDIENTE RECURSO DE ALZADA, YA QUE RECONOCER ESTE DERECHO A PERSONAS DISTINTAS QUE NO TRATEN DE PROTEGER INTERÉS LEGAL ALGUNO CON SU EJERCICIO PODRÍA DAR LUGAR A SITUACIONES ANÓMALAS.

Resolución de 16 de diciembre de 1955 (B. O. de 9 de enero de 1956).

(1) Ver ANGEL SANZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo II, página 467.

Bien claramente se desprende del encabezamiento la relación de lo sucedido.

En el Registro de Tarrasa se presentó determinada escritura de partición, cuya inscripción fué denegada, interponiéndose recurso gubernativo por uno de los interesados en la misma.

Al llegar el trámite de informe por el Registrador, éste no era el mismo que calificara, y aunque consignando que su criterio era distinto del de su predecesor, expresó que no aceptaba la tesis del recurrente en cuanto a la imposición de costas que solicitaba para el calificador y estimaba conveniente que informase en el recurso el mismo Registrador que extendió la nota.

Así lo hizo éste cumpliendo orden del Presidente de la Audiencia, si bien manifestando—con razón—su extrañeza, «ya que si el actual titular del Registro de Tarrasa discrepaba del criterio de la nota y se conformaba con la petición del recurrente, lo precedente era cumplimentar lo que dispone el párrafo 2º del art. 116 del Reglamento Hipotecario e inscribir el documento.»

Revocada la nota por el Presidente al aceptar el nuevo Registrador de Tarrasa la inscripción del documento, se alzó del auto el Registrador que estampó aquélla, acordando la Dirección que no procede tramitar el recurso por las razones que al frente se consignan.

CONTADORES-PARTIDORES: SE ENCUENTRAN FACULTADOS PARA INTERPRETAR LA VOLUNTAD DEL «DE' CUJUS», Y LAS OPERACIONES PARTICIONALES POR ELLOS PRACTICADAS CREAN UN ESTADO INALTERABLE DE DERECHO, CON PLENOSE EFECTOS JURÍDICOS EN LAS ESFERAS GUBERNATIVA Y EXTRAJUDICIAL, DE TAL MANERA QUE PARA IMPUGNAR LAS POSIBLES EXTRALIMITACIONES EN QUE HUBIERAN PODIDO INCURRIR, SERÁ NECESARIO ACUDIR A LA VÍA JUDICIAL, A FIN DE QUE LOS TRIBUNALES SEAN QUIENES DECIDAN SOBRE LA RECTA O DESACERTADA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

Resolución de 17 de diciembre de 1955 (B. O. de 16 de enero de 1956).

Protocolado e inscrito el Cuaderno particional formulado por un

Contador-Partidor varios años después, fallecido dicho Comisario, los supuestos herederos del causante, estimando que en el Cuaderno se había recogido en forma defectuosa la voluntad de aquél y se había provocado un error de concepto, que dió lugar, a su vez, en el Registro, a un asiento no concorde con la realidad jurídica, otorgaron una escritura de rectificación del título particional.

Para la debida claridad debemos consignar que en el expresado Cuaderno hízose constar por el Partidor—interpretando la voluntad del «de cuius»—que «los hijos de los sobrinos carnales que nombrara (a los sobrinos, no a los hijos de éstos) serán titulares de la nuda propiedad de los bienes, si *sobreviven* a sus respectivos padres».

En la escritura de rectificación, dichos sobrinos, los hijos de éstos y la madre de otro, en representación, por ser menor, comparecen para rectificar la interpretación dada por el Contador a la cláusula testamentaria, en el sentido de no estar sujetos los nudo propietarios a condición alguna de sobrevivencia, por entender que adquirieron libremente al fallecer el testador.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, causó la siguiente nota: «Se deniega la inscripción del precedente documento, por carecer los otorgantes de facultades para rectificar la interpretación dada por el Contador-Partidor en la escritura de partición practicada por óbito de don S. B. G., otorgada en esta ciudad el 10 de julio de 1928 ante el Notario que fué de la misma don G. P. O., a las cláusulas testamentarias del causante, ya que estas particiones crean un estado de derecho nacido del cumplimiento por los Contadores de la voluntad del testador, que subsiste mientras no recaiga resolución contraria en el procedimiento adecuado, sin que los Registradores puedan rechazar la titulación bajo pretexto de posibles extralimitaciones; doctrina jurídica constante en Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1906 y Resoluciones de la Dirección General de 23 de junio de 1910, 12 de diciembre de 1912 y 29 de abril de 1913, y tratándose, no de errores cometidos, sino de interpretación de cláusulas testamentarias, las inscripciones están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos, mientras no se declare judicialmente, y en este caso, su inexactitud, art. 1º de la Ley Hipotecaria. No tomándose anotación preventiva».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura de rectificación, la Dirección confirma el auto presidencial, ratificadorio de la nota del Registrador, mediante la adecuada doctrina siguiente:

«Que los herederos del causante, fallecido el albacea Contador-Partidor, otorgaron una escritura de rectificación del título partitacional, por estimar que en él se había recogido en forma defectuosa la voluntad del «de cuius» y se había provocado un error de concepto, que dió lugar, a su vez, en el Registro, a un asiento no concorde con la realidad jurídica, por lo que la cuestión a resolver consiste en dilucidar si tal instrumento público es el medio idóneo para modificar la interpretación que se hizo de la voluntad del testador.

Que en supuestos excepcionales los asientos del Registro de la Propiedad pueden no coincidir con la realidad jurídica, y como el principio de fe pública registral protege al tercero que reúna las condiciones del art. 34 de la Ley Hipotecaria, para reforzar la seguridad del comercio jurídico y evitar posibles perjuicios a los verdaderos titulares de los derechos que por las inexactitudes del Registro pudieran verse privados de los mismos, el art. 40 de la Ley Hipotecaria ha establecido diversos medios para rectificar el Registro, de los cuales interesan en este recurso los señalados en los párrafos c) y d).

Que según el art. 216 de la Ley Hipotecaria, cuando en las inscripciones se altera o varía el verdadero sentido de alguno de los conceptos que contiene el título, se entenderá cometido error de concepto, y como en el caso discutido el contexto de la escritura partitacional aparece fielmente reflejado en el Registro sin haber sufrido modificación alguna, la interpretación hecha por el albacea Contador de la voluntad del causante, no son de aplicación al caso las normas contenidas en el título VII de la Ley Hipotecaria.

Que si la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que motive el asiento, será necesario para su rectificación el consentimiento del titular o, en su defecto, una resolución judicial; que en el otorgamiento de la escritura calificada no concurrieron todos los interesados, por imposibilidad del albacea, y por hallarse sujetos los herederos a la condición impuesta por aquél de sobrevivir a sus respectivos padres, por todo lo cual hasta que se haya realizado el hecho en que la condición consiste no puede

determinarse con certeza quiénes son los llamados a su sucesión, puesto que incluso podría suceder que al no sobrevivir los herederos a sus respectivos usufructuarios quedase vacante alguna porción de la herencia y procediera en cuanto a la misma, conforme al artículo 912 del Código civil, la apertura de la sucesión intestada.

Que este Centro directivo tiene reiteradamente declarado que los albaceas, Contadores-Partidores, se encuentran facultados para interpretar la voluntad del «de cujus», y que las operaciones partitacionales por ellos practicadas crean un estado inalterable de derecho, con plenos efectos jurídicos en las esferas gubernativa y extrajudicial, de tal manera que para impugnar las posibles extralimitaciones en que hubiera podido incurrirse será necesario acudir a la vía judicial, a fin de que los Tribunales sean quienes decidan sobre la recta o desacertada interpretación del testamento».

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L

III.—Obligaciones y contratos

SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1956.—*Reconocimiento de deuda. Concepto y interpretación. La licitud y existencia de la causa se presume, salvo prueba en contrario.*

El reconocimiento de deuda es un contrato por el cual se considera como existente, contra el que la reconoce, pudiendo tener por objeto exclusivo dar a la otra parte un medio de prueba, o prometerse a no exigir prueba alguna de la deuda, o, finalmente, querer considerar la deuda como existente contra el que la reconoce.

Semejante reconocimiento funda una obligación «independiente», con sustantividad propia, o sea independiente de la existencia de la deuda reconocida, pues el que declara querer pasar por la existencia de una deuda contra él, declara también por ese solo hecho querer conducirse en esa conformidad, o sea, querer hacer la prestación que se reconoce deber.

La cuestión de si existe reconocimiento constitutivo de deuda, añade la Sentencia, ha de resolverse por interpretación, según el tenor literal del reconocimiento, su finalidad y las circunstancias concurrentes, por lo que, si no se indica en absoluto la causa de la obligación, si la referencia a esta causa de obligar es meramente general, habrá de resolverse con frecuencia de manera afirmativa, mientras que si se indica con precisión la causa de obligar, sólo podrá admitirse el reconocimiento constitutivo de una manera excepcional y en méritos de razones especiales.

Conforme al artículo 1.277 del Código civil, no es menester una especial intención de las partes, dirigida a separar y abstraer la causa, sino que basta su inexpressión, presumiéndose la existencia y licitud de la causa, sur-

tiendo el contrato que no la exprese exactamente los mismos efectos que el causal, mientras no se pruebe que la causa no es lícita o no existe.

En el tráfico jurídico y más aún en el de los medios rurales, es frecuente el «pagaré» o el «recibo», documento en el que consta el compromiso de pagar una cantidad o el reconocimiento de una deuda, sin alusión a la causa que los haya originado, que suele ser una venta con precio aplazado, un préstamo, una liquidación de cuentas, etc. En nuestro Derecho histórico se puso en duda la validez de tales declaraciones de voluntad. Habida cuenta de la Ley 25, tit III, lib. XXII, del Digesto, y de otra concordante de las Confesiones, trívose por máxima (seguimos a Benito Gutiérrez) que para ser eficaz la obligación necesitaba expresarse la causa de deber. La ley recopilada calló sobre este requisito, pero si no por su letra por el espíritu se infirió que le había suprimido entre los demás abolidos por innecesarios. La escuela que parecía la encargada de fijar la doctrina ha mantenido esta incertidumbre. El conde de la Cañada opina que la expresión del contrato o causa de que procede se consideró en lo antiguo tan esencial que el instrumento que no la contenía no producía acción eficaz o se eludía fácilmente con la excepción, y que si bien las leyes recopiladas removieron ciertas solemnidades, no alteraron las cosas esenciales, una de ellas la expresión de causa de que procede la acción. Febrero, al tratar de las excepciones admisibles en juicio ejecutivo, dice en pro de esta opinión: la excepción de que el instrumento, en cuya virtud se pide ejecutivamente, no contiene causa de deber, impide también la ejecución, aunque el obligado jure el contrato, pues para estimarse que uno queda obligado por pacto o por promesa, se requiere expresión de la causa de la obligación. La ley recopilada, declarando válida la obligación de cualquier manera que se celebre, no afectó a la sustancial de la obligación, sino a la fórmula y solemnidad de las palabras, de lo que se infiere que aun después de esa ley, careciendo la obligación de la causa de deber, y no probándola el ejecutante, parece que no nacerá acción para pedir e impedirá el curso de la ejecución por la excepción de dolo malo. Parladorio, Aillón y otros intérpretes fueron de distinto parecer, y su autoridad se ha fortalecido por declaraciones unánimes de dos Códigos modernos (se refiere el autor al francés y al proyecto del español).

El Código civil sentó bien claramente en el artículo 1.277 la doctrina de la presunción de la existencia y licitud de la causa en los contratos, y sobre tal precepto la ciencia jurídica apoya el concepto y desarrollo de los contratos abstractos y de sus dos aplicaciones más frecuentes: la promesa y el reconocimiento de deuda abstracta, conceptos elaborados por la técnica germánica. Como dice el profesor Beltrán de Heredia, refiriéndose al concepto del negocio real abstracto, se trata de un concepto moderno aunque tiene su origen en el sistema del Derecho Romano que distinguió para la transmisión de propiedad entre el nudo pactum (*nudum pactum*) y la traditio; necesaria para que aquella transferencia pueda producirse, pero su elaboración es un producto de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX, que especula sobre

las fuentes romanas; y desde un punto de vista estrictamente conceptual formular la teoría basada en el libre juego del principio de la autonomía de la voluntad. Se encuentra formulada por vez primera en Savigny y aunque sumamente discutida desde su nacimiento fué pronto seguida por Windscheid y otros autores.

La promesa de deuda (puede leerse en Ennccerus) es un contrato que contiene una promesa de prestación independiente, o sea, que no recoge la causa de la obligación, y el reconocimiento de deuda es el contrato por el cual se reconoce una deuda en el sentido de querer considerarla como existente contra el que la reconoce.

La Sentencia que estudiamos tiene el interés de que recoge clara y terminantemente tal doctrina; de que le da el espaldarazo de su aceptación, de que la incorpora (en principio ya lo estaba, con las Sentencias referentes al art. 1.277) a la Jurisprudencia, aunque sin salirse del marco de dicho artículo 1.277. Como bien dice la Sentencia, la causa se presume mientras no se pruebe su ilicitud o su inexistencia; pero esta posibilidad de prueba, este carácter *tantum* de la presunción, nos da base para negar la existencia del contrato abstracto puro en nuestro Derecho positivo, puesto que denostada la inexistencia o ilicitud de la causa, el contrato se estimaría nulo.

SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1956.—Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo pactado, sino a sus consecuencias, conforme a la buena fe, al uso y a la Ley.

La cuestión planteada en el recurso es si, habiendo arrendado un piso de una casa para vivir en él la arrendataria y establecer una pensión, ha podido dicha arrendataria colocar en cada una de las jambas de la puerta de entrada de tal casa una placa anunciadora de su negocio, o si, no habiéndose expresamente autorizada en el contrato, no ha podido realizarlo por propia determinación y necesitaba obtener el consentimiento de la propietaria y arrendadora.

Es un principio fundamental en materia de contratación, dice la Sentencia, que los efectos de los contratos son no solamente los expresamente previstos por las partes que los celebran, sino aquéllos otros que se derivan de la naturaleza especial de cada contrato, como declara el artículo 1.258 del Código civil, y aplicando este principio al caso discutido resulta que si la casa arrendada había de destinarse a pensión, dada la trascendencia que para un negocio de esta clase tiene su publicidad, era conforme a la buena fe el que la arrendataria se considerara facultada para colocar tal anuncio en la forma expresada y entendiera que la autorización para hacerlo así estaba virtualmente otorgada por parte de la arrendadora, quien pudo prohibirlo en el contrato en uso de las facultades dominicales que le correspondían sobre el inmueble y de su libertad de contratación, y no lo hizo, y como tal colocación respondía a la costumbre de Madrid de que los hotelés y pensiones situados en pisos coloquen placas en las jambas de las puertas de entrada a los edificios en que se encuentran instalados, indicando el piso y el nombre del establecimiento, según se hace constar en el informe de la Cámara de

Comercio, obrante en los autos, es visto que la Sentencia recurrida, al negar tal facultad a la arrendataria, desconoce el valor que hay que dar al expresado informe, incurriendo en manifiesto error de tal prueba y viola por falta de aplicación el citado artículo 1,258 del Código civil.

IV. Sucesión «mortis causa»

SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1956.—Reserva del artículo 811 del Código civil.—Naturaleza del derecho del reservista y del reservatario.—Renuncia del reservatario.

Si siempre son de interés las sentencias que se refieren al artículo 811 del Código civil porque van creando la doctrina que lo precisa, fija y completa, ésta de 17 de abril último puede estimarse de una gran importancia en el orden de la práctica.

En pocas y exactas palabras define el derecho de reservistas y reservatarios y sienta los efectos de la renuncia hecha antes de la muerte del reservista por los que, en su día, pueden ser reservatarios.

Los antecedentes o hechos son: Don A. C. Ll. falleció y le heredó su madre, doña C. Ll. G., en finca que tenía carácter reservable, según el artículo 811 del Código civil. Eran presuntos reservatarios los hermanos de dicho causante e hijos de doña C., don V. y doña C. C. Ll. En escritura de división de bienes, estos hermanos renunciaron a favor de su madre el derecho de reserva, en compensación de la renuncia que ésta hizo de los parafernales y gananciales, y la reservista vendió después la finca aludida a don L. S. Ll., hijo de su segundo matrimonio. Dichos presuntos reservatarios sobrevivieron a la reservista. Un hijo del reservatario renunciante, don V. C. Ll., demandó luego al comprador aludido de la finca.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó las excepciones de falta de personalidad y de acción del actor y desestimó también la demanda, absolviendo al demandado; la Audiencia Territorial estimó la excepción de falta de acción en el actor y absolvió al demandado, e interpuso recurso de casación por infracción de Ley, el T. S. declaró no haber lugar a él, habiendo sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Bonet. Los razonamientos del T. S. son:

Que admitida sin contradicción en el caso de autos la existencia de la reserva del artículo 811 del Código civil, y estimada por la sentencia recurrida la falta de acción del demandante, la cuestión primordial a dilucidar es la del alcance de la renuncia, previa realizada por los hijos de la reservista que le sobrevivieron, pues, según se considere, respectivamente, que la renuncia quedó purificada de la condición suspensiva a que estaba sujeta en el momento del fallecimiento de la reservista, o que este hecho hizo nacer el derecho perfecto a la reserva a favor de los reservatarios de

grado posterior, en el que se encuentri el demandante, habia que concluir la desestimación o la estimación de la acción entablada en esta litis.

Que el derecho del reservista es análogo al del poseedor de bienes sujetos a una condición resolutoria, y el derecho que compete a los reservatarios sobre los mismos bienes se halla afecto a una condición suspensiva, rigiendo el principio de la proximidad de grado que sujeta a una nueva condición a los reservatarios de grado más remoto: la de que no sobrevivan o repudien legalmente la reserva los de grado más próximo.

Que en el caso actual, «pendente conditione», los hijos de la reservista, don V. y doña C. C. Ll., como reservatarios preferentes de segundo grado, hermanos del causante de la reserva, A. C. Ll., hubieron de aceptarla para poder renunciarla, como así lo hicieron, en la escritura de división de bienes de 8 de mayo de 1904, a favor de su madre, doña C. Ll. G., en compensación de la renuncia que ésta hizo a su favor de los parafernales y gananciales que le correspondian, por lo que al sobrevivirla, "existente conditione", quedó purificada la renuncia el día del fallecimiento de la reservista, y, consiguientemente, en el mismo momento, la venta hecha a favor del demandado y recurrido don L. S. Ll., hijo del segundo matrimonio de la reservista, según escritura de 18 de marzo de 1929.

Que, por tanto, respecto a los reservatarios de tercer grado, entre los que se encuentra el actor y recurrente don F. C. S., como hijo del reservatario renunciante don V. C. Ll., sometidos a una doble condición suspensiva, se ha incumplido la segunda—premoriencia o repudiación de los reservatarios del segundo grado—por lo que «deficiente conditione», se ha extinguido su expectativa a la reserva y están privados de todo derecho y acción para hacerla efectiva.

Es decir, añadimos nosotros, los reservatarios de grado más próximo (hermanos del causante de la reserva) al sobrevivir a la reservista consolidaron su derecho, y por ello todos los actos que realizaron como tales reservatarios quedaron válidos y eficaces, quedaron «purificados», y los reservatarios de grado más lejano perdieron su expectativa a la reserva y carecen de todo derecho y acción para hacerla efectiva. Por el contrario, si los reservatarios más próximos hubieran premuerto a la reservista o hubieran repudiado lisa y llanamente su derecho, entraría en juego el derecho de los reservatarios de tercer grado al fallecer la reservista. Ya la Resolución de la Dirección de los Registros de 8 de noviembre de 1951 decía que por la reserva del artículo 811 surgió una expectativa a favor de los reservatarios, que se convierte en derecho si a la muerte del ascendiente reservista existen parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan; y Manresa expuso con claridad que los reservatarios pueden disponer de su derecho en la forma incierta condicional que les corresponde. Si mueren antes que el reservista, nada han transmitido, puesto que nada pudieron llegar, en definitiva, a adquirir; si sobreviven, la transmisión se hará eficaz, porque dispusieron los que en definitiva llegaron a realizar en su favor la adquisición.

SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1956.—La reserva del artículo 811 del Código civil no pierde su virtualidad porque los expectantes, reservatarios sean hijos comunes del reservista y del cónyuge premuerto de quien procedan los bienes.

El recurrente alegó que la reserva del artículo 811 del Código civil carece de razón de ser en casos, como el de autós, en que la separación de los bienes paternos y maternos; justificativa de la reserva lineal, desaparece si los presuntos reservatarios son hijos del ascendiente reservista y de la esposa de éste, a la que pertenecieron dichos bienes, como desaparece también, en el mismo supuesto, por corresponder a aquéllos el efecto de legitimia en la herencia reservista.

A esto viene a contester la Sentencia que estudiainos en su importante segundo considerando, que dice:

Que la tesis jurídica expuesta ha sido acogida por Sentencias como las de 4 de enero de 1911 y 25 de marzo de 1933, pero fue rectificada, entre otras, por las de 8 de octubre de 1930 y 8 de junio de 1934, declarando que ni es exacto que las líneas paterna y materna se esfumen por el hecho de que los expectantes reservatarios sean hijos comunes del reservista y del cónyuge premuerto, de quien procedan los bienes, ni lo es que la reserva lineal pierda su razón de ser por la circunstancia de que el reservista deba legitimia a los reservatarios, y en esta tendencia jurisprudencial es preciso insistir evitando la confusión y unificación de dos sistemas legitimarios: el de la legitimia propiamente dicha y el de la reserva lineal, que, aun teniendo su origen común en el mandato de la Ley, son instituciones jurídicas distintas, dotadas de vida propia e independiente, tanto por razón del patrimonio de que se nutren—el privativo del reservista en la legitimia y el del descendiente causante de la reserva, respectivamente—como por la trayectoria y destino que la Ley señala a los bienes de una y otra procedencia, no siempre coincidentes, toda vez que los de la reserva pueden recaer en pacientes de menor grado del descendiente que la causa, y no a todos ellos cabe asignarles el concepto de legitimarios previsto en el artículo 806 del Código civil, aparte de la diferencia fundamental en punto a disponibilidad de los bienes de una u otra condición jurídica; por lo que es visto también que si el causal de la legitimia y el de la reserva han de discurrir por cauces separados, no es admisible la tesis de que la legitimia pueda resultar gravada por la reserva ni viceversa, y, en consecuencia, no pueden prosperar los dos motivos del recurso.

SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1956.—Concepto de la institución *si sine liberis deceserit*.—Toda sustitución hereditaria se rige por la voluntad del causante.—Necesidad de supervivencia del fideicomisario al fiduciario en la sustitución fideicomisaria condicional.

La institución *si sine liberis deceserit* está caracterizada por un orden sucesivo de llamamientos al disfrute de la herencia, sometidos a la condi-

ción suspensiva del fallecimiento sin hijos, o con hijos que no lleguen a la edad de testar, del heredero precedente; de suerte que si la condición no se cumple, el fideicomiso se purifica en el heredero que haya entrado en el disfrute de los bienes hereditarios y fallezca dejando descendencia, pues, en otro caso, si la condición se cumple, harán tránsito los bienes a los llamados por el orden sucesivo dispuesto, terminando la sustitución y purificándose el fideicomiso en el último de los nietos del testador, hijos de los primeros sustitutos, sin posibilidad de que por el cauce de la sustitución pueda pasar la herencia a posteriores descendientes, ya que es voluntad expresa del causante que sus nietos, genéricamente designados, queden en lugar de sus padres, pudiendo el último disponer de todo libremente».

Por tratarse de sustitución fideicomisaria condicional, ordenada en Cataluña, como en todas partes y en toda clase de sustitución hereditaria, por la voluntad del causante, declarada en los términos permitidos por el ordenamiento jurídico—*voluntas testatoris totum facit*—, no entran en juego las disposiciones legales de Derecho romano que, a falta de voluntad expresada, permiten extender supletoriamente el gravamen fideicomisario hasta la cuarta generación, ni hay posibilidad legal de aplicar la regla del mismo derecho—*Digesto, de verborum significacione*—que entiende comprendidos a los nietos en el llamamiento de los hijos, porque esta regla cede ante la voluntad del testador que declara extinguida la vinculación en el último de los nietos, excluidos, por tanto, de la sustitución los sucesivos descendientes, aparte de que en sustitución fideicomisaria condicional es requisito, para recibir la herencia sustituida, la supervivencia del fideicomisario al heredero fiduciario, porque mientras esta condición no se cumpla, el fideicomisario sólo tiene expectativa de derecho que, a diferencia de lo que a veces ocurre en el fideicomiso puro, caduca el derecho eventual si premuere al heredero fiduciario precedentemente llamado, ya que, en definitiva, nada pudo adquirir ni nada pudo transmitir a sus herederos, según repetidísima doctrina jurisprudencial que, desde el 10 de diciembre de 1864 hasta el 26 de septiembre de 1955, así lo viene declarando inalterablemente en aplicación estricta de las normas del Digesto referentes al legado y al fideicomiso condicional.

PROCESAL

1.—Parte general

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1956.—*Nulidad del pacto de sumisión a Tribunales extranjeros.*

La función jurisdiccional referida a la facultad de decir o declarar el derecho en los juicios civiles está organizada en nuestro ordenamiento juri-

dico de modo fundamental distinto, según se trate de colisión jurisdiccional entre Tribunales españoles o entre éstos y los extranjeros, pues mientras en el primer caso, gobernado por reglas de derecho dispositivo, nada obsta, en principio, a la entrada en juego de la voluntad de los litigantes, con la limitación del respeto debido a lo dispuesto en la Ley por razón de la materia o cuantía de lo que se pide y del órgano jurisdiccional ante el que se postula —arts. 53, 54 y 56 de la Ley Procesal—, en el supuesto segundo rigen normas de derecho imperativo que ligan la jurisdicción a la soberanía de la nación sobre su propio territorio, sin posibilidad de que quienes litiguen se sustraigan a ellas con actos que las desvirtúen o alteren, como así se infiere del contenido de los artículos 267 de la Ley sobre Organización del Poder judicial y 51 de la de Enjuiciamiento civil, que atribuyen a los Jueces y Tribunales españoles exclusivamente el conocimiento de los negocios civiles causados en territorio nacional entre españoles, y así también lo ha declarado el T. S. en Sentencias como las de 20 de noviembre de 1894, 10 de febrero de 1915 y 31 de enero de 1921, sin perjuicio de la aplicación de normas extranjeras impuestas por el Derecho internacional si la relación jurídica puesta en ejercicio ofrece, en su diversidad de elementos, alguno que deba ser enjuiciado con arreglo a la legislación de otro país.

Esta doctrina conduce a la descartación de la declinatoria, propuesta por la demandada, en favor de los Tribunales de Kolin (Alemania), con apoyo en la cláusula de sumisión expresa pactada en un contrato de comisión mercantil sobre reaseguros de mercancías y cascos de buques, extendido en Alemania por la sociedad demandada y aceptado por el comisionista en nuestro país, donde fueron devengadas las comisiones que son objeto de reclamación en el proceso, pues ante tales supuestos la jurisdicción es improtragible y la sumisión pactada es nula de pleno derecho.

A la misma conclusión se llega si se contempla el objeto del negocio discutido, que versa sobre operaciones de seguros realizados en España por una entidad aseguradora extranjera con delegación en Madrid, pues en virtud del criterio intervencionista del Estado en las referidas operaciones, la sociedad aseguradora queda vinculada a la jurisdicción de los Tribunales españoles, según expresa declaración del artículo 15 del Código de Comercio; 1º, 4º y 23 de la Ley de 14 de mayo de 1908, que aunque ha sido derogada por la de 16 de diciembre de 1954 es aplicable al caso controvertido que ocurrió bajo el imperio de la primera, aparte de que la nueva disposición legal no modifica la precedente argumentación; y artículos 65 del Reglamento de 2 de febrero de 1912 y 32 de la Reglamentación de la producción de seguros, aprobada por Orden de 7 de mayo de 1947.

BARTOLOME MENCHEN
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales (1)

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de marzo de 1954.

NO CONSTITUYE ACTO TRIBUTABLE DE TRANSFORMACIÓN DE UNA COMPAÑÍA AQUEL POR EL QUE MODIFICA LOS ESTATUTOS EN EL SENTIDO DE QUE LOS FINES EXPLÍCITOS DE CARÁCTER GENERAL DE LA MISMA, SIN LIMITACIÓN TERRITORIAL, SE CONCRETEN REFIRIÉNDOLOS A DETERMINADO TERRITORIO.

Antecedentes.—En 1935 se constituyó una Compañía Naviera de forma anónima, consignando sus Estatutos que «su objeto es explotar barcos, dedicarse a la consignación de buques, despacho marítimo de los mismos y, en general, al comercio marítimo y a cuanto se relacione directa o indirectamente con el mismo», añadiendo que «por acuerdo de la Junta general, adoptado en sesión ordinaria o extraordinaria, podrá dedicarse a cualquier otro negocio u operación mercantil o industrial».

En otra escritura otorgada en 1951 se modificaron los Estatutos, entre otros extremos para cambiar el nombre radicalmente, consignando, además, que la Compañía tendría por objeto «la explotación del transporte y comercio marítimo por medio de sus propios barcos, y también por buques de propiedad ajena, si lo considerase necesario

(1) Omisión advertida: En la página 572 del número anterior, 3¹⁸-339, de esta Revisa, y en la línea 9º, después de una «», aparece un espacio en blanco, en el cual debieron haberse incluido las siguientes palabras: *las de 3 de abril y 3 de mayo de este segundo año.*

o conveniente para el desarrollo de sus generales operaciones marítimas», y que «asimismo dedicará preferencia a la explotación de actividades mercantiles en la Colonia del Golfo de Guinea, y en general a cuanto se relacione directa o indirectamente con estas actividades», añadiendo que «por acuerdo de la Junta general, adoptado en sesión extraordinaria, podrá dedicarse la Sociedad a cualquier otro negocio u operación mercantil o industrial de lícito comercio...»

Ta^b escritura fué liquidada por el concepto de ampliación del objeto social.

La representación de la Empresa interpuso recurso contra la liquidación y alegó que el apartado 14 del art. 19 del Reglamento, al regular el concepto transformación de una Sociedad, exige para que sea liquidable por variación de objeto o ampliación del mismo que se comprendan en él facultades u operaciones que no sean de las atribuidas a las Sociedades de su clase en el Código de Comercio, o sea de las especificadas en las secciones 7.^a a 10.^a del título 1.^o, libro 2.^o, de ese cuerpo legal; habiendo de entenderse que todas las demás Sociedades que no están incluidas en ninguno de esos tipos constituyen lo que puede llamarse clase general; que en la modificación de Estatutos de que se trata, no hubo variación ni ampliación del objeto social, limitándose a consignar en ellos una alusión a las actividades mercantiles de la Compañía en la Colonia del Golfo de Guinea, y además, que la jurisprudencia fiscal mantiene el criterio de que la transformación de Sociedad por variación o ampliación de su objeto requiere comprender en él negocios propios de otra especie legal de Compañía.

El Tribunal Provincial estimó la reclamación, fundado en que la reforma estatutaria discutida no modifica la clasificación que corresponde a la Compañía recurrente, conforme al art. 123 del Código de Comercio, y no está, por tanto, comprendida en el apartado 14 del art. 19 del Reglamento del Impuesto.

La Dirección de los Contenciosos recurrió ante el Tribunal Central contra tal decisión del Provincial, y alegó: 1) Que el problema consiste en determinar si ha de entenderse que únicamente existe modificación de Sociedad por cambio del objeto social cuando este cambio hace pasar a la Compañía a un grupo de distinta categoría de los enumerados en el art. 123 del Código de Comercio, o si más bien se ha de entender que la modificación nace cuando se cambia la especie del objeto social que caracteriza la finalidad de la Compañía, aunque

el cambio lo sea dentro de un mismo grupo de los enumerados en dicho art. 123 ; 2) Que este segundo criterio es el sostenido en las Sentencias de 6 de junio de 1902 y 21 de noviembre de 1903 ; 3) Que la interpretación contraria llevaría a la conclusión de que las Compañías podrían cambiar su objeto social sin que ello implicase modificación, con tal de no pasar a otro de los grupos enumerados en el artículo 123 antes citado ; 4) Que si bien en algunas Resoluciones del Tribunal Central se afirma que el cambio de objeto se da cuando se incluye una Compañía en otra categoría de las enumeradas en el repetido art. 123 , no obstante, en la de 30 de enero de 1951 se dijo que existe tal cambio «cuando se incluye una nueva actividad de la industria o del comercio que no tenga relación directa ni indirecta con las actividades anteriores» ; y que no existe dicho cambio «cuando se amplía el objeto social en nuevas operaciones propias de la industria fabril, o sea lo mismo que en el primitivo objeto social», no siendo de olvidar que si se aceptase, a los efectos del impuesto, la manifestación de carácter general de que la Compañía podrá dedicarse a cualquier industria o comercio lícito, ello equivaldría a dejar sin efecto las disposiciones en cuanto a la transformación de Sociedad, aunque cambiaran no ya de objeto concreto, sino de especie y aun de naturaleza, ya que siempre estarían comprendidas en esa manifestación general ; 5) Que este criterio lo confirma el último párrafo del art. 85 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 sobre derecho de separación de los accionistas por cambio de objeto social ; 6) Y por fin, que en el caso hay cambio de objeto por variación de las actividades habituales al constituirse la Sociedad, puesto que su primitiva finalidad era la del tráfico marítimo y la modificación comprende una actividad tan nueva como es la de dedicarse a la explotación de actividades mercantiles en el Golfo de Guinea, y en general, a cuanto se relacione directa o indirectamente con esas actividades, lo cual supone incluso el poder dedicarse a cualquiera de las actividades de los diversos grupos enunciados en el repetido art. 123.

El Tribunal Central desestima la alzada de la Dirección General y confirma el fallo del provincial, razonando de la manera que vamos a ver.

Empieza por sentar que del cotejo de los Estatutos, antes y después de reformados, aparece : 1.º Que el comercio y transporte marítimo, primordial objeto social, permanece sin modificación sustan-

cial ; 2.º Que los nuevos Estatutos expresan la preferencia a las actividades mercantiles en la Colonia de Guinea, y en general a cuanto se relacione directa o indirectamente con éstas actividades, lo que implica que las operaciones mercantiles en general, en cualquier territorio, consignadas en los primitivos Estatutos, pueden comprenderse con arreglo a los nuevos sin necesidad de acuerdo de la Junta general y con la misma amplitud consignada en aquéllos ; 3.º Que para los demás negocios y actividades, sin referencia a territorio determinado, los nuevos Estatutos, aun conservándolos como posible objeto social, en realidad los someten a los requisitos y efectos que el último párrafo del art. 85 de la Ley de Sociedades Anónimas establece para la modificación de Estatutos que consista en el cambio de objeto social.

De lo expuesto deduce la Resolución que nos ocupa qué no es de apreciar en los nuevos Estatutos la transformación de la Compañía por ampliación de su objeto social sujeto a tributación por el apartado 14) del art. 19 del Reglamento, puesto que dicho objeto, en realidad, se reduce y restringe.

Finalmente, dice el Tribunal que no es aplicable la doctrina de otras Resoluciones suyas de que existe transformación tributable en una Sociedad por variación de su objeto social o por ampliación del mismo, cuando el objeto social ampliamente expresado se concreta, aunque no constituya tal variación o concreción, cambio del grupo o clase a que la Compañía pertenezca, especificándolo de modo que resulte un cambio o ampliación de la finalidad anterior de la Sociedad ; y ello porque, en todo supuesto, en el presente caso es manifiesto que la recurrente, aparte de su primordial y definido objeto, mantiene sin especificación alguna, incluso en relación con el territorio del Golfo de Guinea, la índole de los negocios, operaciones o actividades mercantiles a que haya de dedicarse y que puedan mercantilmente caracterizarla.

Comentarios.—Son dos los puntos que la Dirección General planteó al Central en su recurso ; uno, el mencionado en nuestro encabezamiento, esto es, si está sometida a tributación una modificación de Estatutos de una Sociedad cuando la modificación se concreta a decir qué las actividades marítimas en general, a las que estatutariamente se venía dedicando, se han de desarrollar con más especialidad y asiduidad en determinado territorio ; y en este puestó el

Tribunal se pronuncia decididamente por la negativa, y dice que no nacen de tal acuerdo social ninguno de los conceptos tributables a que se refiere el apartado 14) del art. 19 del Reglamento del Impuesto, a nuestro entender con toda razón, porque no se ven por ninguna parte ni «la variación de objeto» ni la «ampliación del mismo».

El otro punto de relieve en la Resolución, y objeto de estudio en ella, es el que se refiere al caso en que los primitivos Estatutos describan el objeto social con la más amplia generalidad y sin encajarlo concretamente en ninguno de los apartados del art. 123 del Código de Comercio. En tal supuesto, al producirse la modificación de los Estatutos, y con ella la limitación o variación de los fines sociales, estima el Tribunal que desaparecería la posibilidad de aplicar el concepto fiscal reglamentario de «modificación» o «transformación» del mencionado apartado 14) del art. 19 del Reglamento, ya que—dice—ello equivaldría a que tales Sociedades pudieran cambiar no ya de objeto, sino de especie y aún de naturaleza, puesto que siempre estarían comprendidas en aquella amplia generalidad.

No se puede negar que el argumento tiene, efectivamente, mucha fuerza, porque si la Sociedad inicialmente no está encajada en ninguno de los grupos del repetido art. 123 y sí los abarca todos, es claro, al menos a primera vista, que no puede decirse que cambie de especie o de objeto por muchas que sean las alteraciones que al respecto se hagan en sus Estatutos.

Sin embargo, creemos nosotros que el argumento pierde no poca de su aparente fuerza si se piensa que si no obstante dicha concepción de generalidad ésta se delimita y concreta o especifica con la reforma estatutaria, de tal manera que determinadamente quede adscrito el objeto social a alguno de los mencionados grupos del artículo 123, entonces será muy razonable deducir, conforme al espíritu del texto reglamentario, que la modificación o transformación se producen porque el objeto social habrá perdido su amplitud para quedar incluído señaladamente en una especie o grupo determinado. Y aun se podría añadir, reforzando lo dicho, que si la Sociedad cree necesario especificar el objeto general de sus actividades, es porque entiende que no estaba comprendido en él en forma adecuada el que nuevamente se determina, con lo cual se ve claramente que el cambio de grupo o de especie se produce, engendrándose así el concepto fiscal reglamentario dicho.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de abril de 1954.

EN EL CASO DE PUESTA EN CIRCULACIÓN DE ACCIONES POR UNA SOCIEDAD ENTRE SUS ACCIONISTAS, CON DETERMINADA PRIMA LEGAL DESEMBOLSADA POR ÉSTOS SOBRE EL VALOR NOMINAL DE AQUÉLLES, EL CONCEPTO APPLICABLE AL IMPORTE DE TAL PRIMA NO ES EL DE CESIÓN DEL APARTADO 2º DEL ART. 19 DEL REGLAMENTO, SINO DE SIMPLE APORTACIÓN TARIFADA AL 1 POR 100 EN EL APARTADO 1º DEL MISMO ARTÍCULO.

Antecedentes.—Una Sociedad acordó poner en circulación entre sus accionistas un cierto número de acciones, desembolsando el valor nominal de las mismas y además un suplemento de 187,50 pesetas por cada una como prima mínima de emisión, exigible a tenor de la Ley de 31 de diciembre de 1946 y Orden de 28 de febrero de 1947.

La escritura correspondiente fué liquidada por la Abogacía del Estado, aplicando al valor nominal desembolsado el concepto «Sociedades» y el tipo de 1 por 100, y al importe de las primas el concepto «Muebles»—cesión—, al 3 por 100, concepto este último que fué objeto de impugnación, fundada en la indebida aplicación del apartado 2º del art. 19 del Reglamento, porque a tenor de la Orden ministerial que autorizó la ampliación de capital, obrante en el expediente, está patente que las acciones fueron suscritas a la par y desembolsadas por su valor nominal, lo que implica que los socios no aportaron bienes o derechos de mayor valor que el de las acciones que les fueron adjudicadas; y es asimismo claro que según el artículo 8.º de la Ley citada de 31 de diciembre de 1946 y número 3.º de la Orden también citada, el desembolso de la prima mínima exigible por cada título a los suscriptores representa, tanto en el aspecto jurídico mercantil como el fiscal, una auténtica y verdadera reserva, con la finalidad de incrementar las que la Sociedad tiene constituidas, sin que ni la Ley ni el Reglamento del Impuesto sujeten al mismo ni la constitución ni el incremento de las reservas sociales.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso diciendo que el hecho de que las dichas primas se contabilicen en el patrimonio social como reservas no desvirtúa el concepto tributario del antedicho apartado 2º del art. 19, cuando dice que el mayor valor en relación con el

nominal de la acción, aportado por el socio al adquirirla, engendra el concepto de cesión a favor de la Sociedad.

El Central revoca el acuerdo y dice que esas diferencias o primas de emisión son liquidables por el concepto «aportación», y lo son como éstas al 1 por 100.

Arriba a esa conclusión empezando por analizar las esenciales finalidades pretendidas por el legislador al establecer las primas de emisión y dice que «la prima viene a funcionar, en cuanto a las acciones antiguas y nuevas, como un contravalor suficiente para el logro de la nivelación económica de todos los títulos, y, en orden al patrimonio social, como una adquisición más que aumenta sus fondos activos»; y de ello deduce que al sujetar el mencionado apartado 1) del art. 19 al impuesto con el tipo del 1 por 100, el importe de las aportaciones de los socios al constituirse la Sociedad, así como el de los bienes o metálico que «se desembolse o aporte en lo sucesivo», «no hay razón alguna para distinguir un trato fiscal diverso según que aquellas aportaciones se destinen o hayan de lucir en la cuenta de capital o en otra cuenta distinta, pues ni el Reglamento ni la Ley apuntan diferencia alguna, antes por el contrario, coinciden en apreciar una idéntica condición a todas las aportaciones que con el carácter de sociales se realicen a las Sociedades». No siendo de olvidar, sigue diciendo, «que si bien entre la cuenta de «capital» y la de «reserva» existen diferencias notorias..., en ambas concurre perfecta idéntidad a efectos del caso, consistente en la capacidad análoga y respectiva de «recepción» para asumir «aportaciones sociales, sobre todo después de la Ley de 31 de diciembre, creadora de la prima de reserva».

Añade a continuación que en la liquidación impugnada se aplicó torcidamente el apartado 2) del repetido art. 19, el cual reputa como «cesión» a la Sociedad emisora la diferencia en más del valor de lo desembolsado por el accionista con relación al nominal de las acciones, porque «el desembolso de la prima legal no constituye un «mayor valor», sino el complemento necesario para que las nuevas acciones aporten a la Sociedad un contenido económico análogo al que reciben, como títulos representativos del capital social y como títulos representativos de una parte de reservas; esto aparte—sigue diciendo el Tribunal—de que dicho mayor valor no descansa, como exige el apartado 2) del art. 19 del Reglamento, en la «declaración del interesado, sino que viene cifrado oficial y obligatoriamente por

la Administración, limitándose el accionista a consentirlo cuando suscribe la acción»; y por todo ello, en definitiva, «estas aportaciones de la prima legal no pueden tener otra calificación, tanto por su origen—indicación legal—como por su definición—acto de la Administración—, como por su destino—cuenta de reservas—, que el de «aportación social suplementaria», y por este concepto deben ser liquidados». Es decir, añadimos nosotros, al 1 por 100, como si se tratara de las aportaciones sociales propiamente dichas de las reguladas en el apartado 1) del mismo art. 19.

Comentarios.—Hemos expuesto con amplitud el razonamiento de la Resolución que estudiamos porque el tema es interesante e importante en estos tiempos en que son tan frecuentes y tan cuantiosas las ampliaciones de capital de las Sociedades Anónimas por medio de la emisión de nuevas acciones con prima de emisión, dado que las antiguas tienen en el mercado bursátil una cotización frecuentemente muy superior al capital nominal que legalmente representan.

El tema fué planteado y estudiado por primera vez, según creemos, en la Resolución del propio Tribunal Central, en 28 de noviembre de 1952, la cual fué rectificada por la Orden del 8 de junio de 1953, resolviendo la consulta que sobre el caso entonces cuestionado elevó al Ministerio de Hacienda el mismo Tribunal Central.

Esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO comentó en su momento—número de marzo-abril de 1955—con extensión el caso, y sostuvo, sin mengua de los debidos respetos para el Ministerio y para el Tribunal, tesis distinta a la que ambos sostuvieron, las cuales, como vamos a ver, tampoco eran coincidentes; y hoy, salvados de nuevo plenamente esos mismos respetos, insistimos en nuestros puntos de vista completando nuestros razonamientos a la vista de los nuevos argumentos que ahora hace el Tribunal.

El caso entonces estudiado era sustancialmente igual al presente, si bien presentaba un matiz diferencial que consistía en lo siguiente: en aquella ampliación la Sociedad acordó que los nuevos títulos habrían de adquirirlos los accionistas al tipo de cotización del 390 por 100, o sea integrando 1.950 pesetas por acción, mientras que la Orden ministerial autorizando la emisión había fijado la prima de emisión en 549,30 pesetas por acción, resultando así como valor de cada una el de 1.049 pesetas; mientras que en el caso actual lo què

origina la contienda es la prima de 187,50 pesetas oficialmente fijada por la Administración.

Entonces se adoptaron tres soluciones: una, la del Tribunal Provincial, consistente en liquidar la diferencia entre las 500 pesetas del valor nominal de cada acción y el de 1.950 pesetas fijado por la Sociedad como cesión del accionista a la Sociedad; otra, la del Tribunal Central, que entendió que la base del concepto «cesión» no había que determinarla comparando el valor nominal con el de la prima de amortización fijado por la Sociedad ni tampoco con el determinado por la Administración; sino comparando esa dos primas y hallando la diferencia.

En síntesis, proponía una liquidación al 1 por 100, concepto aportación, sobre la base del valor nominal más el valor de las primas fijadas por la Administración, y otra al 3 por 100, concepto «cesiones», sobre la base de la diferencia entre el valor de dichas primas y el dado a las mismas por la Sociedad.

Frente a esas dos soluciones dió la suya el Ministerio al resolver la consulta del Central; y dijo, como ahora dice la Resolución que nos ocupa, que no procedía apreciar ni liquidar el concepto «cesión», sino que el importe total de las primas debe liquidarse, al igual que el importe del nominal de las acciones emitidas, como «aportación» al 1 por 100.

En definitiva, pues, el problema está en determinar el concepto jurídico-fiscal de la prima de emisión objeto de la contienda, y para ello el punto de partida inexcusable está en precisar el contenido jurídico-económico de las acciones, esto es, del título que la Sociedad entrega al accionista y en el que quedan plasmados los derechos de éste, y por ende las obligaciones de aquéllo.

Tales derechos se reducen, en el momento de la suscripción, a reconocer al accionista una participación en el *capital social* equivalente al valor nominal de la acción, y este incremento así obtenido del *capital social* es lo que la Ley y el Reglamento califican específicamente como *aportación*, ya se realice en el momento de constituirse la Sociedad, ya en lo sucesivo, y como tal concepto específico lo define y tarifa el apartado 1) del art. 19 del segundo de dichos textos.

Dé la acción se derivarán eventualmente en lo sucesivo otros derechos, como son el de percibir los dividendos y el de participar en su día en la parte alícuota del *haber social*, cuando éste llegue a re-

partirse entre los accionistas, pero ello en nada afecta al concepto *aportación*.

Tan es ello así, que esos derechos eventuales girarán siempre en función del valor nominal de la acción y nunca en el que tengan en el mercado o en el que hubieran tenido al ser puestas en circulación con prima de emisión, bien sea la fijada por la Entidad emisora, bien por el Ministerio de Hacienda.

Es decir, que los derechos esenciales nacidos de las acciones se discriminan por su valor nominal, cualquiera que haya sido el coste desembolsado por el accionista al adquirirlas, de tal manera que la acción que fué adquirida por su valor nominal devengará el mismo dividendo que la que lo fué con prima de emisión, y ambas participarán en la misma cuantía en el *haber social efectivo*, llegado el momento de ser éste distribuido entre los socios.

A nuestro entender, en esta equiparación de derechos entre las acciones adquiridas a la par y las adquiridas con prima está la clave para llegar a la solución jurídico-fiscal del problema. La acción adquirida con prima de emisión no tiene más ni menos derechos que la que lo fué a la par, o sea por su valor nominal, de manera que su coste, y por tanto el importe de la prima de emisión, no juega para nada ni en los dividendos posibles futuros, ni en la amortización que, en su caso, pueda alcanzarle, ni en la participación en el *haber social líquido* el día que la Sociedad se disuelva. Tan es ello así, que la acción, cualquiera que sea su coste por cima de la par, sea en Bolsa, sea en el caso de ser emitida con prima, como ocurre en el que contemplamos, es, como ya dicho, un título que esencialmente liga a la Sociedad con el accionista en el sentido de reconocer que éste es partícipe en el capital y en su día en el *haber líquido social*, en la proporción que el valor nominal de la acción represente, y junto a esos derechos, el de participar en los eventuales dividendos en la misma proporción.

Esto dicho, es cosa de preguntarse: y entonces, ¿qué concepto ha de darse al importe de la repetida prima? ¿Es que no es una verdadera *aportación al capital social*?

A esto contestamos que no, aunque sea verdad, como dice la Resolución comentada, que las primas de emisión son un contrávalor destinado a la nivelación económica de los títulos viejos y los nuevos, y que en orden al *patrimonio social* sean una adquisición que «aumenta sus fondos activos».

No son confundibles el término *capital social* con el de *haber social* o *patrimonio social*. Serán equivalentes en el momento de la constitución de la Sociedad, pero no después, una vez que ella desarrolle sus actividades económicas, ya que a partir de ese momento el haber o patrimonio social efectivo será mayor o menor que el capital constituido; según haya ganancias o pérdidas.

Sentadas las precedentes consideraciones, vamos llegando a una conclusión que no puede coincidir con la sentada de contrario: si no se trata de una aportación destinada a incrementar el capital social, como expresamente lo reconoce el acuerdo que estudiamos al decir que se trata de «una auténtica y verdadera reserva con la finalidad de incrementar las que la Sociedad tiene constituidas», ¿se podrá liquidar por el concepto y tipo de las aportaciones reguladas en el apartado 1º del art. 19 del Régimen?

O en otros términos, puesto que el importe de las primas de emisión no constituye una aportación al *capital social*, aunque sí sea una aportación a los fondos de reserva, ¿la calificación jurídico-fiscal ha de ser la misma para esas dos fuentes de enriquecimiento y aumento del patrimonio social?

Nosotros entendemos firmemente que no, so pena de desnaturallizar el concepto «aportación» al olvidar que el citado art. 19, siempre que emplea ese concepto, lo refiere al capital social, como lo demuestra la simple lectura de los apartados 1), 3) y 11); y cuando quiere referirse a otra clase de bases tributables, habla de «capital efectivo» —apartado 4º—, haber social del socio que se separa —apartado 6º—, haber líquido cuando la Sociedad se transforma o cuando se funde con otra —apartados 14º y 15º, etc. Por consiguiente, cuando el apartado 2º habla del «valor de las acciones o participaciones en la Sociedad», para enfrentarla con el de los bienes aportados y hallar la diferencia entre éstos y «el valor de dichas acciones», deduciendo de ella el concepto y la base de la «cesión», no se refiere ni quiere referirse más que al valor nominal como representativo de una parte alícuota del *capital social*.

Siendo esto así y siendo indiscutible la diferenciación que hemos razonado entre los derechos que entraña el contenido de la acción, es obvia la conclusión de que no es adecuada y atinente la interpretación que se da de contrario al apartado 2º citado; y es, en cambio, claro que en los casos, como el presupuesto, de emisión de acciones con prima de amortización, aparte del acto liquidable de «aportación»,

surge reglamentariamente el de «cesión» en cuanto al importe de dicha prima se refiere, porque esa prima, lejos de ser un acto de «aportación» de su importe al *capital social*, es una adquisición de posibles derechos perfectamente configurados y encuadrados en el concepto reglamentario de «cesión», y perfectamente diferenciados del de «aportación», respecto al que el gravamen tributario pesa sobre la Sociedad como adquirente del capital social aportado. Siendo de notar que si bien en tal «cesión» el que entrega el metálico y adquiere los derechos es el suscriptor de la acción, y por tanto él debiera ser el gravado con la exacción fiscal como cesionario o adquirente, a tenor de la regla general de este impuesto, sin embargo no es así en estos casos porque el tan repetido apartado impone a la Sociedad cedente el pago del tributo.

Como el tema de que tratamos fué objeto de amplio comentario en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en el número de marzo-abril de 1955, a ese comentario remitimos al curioso lector. Allí estudiamos, con el mismo criterio que ahora, la misma cuestión a la vista de la Orden que el Ministerio de Hacienda dictó en 8 de junio de 1953, al serle elevada en consulta por el Tribunal Económico-Administrativo Central su Resolución de fecha 28 de noviembre de 1952 sobre un caso—como más arriba, dejamos dicho—de liquidación de una cuantiosa ampliación de capital de una S. A. por medio de una emisión de acciones con una fuerte prima. Esa Orden dijo que la diferencia entre el valor nominal de las acciones y el representado por la prima de emisión no engendraba el acto de cesión a favor de la Sociedad, a que se refiere el apartado 2) del art. 19 del Reglamento, y que el importe de esas primas era liquidable, al igual que el nominal de las acciones, como aportación social, al tipo de 1 por 100, según anteriormente dijimos.

LA REDACCIÓN

VARIA

DERECHOS REALES EN LAS SOCIEDADES Y VALORES MOBILIARIOS, por Federico Bás y Rivas.—Editorial «Revista de Derecho Privado», 1955, 639+XXXII págs.

Los nuevos ordenamientos de las Sociedades Anónimas y Limitadas contenidos en las Leyes de 17 de julio de 1951 y 1953, respectivamente, suscitaron en el mundo de las finanzas, y más vivamente en el del Derecho, una viva curiosidad, un lógico afán de dar a conocer el alcance y trascendencia de las profundas reformas que en el régimen jurídico de dichas Sociedades se introducían y a desentrañar el sentido y significación de las nuevas Leyes. Un espíritu tan abierto a la investigación y estudio del Derecho como el de F. BÁS no podía permanecer indiferente ante la inquietud científica que había despertado la promulgación de aquellas Leyes. Y como fruto de sus fecundos desvelos nos ofreció el magnífico libro al que estas notas se refieren.

F. BÁS, con el suyo anterior de comentarios al Impuesto de Derechos reales, se ganó, como saben los lectores, el alto y merecido prestigio en esta materia que unánimemente le ha sido otorgado. Cuando por haberse agotado la edición se disponía a preparar una segunda, las Leyes de Anónimas y Limitadas le dieron que pensar, según él mismo dice en la *Autocrítica* del libro de que ahora me ocupo. Y sus meditaciones le indujeron, seguramente, a dedicar una

especialísima atención al Impuesto de Derechos reales en su aplicación a las Sociedades.

Pero nuestro autor no se satisface—ya lo tiene demostrado en su larga producción—con ser un frío exégeta de los textos legales. Su temperamento analítico le impone la necesidad de investigar los motivos y fundamentos de los mismos, a indagar la mente del legislador, a estudiar los reflejos y repercusiones que las Leyes puedan tener en su aplicación práctica y en su relación con otras disposiciones legales, a hacer, en fin, una cálida y concienzuda labor de hermenéutica. Estima, sin duda, que «el saber de las Leyes non es tan solamente aprender e decorar: las letras dellas, mas el verdadero sentido dellas». Y lo logra, ciertamente, con éxito, en este su nuevo libro. Quien guiado solamente por el título de él creyere que su autor se limita a exponer cómo deba aplicarse la legislación del Impuesto de Derechos reales a los actos y contratos relativos a las Sociedades, incidiría en un lamentable error, del que saldría por sí mismo tan pronto como, forzado por la lectura del mismo libro, reflexionase que un trabajo a tales términos reducido adolecería de insuficiencia, porque quedaría fuera de él el necesario examen de múltiples cuestiones de carácter jurídico, mercantiles y civiles, que ni siquiera se habrían previsto, no obstante formar en algunos casos la fundamentación básica, la motivación ideológica del criterio normativo aplicable en determinados supuestos. Por ello se puede afirmar, sin riesgo de equivocarse, qué este libro es doblemente interesantísimo: en cuanto contiene una rigurosa y clara exposición sistemática de la legislación del Impuesto de Derechos reales en su aplicación a las Sociedades mercantiles desde un ángulo meramente fiscal, y por cuánto estudia muchos y complicados temas de Derecho mercantil relativos a las mismas y cuyo conocimiento es indispensable, o al menos útilísimo, para aquellos a quienes interese saber cuál sea la exacta y justa solución de los problemas que aquella aplicación provoca. Y también para cuantos quieran instruirse en la materia objeto de aquellos temas.

* * *

De esta nueva obra de F. BAS dice acertadamente su prologuista (1) que es insuficiente para desarrollar por sí sola todo el cúmulo

(1) Don JOSE PEREZ FERNANDEZ, Magistrado, que prologa el libro con un méritísimo trabajo dedicado al examen de las muy originales cuestio-

de ideas contenidas en ella, y que «lanzadas de manera espontánea y original podrían servir cada una de ellas para la concepción de un tratado».

Y así es ciertamente. En la imposibilidad de hacer referencia a cada una de esas ideas a que el prologuista alude, trataré de hacer una somera indicación de algunas de ellas.

Comenzando por la de la *Empresa*, innegable realidad que «tiene que entrar en el mundo jurídico como sujeto o como objeto de derecho. La concepción de la *Empresa* como sujeto de derecho es una teoría completamente abandonada...». Si, pues, hay que configurarla como objeto; ¿deberá ser considerada como un *bien*, mejor aún, como una *universalidad de bienes* (teoría de ROCA SASTRE), como una organización (opinión de FERRARA y, con algunas variantes, de MULLER-ERZBASCH, PISKO, MOSSA, CASANOVA...) o (en sentir de GARRIGUES) como esa misma organización que vincula entre sí los elementos patrimoniales de la explotación y les da un valor superior a la suma de los valores aislados? BAS concibe también la *Empresa* como organización creada por la idea inspiradora como elemento espiritual, pero accionada por el fin utilitario que persigue y que deja ver sus resultados por la diferencia entre el valor industrial y el material, por lo que no puede negarse a la empresa cierta existencia física y la posibilidad de transmitirse, comprendiéndose en la transmisión no solamente los elementos materiales componentes del negocio, sino también el intelectual, el esfuerzo materializado en el negocio, que es esencial en la *Empresa*. En el Derecho español, lo mismo la legislación que la jurisprudencia perfilan la concepción de la *Empresa* como una universalidad, aunque la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria, viene a negar implícitamente que la *Empresa* pueda ser objeto de garantía. Y en la misma orientación, la Ley de Anónimas y la de Limitadas (arts. 31 y 8.^o, respectivamente) disponen que sea aplicable el art. 1.532 del Código civil a la aportación de una empresa o establecimiento mercantil o industrial a una u otra clase de Sociedades; y que el art. 142 de la primera de dichas Leyes preceptúe, en el caso de fusión de Sociedades, el traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir los derechos y obligaciones de las fusionadas. (2).

nes tratadas por él: la diferenciación entre el «capital social», «patrimonio» y «fondo común».

(2) Si ello es así, como parece indudable, si la *Empresa*, aun no siendo

Estos conceptos sirven de precedente doctrinal y legislativo para examinar los actos de aportación y de transmisión de Empresa desde el punto de vista del Impuesto de Derechos reales y para plantear el primer problema que desde ese mismo ángulo se provoca, el de la naturaleza jurídica de la Empresa. Ésta, fiscalmente considerada, ¿es bien mueble o inmueble? Pese a la argumentación contraria, si la Empresa no fuera siempre un bien inmueble, el fraude en cuanto al tipo de imposición sería facilísimo y de imposible evitación, aunque para conseguirlo se pusiera en acción el máximo rigor fiscal. La solución que se dé al problema adquiere evidente relevancia cuando proceda liquidar el Impuesto de Derechos reales por la adjudicación en pago o para pago de deudas que, en los casos de aportación, fusión o cualquiera otra forma de transmisión, tuviere la Empresa aportada, fusionada o transmitida.

Amortización de acciones.—Entre los muchos temas tratados con singular maestría y sorprendente originalidad en el libro a que vengo refiriéndome, acaso sea un aspecto del aquí epígrafiado el que participa de éstas cualidades en grado superlativo. A mí, al menos, me cautivó tan pronto como pude conocer el estudio que BAS le dedicaba, y ya en otra ocasión pude dar como anticipo un breve extracto de esta cuestión (3), según la considera dicho autor. Esta concepción de BAS contrasta abiertamente con la cómoda opinión generalmente man-

persona jurídica, si es una efectiva organización de actividades, de bienes, de relaciones y de servicios que forma en su conjunto, no en los elementos aislados que la integran, una entidad sustantiva que se desenvuelve en la vida del Derecho, su existencia debe quedar reconocida y regulada por el Poder público, tanto en el orden administrativo como en el jurídico. Consiguientemente surge el aspecto registral de la Empresa. No basta a este respecto con la existencia de Registros administrativos, como para algunas clases de Empresas ya existen; es necesario incorporar todas ellas a un solo Registro de carácter jurídico, que en la organización de los existentes en nuestra patria no puede ser otro que el Mercantil. Y en la reglamentación actual del mismo, la Empresa no puede ser llevada a él ni aun dando una excesiva extensión al número 4º del artículo 112 del Reglamento que regula su organización. La Empresa es cosa distinta de la Sociedad titular de su dominio y, por otra parte, existen Empresas individuales que no tendrían posibilidad de inscripción. Seguramente los redactores del Reglamento del Registro Mercantil en proyecto habrían considerado la inscribibilidad de la Empresa. ¿Para admitirla o para rechazarla?

(3) Véase la nota (102) de mi trabajo *El proceso fundacional de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en la ordenación legal de su régimen jurídico*, publicado en esta REVISTA, tomo XXVII, núm. 316, septiembre de 1954, pág. 685.

tenida; mas F. BAS construye su posición con tal solidez dialéctica, que fuerza a adherirse a sus conclusiones. A esta cuestión, en su esencia medular, está dedicado, como antes dije, el prólogo de este libro.

Separándose de la corriente seguida por un gran sector de la doctrina, y para llegar a la conclusión de que no siempre la amortización de acciones en las Sociedades Anónimas o de participaciones en las Limitadas provocan el acto de reducción de capital que, según dicho sector doctrinal, implican dichas amortizaciones, BAS sostiene que tales amortización y reducción no son siempre términos correlativos, como sucede, por ejemplo, cuando de existir esa correlación se quiebra la idea de garantía que para los acreedores representa el capital social. Quienes sólo contemplen esta cuestión desde la atalaya en que les colocan los arts. 47 y 20 de las Leyes de Anónimas y Limitadas, respectivamente, es probable que juzguen aventurada y audaz la concepción de este autor. Pero BAS, que ha penetrado a fondo en la entraña del problema y considerado éste desde todos los ángulos en que las Leyes lo configuran, fundamenta cumplidamente su tesis comenzando por ofrecernos un magnífico estudio diferencial de los tres conceptos: *fondo común*, *capital* y *patrimonio*, discriminación indispensable para abarcar en su conjunto los elementos económico, jurídico y orgánico que, en definitiva, han de conducir a una solución exacta.

Es evidente que en todo «fondo común» hay comunidad acusada por las cuotas en que está dividido; y es evidente también que sin ese «fondo común» no hay Sociedad. Si el fondo común se constituye en patrimonio autónomo, surge una personalidad jurídica al dominio de la cual pasa lo que hasta entonces era propiedad de los comunitarios. Mas no por eso desaparece la idea de la comunidad, porque es incuestionable que los componentes de la nueva entidad, los socios, tienen derecho a los beneficios que se repartan, como lo tienen asimismo a los bienes que puedan corresponderles en el haber líquido de la entidad creada cuando llegue el trance de su disolución. De donde resulta que la idea primitiva del «fondo común» no ha desaparecido aunque se haya transformado la estructura jurídica del titular de su dominio. Esta idea del «fondo común» se enuncia en la misma Ley de Sociedades Anónimas cuando en su Exposición de Motivos distingue entre la Sociedad como persona jurídica titular de la Empresa y la Empresa como realización caracterizada por la comunidad

dé trabajo (4). Y se manifiesta más acusadamente cuando a las Sociedades Anónimas y Limitadas se les aportan industria o trabajo—sin cifrar capital, claro está, pero sí con participación en los beneficios—mediante la creación de acciones o participaciones preferentes o de prestaciones accesorias.

El «capital», como riqueza, es un concepto económico contable que permite fijar un punto de partida y servir de referencia para determinar si existen o no beneficios durante la vida social. En las Sociedades de tipo capitalista este concepto es jurídicamente necesario; porque trasciende a los extraños y ejerce una función de garantía y seguridad, y es por ello por lo que se puede hablar correctamente de *capital social*. No sucede así en las Sociedades puramente personalistas, las cuales no tienen, propiamente hablando, *capital social*, sino únicamente «fondo común» y «patrimonio». No en balde en este orden de Sociedades es posible la aportación de industria (art. 1.665 del Código civil y 151 del de Comercio), integrando capital, lo que no está permitido en las Sociedades capitalistas (art. 11 de la Ley de Anónimas y 3 de la de Limitadas). Ya el Código de Comercio, en sus arts. 125 y 151, establecía esta diferencia por cuanto el primero no exigía para las Sociedades colectivas la expresión del *capital social*—esta exigencia no aparece hasta el Reglamento del Registro Mercantil—, sino, únicamente la del *capital*, como individualización de las aportaciones *propias* que hicieren los socios a los efectos de la liquidación de la Sociedad, en su día, y de lo dispuesto por los arts. 140 y 141 del mismo Código. Por regla general, el «fondo común» está constituido por dinero o por bienes en dinero convertibles, y estos casos inducen a confundir los conceptos, «fondo común» y «capital». Mas sucede a veces que el primero de estos dos conceptos está invadido totalmente por el trabajo—aportación de industria—; hay otras en que el elemento invasor es el consumo—Cooperativas de Consumo, por ejemplo—; y existen algunas en las que se da la convivencia de varios elementos: capital y trabajo. Así, pues, en las Sociedades capitalistas cabe un «fondo común» que no sea «fondo capital», y es posible que haya un «fondo capital» que difiera del «capital social».

Por eso en toda clase de Sociedades hay que distinguir tres conceptos distintos que juegan en diferentes planos: «fondo común»,

(4) Sagaz observación del prologuista, señor PÉREZ FERNÁNDEZ.

concepto de orden interno vinculado exclusivamente a los que en él tienen parte y que determina la proporcionalidad de las cuotas, cuando éstas hayan de manifestarse; «capital social», que tiene un solo fin jurídico y actúa como límite de retención de valores en garantía de terceros, y «patrimonio», que interesa a terceros y no a terceros, porque se orienta en dos direcciones, una de responsabilidad para los acreedores de la Sociedad, y otra la de ofrecer bienes sobre los que recaen los derechos en común. Estos tres conceptos son iguales *ab initio*, se pueden cifrar en la misma cantidad, pero dispares tan luego como la Sociedad comienza sus operaciones de tráfico, momento en el que el «patrimonio» rompe la igualdad, aunque el «fondo común» y el «capital» sigan con la misma cifra abstracta y ficticia, ya que el verdadero valor de la cuota parte social lo determina su punto de contacto con el «patrimonio».

Con tales presupuestos, que Bas expone con singular acierto y meridiana claridad, el autor formula las siguientes normas: 1.^a Una Sociedad puede adquirir sus propias acciones con cargo al capital social previo acuerdo de reducción, y únicamente para amortizarlas. 2.^a También puede una Sociedad adquirir sus propias acciones por títulos de compraventa o permuto «al solo efecto de amortizarlas». (5), con cargo a beneficios o reservas libres. Los preceptos sobre reducción de capital no necesitan ser observados cuando ésta se realiza por vía de amortización con cargo a dichos beneficios o reservas.

No es posible, por mucho que se sintetice, condensar en una reseña, sin mengua de la claridad, la brillante doctrina que con triunfal dialéctica expone Bas para razonar las tres cuestiones anteriores. Véala y estúdiela el lector en el libro a que estoy refiriéndome, porque su conocimiento le será indispensable, o cuando menos útil, para entender y aplicar las normas fiscales relativas al Impuesto de Derechos reales en los diferentes casos de amortización de acciones—y de participaciones sociales—, según que la operación se realice con cargo a capital o a beneficios o reservas libres y en los casos en los que las cuotas sociales las adquiera la Sociedad por tí-

(5) El autor se hace cargo de que amortizando acciones sin reducir capital se puede llegar a la existencia de Sociedades sin acciones, lo que, lejos de ser problema, ofrece al legislador medios para resolver otros problemas a base de ir sustituyendo el «fondo capital» por «fondo de trabajo», sin perjuicio de que siempre habrá una solución en las «acciones de disfrute».

tulo lucrativo u oneroso, con la variedad de problemas que, en unos y otros supuestos, se presentan.

Bonos y acciones de disfrute.—En la selección de las cuestiones más interesantes tratadas en este libro, he de ir separando muchas de ellas, que tienen tal cualidad para referirme solamente a algunas de ellas; pues así lo impone la índole de este trabajo. Y entre las seleccionadas presento aquí las que el autor estudia en el capítulo II de la segunda parte del indicado libro: «Emisión de acciones y de más títulos con derecho a participar en los beneficios». Y no todas las que allí se abordan (6); sino únicamente los títulos enunciados en el anterior epígrafe.

«Entre el vivero de títulos concebidos por el magín financiero, destacan por la variedad de clases, tipos y especies las mal llamadas acciones de disfrute, según URÍA, y que nuestra Ley, usando de una terminología más correcta, denomina simplemente bonos, aunque a nuestro juicio son conceptos distintos.» «El puro concepto de bono de disfrute es el que, por regla general, nos ofrecen los tratadistas al decirnos, pocas más o menos, que son títulos a los que se incorpora el derecho a participar en los beneficios de la Sociedad, generalmente en cuantía inferior a la que corresponde a las acciones, sin derecho a voto, y que se entregan a los antiguos accionistas cuando se amortizan sus acciones.» Ello, a veces, responde a un postulado de equidad. Por eso en algunos Estatutos sociales—según GARRIGUES, citado por BAS—«en que se prevé la amortización de acciones con cargo a beneficios, se dice categóricamente que cada acción amortizada por sorteo será reemplazada por una acción de disfrute que tendrá todos los derechos de una acción de capital.» De dónde resulta—añade BAS—«que esas acciones de disfrute pueden serlo mismo que las acciones ordinarias, pero con la ventaja de que el accionista ha reembolsado el valor nominal», con evidente falta de equidad.

Para nuestra Ley de Sociedades Anónimas, por prescripción de su art. 39, párrafº 3.º, los Estatutos sociales pueden otorgar el derecho de voto a las acciones cuando éstas hayan sido reembolsadas por la Sociedad. En cambio, los bonos de disfrute entregados a los

(6) Acciones ordinarias, acciones privilegiadas, partes de fundador, bonos y acciones de disfrute, rentas de prioridad, acciones de trabajo, bonos y acciones industriales.

titulares de las acciones ordinarias reembolsadas no confieren ese derecho. Sea o no acertada la interpretación que URÍA (*Comentario, en colaboración con GARRIGUES, a la Ley de Sociedades Anónimas*) y PELAVO HORE (*Protección de la cifra capital en la Sociedad Anónima*), dan al citado precepto legal para concluir que el derecho de voto puede también ser concedido estatutariamente a los bonos de disfrute, y ello es discutible; lo que no ofrece duda es que, para la citada disposición legal, «los bonos de disfrute son unos títulos distintos de otros; a los que se puede conferir todos los derechos menos el de voto, salvo que los Estatutos dispongan lo contrario; y esos títulos pudieran ser llamados acciones de disfrute».

Mas prescindiendo de ese derecho de voto, que al Impuesto de Derechos reales no interesa, las acciones o bonos de disfrute, doctrinalmente, pueden configurarse: «a), como títulos sólo con el derecho a participar en las ganancias, sustitutivos de acciones ordinarias amortizadas; b), como títulos con derecho a participar en los beneficios y parcialmente en la cuota de liquidación, también sustitutivos de acciones amortizadas, y c), como títulos que, lejos de ser sustitutivos de acciones amortizadas, conservan íntegros todos los derechos de éstas, pese al reembolso».

Esas tres figuras jurídicas son posibles en la Ley de Sociedades Anónimas al amparo de la norma 5.^a de su art. 11, permisiva del establecimiento de pactos lícitos en las escrituras fundacionales, siempre y cuando se considere que no es lo mismo «reembolsar» que «amortizar». Porque, en efecto, se puede amortizar y no reembolsar (compra por la Sociedad de sus mismas acciones); «reembolsar» y no «amortizar» (el concepto de amortización por reembolso exige el acuerdo de qué el reembolso provoque la amortización, según se deduce del párrafo 2.^o del art. 100 de la Ley); y se puede «amortizar reembolsando».

Las consideraciones que preceden tienen su adecuada aplicación en el Impuesto de Derechos reales, habida cuenta de lo prescrito por el art. 19 de su Reglamento, en los apartados 3), 11), 13) y 19), en relación con los actos de emisión de bonos de disfrute cuando previamente se ha liquidado el impuesto por disolución de la Sociedad; de reducción de capital social; del concepto de entrega de bienes a los socios, etc.

· Comunidad de bienes.—De las múltiples materias tratadas en este libro, me detengo en la anteriormente enunciada por entender que su exposición y estudio en el mismo ofrece interesantísimas novedades, tanto en el aspecto civil como en el fiscal.

«Sociedad y comunidad, respectivamente, equivalen a patrimonio autónomo y patrimonio indiviso; patrimonio en formación y patrimonio en conservación; estado «buscado» y estado «sufrido»; ánimo de lucro y ausencia de esta finalidad.» Parece poco acertada la frase «comunidad de bienes», con la que nuestro Código civil epigrafió el título III de su libro II, porque la comunidad es concepto subjetivo, y en cambio la proindivisión ofrece un concepto objetivo. Ello se comprende con sólo advertir que la «copropiedad», además del derecho de propiedad en común, exige para la limitación del concepto la unidad física o jurídica en el bien que sufre la proindivisión; en cambio, en la comunidad en el derecho de propiedad hay una masa de bienes *«ex distantibus»* sólo limitada en el espacio por el propio derecho en comunidad y hasta donde éste alcance. Ahora bien, la comunidad puede surgir a la vida del derecho *incidentalmente* (herencia) o *accidentalmente* (por consecuencia, de acto o contrato) o *voluntariamente* (contrato de creación de comunidad).

Esta diferenciación en el origen de las comunidades de bienes es fundamental para la recta inteligencia del Impuesto de Derechos reales en orden a la constitución de comunidad para negocios mercantiles o industriales, porque no toda constitución de comunidad para ese fin está sujeta a dicho Impuesto, según el art. 19, 28), de su Reglamento, que en este particular ha modificado lo dispuesto por el Reglamento de 1941. La norma no alcanza a las comunidades anteriormente calificadas de incidentales o accidentales, sino a las contratadas con esa finalidad específica. Por consiguiente, no hay motivo de imposición, y esta creencia es únicamente compartida en los actos y contratos de transmisión de participaciones indivisas. Ni tampoco en la creación de comunidades si la asociación de dueños *no se ha pactado expresamente por ellos*. Por eso no tributa la comunidad de herederos que, fórmula incidentalmente, surge en toda herencia con pluralidad de herederos antes de ser partida la masa hereditaria; ni la impuesta por el testador en el caso del artículo 1.051 del Código civil; ni, contrariamente a lo que disponía el Reglamento de 1941 en su art. 19, 26), la establecida por el cau-

sante conforme al art. 1.056 del mismo Código ; ni la comunidad de herederos constituida por adjudicaciones hechas en operaciones partitacionales de herencias. Y entre las comunidades con origen en pacto expreso, aunque su exclusiva finalidad sea la explotación de negocios mercantiles o industriales, tampoco tributan por este Impuesto aquéllas que no hayan de tributar por contribución industrial o de Utilidades.

Por lo que respecta a la extinción y modificación de comunidad, BAS, tras un esquema de las normas dictadas, en cuanto al primero de estos dos conceptos, a partir del Reglamento de 1911, y ateniéndose a la contenida en el ahora vigente (párrafo 29) del art. 19, que si bien no ofrece duda sobre el espíritu del precepto, posiblemente no esté expresado con claridad, opina que la actual norma positiva quiere que «en ningún caso estén sujetos a tributo aquellos actos que implican procesos divisorios retardados de *bienes* adquiridos por herencia, legado o donación ; pero bien entendido que al decir «bienes» no se refiere a las *cuotas partes*, sino a los bienes que sufren la proindivisión adquiridos por título lucrativo y con esa proindivisión dibuja a la comunidad en el derecho de que se trate». Y como orientación para la aplicación práctica de este criterio, presenta por vía de ejemplo varios supuestos, alguno de los cuales, reconoce el autor, soluciona con fórmula contraria a la doctrina sustentada por el Tribunal Económico-Administrativo Central. Pero, ¿y si las cuotas partes en la comunidad han sido adquiridas lucrativamente unas y onerosamente otras? Caso es éste que, frecuentemente, provoca diversidad de opiniones, en alguna de las cuales se interfiere inadmisiblemente el concepto de permuta. Cuando suceda así, no se olvide que la evasión del tributo está admitida sólo en consideración al título adquisitivo de los bienes, que no definen las participaciones en la comunidad. En cuanto a las causas que dan motivo para la extinción de la comunidad; obsérvese que todas las que no sean la «división material» tributarán por el concepto que corresponda (compraventa, adjudicación, el que sea), pero en modo alguno por el de disolución de Sociedad. De la modificación de comunidad sea suficiente decir aquí que, según BAS, no tributa ; sin perjuicio de que sí estén sujetos al impuesto los actos que se deduzcan de esa modificación. Y en todo caso, tanto para la disolución como para la modificación, especialmente para aquélla, huel-

gal decir que «hay que tener en cuenta los desplazamientos económicos que pongan de manifiesto la comprobación de valores».

Finalmente, en la relación que pueda existir, a efectos fiscales, entre los conceptos de copropiedad y Sociedad, el libro a que vengo refiriéndome estudia también la división material de los bienes poseídos proindiviso, el contrato mercantil de cuenta en participación, la copropiedad de buque y las asociaciones toutinas.

Quedan aún muchas materias de las tratadas en este libro merecedoras, por su especial importancia, de parar la atención en ellas, pues cada uno de sus capítulos constituye una completa e insuperable monografía, y todas ellas, perfectamente ordenadas y sistematizadas, un estudio exhaustivo del Impuesto de Derechos reales en su aplicación a las Sociedades y valores mobiliarios, ya que no se omite manifestación ni aspecto alguno que pueda contemplarse en el estudio de unas y otros.

Por lo que se refiere a las Sociedades, primera parte de la obra, se examinan los varios períodos de su constitución y diferentes aportaciones a ellas; el aumento y reducción de capital; las prórrogas, modificaciones, transformación, fusión y concentración de Empresas; su disolución con los problemas inherentes a las adjudicaciones en pago y para pago de deudas. Se estudia asimismo cuanto pueda interesar en relación con las Sociedades extranjeras que operan en España, las domiciliadas en las provincias de Alava y Navarra o en territorio de África Occidental Española, con los problemas que puedan plantearse por diferencias en los cambios de moneda, cuando se trate de las primeras, y a la emisión de obligaciones por lo que se refiere a todas. También son objeto de estudio las Sociedades especiales (cooperativas, universales, irregulares, inmobiliarias, de interés nacional y de seguros) y la nacionalización de Empresas extranjeras. Finalmente, la adaptación de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada a su respectivo nuevo régimen jurídico.

En la segunda parte del libro, dedicada a los valores mobiliarios, es de admirar, y con frecuencia de estudiar y meditar, cuanto allí se dedica al examen de la emisión de acciones y demás títulos con derecho a participar en los beneficios, que anteriormente

indiqué; al de los efectos públicos; al de la emisión, transformación y amortización de obligaciones simples o con garantía, sea ono-hipotecaria (7), incluso a las emitidas en el extranjero con garantía de bienes sitos en España, sin olvidar, claro está, la proyección del Impuesto de Derechos reales en el Sindicato de Obligacionistas; al de la transmisión a título oneroso o gratuito de valores mobiliarios, ya estén emitidos por Sociedades mercantiles o industriales, o bien por las que se dediquen a otras actividades diferentes, y a la función de los valores mobiliarios en signo representativo de dinero; al de los procedimientos para la fijación de la base liquidable en la transmisión de esta clase de valores; y, por último, al de los mismos valores como objeto de préstamo, de garantía o de depósito, señalando atinadamente la posibilidad de fraude fiscal, hecha realidad con cierta frecuencia en los depósitos conjuntos, sobre todo en los constituidos en usufructo y nuda propiedad a favor de distintas personas.

* * *

«Cuando se publicó el libro *Impuesto de Derechos reales*, de este mismo autor, dije en las páginas de esta misma Revista que tal obra señalaba el vértice bibliográfico sobre dicho Impuesto. El tiempo ha venido a confirmar aquella afirmación que entonces hice. De igual modo que entre los profesionales del Derecho se dice «el Mansresa», «el Mucius», «el Morell», «el Roca», «el Garrigues», etcétera, para designar las obras de estos autores que en distintas disciplinas jurídicas han logrado unánime autoridad científica y son consideradas como indispensable elemento de trabajo, cuando del Impuesto de Derechos reales se trata se recurre siempre a «el Bas». Ello demuestra el alto prestigio que, en materia de dicho Impuesto, ha alcanzado F. Bas con su citado libro.

Pues bien; con el que ahora comento, su autor corría el riesgo de que tan bien ganado prestigio se amenguara o, al menos, empa-

(7) Observa Bas que para la Ley, la Tarifa y el Reglamento (art. 2.º, 16), de la primera; números 62 y 63, de la segunda, y artículo 20, del último), el legislador no concibe en la emisión de obligaciones otra garantía que la hipotecaria. Se desentiende de las obligaciones garantizadas con fianza personal, con aval del Estado, la Provincia o el Municipio, con prenda de efectos públicos, o, simplemente, mediante prenda sin desplazamiento. Y de esta observación deduce las consecuencias fiscales pertinentes

lideciera por tratarse en ella del mismo asunto, si bien reducido a una parte del contenido del libro anterior. Pero Bas ha salvado triunfalmente ese riesgo. Su prestigio científico, lejos de menoscabarse, ha aumentado considerablemente:

Dije al comienzo de estas notas que el libro al que elías se refieren es utilísimo no solamente para quienes interese conocer la exacta y justa aplicación de las normas que regulan el Impuesto de Derechos reales a las Sociedades y valores mobiliarios desde un ángulo meramente fiscal, sino también a todos los que quieran instruirse en las cuestiones de Derecho Mercantil y, en algún aspecto, de Derecho civil relativas a dichas entidades y valores.

Ténganlo en cuenta los opositores si quieren evadirse de una preparación *standard*.

VALERIANO DE TENA

Registrador de la Propiedad (jubilado)

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (B. G. B.).—Traducción directa del alemán al castellano, acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950, por *Carlos Melón Infante*, Becario de la Sección de Derecho Civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y Profesor ayudante de Derecho Civil de la Universidad de Madrid.—Prólogo del Doctor don *Antonio Hernández Gil*.—Bosch, Casa Editorial. — Barcelona, 1955.

Digno remate del «Tratado de Derecho Civil», de Enneccerus, y como Apéndice del mismo, con igual formato público Bosch esta cuidada traducción del B. G. B., el Código más sistemático y más científico que hasta ahora ha visto la luz del sol, objeto de censuras por su método y por su precisión técnica, pero sin que sus detractores hayan producido obra semejante. Ni siquiera lo han intentado seriamente.

Por sí solo es digno de traducción a cualquier idioma. Romero Girón, a fines del siglo pasado, antes de entrar en vigor, le incluyó en su colección de textos. Después, en un viejo catálogo de Reus,

he visto el anuncio de otra traducción, sin nombre del autor, que no he tenido en mis manos. Recientemente, *Información Jurídica*, también le ha insertado en sus páginas. Estas traducciones han facilitado la labor de los juristas españoles, pero el Tratado de Ennecerus requería un trabajo especial de adaptación gramatical y Carlos Melón ha acertado plenamente en su propósito al ofrecer el texto inicial que empezó a regir en 1900, con notas indicativas de las modificaciones posteriores hasta 1950 y exponiendo en el prólogo las aparecidas desde este año hasta 1954.

Las discrepancias con los primitivos anotadores, en cuestión terminológica, se hacen constar también en el prólogo, con la natural consecuencia de que al lector, algunas veces, le parecen mejor las palabras empleadas por los anotadores que las empleadas por Carlos Melón. Así; por ejemplo, nos gusta más padres naturales que padres de sangre. Por el contrario, nos suena mejor remoción de vocales que exhortación de vocales.

Sin embargo, cuidadosamente en las notas explica el traductor las razones que le han llevado a incluir la palabra empleada; bien por expresar mejor la idea del texto legal; o bien por adaptarse mejor a la correspondiente palabra castellana.

La labor, larga y penosa. Era necesario conocer el alemán a la perfección y dominar este idioma: El comprenderlo para entenderse y darse cuenta del sentido de la frase, aunque alguna palabra quedase ignorada, no fué suficiente: imprescindible conocerlas todas y en su sentido exacto. Despues, dominar asimismo la técnica alemana, el espíritu de su Derecho y la profundidad de su doctrina. Todo ello, después de dominar la técnica jurídica. Unicamente así podía verificarse una traducción insuperable y de gran valor para los aficionados al Derecho comparado, cada vez más numerosos, por los excelentes resultados teóricos y prácticos que produce la comparación de textos y de sistemas jurídicos. El traductor ha rendido un gran servicio a los juristas de habla castellana.

IMPUESTO DE DERECHOS REALES.—Manual práctico con legislación y jurisprudencia, por José María Ordeix Gestí, Abogado y Profesor Mercantil.—Prólogo de don Jaime de Semir y de Carroz,

Abogado y Profesor Mercantil; al servicio del Ministerio de Hacienda, excedente.—Bosch, Casa Editorial.—Barcelona, 1956.

Lejos de ser un estudio doctrinal, este libro nada más y nada menos que quiere ser, y es una obra de consulta, práctica, útil y eficaz, que tiende a resolver rápidamente el problema concreto. Así, a continuación de cada párrafo del Reglamento, se agrupan la legislación, la jurisprudencia y los oportunos comentarios que tienen relación con él. El índice alfabético de materias, nos lleva al artículo o párrafo del artículo que trata de la materia en cuestión.

La profusión de leyes, decretos e incluso órdenes, que establecen beneficios, bonificaciones o exenciones fiscales, o señalan y aclaran las dudas surgidas en la interpretación del articulado, ha obligado a refundir y sistematizar tan dispersas disposiciones. Los textos escuetos pueden inducir a confusiones lamentables, que repercuten muchas veces en obligaciones pecuniarias fáciles de evitar o prevenir. Y la memoria falla o traiciona.

Por eso, el libro es de los que se tienen en la mesa de trabajo, a cuyo efecto el editor ha procurado encuadrinarle adecuadamente y reducir sus dimensiones a las precisas para su fácil manejo y cómoda utilización.

En la exposición se siguen los epígrafes y textos legales y reglamentarios.

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL, por Manuel Albadalejo, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Oviedo.—Bosch, Casa Editorial.—Barcelona, 1955.

Nuestro desconcertante y joven maestro, inquieto, audaz, expone teorías originales. No le gustan los caminos trillados y prefiere escudriñar a su antojo y ofrecer nuevos senderos.

Los temas de que trata son de gran variedad: La posibilidad del derecho de prenda. La adquisición por usucapión del derecho real de prenda. La hipoteca unilateral. La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato. La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa. La sucesión (aire transmissionis). Sólo el testador puede partit su herencia.

La partición realizada por el testador debe llevar a la práctica el acto dispositivo. El error en las disposiciones testamentarias. De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias.

Efectivamente, en el poder garantizante o asegurador que lleva consigo el derecho de prenda, que produce el derecho de retención, el de percibir intereses y el de ejercitar las acciones de defensa de la cosa frente a terceros, está el germen de la posibilidad de la cosa y del derecho de prenda, diferente esencialmente del «ius distrahendi». Es la enorme fisura de la teoría procesalista de los derechos reales.

Nada se dice en el Código civil de que el derecho de prenda se puede adquirir por usucapión, ni al tratar de la prenda, ni al referirse a la usucapión: nuestra doctrina no ha profundizado en este estudio. Interesante el resumen del problema en el Derecho romano, Derecho histórico español, Derechos francés e italiano y Derechos modernos: Peligro, y grande, en el artículo 2.279 del Código francés y su influencia universal. Pero si nuestro Código no niega la posibilidad, a diferencia de otras legislaciones, para Albadalejo hay buenas razones que abonan una opinión afirmativa.

La confusa construcción jurídica de la hipoteca unilateral ha hecho nacer cuatro teorías principales (del consentimiento formal, de la condición suspensiva, del negocio dispositivo unilateral, de la reserva de rango). Acaso en ninguna de ellas radique el fundamento, y nuestro autor expone su criterio, negocio jurídico de disposición y real, más susceptible de anotación preventiva que de inscripción en el Registro, en la que se convertirá al llegar la aceptación. Tiene buenas razones para sentar esta conclusión.

También parece que el texto del artículo 1.200, párrafo primero, del Código civil, en interpretación avalada por su antecedente de 1851 y los Códigos francés e italiano, se limita a ordenar que el depositario o comodatario no puede negarse a devolver la cosa, a prettexto de que el comodante o depositante tiene con él alguna deuda, y que, por tanto, procede la compensación. Pues según resulta del estudio verificado por Albadalejo, esto no es así: Hay otros muchísimos casos en que tampoco se produce la compensación cuando las deudas procedan de depósito o de las obligaciones de depositario o comodatario. Muy sugestiva la lectura de los argumentos.

En el Derecho romano no se imponía al vendedor la obligación

de transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida. ¿La impone el Código civil? Generalmente se entiende, por los Códigos extranjeros, que hoy existe esta obligación. En la doctrina española hay indiferencia; tendencia en favor de una tesis y tendencia en favor de la contraria. Para nuestro admirado autor existen, por lo menos, nueve argumentos, de los que se desprende que nuestro Código civil sigue el sistema romano. La importancia del tema es evidente en muchos aspectos, ejemplo: la venta de cosa ajena. Claro que nuestro Derecho Inmobiliario tiene postura opuesta, según reconoce paladinamente Albadalejo.

Me parece que con lo expuesto puede uno darse cuenta de las cuestiones tratadas en el libro. Las que siguen, por tratarse de temas de derecho sucesorio, no sólo no desmerecen de las anteriores, sino que probablemente son tanto o más interesantes.

La naturaleza, caracteres, límites, fines y funcionamiento del «ius delationis», dentro de la sucesión «iure transmissionis»; la polémica acerca de si puede partir su herencia todo causante o si sólo puede hacerlo el testador; el problema de si la partición hecha por el testador no puede impugnarse, si no cuando perjudique la legítima o cuando aquél conceda el poder de impugnarla por lesión, o bien, si pudiera interpretarse que cuando la partición discrepe de la disposición testamentaria, es susceptible de impugnación; la tesis de que en materia de error en las disposiciones testamentarias rige la regla de que dicho error no es tenido en cuenta, por lo que su existencia no invalida el negocio, salvo determinadas excepciones (error vicio, error obstativo). Todo pone a prueba las excelentes dotes analíticas del inquieto catedrático y sale airoso de su empeño, acrediitando su afán de abrir nuevos cauces a la doctrina científica civilista, tanto por los elementos de qué se vale, como por sus profundos conocimientos, su sutiléza en el pensar y su valentía en el decir. No se debe de indicar más en esta nota.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad