

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVII Septiembre de 1941

Núm. 160

La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria (*)

Fuentes legales (continuación) — 2. Sus caracteres.—C) El problema de su retroactividad.—3. Su ámbito de aplicación

C) ° Llegamos con esto al tercero de los caracteres que hemos señalado en las normas legales sobre la forma específica de ejecución que contiene la ley Hipotecaria es decir, al problema de su retroactividad. Del mismo modo que en los puntos anteriores, juegan aquí una serie de nociones de orden general que han de servirnos para aclarar la significación de las disposiciones concretas en la materia de nuestro derecho positivo.

La forma de ejecución procesal que se conoce con el nombre de "procedimiento judicial sumario" de la ley Hipotecaria fué, como sabemos, una novedad legislativa introducida en el año 1909. A tenor del artículo 3.º del Código civil, según el cuál "las leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieren lo contrario", podría entenderse que los títulos hipotecarios inscritos con anterioridad al 21 de abril de 1909 no eran susceptibles de ejecución mediante el nuevo tipo de tutela procesal, porque de otro modo se daría a la ley una vigencia en el tiempo anterior a su fecha de publicación. Sin embargo, ya inicialmente es preciso advertir que la irretroactividad queda también a salvo aunque los efectos producidos después de la nueva ley, de hechos anteriores a la

(*) Véase el número anterior

misma, se rijan por este texto reformado, con tal de que el valor jurídico de los efectos anteriores siga en pie (1).

Pero en derecho procesal, además, rigen en la materia principios distintos de los que tienen vigencia en el ordenamiento privado, y así como éste, en términos generales, estima aplicable a una relación jurídica la norma que estaba en vigor en el instante de su nacimiento (2). aquél, por el contrario, se inspira en la solución diversa de determinar su tratamiento según las disposiciones vigentes en el momento de verificar la actividad procesal que se requiera, y no, como en el caso anterior, por las que estuviesen en vigor cuando se realizó el supuesto de hecho sobre que recae tal actividad *tempus regit actum*. De aquí que la tutela jurídica procesal se haga en cada momento de acuerdo con la ley del tiempo en que el acto haya de verificar. Como dice un conocido procesalista (3), "el tiempo y el lugar en que ha nacido el derecho deducido en juicio no tienen, por tanto, importancia en lo que se refiere a la ley procesal que debe aplicarse", y en el derecho italiano encontramos un ejemplo de singular interés por la analogía que tiene con nuestro problema, en el hecho de que los actos contractuales públicos verificados con anterioridad a la legislación de 1865 y que, según tal legislación, no tenían carácter ejecutivo, vinieron a adquirir tal naturaleza—los mismos actos anteriores—después de la promulgación del Código procesal de aquella fecha.

Si tratásemos de buscar un fundamento a esta solución, tropezaríamos con todas las dificultades que presenta la construcción de los límites de la norma jurídica en el tiempo. El efecto general retroactivo—in el sentido antes indicado—de las normas procesales podría justificarse, con Simoncelli (4), dada su pertenencia a la esfera del derecho público, suponiendo que en éste, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, es el principio de retroactividad el que debe do-

(1) Esta distinción en el concepto de retroactividad es de carácter elemental, como puede verse en Oermann *Introducción al estudio del Derecho civil* (Barcelona, 1933), página 40.

(2) Con las naturales salvedades, porque no es ésta sino una directriz general, a la que pueden señalarse numerosas excepciones. No nos corresponde dar aquí una indicación bibliográfica del problema, que excede con mucho las dimensiones de nuestra obra. Es curioso que uno de los estudios más interesantes en la materia se debe precisamente a un autor de significación en el campo procesal Simoncelli: "Sui limiti della legge nel tempo", en los estudios en honor de Scialoja, volumen I.

(3) Chiovenda: ob. cit., pág. 140.

(4) Ob. cit., pág. 355.

minar. El mismo criterio es susceptible de aplicación a los *procesos pendientes* en la época en que el cambio de legislación sobreviene, aunque en esta hipótesis, como luego se observará, es frecuente conceder a la voluntad de las partes un poder de opción sobre la procedencia de los trámites antiguos o de los innovados (1).

Transportadas estas consideraciones al campo concreto en que trabajamos, nos encontraremos con la siguiente solución: el procedimiento judicial sumario de los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria supone, indudablemente la concesión al acreedor de una nueva forma de tutela jurídica procesal, y, dada, por consiguiente, tal naturaleza, debe regir, aunque el título de que la ejecución proceda sea anterior a la fecha de la ley—21 de abril de 1909—, sin que quede limitada la eficacia de ésta a las hipotecas inscritas con posterioridad a la fecha señalada.

En las normas especiales que regulan el procedimiento sumario hallamos expresas indicaciones sobre el problema de la retroactividad, y precisamente ellas se inspiran en la misma dirección que acaba de apuntarse, es decir, en la posibilidad de que las nuevas normas operen también sobre relaciones constituidas con anterioridad a su entrada en vigor. Las indicaciones expresas a que nos referimos están en el artículo 133 de la ley y 202 de su reglamento, ambos de interés fundamental para resolver la cuestión.

Según el artículo 133 de la ley, "los acreedores que tengan inscrito su derecho con anterioridad a la presente ley, podrán optar por el procedimiento sumario del artículo 131, si los títulos de sus créditos contienen expresión de la conformidad del deudor con un precio determinado para la subasta, y si no se hubiese señalado domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones, se efectuarán estas diligencias en el que realmente tenga el deudor".

"Cuando los títulos careciesen de dichas circunstancias, se podrá suplir su falta por medio de documento público, que se presentará necesariamente con los demás, que exige la regla 3.^a de aquel artículo, y estará exento del impuesto de Derechos reales."

La mayor parte de este artículo se dedica a la determinación de las condiciones necesarias para que pueda seguirse el procedimiento "suma-

(1) Sobre el problema en el derecho procesal, véase también Bellavitis: "Note di diritto processuale transitorio", en la *Rivista de Diritto Processuale Civile*; 1926, parte 2.^a, pág. 124.

rio", y en este sentido volveremos a aludir a su texto más tarde (1). Pero todo él viene referido a un supuesto que es precisamente la declaración de la posibilidad de efecto retroactivo de las normas modificadas; en efecto, el acreedor hipotecario, aunque haya inscrito su derecho con anterioridad a la ley, puede acogerse a las disposiciones de ésta, igual que los acreedores posteriores, puesto que las condiciones exigidas por el artículo 133 no son sino una repetición—o adaptación—al caso concreto de los presupuestos generales determinados en el artículo 130 (2).

Idéntica solución, y en términos más categóricos aún, se halla en el artículo 202 del Régimen hipotecario, que indica los casos de aplicación del procedimiento judicial sumario diciendo, expresamente en su número 1 que tal aplicación se hará:

"1.º A las hipotecas inscritas con anterioridad a 21 de abril de 1909, cualquiera que sea su clase y la naturaleza de la obligación ase-

(1) V. infra, IV.

(2) Afirma algún autor que la hipótesis de aplicación retroactiva no es admisible sino cuando en el proceso de ejecución no estén interesados más que acreedor ejecutante y deudor, esto es, cuando no haya otras personas (acreedores, tercer poseedor) que puedan resultar perjudicadas por el desarrollo de la nueva tramitación. Se funda esta tesis en el hecho de que, si bien en la actualidad cualquiera que realiza operaciones sobre una finca hipotecada con posterioridad a la ley de 1909 sabe, o está en condiciones de saber, que contra ella puede seguirse un procedimiento de tan rígido desarrollo como es el del artículo 131 de la ley, los que adquirieron, por el contrario, un derecho sobre finca que, aunque gravada de igual modo, lo fué con anterioridad, no se hallan en la misma circunstancia, y es posible que acaso se hubieran abstenido de intervenir si la forma de ejecución ordenada legalmente fuese distinta de la que entonces regía. El error de este razonamiento está, a mi juicio, en creer que es requisito de la aplicación del procedimiento "sumario" el consentimiento de los interesados, entendiendo así la nota de voluntariedad que antes mencionamos. Pero la ejecución procesal ahora analizada, pese a la tesis contraria de alguna persona de significación (Martínez Pardo), no es voluntaria; si esto quiere decir que se precise la conformidad de las posibles partes en el proceso. No existe un derecho adquirido a una determinada tutela procesal, y por ello éstas pueden variar y aplicarse en la forma nueva a relaciones jurídicas anteriores, sin que suponga perjuicio jurídico para los que han intervenido en tales relaciones. Si, por ejemplo, mediante una reforma legislativa el artículo 1.465 de la ley de Enjuiciamiento civil fuese alterado en el sentido de ampliar —o restringir— las excepciones de que el deudor cambiario puede hacer uso en el juicio ejecutivo, no es dudoso que esta regulación deberá aplicarse a las letras de cambio ya en circulación. Siguiendo la solución contraria, cualquier reforma procesal tendría que quedar inicialmente paralizada por completo, por falta de relaciones jurídicas a las que aplicarse. Tampoco estamos, pues, conformes con Mantesa, quien estima que el efecto retroactivo debió limitarse al caso en que no existieran terceros, porque, si no, se lesionarían derechos adquiridos.

gurada, cuando los acreedores opten por tal procedimiento y concuerren las circunstancias del artículo 133 de la ley.

De la combinación de ambos preceptos legales—en los que se reitera, como hemos dicho, un mismo criterio—resulta la admisión con carácter general de la retroactividad del procedimiento regulado en los artículos 129 y siguientes de la ley, siempre que se den, como es lógico, los presupuestos exigidos, que en este caso vienen a poder suplirse en una forma que revela la tendencia antirrestrictiva de la ley en la materia. No hay, pues, en esencia, diferencia alguna de trato procesal entre hipotecas inscritas antes y después de 21 de abril de 1909, y ello quiere decir que en este punto se inspira el ordenamiento hipotecario en la orientación que parece más aceptable.

Ahora bien: es interesante comparar tal orientación con la que nuestro derecho positivo ha seguido en el problema de la determinación de los límites temporales de las normas sobre el proceso para que puedan observarse las analogías y discrepancias de ambos criterios y para que sepamos hasta qué punto el sistema utilizado en la ejecución hipotecaria es o no aplicación de otro más amplio y responde, por tanto, a un principio general de nuestra legislación. Si examinamos en ella el punto concretó propuesto, veremos que la eficacia en el tiempo de las normas procesales se delimita así:

a) Relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la antigua legislación y en las que algunos de los interesados ha iniciado una actuación procesal. Se admite en términos generales la aplicación de la nueva ley, concediendo a tales interesados la facultad de optar entre los procedimientos derogados o los que los substituyen. Este es, pues, el criterio ordinario en la hipótesis de procesos pendientes (1).

(1) Fundamentos legales de esta solución. Disposición transitoria 4.^a del Código civil, párrafo 2.^o: "Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros." El Real decreto de 3 de febrero de 1881, que aprobó la ley de Enjuiciamiento civil, estableció en su artículo 3.^o que: "los pleitos pendientes en la actualidad continuarán sustanciándose en la instancia en que se hallen, con arreglo a la ley vigente"; pero este principio es objeto de numerosas limitaciones: 1.^a el consentimiento de los litigantes: "a no ser que los litigantes, todos de común acuerdo, pidiesen que el procedimiento se acomode a la nueva ley" (art. 3.^o, *in fine*); 2.^a la tramitación en la instancia superior a aquella en que el pleito se halle pendiente (art. 4.^o); 3.^a los pleitos pendientes en el período de la ejecución de sentencia (art. 5.^o); 4.^a los recursos de casación preparados; si todavía no estaban interpuestos (art. 6.^o); 5.^a los pleitos iniciados después de 3 de febrero de 1881 y antes de 1 de abril (fecha de la en-

b) Relaciones jurídicas nacidas asimismo durante la vigencia de la legislación anterior y que no habían originado la existencia de un proceso. Es aplicable la legislación vigente en el momento de nacer éste y no el que regía cuando se perfeccionó la relación jurídica en cuestión (1). Ello supone, por tanto, la admisión de la máxima antes indicada: *tempus regit actum*.

c) Relaciones jurídicas nacidas con posterioridad a la vigencia de la nueva legislación procesal. Hipótesis ordinaria, que no presenta ninguna dificultad en cuanto a la aplicación de las disposiciones vigentes.

Vemos, pues, que el criterio común en materia de efectos retroactivos de la norma procesal coincide por entero con el que se señala en los artículos 133 y 202 de la ley y reglamento hipotecario, respectivamente. Ambos preceptos deben ser, en nuestra opinión, objeto de una crítica favorable, sin que el hecho de que no se exija el consentimiento de los posibles interesados sea causa bastante para modificar tal afirmación, puesto que, como antes se indicó (nota 2, pág. 516), dichos interesados no pueden considerarse como titulares de un derecho adquirido (2) a una determinada forma de tutela procesal.

3. El procedimiento para la efectividad de los créditos hipotecarios es, ante todo, un procedimiento especial. Quiere decirse que no tiene aplicación fuera de los campos en que taxativamente está ordenado, que no sirve subsidiariamente para regular hipótesis distintas de las que específicamente comprende y que, por el contrario, las disposiciones procesales de carácter general sirven de normas subsidiarias, según antes indicamos. Esta índole especial del procedimiento y de las disposiciones que a él se refieren obliga a estudiar el problema de su ámbito de

tradicional vigor de la ley), en que se concede asimismo a los interesados un derecho de opción, y, caso de no existir acuerdo o no comparecer al efecto, se ordena la aplicación de la nueva ley (arts. 7.^º y 8.^º)

(1) Código civil, disposición transitoria 4.^a: "las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código, subsistirán con la extensión y en los términos que les reconocía la legislación precedente, pero sujetándose, en cuanto a su ejecución, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código." El Real decreto de 3 de febrero de 1881 no contiene una norma expresa de aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad; pero ello se deduce sin dificultad de todo su articulado, el cual habla siempre del momento en que los pleitos se incoen, no de aquel en que haya nacido el derecho que en el pleito se controvierte.

(2) Sin que entremos ahora en la crítica de esta teoría de los derechos adquiridos, que es, como se sabe, la que parece haber inspirado a nuestro Código civil en materia de disposiciones transitorias.

aplicación, o sea a determinar las hipótesis concretas que los artículos 129 a 135 de la ley Hipotecaria abarcan en su regulación.

El nombre con qué este procedimiento es comúnmente conocido, y con el que ya nosotros le hemos designado con frecuencia: "procedimiento para la efectividad de los créditos hipotecarios"; nos pone de relieve la idea fundamental que ha de inspirar la tarea de delimitación ahora planteada. En efecto: si en todo proceso se trata de actuar una norma jurídica y al mismo tiempo de tutelar derechos subjetivos cuya protección pide su titular, tendremos aquí que la naturaleza especial del derecho cuya tutela se demanda es lo que origina la especialidad del procedimiento: nacido en este caso para amparar—dar efectividad, actuar—un derecho de crédito que está garantizado con una hipoteca sobre los bienes que son objeto de la ejecución, un "crédito hipotecario", en definitiva".(1).

La delimitación que se busca tiene, por consiguiente, una naturaleza eminentemente objetiva: no viene determinada en función de los sujetos que intervienen en el proceso, ni del territorio en que ha de tener lugar, ni del tiempo en que se produce, sino tan sólo de la naturaleza de las relaciones jurídicas sustanciales que han de ser examinadas por el Juez..

El artículo 129 de la ley dice que "la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetándose su ejer-

(1) En la expresión que antecede hay dos puntos que conviene sean aclarados. aunque ello haya de hacerse en términos de extraordinaria brevedad

a) Al decir que en el proceso se tutelan derechos subjetivos, no pretendemos con esto afirmar que tal tutela—como quiere algún sector doctrinal (Hellwig: "Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht", 1903, pág. 2). sea el fin específico de la actividad procesal. utilizamos solamente una expresión que aunque no satisfactoria en el fondo, puede servir ahora para dar idea de en qué consiste la singularidad del procedimiento que se estudia.

b) Por lo que respecta al derecho de crédito garantizado con hipoteca como causa de la ejecución, se inicia aquí la cuestión sobre la naturaleza de la acción ejercitada y el problema más amplio de cuáles son las acciones que nacen de una hipoteca, la existencia de una acción personal y una acción real, la esencia de la acción hipotecaria propiamente dicha, etc. En parte, es ésta una materia que no nos corresponde examinar integralmente, pero no cabe duda que cayendo también dentro del campo de nuestro trabajo, ha de hacerse una indicación sobre tales extremos. En este sentido, nos remitimos a lo que más adelante se dice (IV), sobre la pretensión procesal que se hace valer en un proceso "sumario" y sus relaciones con la acción hipotecaria, problema que no es, como se comprende, sino una secuela o consecuencia del que, con carácter general, se refiere a la determinación de las nociones de "acción" y "pretensión procesal".

cicio al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de esta ley." Queda, pues, indicado cómo se aplica tal procedimiento "sumario" al ejercicio de la acción hipotecaria, es decir, que tiene por objeto la efectividad de un derecho de esta naturaleza, y más que el derecho de crédito que la hipoteca garantiza, lo que se trata de actuar es—si se permite la expresión—la hipoteca misma, en cuanto se produce una consecuencia de lo que es, a su vez, efecto típico de ella: la sujeción directa e inmediata de los bienes sobre que se impone al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituye, cualquiera que sea su poseedor (art. 105 de la ley).

Del mismo modo que en hipótesis anteriores, el artículo 202 del reglamento (1) contiene la indicación expresa del ámbito de aplicación de las normas procesales que se estudian; y según él: "el procedimiento judicial sumario a que se refieren los artículos 129 y siguientes de la ley será aplicable: 1.º A las hipotecas inscritas con anterioridad a 21 de abril de 1909, cualquiera que sea su clase y la naturaleza de la obligación, asegurada, cuando los acreedores opten por tal procedimiento y concurren las circunstancias del artículo 133 de la ley; 2.º A las posteriores a dicha fecha, incluidas en el artículo 130 de la misma ley, si no optaren por el procedimiento ejecutivo ordinario; 3.º A las hipotecas constituidas en garantía de títulos nominativos y al portador, e inscritas con posterioridad a dicha fecha".

Dejando a un lado lo referente a la fecha de inscripción y a la facultad de opción concedida a los acreedores—puntos que fueron ya indicados—, podemos retener del texto transrito esta idea fundamental: el procedimiento judicial sumario se aplica a las *hipotecas*, o sea contiene *una* (2) forma de tutela procesal para conseguir su efectividad. En el desarrollo de este punto cabe hacer dos afirmaciones:

a) El procedimiento de los artículos 129, y siguientes recae sobre cualquier tipo de hipoteca de las que la ley reconoce y ordena. Aunque se haga referencia expresa en numerosas ocasiones al crédito, no por ello habrá de creerse que únicamente los derechos que *stricto sensu* se

(1) El artículo 202 del reglamento nos ha dado, en efecto soluciones legales de gran interés en otros dos problemas ya examinados el carácter voluntario de estos preceptos y su esfera de vigencia en el tiempo. Se comprende que ello sea así, por cuanto ambas cuestiones pueden estimarse también como límites de aplicación (por lo que respecta a la segunda, v. supra), que es lo que el artículo comentado trata de regular en definitiva.

(2) Puesto que sabemos que no es la única.

comprenden en esta categoría son los que pueden dar lugar a la aplicación del procedimiento. Así, no es dudoso que la tramitación ahora estudiada cabe que se siga también para la efectividad de las *hipotecas legales* y en general, como antes dijimos, de todas las manifestaciones de esta institución jurídica reguladas en nuestro derecho positivo. En el texto del artículo 202, recién transscrito, encontramos apoyo legal bastante para dicha solución (1). En efecto: con respecto a las hipotecas inscritas con anterioridad a la fecha de la ley, la aplicación se refiere expresamente a todas ellas, "cualquiera que sea su clase y la naturaleza de la obligación asegurada" (núm. 1.º); y en relación a las posteriores (núm. 2.º) no se hace aclaración ninguna que permita excluir de los límites marcados alguna de las clases existentes, debiendo regir aquí, por tanto, el principio de que "donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir" (2). Por otra parte, la alusión hecha en el número 3.º de este mismo artículo a las hipotecas constituidas en garantía de títulos nominativos y al portador, que parece lógicamente innecesaria supuestos los términos generales del apartado anterior, se explica de modo suficiente recordando la génesis y vicisitudes de los preceptos legales referentes a esta figura hipotecaria (3).

b) El procedimiento de la ley Hipotecaria se aplica *exclusivamente a los derechos de este carácter*: no debe ser, por ello, extendido a otras hipótesis diferentes. Pero si esto es innegable, con respecto a la ordenación de los artículos 129 a 135 considerada en su conjunto, no puede decirse lo mismo de las *concretas* normas procesales que lo componen, algunas de las cuales, por disposición expresa, han de tener un ámbito más amplio que el de los puros supuestos hipotecarios. Como se trata de preceptos especiales, no es ésta la ocasión de indicarlos con detalle, pero sí habrá de observarse que las normas de la ley Hipotecaria sobre ejecución procesal pueden clasificarse, por lo que hace referencia a este problema, en tres grupos distintos:

a') Disposiciones cuya aplicación excede del carácter especial del

(1) Que, además, no ha sido discutida por la doctrina. V. Morell en la obra y tomo citados, páginas 101 y siguientes.

(2) Barrachina ob y t. cit pág 150.

(3) La hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador no fué reconocida en la ley de 1861, y sólo de modo fragmentario en la de 1869; la de 21 de abril de 1909, por el contrario, se ocupó de ella en su artículo 12, y el texto vigente (arts 154 y 155) la regula expresamente, conteniendo el último de estos dos preceptos especialidades procesales que oportunamente se indicarán.

procedimiento "sumario". Aquí nos encontramos, en primer término, con normas cuya vigencia se extiende a todas las hipótesis de ejecución sobre inmuebles (caso típico, las reglas referentes a subsistencia de las hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante, último párrafo del art. 131); en segundo lugar, con normas que abarcan todos los procesos eritablados para la efectividad de los créditos hipotecarios (es decir, también aquellos en que el acreedor acude al juicio ejecutivo ordinario; por ejemplo, el párrafo 2.º del artículo 135 en relación con el 127). Los supuestos indicados se ordenan expresamente en la ley, sin que la jurisprudencia permita la misma interpretación extensiva en otros puntos discutidos que las fuentes no mencionan; así, la supresión del otorgamiento de la escritura de venta, favorablemente juzgada por la doctrina, cuya aplicación a la vía de apremio de la ley de Enjuiciamiento ha sido denegada (1).

b') Disposiciones de estricta aplicación a los casos en que se utiliza el nuevo procedimiento, que son, como puede comprenderse, la mayoría de ellas, ya que ésta es, en efecto, la regla general.

c') Últimamente, disposiciones que, dentro del procedimiento judicial sumario contemplan a su vez casos singulares o especialidades de la ejecución. En este grupo deberíamos incluir: el artículo 133, referido solamente a las hipotecas inscritas con anterioridad a 21 de abril de 1909; el artículo 135, que se ocupa del procedimiento seguido para obtener el pago de parte del capital o de los intereses; los artículos 153 y 155, sobre especialidades procesales en los casos de hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de créditos y en garantía de títulos transmisibles o al portador, etc.

JAIME GUASP DELGADO

Letrado del Consejo de Estado. Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona.

(1) Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de febrero de 1916. Otros ejemplos podrían aducirse en comprobación de esta tendencia restrictiva; verbi-gracia, la no aplicación de los requisitos del artículo 130 al juicio ejecutivo ordinario (resolución de 11 de febrero de 1911), ni de la necesidad de notificar la ejecución a los acreedores personales, posteriores a la inscripción de la hipoteca, que han obtenido anotación de embargo (resolución de 12 de noviembre de 1934), etc.

Unificación del Derecho nacional (*)

VIII. — SUBENFITEUSIS, SUBESTABLECIMIENTO O SUBSUPERFICIE, EN BARCELONA.

Hay una regla o principio de carácter científico que aniquila todo intento empírico de constituir una subsuperficie, a saber: "Sobre un solar dado o superficie no puede el superficiario, antes o después de edificar, imponer una subsuperficie, porque, si existe la construcción, no cabe partir de una obligación de edificar, y el juego de laudemios no responderá a la realidad, y si, no existe la edificación todavía, porque el superficiario no goza del dominio pleno del solar, que sabemos es necesario y básico para crear una subsuperficie, que implica crear una nueva superficie." Resulta evidente, tratándose de la superficie moderna. Pero, en todo caso, incluso en referencia a la clásica enfiteusis o establecimiento de tipo netamente censual, hay una razón fundamental, que lo impide. Es la siguiente. las titularidades lo son en sus reglas, en su contenido, y este contenido, a su vez, son tan sólo las reglas que señalan la actuación y derechos del titular en relación de la posición de titular que ocupa. En el caso que nos ocupa, enfiteusis, establecimiento o superficie, señalan al estabiliente su exacta actuación y derechos, como dueño que fué del solar, y señalan su actuación y derechos al superficiario, como constructor. Aquél, como éste, podrán transmitir su titularidad respectiva: pero no es concebible que al transmitir u operar sobre su titularidad el superficiario pueda reservarse derechos y actuaciones de la titularidad del estabiliente, como lo efectúa al operar sobre la pensión, laudemio y sus acciones respectivas. Pensión, laudemio y acción, no hay más que unos, y están ocupados en la titularidad del estabiliente. No hay términos hábiles en el Derecho para efectuar esta transmütación.

(*) Véase el número anterior

Si, no obstante, se admite la subenfiteusis, subestablecimiento o subsuperficie, habrá nacido un monstruo jurídico en que todo serán problemas, errores y confusiones, en cuyo fondo estará la misma transmutación inviable, a la que, como en un juego de prestidigitación, se intenta presentar como realidad Prestidigitación jurídica, puesto que mediante ella surgen, de una relación jurídica con la finca (única) en la que existen dos solos titulares—estabiliente y superficiario—otros nuevos personajes, titulares de la nada (a una sola titularidad corresponde un solo titular, o varios proindiviso, científicamente), que, no obstante, se presentan como estabilientes y superficiarios al mismo tiempo, como en un fenómeno de desdoblamiento: personajes que fueron superficiarios y que, al transmitir su titularidad, pretenden quedar convertidos en estabilientes (titularidad de que carecían) sin desplazarla y sin fundirse en este titular (incorporeidad jurídica), pero que no por eso dejaron de ser superficiarios (no obstante la operación realizada) o respecto del primitivo estabiliente.

Monstruo sobre monstruo y error sobre error.

Pues bien, Cataluña no ha conocido la fegla anterior y ha permitido a) la constitución de censos por el superficiario, en general (censos sin laudemio), y b) el subestablecimiento, subenfiteusis o subsuperficie (1) (con laudemio y amortización) en Barcelona y Tortosa (2).

Sus consecuencias son pavorosas, y las expondremos con referencia a Barcelona, donde los problemas provocados tienen más importancia por su extensión, amplitud y cuantía.

Subenfiteusis en Barcelona.—De una constitución de Pedro II, y subsiguiente disposición aclaratoria de 1285, se deduce que en tal fecha se practicaba el subestablecimiento en Barcelona privilegiariamente (3). Cualquiera que sea su origen, lo cierto es que en esta ciudad con carácter urbano, y en su huerta y su viñedo con carácter rústico, existen las modalidades subsuperficiliaria y subenfiteutica, con los siguientes caracteres comunes: además del estabiliente y del enfiteuta o superficiario, puede haber tres señores, llamados medianos, que son al mismo tiempo enfiteutas y estabilientes, según veremos. En su máximo desenvolvi-

(1) Por la Const 1 y 5 del iii 31, lib. IV vol 1

(2) En Barcelona, por las disposiciones que luego dijimos y en Tortosa, por las Cos. de Tort, lib. 4 rubr. 26, p. 1

(3) Són sus fuentes el Priv. de Recog. proc. y las veintiséis reglas de la Sentencia arbitral de Jaimes II, y el Obispo de Valencia, en Barcelona, día 31 de octubre de 1310, o tit. 12, lib. IV, vol 2, de la Compilación de Cataluña

miento se ofrece la siguiente escala. un enfiteuta superficiario, que posee la finca: un señor mediano tercero, al que paga el enfiteuta la pensión como si fuera estabiliente, y el cual paga a su vez una pensión al señor anterior como si fuera superficiario enfiteuta. otro señor mediano—segundo— que obra en la misma forma respecto a los señores medianos posterior o tercero y anterior o primero: un señor mediano anterior—primero—, con análoga actuación, y, por último, el censualista o estabiliente primero, que es el primer constituyente del establecimiento originario (o su habiente derecho). Y una sola finca sobre qué proyectarse. El complejo jurídico no puede ser más aterrador y falso. De todas maneras, el Derecho ha de regular las facultades, deberes, obligaciones y derechos de cada titular, así como el juego de sus acciones respectivas. La confusión inicial se ha de reflejar inevitablemente en tal regulación, haciéndola complicada y falsa, carente de firmeza y de solvencia científica.

No entraremos de nuevo en su examen, limitándonos a los extremos más interesantes.

1. *Dimisión*.—Eliminado un titular por dimisión, ¿a quién acrecerá su titularidad? Se afirma que al dominio inmediato anterior, que se convierte en enfiteuta. Por lo tanto, si el dimitente es el último enfiteuta o poseedor, pasará la edificación misma al domino o señor tercero. Preguntaremos: ¿por qué razón? ¿Cómo ha podido perder tal derecho el primer estabiliente, que por otra parte no ha intervenido en los subestablecimientos? ¿Y cómo han podido operar éstos sobre derechos de una titularidad reservada a un tercero y de que, por lo tanto, carecían?

Si el titular es un señor mediano, pasa su titularidad dimitida al señor anterior. Ciertamente no hay perjuicio; pero, ¿tendrá derecho al aumento de pensión, si la del dimitente era mayor? Y si el que dimite es el estabiliente, renunciante en términos modernos, ¿a quién acrecerá su titularidad? Por último, si suponemos por un momento gravadas con otras cargas, hipotecas, etc., las titularidades dimitidas, el problema será aterrador.

2. *Pensión*.—El último enfiteuta, o poseedor, la paga al domino tercero, que, a su vez, paga una pensión al anterior, y así sucesivamente hasta llegar al primer estabiliente. Jurídicamente, si hay cuatro titularidades cuyos titulares tienen derecho a pensión, hay cuatro pensiones diferentes. En la realidad, se pretende salir del paso mediante que el

enfiteuta, último exija que los señores anteriores demuestren que han pagado sus respectivas pensiones, o con el pacto de *corresponsió*. Pero esto es tan empírico que el problema sigue en pie tan pronto como entran a jugar las acciones para el cobro de las pensiones: A, como B, como C, como D, tienen derecho, cada uno, a una pensión; y A, por la pensión de B, como B, por la de C, y C, por la de D, y D, por la de E, tienen derecho a repetir sobre la finca, para su cobro. La finca, pues, está afecta al pago de cuatro pensiones diferentes. Su suma, naturalmente, excede del valor de la finca misma.

Pero, además, la finca no es de B, ni de C, ni de D, sino de E, y he aquí que B, C y D responden de sus obligaciones como superficiarios con una finca que transmitieron al hacerse estabilientes. Y he aquí que garantizan de tal modo, no sólo sus obligaciones anteriores, sino las posteriores.

Su última consecuencia se mostrará al ejecutarse la finca por el ejercicio de la acción. Supongamos que E, enfiteuta último, no la paga; si se sigue el procedimiento ejecutivo ordinario, habrá que deducir todas las cargas, para liquidarlas, capitalizando cada pensión, para su pago. Tal capitalización arrojará un valor superior al de la finca; y si el procedimiento seguido es el sumario, el adquirente responderá, con la finca, de todas las cargas, pensiones o censos anteriores, con motivo suficiente de preocupación para él. Todo ello error sobre error.

3. *Laudemio*.—Para la distribución del laudemio entre el estabiliente y los diversos señores medianos que adoptan la posición de estabilientes sucesivos también, se siguen diversas reglas, que varían según sea laical o eclesiástico su origen. Corresponde $1/4$ a cada uno de ellos, si son cuatro; si son tres, $1/4$ al primero, $1/4$ al segundo y $2/4$ al tercero. Si son dos, $1/4$ al primero y $3/4$ al segundo; en las de origen eclesiástico, el estabiliente primero percibe $1/3$, y $3/4$ se reparten en la forma anterior, acreciendo el restante $1/5$ ó $1/7$ a beneficio del vendedor (1). ¿Cómo, diremos, han podido ser reducidos los derechos del

(1) Tomamos las cifras de la obra de Borrell, pág. 371; pero confesamos que no llegamos a entender claramente los cálculos que expresa, y ni clara ni oscuramente las tablas de división de laudemios que presenta Bròcà y Amell, págs. 220 y 221, y menos aún, si cabe, las de Pella y Forgas, págs. 345 y siguientes, y las cuentas para su cobro, de Joaquín Martínez, en su *Tratado de los laudemios en Cataluña*. Otro tanto nos ocurre con las tablas de distribución del importe de los derechos de pluma y firma, de los mismos autores.

estabiliente que para nada ha intervenido en los sucesivos subestablecimientos?

4. *Fadiga.*—Partiendo del error, el criterio catalán respecto de la fadiga es lógico y justo. Es el siguiente: vendida la finca por el enfiteuta, puede fadigar el señor mediano inmediatamente anterior, y en su defecto el estabiliente primero, prohibiéndose el ejercicio de tal derecho a los demás señores medianos. De otro modo, fadigada la finca por uno de ellos, resultaría dueño de ella en concepto de enfiteuta, obligado al pago de pensión a favor del domino anterior, el cual, a su vez, sería subordinado suyo y obligado al pago de pensión a su favor, en su carácter de señor mediano; y esta pensión estaría garantizada con acción real sobre la finca que era suya. Tendría un derecho real en cosa propia. De aquí la facultad lógica de poder ceder la fadiga a favor de un tercero. Mas el Tribunal Supremo rompe esta teoría y permite la fadiga a los señores medianos (1).

Ahora bien: con todo respeto a la Sentencia Arbitral de 1310. ¿cómo y por qué es privado de su derecho a fadigar el estabiliente con preferencia al señor mediano último?

Y, en definitiva, en el fondo de todo ello, pese al ingenio empleado, se percibe, sin posible ocultación, la única verdad: hay una sola finca, como hay tan solo una pensión, y una sola acción, y una sola obligación, y un solo gravamen. Y dos solos titulares: estabiliente y superficiario.

Hemos de cerrar este trabajo, tan lleno de atrevimientos, el primero de los cuales es haberlo iniciado, con uno más: con el de indicar una fórmula paliativa del desorden jurídico provocado por los subestablecimientos en Barcelona, y con el desasosiego subsiguiente, reflejado en los estudios de los tratadistas, hasta el punto de que jurista del relieve extraordinario de D Guillermo Augusto Tell llega a volver la mirada al tipo superficiario germano, proponiendo encuadrar la enfiteusis en el arrendamiento de treinta años de duración, redimible (2).

A nuestro juicio, si el origen del error ha sido la violación de la regla general que expusimos, no saldremos del mismo sin sujetar el subestablecimiento, en lo posible, a dicha regla. Ciertamente, ello equival-

(1) Reglas 1 a 7, y 12 y 13 de la Sentencia arbitral, T. S., en sentencias de 10 de diciembre de 1907, 13 de diciembre de 1881 y 10 de mayo de 1898, permite la fadiga al estabiliente primero, la cesión de la misma y la fadiga de los señores medianos.

(2) Durán y Bas no vacila en pedir la desaparición de los señores medianos, si bien en su Proyecto concede al enfiteuta facultad de ceder la finca en nuda percepción, previa aprobación del señor directo.

drá a transformarlo en establecimiento. Ciertamente, también, la transformación podrá provocar perjuicios a los titulares; pero ello quedará compensado con más fuertes argumentos que los que tal vez existieron para desvirtuar los derechos y para desnaturalizar las titularidades de los primitivos establecimiento y superficiarlo al instituirse privilegiariamente para Barcelona el subestablecimiento.

En tal dirección, nosotros decretaríamos que todos los subestablecimientos se hallan en la misma situación que si la finca hubiera pasado a una mano muerta. Es decir, amortizados. Aumentaríamos la pensión con arreglo a las reglas de amortización. Y con ello nos hallaríamos ante un censo. Censo con una sola pensión, y sin laudemio. Distribuiríamos el derecho a la pensión proporcionalmente entre el primitivo establecimiento y los señores medianos, y decretaríamos la redimibilidad y extinción del censo, a voluntad del enfitecto.

La figura tornaría a sus cauces científicos: una finca, un censo, un enfitecto titular de esta titularidad y varios censualistas, titulares conjuntos en indivisión por cuotas, de una sola titularidad limitativa o titularidad censualista. Todo lo demás se nos daría por añadidura.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI

Notario

Nueva teoría de los Impuestos^(*)

EMPRÉSTITOS, DEUDAS PÚBLICAS Y PRESUPUESTOS

Tengo que repetir en este epígrafe, como al principio del presente trabajo, que frecuentemente es necesario invocar como prólegómeros gran parte de las especulaciones fundamentales de la Economía Política. Realmente entre la Economía, la Hacienda y el Derecho inmobiliario, cómo en todo derecho de propiedad, no existe absoluta separación filosófica o independencia de fundamentos, ni siquiera una diferencia radical de ideas, sino más bien constituyen escalonadas esferas del mismo conocimiento o ciencia, ya que sin los conceptos de Economía Política no se pueden fundamentar ni la Hacienda pública ni el derecho de propiedad. Ya dejó en otra parte consignado que la Economía fundamental es la Metafísica de toda propiedad.

Al hablar de "deudas", hemos de dar por recordado cuanto expusimos acerca de la idea correlativa de facultad sobre "bienes" en los tan aludidos folletones sobre el *título* y el *modo*, y de las tres maneras de adquirir la propiedad, para fijarnos ahora especialmente en el "título derivativo", o sea la "tradición" jurídica de un derecho, que se efectúa entre el propietario de la cosa y la persona que por voluntad de aquélla entra en el uso, disfrute o propiedad de lo que se le otorga.

El individuo puede necesitar el goce de las cosas o "bienes" privados de otra persona y ésta otorgárselos por el "modo" derivativo de la "tradición", valiéndose de tres distintas modalidades: venta, arriendo y préstamo. Fundamentalmente son esas las tres maneras de todas las instituciones jurídicas por las que un individuo entra a disfrutar de lo privativo de otro, a título singular y oneroso, cuando no universal o lucrativo. Porque, ante todo, debemos tener presente que en el modo

(*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

"derivativo", la tradición se verifica por título oneroso o por título lucrativo, puesto que si no se establecen obligaciones para el adquirente, porque el "título" o fundamento de justicia lo constituye la mera liberalidad del causante, sea donante, testador o comodante, este título gratuito no es el de aquellas obligaciones sinalagmáticas, puesto que el causahabiente deja de comprometerse a toda obligación; a pesar de que, a través de un análisis riguroso, no se percibe liberalidad pura en lo humano, sino el interés de un fin inmaterial; pero, con ese fin, no se constituye bilateralidad de servicio económico:

Como ocurre con el trabajo en la vida civil, que es económicamente insuficiente en determinados momentos, también la Administración pública puede precisar súbitamente recursos económicos que la Hacienda pública no ingrese en espacio o tiempo normal por medio de los impuestos ordinarios, que son sus "modos" adquisitivos. Y no solamente sabe el Estado (la Hacienda) reputarse único heredero, después de determinados grados de parentesco con el causante, o declararse partícipe, en todo caso, con los donatarios y herederos testamentarios o abintestato, sino que, imitando en un todo a la vida civil, la Hacienda encuentra recursos por medio de empréstitos (sus "modos" normales de adquirir, repito, justificados mediante el "título" de las propias funciones públicas que precisan cumplir en bien de la sociedad y sus individuos, solamente son los impuestos económicamente perfectos), o la Administración celebra contratos de arrendamiento de cosas o de servicios, o como un simple particular los adquiere por medio de la compraventa. Todas estas convenciones son de carácter administrativo por la naturaleza de una de las partes contratantes, y se deben regir por el Derecho administrativo, tanto en los arriendos de cosas como en los de servicios, y en las compraventas, dando lugar al estatuto del empleado, en los servicios; al pliego de condiciones, en las compras; etc.

Con la Administración, ciertamente puede presentarse al individuo el caso poco frecuente del pleito declarativo de propiedad o estrictamente civil, cuando la perturbación del derecho es también puramente civil; pero todo lo que nace de su actividad económica en compraventas, arriendos de cosas, servicios o préstamos, es de carácter administrativo y desde la resolución administrativa y su desavenencia ante el órgano que sea va a los Tribunales Contenciosoadministrativos, o sea civiles especiales de lo judicial para esta rama, porque ellos son los depositarios de la imparcialidad, de la suficiencia jurídica y del

rito procesal y la recusación que los mantiene neutrales. Así debe quedar discernida y decidida la jurisdicción de los Tribunales Contencio-soadministrativos del Poder Judicial.

Pero lo que indagamos en el presente trabajo es la naturaleza, forma y circunstancias de los "empréstitos" y, consiguientemente, de las "deudas públicas", que los presupuestos han de servir y amortizar. El "empréstito" es la formalidad administrativa con que la Hacienda toma los recursos ajenos mediante el abono de "intereses", porque si no abonase intereses ni capital, sería exacción contributiva de las que llamamos "menos perfectas"; y la naturaleza de la "deuda pública" es la de cierta esclavitud en que el Estado coloca a los ciudadanos en general respecto de los prestamistas o tenedores de los "valores venales o convencionales" que el "papel" representa. Ya dejó demostrado que, en Economía Fundamental, toda deuda u obligación es una pequeña esclavitud. Digo pequeña esclavitud en contraposición con la verdadera esclavitud, que podemos llamar "grande", porque cualquier clase de esa verdadera servidumbre personal, ya sea absoluta de vida o muerte sobre el individuo, o relativa, sobre la actividad del siervo o del vasallo, no se puede liberar en todo instante, mientras que aquella pequeña esclavitud se extingue al momento mediante el pago de la deuda. Pero mientras subsista el débito, el deudor está en relación de vasallaje con el acreedor. Vasallaje justo, porque ha usado previamente o se ha de valer luego del servicio del prestamista; pero que, por ser servidumbre, debe liberar cuanto antes.

Si en la vida civil la deuda es esclavitud que, no obstante esto, al individuo convino aceptar, en la vida pública puede ocurrir lo mismo; pero ha de estar justificadísima la causa y, también por la misma razón, deberá quedar liberada lo antes posible. Otra cosa sería aceptar una esclavitud perpetua. Además, cumpliendo las leyes fundamentales de la Economía Política, todo valor ha de estar sujeto a la ley de la desvalorización mediante los impuestos, y si la deuda es perpetua, no es desvalorizable.

Con lo dicho; conocemos la manera más solemne de contratación de préstamos por el Estado, haciendo merced de otras formas equivalentes a las del orden civil, y descubrimos la naturaleza de la deuda pública, como manera de esclavitud social del trabajo nacional que, por consiguiente, hay que manumitir. Siendo todo ello de economía patológica, las circunstancias en que la enfermedad se presente y el paciente se

coloque constituyen todo el tratamiento aconsejable para que el remedio del trabajo social, por medio de los impuestos, la extinga. Por ello, traté de su forma, de su naturaleza y, por último, hablo de las circunstancias. Estas no pueden ser la perpetuidad, sino la amortización, en cuanto al tiempo; y respecto al espacio, ha de ser dentro de la soberanía territorial de la nación, para no enajenar la competencia de su Administración propia y, en su caso, la jurisdicción de los Tribunales del Estado. La deuda es antieconómica siempre; pero, a lo menos, no ha de hacerse crónica ni ha de exponer la vida del paciente física ni moralmente, que a tanto equivaldría respectivamente agotar sus recursos rentísticos o comprometer la independencia nacional. Este es el elemental cuidado de la terapéutica económica después de la profilaxis del ahorro público y economía en los gastos.

Por lo dicho, los "presupuestos públicos", en su parte de ingresos, deben comprender solamente los recursos provenientes de "impuestos". En la parte de gastos, además de lo ordinario, habrá que añadir las cantidades necesarias para el servicio de intereses y amortización de las deudas en el más corto número de años que sea posible. Los recursos se tomarán con cargo a las rentas y al capital, en razón a qué son éstos los que por equidad no se movilizaron y confiscaron cuando se acudió al "empréstito", como, por el contrario, se empleó el tiempo y se sacrificó la vida de los demás ciudadanos en salvaguardar el honor, los intereses o la independencia nacional. Es decir, qué el empréstito y la consiguiente deuda pública no debe ser medida favorable ni desfavorable a los capitales, sino un simple compás de espera, para que pueda acudirse paulatinamente a contribuciones e impuestos sobre la renta y sus capitales, que en su día deberían haber soportado el gasto de una vez. La causa es porque el trabajo, como función o facultad (*ab initio*), no puede ser objeto de imposición, ni la tierra tampoco (fuera de la renta natural, cuya misión ya conocemos), so pena de que la esclavitud social consiguiente no tenga liberación posible, o que la dificultemos gravemente, cegando o entorpeciendo las fuentes de la riqueza.

LA MONEDA COMO SERVICIO Y COMO DEUDA DEL ESTADO

En Economía Fundamental hemos examinado lo que es en síntesis la "moneda" y explanado sus tres formas de constitución: real, fiduciaria y metálica.

ciaria y mixta. No es del caso repetir esta investigación; basta recordar que la moneda real o efectiva es una mercancía que, como tal, posee "valor venal o en cambio", sobreviviendo en su utilidad o "valor en uso". Así acontece, por ejemplo, con el oro, que por su grandísima escasez y el deseo humano del mismo, dada la belleza y utilidad de su metal, adquiere sobre el peculiar o intrínseco "valor en uso" el circunstancial o extrínseco "valor convencional o de escasez", que le caracteriza como mercancía especialísima por su relativa fijezza o estabilidad valorativa, aceptación general, transportabilidad, duración, divisibilidad y otras condiciones para el servicio monetario. Aunque el trigo, el ganado y otros productos son superiormente útiles al oro, y el mismo hierro le aventaja como "útil"; pero los supera por la "rareza" del metal amarillo, pues otras escaseces de mercancías son salvadas más fácilmente por el trabajo.

La moneda de oro o de cualquier otro metal o mercancía de efectivo "valor de escasez" es sencillamente un servicio público del Estado, con el cuño que oficialmente garantiza la verdad de las cualidades deseadas por el tomador. Pero el oro y cualquier metal precioso hoy pueden mañana desvalorizarse mediante el trabajo de producción en las minas, cuya abundancia enerva y hasta abate el "valor de escasez" de la mercancía producida, y entonces la moneda quedaría más o menos desvalorizada venal o cambiariamente, continuando, sin embargo, en circulación espontánea si el Estado responde de esa mayor o menor diferencia entre lo real y lo fiduciario. Por tal mezcla de real y crediticia, la moneda sería entonces mixta. Aun cuando el Estado no garantice la parte irreal de ese dinero, suele admitírsela sin merma efectiva cuando es necesaria por el servicio fraccionario de los cambios; pero, ha de ser con la condición de su reducida limitación circulante. En caso contrario, sobreviene en la misma el descuento, salvo que el Estado, repito, adicione su crédito a ella o interponga su fuerza para la circulación legal. En este último supuesto, la eficacia monetaria se reduce al interior de las fronteras. Cuando la moneda incluya la participación crediticia del Estado, sólo es efectiva respecto al exterior en la medida que autorice la confianza extranjera.

Dejemos a un lado estos prolegómenos constituidos por la ciencia de la Economía Política respecto a la moneda real como servicio de la Administración pública. Por este carácter de servicio, sostenemos que el cuño nacional de regalía monetaria se debe continuar prestando a cual-

quier particular que presente el oro en pasta de la prevenida aleación, y sin más gravamen que los gastos de brazaje. La razón es que, como servicio monopólico por la índole de su naturaleza o por la conveniencia social, no le es lícito, con arreglo a las leyes naturales económicas, el menor señoraje, merma o recargo, que constituirían un "impuesto menos perfecto" sobre la propiedad del metal, de quien lo presenta a la contratación o sobre la libertad del tomador del metal amonedado.

Entremos en el segundo teorema (después del de la moneda como servicio, que es de Derecho administrativo, como servicio de la Administración pública), afirmando que la moneda fiduciaria (aparte de mero servicio oficial, si el Estado guarda su encáje en oro, o metal que ofrezca abonar, exactamente en toda la circulación fiduciaria) es deuda pública sin otra garantía que el crédito inmaterial del Estado; no tiene, pues, solidez real. Y si el papel o metal sin valor es de circulación forzosa, encierra un "impuesto menos perfecto", según expondré.

Este último constituye el verdadero tema de este epígrafe para llegar a determinar científicamente (y no por meros pareceres, fuera de sistematización) si el Estado debe o le conviene desmonetizar o recoger los signos materiales de ese dinero aparente, dado que proviene de un "impuesto" ...

El Estado, al lanzar en cantidad excesiva moneda irreal, no se compromete con probabilidades de éxito o solvencia a responder de su recogida y cambio por dinero efectivo, y a veces ni declara esta obligación, a lo menos en plazo fijo. Por la fuerza de su soberanía y la justificación de la necesidad pública, ante cualquier calamidad que amenace su vida, impone la circulación. Es decir, "impone" una contribución a los bolsillos particulares, en los que entra esa moneda irreal en sustitución del dinero de valor cambial efectivo. Por esto, es verdad la ley de Gresham, que la moneda mala desplaza del mercado a la buena, porque nadie está pronto a entregar el dinero efectivo, sino a deshacerse de la moneda irreal. Y por esto último, el Estado, en este proceso patológico, tiene que recurrir no precisamente a recoger la moneda irreal, sino la efectiva, para que el aludido "impuesto menos perfecto", de exacción de todos los valores venales existentes en un momento dado en la nación sea eficaz y, a lo menos, igual para todos los poseedores de valores pecuniarios. Toda moneda irreal, sin valor material ni de crédito, que se lance en circulación forzosa es eso una contribución del bolsillo de los particulares, exacción contributiva que se consuma eficazmente cuando el Estado im-

pone el cambio por ella de la que como buena estaba en los bolsillos de los súbditos. Porque a los extranjeros podrá el Estado retirarles, por derecho de regalía, el cuño de circulación; pero la pasta seguirá simplemente el estatuto de bienes muebles. Por esto también los propios nacionales la guardan por su valor en pasta y únicamente entregan la que es en todo o en parte fiduciaria, porque les tiene más cuenta la actualidad del servicio comercial que con la nueva moneda pueden seguir realizando. Y únicamente entregarán el oro cuando no les sea dable eludir la responsabilidad de burlar la "contribución" para remediar al Estado con los valores que poseen.

Ahora veamos si el Estado debe o le conviene recoger la moneda irreal. La contestación es negativa, porque sería devolver a los contribuyentes el importe de exacciones percibidas, que fueron giradas en días de agobio público, con el propio derecho que se sacrificaron las vidas, se arrancaron los sembrados o arrasaron los edificios por necesidades de orden público, de la seguridad o de la guerra. ¿Qué restitución se pide respecto de esto? Pues con menos razón se exigiría la del metálico anterior. Al fin, no es un daño, sino un "impuesto" sobre la materia impositiva o imponible. Sobre riqueza "movilizable" en esos casos extremos, porque, en definitiva, con el orden se le defiende a ella misma.

Sin embargo, así como es equitativa alguna ayuda de trabajo (trabajo en socorro pecuniario) a los damnificados en sus "útiles" (propiedad) y se acude también a compensar, en lo posible, económicamente a los lisiados o mutilados en servicio de la sociedad y del Estado, y se procura auxiliar a los familiares de los que sucumplieron, no se debe llegar a consumar totalmente la exacción de los valores venales existentes y "movilizados" en un espacio de tiempo dado, porque sus propietarios sufrirían, en ese aspecto pecuniario, todo el peso de las desgracias sociales. Ni el mutilado, que cumplió con el deber, tiene más derecho que el que sucumbió, ni éstos a regatear la vida, ni los propietarios tampoco a restitución; pero la solidaridad humana acude socialmente en socorro. Son inválidos por suerte adversa, como otros son lisiados por la fatalidad de su procreación o accidentes del trabajo propio o cuenta ajena, cuya indemnización no tiene mejor fundamento jurídico que la solidaridad del fin humano, así como el retorno pecuniario contra el patrono, el de la facultad impositiva del Estado sobre los valores venales. Pero lo que es otorgado por el Estado no lo fué como derecho exigible. No ha de pasar del campo benéfico de la solidaridad, porque

así se desenvuelve toda la asistencia social. En las deudas públicas es también simplemente "equitativo" que se difunda la responsabilidad del pago del impuesto respecto a otros valores venales presentes o futuros; pero sin dificultar la producción venidera, o recargar el trabajo o el consumo, porque se cegaría la fuente de su propia liberación.

Esta equidad se consigue mediante la "conversión" a tipos justos. La moneda irreal se canjea por nueva moneda real, al tipo mercantil a que haya bajado la moneda irreal. Al tipo a que degeneró su fuerza adquisitiva del trigo. Hablo de este cereal, porque, según Smith indica, con mucho acierto, el trigo es la mercancía que mejor mide, en varios años conjuntamente, el valor de la moneda. Claro; el trigo es lo más necesario y, por ende, deseado. Y, además, en varios años la escasez y la abundancia son de un promedio bastante uniforme! Sin embargo, podría decirse lo propio respecto al valor adquisitivo de otras mercancías, análogas no depreciadas, incluso del oro. Esto parece lo hecho con los "désbloqueos" de dinero de la llamada zona roja. Y esto es lo procedente; pero cuidando no excederse de ese módulo. Otra cosa sería regalar dinero por lo irremisiblemente perdido y aplicado mediante el "impuesto", no por compensación a la desgracia del damnificado en sus "útiles" o en su persona mutilada, sino por error financiero del Estado. Así lo ve el instinto popular de justicia cuando acude en socorro de la desgracia, pero no a sacrificarse por lo que es obligación personal de otros, sustituyéndolos como soldados o como contribuyentes.

Financieramente también puede reemplazarse o convertirse la moneda irreal en deuda pública, pero consolidada al indicado tipo de fuerza adquisitiva. Porque esa deuda, si no se reduce por conversión, se ha de servir con dinero depreciado del mismo jaez; en sus intereses y en pago del principal, pero lo más conveniente es consolidarla al tipo que, como tengo dicho, la haya depreciado el mercado. Pero ha de ser al tipo del mercado libre, porque con las tasas la valorización del dinero es artificial, no se conoce exactamente su depreciación, como engaña el balón de oxígeno respecto a la vida del enfermo. Esto tiene que ser transitario, porque las tasas sostienen un valor cambial monetario que, al fin, sólo favorece a los capitalistas, pero no al trabajo. Sin embargo, esta forma de conversión (de dinero en deuda actual), aunque no resuelve ningún problema al tenedor de moneda o de títulos de valores con que se sustituye, puesto que son pagaderos con esa misma moneda, sirven de momento al Estado para aminorar la circulación monetaria irreal y

evitar la crisis de la caída fulminante. Es una medida terapéutica de mero paliativo del síntoma y el dolor. Es, como dije, el balón de oxígeno al moribundo, que no cura, pero que no se le puede negar.

Y a esta altura de explicación del tema, es muy fácil contestar a esta pregunta: ¿la deuda pública con qué dinero se debe pagar? Lo vengo declarando explícitamente: Los títulos de valores públicos, aparte de los impuestos menos perfectos que les graven, como a otro valor venal cualquiera, deben pagarse con el dinero en circulación, si no está pactada la especie. Con la misma moneda que se pagan los impuestos. Es la ley de Cresham, que practican los particulares, aplicada en contra y en favor de la Hacienda. ¿No se pagan los particulares entre sí, y al Estado, en moneda irreal? ¿No retienen la moneda real? Pues no va a pagar la Hacienda en oro, ni siquiera en plata, sino en moneda circulante, porque en otro caso no está "impuesta" esa moneda. Así ha de pagar, o consolidarla al indicado tipo depreciado de valor monetario. Otra cosa sería "desigualdad" entre la moneda y los títulos de valores. El "impuesto" no habría sido "igual" para todos los poseedores de valores venales capitalizados existentes. Porque los futuros, para esa igualdad, han de contribuir por "utilidades" de renta o capital, todo mientras la Economía se encuentre en plano patológico. Y repito que contra el trabajo futuro no se puede girar más que por vía de socorro urgente, porque dificultaríamos su progreso por ignorancia financiera.

Por todo lo dicho, los Estados han de procurar evitar las crisis agudas o fulminantes de su moneda irreal o ficticia y de la fiduciaria; pero no deben oponerse al curso normal de su vida como valor venal, de la propia suerte que el médico ha de oponerse a la muerte prematura del paciente, mas no puede evitar la vejez física ni el desvaimiento de la personalidad: de otra suerte, se imposibilitaría la vigorización de la sociedad y la renovación de otros valores de la propia vida. Las monedas han de seguir espontáneamente los procesos que la realidad cambial nos presente y extinguirse en tiempo oportuno. Otra técnica monetaria contradeciría la dogmática económica de que el valor cambiial del oro habrá de enervarse cuando los placeres auríferos sean abundantes y hasta abatirse si llegaran a ser superabundantes. Equivaldría a decirnos que debió de impedirse que las minas de plata del Perú hubieran desvalorizado ese metal, depreciando el valor adquisitivo de la plata. Con la baratura de ese metal cayó el valor convencional de la propia moneda y del billete que sea pagadero en ese metal. Lo mismo puede suceder respecto al

oro. Por lo que respecta a la moneda irreal, que fué un impuesto menos perfecto, igualmente el mercado libre dirá su valor, al levantarse las tasas, y de eso no se puede pasar financieramente. No se puede entregar oro donde hay obligación de dar plata, ni plata o cobre donde solamente existe obligación de entregar cuproníquel, peltre o vales de papel en curso forzoso. Respecto a la deuda pública, ¿se le ocurrirá a alguno que le abonen los cupones en pesetas de plata u oro? Ni los cupones, ni los títulos, porque al recoger la plata y el oro y establecer el curso forzoso de la moneda irreal, se hace a ésta de plena fuerza liberatoria en los pagos de deudas y de admisión en las compras, a como se fije el precio, para los particulares, y para los cupones y títulos del Estado, porque la desvalorización adoptó forma de "impuesto público". Y si a un servidor o acreedor del Estado éste les paga en moneda "impuesta", y lo mismo el vendedor percibe el precio en moneda irreal, ¿cómo no va el tomador a tener derecho a difundir el impuesto de tal moneda entre otros propietarios de "valores venales", que son idéntica materia de imposición? Porque lo "movilizado" es todo "valor venal o convencional" existente y futuro.

El oro, como la plata, así como el papel, pueden fenercer en su valor cambiante; aquéllos pueden entrar en el acervo libre de las cosas "útiles" o de exclusivo "valor en uso" y pasar a la nada como "valor convencional". Para la consideración económica, caerían en la misma inestimación de "precio" que el papel o pergamino, el cupro o el peltre, de la moneda irreal. Y como las deudas públicas se pagan en esas monedas, seguirán el mismo proceso patológico del dinero en que sean pagaderas. Porque han de ser pagadas en monedas, las monedas que sean; eso es su especie. Claro que las deudas privadas se pagan en la "especie pactada": trigo, ganados, oro, plata, etc. Solamente envileciéndose la mercancía, el trigo, la plata, la pasta de oro, pierde el acreedor. Contra la especie pactada es injusto el pago, porque aquella lo mismo puede ser grano de trigo que gramos de plata u oro (que es lo que quiere decirse al consignar la especie oro), que, como indiqué, se acuña en cantidad libre. ¿Qué se diría del deudor que pretendiese pagar en moneda la deuda de trigo? Sería en tanto dinero, el que fuera (caso de imposibilidad de entregar el trigo), como lo que establezca la oferta y la demanda del trigo en el mercado, o el que el Estado le señale. Aquello en Economía normal, porque la tasa le asigna el precio, que hay que acatar, porque hay que difundir el "impuesto" de la moneda. ¡Ah! pero si

al endeudarse se habló en dinero, entonces implícitamente se autorizó y quedó paccionado el pago en la moneda circulante, porque esa moneda es el módulo de referencia del valor, y no hay términos hábiles para otra técnica, dado que la moneda real antigua fué recogida para paliar la crisis de la fiduciaria, que al fin se ve depreciada, lo mismo en mano de acreedores que de deudores. No hay que olvidar, en la presente investigación, que toda deuda es una esclavitud y, por consiguiente, lo dudoso en teoría o imposible en la práctica, se ha de resolver en favor de la liberación del esclavo. Pero no hay que olvidar tampoco que el menoscabo no viene a los acreedores de particulares ni de la Hacienda, cuando recibe el pago, sino que llegó cuando se "impuso" la moneda, pues fueron entonces desvalorizados sus créditos, porque utilizó el Estado todas las propiedades venales. ¿Que algunos "valores venales" no sufren igual carga? Ya veremos que sí, cuando hablamos del Derecho Trascendental Inmobiliario, que también llamo "nuevo"; aparte de que han de aceptar la moneda irreal circulante, y que los valores inmobiliarios todos tributarían por "impuesto menos perfecto" de capitales o de rentas. Pues bien: la Hacienda ha de pagar en la moneda circulada por el Estado para cada espacio o tiempo, y así lo hace a sus servidores y acreedores. Y como los particulares, la Hacienda pública ha de aprovechar el tiempo de la baratura de los géneros comerciales para hacer los pagos. Lo hace "convirtiendo", o sea sustituyendo valores depreciados por otros nuevos y eficaces; mas sólo después de conocer el verdadero estado de esas finanzas, sin la asistencia de las tasas; pero antes de suprimirías absolutamente y antes de lanzar la nueva moneda efectiva, porque, de otro modo, se suprimiría el servicio cambiial de la "irreal". La moneda nueva que, al fin, es necesario lanzar (como se hizo en otros países), no puede favorecer a la mala, de otra suerte. Reitero, para terminar, que no han de ser desiguales los tenedores de moneda respecto de los títulos de valores, que se están pagando con esa misma moneda depreciada. Y han de ser iguales, repito, los poseedores de otros valores de derechos reales. Todos se consumieron en la hoguera de la guerra. Como es racional, sólo debe sobrevivir el trabajo y demás "valores en uso". Estamos en período de reparto tributario entre todos los "valores venales", mientras no se retire la moneda irreal.

Sin embargo, ocurre con los acontecimientos de las guerras lo mismo que con los sucesos de las revoluciones y los actos de la delincuencia en general. Son hechos voluntarios del hombre, los guerreros, sedicio-

sos o delictivos, originados aquéllos por el descontento de los pueblos, en lo internacional, a causa de acaparamientos de los "espacios vitales económicos" en provecho de naciones privilegiadas a costa de la libertad económica de producción industrial y de comercio de los países sometidos así por ellas a la miseria, o, a lo menos, a grandes escaseces. De manera idéntica se provocan las revoluciones, dentro de los Estados, por anticientíficos principios de distribución de los "espacios vitales" para el trabajo, y técnicas jurídicas erróneas respecto al Derecho Inmobiliario, fomentando la delincuencia voluntaria, ó que no tiene su causa en la anomalía o perturbación mental. Estos hechos acarrean los más complejos efectos económicos, sin que su violencia resuelva radicalmente ningún problema. Meramente sustituyen un privilegiado por otro igual, porque la verdadera solución ha de proporcionárla el trabajo estrictamente humano (que es el de los pensadores) y la buena voluntad y acción de los gobernantes para realizar las ideas, así como el trabajo individual, y no los arrebatos o fraudes de la delincuencia punible. Análoga trascendencia económica que las guerras y las revoluciones tienen ciertos vaivenes físicos de la sociedad, como las pestes, y las cósmicas del Cosmos, en sus tres elementos de viento, agua y fuego desmandados, que también repercuten en la riqueza, destruyéndola. Los cataclismos físicos de la Naturaleza— huracanes, inundaciones, sequías, movimientos sísmicos, erupciones volcánicas, enfriamientos por el granizo o la helada, incendios, plagas—, así como los que sobrevienen en la propia Humanidad—enfermedades, epidemias, anomalías orgánicas—, son hechos involuntarios, azotes de la Naturaleza, que la ciencia y el arte saben enmendar; porque por esos el hombre es reflejo creador de Dios. Las perturbaciones físicas no deprimen el espíritu como la guerra, la revolución y la delincuencia, cuya medicina es la Justicia, que la filosofía reputa igual a la Paz. Pero los cataclismos o hechos físicos también destruyen riquezas, y no solamente riquezas de mera relatividad, o sea "valor venal, convencional, de escasez o cambial", sino riqueza absoluta o de utilidad para todos o "valor en uso". Y, ¡claro es!, lo mismo con aquellos actos voluntarios que con estos males físicos, sobreviene la escasez, cuando no el azote de la miseria, y su exponente el "valor de escasez", que la Economía dirigida tiene que regular, al tomar efectividad real de "precio", con terapéutica de urgente remedio y ortopedia precisa, que proporcione a todos formas asequibles de "precio".

Pero a lo que quiero llegar es a los complejos efectos económicos

de todos esos desastres. Obligan al Estado a la confiscación de la sociedad privada de los súbditos, tomando los "valores cambiales" particulares, por medio de "impuestos menos perfectos", y hasta recurriendo de momento a los "absolutamente imperfectos"; y, por otro lado, se crean nuevos "valores de escasez o convencionales". Así lo comprende el sentir vulgar al decir que "el desastre de unos—mejor diría social—es la riqueza de otros", y también se diría mejor de unos pocos. Creo, pues, haber llegado a justificar que es procedente un fortísimo impuesto sobre la renta y el capital que se cree para lo futuro, mientras se desvaloriza la moneda irreal, que fué lanzada como "impuesto" en el momento de agobio. El haber sido un "impuesto" impide su recogida a la par con moneda efectiva; pero el haber sido el impuesto "menos perfecto" obliga a una justicia equitativa respecto a los demás "valores venales" presentes o creados por las guerras y los fenómenos físicos para lo futuro; pero sin atacar a la facultad de trabajo ni lo que sería igual, al "valor en uso" de las cosas naturales. Nada habríamos conseguido con desamortizar la Tierra respecto al uso, si la hubiéramos de gravar artificialmente.

ADOLFO GARCÍA GONZÁLEZ

De la Carrera judicial

Notas sobre la naturaleza jurídica de la aparcería.

Importancia grande adquiere en la ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, puesta en vigor de nuevo por ley del nuevo Estado de fecha 28 de junio de 1940 (*Boletín Oficial del Estado* de 13 de julio), con algunas modificaciones que no afectan a nuestro asunto, la aparcería. Innumerables problemas plantea el estudio de esta institución jurídica, siendo quizá el no menos importante el referente a su naturaleza jurídica y consecuencias que produce. Baste señalar, en apoyo de ello, que la ley de Arrendamientos Rústicos mencionada dedicó a su regulación todo su capítulo VIII: ocho grandes e importantísimos artículos en total. De aquí la necesidad de que se haga un estudio de los mismos para su esclarecimiento y mejor comprensión. Y de todos los numerosos problemas que sobre la aparcería—unidad jurídica que tanta importancia tiene en algunas comarcas españolas, como Asturias y Galicia, en donde dió lugar a instituciones que, bajo los nombres de comuna, masovería y otros, tanto arraigo y realidad tienen en ellas—pueden plantearse, ninguno, a nuestro juicio, más importante y básico que el determinar sus contornos y sus caracteres; en una palabra: esclarecer y determinar su naturaleza jurídica. Porque acaso nunca mejor empleadas que aquí las frases, tan conocidas, del genial Ihering: "El interés de la clasificación sistemática exacta de una institución no es otro que el de su conocimiento y su exposición exactos" (1). Y los preceptos de la legislación positiva española sobre la aparcería bien necesitan de esta exposición y esclarecimiento, porque aparte de lo que el Código civil establecía en su "famoso" artículo 1.579, verdadera muestra de confusionismo jurídico al mezclar con-

(1) *L'esprit du Droit Romain dans les différents phases de son développement.* Traducción francesa de Meuleneure.

ceptos tan dispares y heterogéneos como negocio jurídico arrendamiento y negocio jurídico sociedad, no cabe duda que la ley de marzo de 1935 tampoco se excede mucho en aclarar los numerosos puntos oscuros que ofrece el problema de la naturaleza jurídica de la aparcería, como veremos más adelante; de aquí, repetimos, la necesidad de un estudio de problema tan sustancial, y qué intentaremos hacer, aunque del modo más breve posible.

EXAMÉN DE LA APARCERÍA DESDE UN PUNTO DE VISTA DE "LÉGIFERENDA". OPINIONES DIVERSAS DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA Y SUS DIVERSAS CONSTRUCCIONES TÉCNICAS

Dos puntos de vista, con gran número de adeptos cada uno de ellos, vienen por mucho tiempo disputando acerca de la naturaleza jurídica de la aparcería. Para unos, se trata ni más ni menos que de un arrendamiento de cosas—rústicas, naturalmente—, aunque lo general es que los que esta posición adopten hagan constar determinadas características que le separan, si bien no sustancialmente, de los restantes y corrientes arrendamientos de fincas rústicas.

Para otra gran parte de la doctrina, se trata de un contrato de sociedad, aunque también con caracteres que le distinguen, pero también sólo accidentalmente, de la sociedad corriente.

No falta la posición intermedia, ecléctica—si bien con un ecletismo no constructivo, sino confusionista—, sostenida por aquellos que creen que la aparcería contiene ingredientes de ambos contratos: de arrendamiento de cosas y de sociedad; elementos ambos heterogéneos y mezclados y confusos en una misma relación.

Se habla también de una venta, y, por último, modernamente—con modernidad relativa, claro está—aparece otra tercera opinión que, emancipando el fenómeno de la aparcería de las concepciones estrechas, poco afortunadas y convenientes anteriormente citadas, sostiene que en la aparcería ni existe sociedad ni existe tampoco arrendamiento de cosas, sino un contrato nuevo, una figura contractual con personalidad propia: el contrato de aparcería, con delimitación exclusiva y notas que le distinguen de todos los demás contratos tipos.

¿Cuáles son, en síntesis, las razones que estas tres principales posiciones señalan en apoyo de sus tesis respectivas? Veámoslas.

POSICIÓN DE AQUELLOS QUE SOSTIENEN QUE LA APARCERÍA ES UN
VERDADERO Y PRÓPIO ARRENDAMIENTO

Empezaremos por mencionar un razonamiento que emplea uno de los juristas que sostienen tal afirmación, y que nos parece tan endeble que creemos no necesita refutación de grandes vuelos. "¿Dónde aparece el título relativo a la aparcería?" —dice Ricci—. En el arrendamiento, luego es claro que el legislador considera la aparcería como un arrendamiento, no como sociedad" (1).

No creemos que sea razón suficiente para decidir la naturaleza jurídica de una institución el fijarse solamente en el lugar de su colocación en un texto legislativo cualquiera. Puede el legislador, en este aspecto, ser objeto de error técnico que le haga creer que un artículo debe ser colocado en una sección determinada de una Ley o Código y, sin embargo, ser tal determinación, desde un punto de vista técnico, poco recomendable y aun completamente equivocada. No suele ser, por desgracia, muy raro que haya que aplicar a una ley aquellas palabras que el profesor Traviesas solía repetir a menudo en su cátedra de Oviedo: "El legislador, o la ley, no se equivocan en lo que mandan, pero pueden y suelen equivocarse en lo qué dicen." Ejemplo de ello lo tenemos en nuestro Código civil con la donación, que se encuentra en el libro III, que trata "De los diferentes modos de adquirir la propiedad", siendo atacable tal colocación, ya que, si bien no cabe duda que, en efecto, por la donación puede, entre otras cosas, adquirirse la propiedad de alguna cosa sin embargo es casi unánime opinión de los juristas españoles que no debió ser colocada tal institución en dicho lugar, sino en la parte referente a los contratos, pues contrato es en nuestro Derecho positivo, a pesar de los términos del artículo 618 del Código civil, fácilmente explicables atendiendo a su origen y a los motivos que dieron lugar al empleo de la palabra "acto" en el Código civil francés (2). Lo mismo sucede en relación con la doctrina del parentesco, la cual se expone en el libro que trata del derecho sucesorio, y no al hablar del derecho de familia (del que el Código se ocupa ante-

(1) Ricci *Derecho civil* Traducción española, t. XVII, núm. 201.

(2) Sabido es que fué Napoleón el que impuso la palabra "acto" en el artículo 1.050 del Código civil francés, ignorando que los términos "actos bilaterales y unilaterales y contratos unilaterales y bilaterales" no son sinónimos.

riamente, y dónde era más racional y lógico que estuviese). La prenda e hipoteca, y el censo en sus diversas formas, se estudiaron al tratar de los contratos, olvidando no sólo que accidentalmente se constituyen por contrato, y que su característica real e inmobiliaria es mucho más trascendente a los ojos del Derecho, sino que en ciertos casos pueden constituirse por medios distintos del contrato (1). No hay que fiarse mucho, pues, de los títulos en los que las instituciones jurídicas se encuentran en las leyes. En el Código de Comercio, libro I, título V, sección 3.^a, se habla "de las ferias, mercados y tiendas", y, sin embargo, no encontraremos ni una sola palabra que haga referencia directa, como habría que esperar del título, a los mercados que no son mencionados para nada en los siguientes artículos.

Abello sostiene también que se trata de un arrendamiento de cosas. "Se trata—dice—de un verdadero y propio contrato de locación de cosa y particularmente y de modo preciso de una especie o forma de locación de fundos rústicos" (2). Como se notará, ya este autor reconoce que no se trata del propio y típico contrato de arrendamiento de cosas, pero, sin embargo, no vacila en adscribirse a aquella parte de la doctrina que sostiene que la aparcería es un arrendamiento de cosas.

Dernburg también se inclina a esta opinión. "Se trata—dice—de un arrendamiento de la finca, por precio más o menos cierto, según los casos. El que concede la aparcería es el locator; el aparcelero es el arrendatario (3).

Colin et Capitañ figúran igualmente entre los partidarios de esta opinión. Sin embargo, creen que la aparcería no es un propio y típico contrato de arrendamiento, sino que tiene "unas características especiales". Y señalan como caracteres distintivos de la aparcería respecto del arrendamiento "ordinario": 1.^o el aparcelero, en lugar de una merced en metálico, paga un canon en frutos; 2.^o hay diferencia en cuanto

(1) Aludimos al artículo 138 de la ley Hipotecaria, que dió lugar a repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo—incluso algunas sentencias, como en la de 4 de octubre de 1915—, la cual puede verse, comentada con acierto insuperable, en la *Legislación hipotecaria* (contestaciones a Registros), vol. II, págs. 304 y sigs., de Beraud y Ríos Mosquera—de orientación, a nuestro juicio, equivocada, que parece olvidar lo que Jerónimo González (V su magistral trabajo "Valor hipotecario del consentimiento", en REV. CRIT. DE DERECHO INMOB., núm. 19) llama principio del consentimiento formal V, también Demófilo de Buen *Derecho civil común*, tomo I (contestaciones a la Juzgatura), Reus, 1930, págs. 328 y 329 y nota 1^a).

(2) Abello: *Trattato della locazione*, vol. II, págs. 416, 421 y sigs.

(3) Dernburg. *Diritto della obbligazioni*. Ed. ital., parágrafo III.

a la prescripción de las acciones que dimanan de ambos contratos (1).

Igual tesis sostiene, en sustancia, Glilouard: "Afírmamos—dice—que la aparcería es un caso de arrendamiento de *naturaleza especial*, en que el precio consiste no en una suma de dinero fija, sino en una parte de frutos" (2).

Asimismo Huc, en sus famosos *Comentários*, afirma de modo rotundo, y basándose en parecidas razones, que se trata, en la aparcería, de un propio y verdadero arrendamiento (3):

En idéntico sentido opina Ferrini (4).

También parece ser ésta la opinión de Venzi. Sin embargo, no nos atrevemos a incluirlo entre los partidarios incondicionales de esta opinión, pues si bien incluye a la aparcería en el párrafo correspondiente al arrendamiento mixto de obras y cosas—lo cual daría pie para considerarlo como defensor de la tesis que estamos exponiendo—, sin embargo, poco más adelante encontramos que textualmente dice que la "aparcería es una quasi societá", con lo cual parece inclinarse, del lado de los que opinan que en la aparcería existe un caso de sociedad y no de arrendamiento. Probablemente tal vacilación—casi diríamos: mejor, tal falta de sistematización—sea una muestra del criterio de Venzi, que no se acaba de decidir por una u otra tesis de un modo resuelto y sin ambages (5).

En España, parece que Valverde (6), aunque reconoce que es cuestión dudosa, y que también hay algo de la sociedad en ella, se inclina por considerar a la aparcería como arrendamiento; si bien justo es decir que parece dar su opinión más desde un punto de *lege data*—refiriéndose al ya citado artículo 1.579 del Código civil—que desde un punto de *lege faerendas*.

(1) *Instituciones de Derecho civil*. Traducción española, con notas, de De Buen, vol. IV, págs. 301 a 304.

(2) Gúillouard. *Traité du contrat de location*; vol. II, núm. 614.

(3) *Comentaires au Code Napoleon*..., vol X, núm. 355

(4) Ferrini, en *Archivio per practica civile*..., vol. 71, págs. 1 y sigs. También Piola Caselli, en *Digesto Italiano*, voz "Mezzadria", núms. 14 y sigs se adhiere a esta opinión.

(5) V. su *Manual*, núm. 513 principalmente.

(6) Cifr. *Tratado de Derecho civil*, vcl. III, pág. 481.

POSICIÓN DE AQUELLOS QUE SOSTIENEN QUE LA APARCERÍA
ES UN CASO DE CONTRATO DE SOCIEDAD.

Frente a los que, como acabamos de ver, sostienen que la aparcería es un arrendamiento, bien típico, bien especial, pero arrendamiento de cosas al fin, se alzó la opinión mantenida, también por autores tan numerosos e ilustres como los hasta aquí mencionados, quienes rotundamente afirman que la aparcería es un caso de sociedad. Veamos y examinemos sus razonamientos y observemos su certeza o equivocación (dentro de nuestro punto de vista, naturalmente). Sin embargo, antes de entrar en tal examen, quisieramos decir algo que, entre los razonamientos empleados por los autores partidarios de la teoría del arrendamiento, ofrece vital interés para nuestro problema y que merece destacarse y ser examinado con cierto detenimiento. Tal es lo referente a la posibilidad del pago de la renta en frutos y no en dinero, y que es señalado como una especial característica del arrendamiento-aparcería, sin que por ello pierda tal figura su carácter de arrendamiento. Nos interesa esto, repetimos, porque nos parece sumamente importante el dilucidar si es posible que el precio o renta pueda ser pagado en frutos y no en dinero.

En el Derecho romano clásico parece que tal cosa fué jurídicamente posible: un texto del Codex—Cd. 4, 66, 21—así parece afirmarlo. Pero en el Derecho bizantino, la "merces" sólo podía consistir en dinero, si bien parece que en el Derecho justiniano se vuelve otra vez a la máxima del Derecho clásico y admitirse el pago de la "merces" en frutos o en cosas naturales. Pero en nuestro Derecho actual ¿es esto posible? Para contestar creemos que debe distinguirse entre el Derecho estampado en el Código civil y entre el contenido en la ley de Arrendamientos Rústicos de 1935. En el Código civil, y por imperativo de su artículo 1.543, el precio había de ser cierto. Ahora bien: ¿era compatible este requisito de la "merces" cierta con un pago en frutos determinado solamente de un modo meramente cuantitativo, como sucede en la aparcería? Para Waaser no cabe duda que no. La cuota, dice, depende de factores inciertos, como son los elementos de la Naturaleza y la actividad del colono: una indeterminabilidad actual para Waaser es incompatible con el requisito de certeza tal como lo exige el Código. Pero frente a esta posición, que anticipamos nos parece exacta, Barassi sostiene la perfecta compatibilidad de la "merces" cierta y el pago de la

misma en frutos. Las fuentes—dice este autor—exigen “merces” cierta, pero los juristas romanos y Justiniano entendían dicho vocablo con relativa largueza. Para la certeza basta la determinabilidad según criterios objetivos, futuros, de modo que las partes actualmente estén en disposición de calcular, influyendo sobre sus criterios objetivos elementos aleatorios; basta que desde ahora sea asegurada la futura certeza objetiva; basta un simple referirse a un *quantum* actualmente ignorado por las partes; es compatible—dice—la determinación cuantitativa con la certeza de la “merces” (1).

Ya hemos dicho que, a pesar de este agudo razonamiento de Barassi, no creemos que su punto de vista sea aceptable, atendiendo a la norma consignada en el Código civil español. En su artículo 1.543, ya mencionado, exige éste que el precio del arrendamiento de cosas sea cierto, y nós parece, con Waaser, que una determinación meramente cuantitativa, en que tantos factores aleatorios pueden intervenir, tiene poco de cierta y segura.

En cambio, otra parece ser la solución en la ley de Arrendamientos de fincas rústicas de 1935, ya que al afirmar en su artículo 1.^º, párrafo 2.^º, que se regirán por ella—con lo cual se encuadran en el concepto “arrendamiento”—todos los actos y contratos (2)... cuyo precio, o canon, o renta se pague en metálico o en especie, o en ambas cosas a la vez...”, parece volver, en cierto aspecto, al punto de vista del Derecho romano clásico, admitiendo el pago en frutos en el arrendamiento de fincas rústicas.

Entrando ya en el estudio de la posición de aquellos que sostienen que la aparcería es un caso de contrato de sociedad, hemos de hacer mención del antecedente romano más ilustre. El célebre Gayo—sobre cuya personalidad, por cierto, sabido es que existieron y existen aún grandes controversias, habiendo incluso quien piensa que se trató de una mujer, “una matrona jurista”—, fijándose en la división de las ganancias en el caso de aparcería, afirmaba, y su opinión fué recogida

(1) V. Barassi, en *Encyclopédia Giurídica Italiana*, voz “Mezzadria”, número 114, donde cita a Waaser, trabajo, como todos los de Barassi, genial y de una solidez extraordinaria.

(2) Obsérvese que la ley habla también de “actos”, con lo cual ensancha evidentemente el marco tradicional del arrendamiento, reducido corrientemente al fenómeno jurídico “contrato”; por ello hay quien ha afirmado que el arrendamiento toma caractéres institucionales, sobre pasando la rigidez contractual. Más adelante insistiremos sobre esto.

en un pasaje que a continuación copiamos del *Digesto*, que "el colonio parciario divide el lucro y el daño con el propietario por reglas análogas a las del contrato de sociedad" (1).

Josserand, en su *Curso de Derecho civil francés*, también sostiene esta misma opinión. "Examinando detenidamente—dice—las características de la aparcería, nos parece que tiene más semejanza con la sociedad que con el arrendamiento. Como en la sociedad, existen aquí dos elementos: uno (el propietario), que contribuye con el capital, y el otro (el aparcer) que contribuye con su trabajo. Las ganancias que se obtengan de esta labor común y de colaboración, se dividen por partes alicuotas entre ambos. Existen dos socios con distinto carácter: uno que pone el capital (socio capitalista) y otro (el aparcer) que pone en común su trabajo y experiencia; que podría ser denominado socio industrial" (2).

POSICIÓN DE AQUELLOS QUE SOSTIENEN QUE LA APARCERÍA TIENE TANTO DE ARRENDAMIENTO COMO DE SOCIEDAD, CON ESPECIALES CARACTERÍSTICAS, TANTO EN UN CASO COMO EN OTRO

Frente a las anteriores opiniones, y que abiertamente se inclinan, ya por el arrendamiento, ya por la sociedad, como negocio jurídico dentro del cual ha de encajar la aparcería, tenemos otro grupo, sostenido por gran número de autores—acaso el más numeroso—, principalmente franceses (aunque, como veremos, no falten algunos españoles ilustres), que no se afilan a ninguna de estas tendencias, sino que consideran que hay razones en pro y en contra, respectivamente, tanto en lo referente a la aparcería como filial del arrendamiento cuanto a su consideración como un caso de sociedad. Por eso, al afirmar que la aparcería no es abiertamente arrendamiento de cosas ni sociedad, sino que tiene caracteres de ambos negocios jurídicos, se colocan en una situación intermedia entre las dos posiciones ya mencionadas, y por ello quizás sería conveniente denominar esta tendencia mixta o híbrida. Son sus principales paladines:

Baudri-Lacantinerie: Afirma que la aparcería es un contrato que participa a la vez del de sociedad (en cuanto existe una parte que pone en común su capital y otra su trabajo, y dividiéndose las ganancias)

(1) "Colonus partiariss quasi societas iure et damnum, et lucrum cum domino fundi partitur". (*D.*, 19., 2. 25, párrafo 6).

(2) Josserand: *Cours...*, vol. II, núm. 1.247.

y del arrendamiento de cosas, porque el aparcero tiene cierto aspecto de arrendatario, pudiendo pensarse que la cuota que da al propietario de la finca no es más que el precio de la locación. Hay que tener en cuenta que algunos requisitos que se dan en toda sociedad (*la affectio societas*) no se encuentran en la aparcería. Y, por otra parte, también los elementos típicos del arrendamiento no se encuentran con la necesaria nitidez en dicha institución jurídica. Por todo ello, concluye afirmando que se trata en la aparcería de un contrato mixto de sociedad y de arrendamiento. Un contrato *sui generis* (1).

Marcade también se adhiere a esta tendencia. "La aparcería—dice—tiene de arrendamiento y de sociedad. De arrendamiento, porque el colono viene a ocupar los fundos y explotarlos, abandonando al arrendador por el precio de la locación la mitad de los productos. De la sociedad, porque el propietario pone en común el goce de sus tierras, suministrando ordinariamente las semillas por mitad, para recoger la mitad de los frutos, mientras que el aparcero aporta su trabajo y su industria" (2).

Dallop, igualmente se manifiesta partidario de esta opinión: "Es la aparcería—dice—un contrato híbrido de sociedad y arrendamiento" (3).

Asimismo Laurent y Aubry et Raux (4)—entre otros—, sostienen esta opinión en la doctrina francesa.

CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE ALGUNOS JURISTAS ESPAÑOLES

En realidad, la mayor parte de nuestros jurisconsultos sólo de pasada—si exceptuamos a Ignacio de Casso, en su obra, a que luego nos referiremos—, y examinando siempre el problema de modo principal desde un punto de vista de *lege data*—el artículo 1.579, ya citado, del Código civil—, se refieren a la naturaleza jurídica de la aparcería. Sin embargo, vamos a mencionar brevemente algunas opiniones, para ver sus puntos de vista. Casi todos ellos—por lo demás—, y exceptuando

(1) Baudry-Lacantinerie, *Precis...*, t. II, núm. 717, y en *Traité...* con Wahl, volumen II, núm. 1436.

(2) Marcade: *Explication du Code Napoléon*, vol. VI, núm. 1764, II, página 496.

(3) Dallop: *Suplement au Répertoire*, núm. 273.

(4) Laurent: *Traité...*, vol. XXV, núms. 477-78. Aubry et Raux: *Cours...*, volumen V, núm. 371, nota 6. V: la opinión de Planiol en su *Traité...*, vol. II, número 1.779, poco clara y delimitada.

a Casso, que adopta un punto de vista más racional—, se inclinan a la tendencia que acabamos de examinar.

Para Manresa, por ejemplo, no hay "inconveniente en suscribir que entre la aparcería y la sociedad hay una cierta relación de semejanza...", semejanza, sin embargo, que "no pasa del carácter aleatorio que distingue a los resultados económicos que con ambos contratos se trata de conseguir... Ciento—continúa—que en la aparcería parece que ambos contratantes algo ponen en común para obtener provechos; pero lo mismo ocurre en todos los arrendamientos de cosas. En todos ellos el arrendador da el goce y disfrute de la cosa y el arrendatario el trabajo y el capital, con ánimo de lucrarse los dos de los productos que se obtengan. ¿Qué más da que el arrendador perciba su parte de utilidades en cuota fija que en cuota proporcional a los frutos? ¿No es la idea la misma? ¿Se dirá por esto que todos los arrendamientos implican sociedad...?" Sostiene a continuación que en la sociedad han de figurar como elementos esenciales dos elementos: en los sujetos, intención de formar sociedad, y, además, el que de esta unión salga una nueva personalidad, un nuevo ser de derecho. Pues bien: "ninguna de estas dos circunstancias se da en la aparcería...". Por eso dice más adelante. "Podemos, pues, afirmar fundamentalmente que la aparcería es un arrendamiento." Pero a continuación se guarda de advertir: "Pero no es un mero arrendamiento de fincas, al que convienen todos los preceptos dictados para éstos; la especialidad que representa su precio, la mayor complejidad de relaciones que crea entre las partes, la índole de sus aplicaciones en la práctica, hasta su calidad de medio apto para contribuir a solucionar la cuestión social en los campos, exigía una especial reglamentación que, arrancando de la afirmación de la naturaleza de arrendamiento que le es propia y le da el mismo artículo que comentamos —se refiere al precepto tantas veces citado del Código civil—, reconociese, sin embargo, todas las modalidades fundamentales con que su práctica puede entrañar resultados útiles (1). Vemos, pues, que para Manresa el negocio aparcería es un caso de arrendamiento de cosas; aunque, sin embargo, es un arrendamiento al que no convienen todos los preceptos dictados para los demás arrendamientos de cosas rústicas. En realidad no nos aclara mucho la cuestión, pues decir que es un arrendamiento y a renglón seguido verse obligado a reconocer que mu-

(1) V. Manresa: *Comentarios al Código civil*, t. X, págs. 623 y sigs.

chas normas—y algunas, aunque él no nos lo diga, *esenciales*—del arrendamiento de fincas rústicas no le son aplicables, por su especial configuración, es dejar la cuestión tan oscura como al principio se encontraba.

El jurisconsulto que bajo el seudónimo de *Mucius Scaevola*—seudónimo de ilustre prosapia—comentó el Código civil patrio, parece inclinarse por la tesis de que la aparcería sea un caso de sociedad *particular*, siguiendo en esto a Troplong, pero observando que los tratadistas que esto sostienen se ven obligados, sin embargo, a “aceptar excepciones y desviaciones a las reglas propias de ese segundo contrato”, hace que “en principio” crea que la solución dada a este problema por el Código civil “sea prudente y acertada, siendo de preferir a cualquiera otra de tendencia rigorista” (1). Es decir, que a *Mucius Scaevola* le parece bien lo que dice el artículo 1.579 del Código, sin darse cuenta de que lo que en él se dice es un galimatías indescifrable, un logograma lleno de contradicciones, “un verdadero contrasentido”, que revela “bien claramente las incertidumbres que en el espíritu de los autores del Código reinaban acerca de la naturaleza del contrato del que nos ocupamos”. (De Buen) (2).

Incertidumbre parece reinar también en cuanto a nuestro problema en el ánimo del maestro Clemente de Diego, pues si bien define la aparcería como “un contrato consensual, bilateral y oneroso, por el que una o más personas se comprometen a entregar a otra u otras un predio rústico para cultivarlo, o cierto número de animales para que los críen, o un establecimiento fabril o industrial para explotarlo, con la condición de repartirse los productos en una proporción convenida de cuantía indeterminada...”; sin embargo, habla también de la aparcería como “una sociedad especial”, citando a renglón seguido diversos argumentos para diferenciarla del contrato de sociedad. También en nuestra doctrina, Morell y Therry sostienen que la aparcería participa a la vez de la naturaleza de la sociedad y del arrendamiento (3).

En resumen: tampoco entre los juristas españoles hay unanimidad en el enfoque de nuestro problema, y si bien dan—repetimos—su

(1) *Mucius Scaevola. Comentarios...* vol. XXIV. 1^a parte. Madrid. 1909; páginas 792 y sigs.

(2) Demófilo de Buen, op. cit., vol. I, pág. 556.

(3) V. en *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. I, pág. 412. También De Buen sostiene que la aparcería unas veces es arrendamiento y otras sociedad, si bien parece dar su opinión en base del Código civil, art. 1.579 cit.

opinión más desde un punto de vista de *lege data* que desde un ángulo de visión estrictamente superlegal—en el sentido verdadero de esta locución—, no parecen emanciparse, en su conjunto, del raquitismo y estrechez de moldes que caracterizan, el tan mencionado artículo 1.579 del Código civil español.

TEORÍA QUE SOSTIENE QUE LA APARCERÍA ES UN NEGOCIO JURÍDICO CON PERSONALIDAD JURÍDICA PROPIA

He aquí, a nuestro juicio, la verdadera posición que cabe mantener. La aparcería ni es arrendamiento, ni es sociedad, ni ambas cosas a la vez. Es un nuevo contrato, una nueva figura con personalidad propia; sus notas semejantes y comunes con el arrendamiento y con la sociedad no le privan por ello de su independencia, porque de que una institución tenga afinidades más o menos íntimas con otra u otras no se sigue de ningún modo que haya de ser una variedad filial de aquélla o aquéllas. Si quisieramos citar ejemplos, a montones los tendríamos a mano, y lleno está el campo del Derecho civil de figuras jurídicas con grandes semejanzas—comunidad y sociedad, enositeusis y compraventa—, arrendamiento, censo consignativo, que para unos era compraventa del derecho al percibo de la pensión, para otros una servidumbre, para otros un préstamo con garantía de la finca misma, etc.—que, sin embargo, lejos de contribuir a mezclar tales instituciones, las delimitan por los diversos matices que en ellas adquieren según los casos. Precisamente la labor del jurista está en saber aquilatar ante la realidad del comercio social estos matices, que acaso para un espíritu menos sagaz no tendrían tanto relieve, y, en su vista, deslindar campos y establecer diferencias provechosas.

A nuestro juicio, pues, la posición certeza es aquella que sostiene que la aparcería es un negocio jurídico propio, independiente, autónomo, con fisonomía y personalidad propias.

Es la posición que adopta en Italia Barassi al afirmar que la aparcería ni es arrendamiento ni sociedad, sino un *tertium genus*: el negocio jurídico aparcería con personalidad propia (1).

(1) Barassi, en *Enciclop. Giurid. Ital.*, voz "Mezzadria", núm. 141. V. también las notas a la obra *Locazione* (trad. ital., cuyo autor es Baudry, Lacantinerie, tomo I, págs. 977-992).

Idénticas es la posición de Crome (1) y Breglia (2), entre otros, en la doctrina extranjera, y del actual Director General de los Registros y del Notariado, D. Ignacio de Cassó, en su excelente monografía sobre la Aparcería (3), entre la literatura patria. Base legal para sostener esta posición nos la dan los artículos 1.254, 1.255 y 1.278 del Código civil, que permiten de modo amplísimo la posibilidad de creación de figuras contractuales por los particulares, dentro de los límites de la Ley, de la moral y de las buenas costumbres. "Frente a un dogmatismo peligroso que inexorablemente rechaza toda innovación, hay que admitir serena, reflexiva y moderadamente la posibilidad de nuevas figuras contractuales (sobre todo en un régimen de libertad de contratación, y tal es la situación de nuestra Patria), con derecho a ser reconocidas en el ordenamiento jurídico" (4).

LA APARCERÍA EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS DE 15 DE MARZO DE 1935

El principal problema que tenemos que dilucidar es el de si se encuentra reconocido a la aparcería en el texto legal de 1935 su carácter de negocio autónomo, independiente como tal figura jurídica, con especiales características y notas diferenciales y propias, netamente distintas de las comunes con las entidades arrendamiento y sociedad. Y hemos de anticipar, después de un detenido estudio de los preceptos legales, que, a nuestro juicio, la contestación afirmativa se impone.

En su artículo 43 la ley dice: "Por el contrato de aparcería, el ti-

(1) Crome *Partiarische Rechtsgeschäfte*, 53.

(2) Breglia *Il negozio giuridico parciario* Nápoles, 1916.

(3) Ignacio de Cassó. *Aparcería agrícola y pecuaria*. 1922.

(4) Nicolás Pérez Serrano. *El contrato de hospedaje*, págs. 73 y sigs. Idem Baudry-Lacantinerie. *Précis*, vol II, núm 2, edt 1913. Ruggiero. *Inst*, traducción española. Reus, vol II, párr 82, pág 256, y en general casi toda la doctrina. V. sin embargo, la opinión aislada de Planiol, en *Traité...*, II, núm. 1.352 bis. Todo esto, aparte el problema, hoy tan candente y de actuahdad, de la subsistencia o reforma, y aun anulación de la "autonomía de la libertad de contratación", que tanta importancia tiene hoy sobre todo en los países totalitarios, con su concepción revolucionaria del Derecho y de los vetustos moldes en que se configuran las viejas figuras institucionales—contrato, familia, derechos reales *in genere*, propiedad, etc.—. V. sobre estos y otros problemas el magnífico e interesante artículo del profesor Polo en *Rev de Der Priv.* núms 288 y 289, enero y febrero de 1941, págs. 2 y sigs., y 80 a 95, respectivamente, con amplia bibliografía sobre todo esto. Aquí, por la índole del trabajo, forzosamente hemos de limitarnos a esta somera nota.

tular o titulares de una finca rústica ceden temporalmente o conciernen con una o varias personas el uso o disfrute de aquélla o el de alguno de sus aprovechamientos, conviniendo en repartirse los productos por partes alícuotas, equitativamente, en relación a sus respectivas aportaciones." Una simple y superficial ojeada a esta definición—apartando el si era o no conveniente y el si es o no afortunada—nos muestra cuántas cuestiones pueden plantearse sobre su base, y la enjundia trascendente de muchas de ellas. Es la primera de todas la referente a aquélla de que más atrás hablábamos (v. supra, nota 3, pág. 545), a saber: si es posible el pago de la "merces" en frutos. Decíamos más arriba que en el Código civil español tal pago no parecía posible, dada su redacción, al exigir un precio "cierto", lo cual, en sentir de Waaser, era incompatible con el pago de aquélla en frutos. Pero también decíamos que otra parecía ser la concepción de la ley de 1935: desde el momento en que su artículo 1.^º, en su párrafo 2.^º, autorizaba expresamente que el pago de la "merces" arrendaticia pudiera verificarse "ya en metálico, ya en especie, o en ambas cosas a la vez". Y esto mismo ocurre en la aparcería, y precisamente en ello está su especial y sustancial característica, su nota de tipicidad más primordial, ya que en el artículo 43 citado se exige, como condición *sine qua non* para que el contrato sea precisamente "de aparcería", que, entre las demás condiciones que allí se establecen, se repartan "los productos, por partes alícuotas, equitativamente, en relación a las respectivas aportaciones de cedente y aparcero". Y esta misma invariable norma preside el pensamiento de la Ley en todo lo que atañe a la aparcería. (V. arts. 45, 46, 47, 48 y 50, principalmente.)

Pero precisamente esto nos lleva también a la siguiente interrogante: si en el arrendamiento y en la aparcería cabe el pago en "especie" de la "merces", ¿en qué se distinguen entonces ambos? ¿No se borra desde ese momento toda diferenciación sustancial entre ellos?

A primera vista así parece, en efecto. Pero en realidad no hay tal cosa. En la aparcería se trata de "repartirse los productos por partes alícuotas, equitativamente, en relación a sus respectivas aportaciones" (de ambos contratantes: cedente y aparcero)—art. 43, citado—, mientras que en el arrendamiento la "merces" supone un pago sin atribución de parte alícuota, sin que la equidad intervenga y sin que se tenga en cuenta para nada la respectiva aportación de cada parte al negocio común.

Es decir, que en la aparcería hay un común y superior interés de ambas partes, el cual regula sus aportaciones, sus ganancias y, sobre todo, su equitativo y justo reparto entre ellas, en relación a la aportación que cada una haya verificado a la empresa común. Y, precisamente por ello, la Ley da especial configuración a esta figura contractual, y le señala reglas que sólo a ella exclusivamente, y no al arrendamiento, se aplican; por ejemplo, al establecer que "en los contratos de aparcería se consignará el detalle de las aportaciones, la proporción en que los contratantes acuerden participar en los productos..., el tiempo, lugar y forma de su distribución, etc.—todo ello sin perjuicio de las particulares reglas del art. 46—, hasta el punto de que el artículo 50 establece que "en ningún caso podrán ser adjudicados al acreedor de un aparcero productos de la aparcería sin estar previamente hecha la liquidación anual de la misma, y en todo caso, el derecho de dicho acreedor se circunscribirá a la parte que en dicha liquidación le sea adjudicada al aparcero deudor. Todo anticipo que el propietario haga al aparcero para que éste pueda realizar las aportaciones previstas en el contrato o para compensarle los jornales empleados; será considerado como crédito preferente sobre toda otra deuda del aparcero...", concepto recalado por el artículo 48, que incluso sanciona con una acción penal toda defraudación en este aspecto por parte de una de las dos partes. Búsqüense preceptos análogos para el arrendamiento en la misma Ley, y no se encontrarán. Y es que el legislador quiso dar una configuración especial a las aparcerías, sencillamente porque tienen matices e índole propias y sustancia autónoma; aunque hemos de reconocer que en estas reglas a que acabamos de referirnos parece asomar, aunque muy borrosa, la imagen de una pálida "sociedad", con intereses comunes entre los socios y reparto de ganancias o pérdidas—que también las pérdidas se reparten—de modo equitativo y en proporción a sus respectivas aportaciones. Quizá porque sean siempre de actualidad las palabras de Gayo antes transcritas (V. supra, nota 1, pág. 549, y texto).

Otros párrafos podemos señalar en el texto legal de 1935 en apoyo de nuestra tesis. La específica norma de su artículo 47, párrafo 1.º, al establecer como causa de desahucio del aparcero "la deslealtad y el fraude por su parte en la valoración o en la entrega al propietario de los frutos y productos de la finca que le correspondan según el contrato de aparcería". La norma, asimismo específica, del mismo artículo 47, en su párrafo 2.º: "La muerte del aparcero da derecho al propietario para

rescindir el contrato, si no le conviniere la continuación del mismo por los herederos de aquél"; todo el contenido del artículo 47, párrafo 3.^o, que trasciende de modo evidente que para la Ley hay una relación más íntima, con un relieve netamente acusado de confianza, de extrapatriomonialidad, espiritual y no egoísta, propio y exclusivo del negocio jurídico que nos ocupa. Normas son todas ellas que no solamente no encontraremos en el arrendamiento, sino que algunas de ellas—la del párrafo 2.^o del artículo 47 de referencia—son contrarias en absoluto a lo que para el arrendamiento prescribe la Ley en sus artículos 9.^o y 10 principalmente. Igualmente no deben pasar inadvertidos los párrafos 4.^o del artículo 49—"cuando el contrato de arrendamiento, como consecuencia del derecho que otorga al propietario el artículo 11 de la presente Ley, al llegar la prórroga, se convierta en aparcería"—y 8.^o del artículo 11—"tampoco tendrá lugar el derecho de prórroga si el arrendatario se negare a transformar el contrato de arrendamiento en otto de aparcería..."—de la Ley. ¿No está aquí explícitamente reconocida la diferenciación clara y neta de aparcería y arrendamiento? Para que una cosa "se convierta" en otra, "o se transforme—convertirse y transformarse es lo mismo...—, es necesario—o no hay lógica en el mundo—que ambas sean diferentes entre sí. Luego si el arrendamiento puede, según pálidina expresión legal, convertirse o transformarse en aparcería, es que ambas entidades jurídicas son diferentes la una de la otra—lo cual no quiere decir, repetimos una vez más, que no tengan una mayor o menor afinidad en ciertos aspectos.

He aquí, pues, de un modo resumido, algunas de las razones que creemos militan en apoyo de la tesis que estimamos atetada, antes desde un punto de vista de política legislativa, hoy ya desde un punto de vista estrictamente legal. A nuestro juicio, por tanto, no cabe duda que en el Derecho positivo español actual hay base suficiente para afirmar la sustantividad jurídica del negocio aparcería, autónomo, con contenido propio y con delimitación clara de otros negocios fronterizos; que tendrán un parecido mayor o menor, pero que son distintos, como los hijos suelen parecerse a sus padres, pero sin que por ello a nadie se le ocurra negar su propia y sustantiva personalidad.

ENRIQUE DEL VALLE FUENTES

Abogado

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1940.—Quebrantamiento de forma.

Según el artículo 1.473, en concordancia con el 326, ambos del Código de Procedimiento civil vigente en la zona de protectorado español en Marruecos, para que puedan ser admitidos los recursos por quebrantamiento de forma es requisito indispensable que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió, petición que en segunda instancia ha de formularse en recurso de súplica; y en este caso no se ha producido tal recurso, pues no puede ser equivalente la protesta consignada por el demandado en su escrito..., porque en ese escrito no se provoca ni requiere declaración alguna judicial, a diferencia de lo que sucede en el recurso de súplica, que necesariamente ha de ser resuelto por el Tribunal a quien se dirige, de todo lo cual se infiere que se ha incurrido en este caso en motivo de inadmisión, que ha de serlo también de desestimación, según reiterada jurisprudencia. A mayor abundamiento, consistía la prueba solicitada en la aportación por conductor oficial de una copia de una disposición de la Autoridad gubernativa, y es evidente que las disposiciones revestidas de fuerza legal, que pueden invocarse ante los Tribunales, no son materia de prueba, pues ésta versa sobre cuestiones de hecho y no de derecho, y por ello las disposiciones legales no se prueban, sino que se alegan y se citan, para que los Tribunales, que deben conocerlas, las apliquen, si lo estiman procedente, de lo que se infiere que la Audiencia de Tetuán procedió rectamente al no admitir la prueba solicitada.

SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1940.—Reconvención.

Con arreglo a la doctrina sentada por este Tribunal Supremo, la reconvenCIÓN, propuesta por el demandado, no puede menos de esti-

marse procedente, si en razón de la materia y de la índole del juicio es competente el Juez para conocer de las cuestiones planteadas; puesto que, aparte estas restricciones derivadas de la naturaleza de los respectivos juicios y de la competencia propia de los Jueces, la Ley no establece como regla general ninguna otra ni, por tanto, la de que la cuestión nueva planteada en la reconvención haya de estar forzosamente ligada con la pretensión deducida en la demanda, como con error sostiene la sentencia recurrida.

SENTENCIA DEL 31 DE ENERO DE 1941.—*Recurso de revisión.*

Son hechos básicos de la maquinación fraudulenta, alegada en este recurso de revisión, que se apoya en el número 4.^o del artículo 1796, ley de Enjuiciamiento civil, que la demanda designaba como domicilio del demandado el mismo local objeto del desahucio, a pesar de que lo tenía desde muchos años en sitio diferente de aquél, siendo el local objeto del desahucio no destinado a ser habitado, sino a servir como fábrica, según constaba en el primitivo contrato de arrendamiento; que el demandante conocía el domicilio del demandado, porque desde el año 1934, que fué cuando adquirió el inmueble, venía haciendo presentar en dicho domicilio los recibos que extendía para el cobro del alquiler; que las citaciones y notificaciones que figuran practicadas en el juicio, con inclusión entre éstas de la que motivó la sentencia que decretó el desahucio, aparece que se entendieron con el empleado del demandante como portero del inmueble, y que ese individuo no hizo llegar al demandado noticia alguna relacionada con las expresadas diligencias, aunque conocía su domicilio, porque mensualmente telefoneaba participándole el consumo de electricidad del local arrendado, que el desahucio se fundó en la falta de pago de un alquiler, satisfecho, según recibo obrante en poder del recurrente; que el lanzamiento se llevó a efecto sin previo aviso; que el acta de esta diligencia acredita que nadie respondió a las llamadas del Juzgado; que éste procedió a la apertura de la puerta del local y no encontró a nadie ni nada que hacer objeto de lanzamiento; y que el designio de toda esta maniobra fué obtener el lucro correspondiente a la diferencia entre el alquiler que pagaba el arrendatario demandado, y el precio de un subarriendo concertado por éste, diferencia que estaba justificada legal y contractualmente. Los relacionados hechos son constitutivos de una asechanza artificiosa, y es

de pertinente aplicación al caso el número 4.^o del artículo 1.796 de la ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1941.—*Documento auténtico.*

El concepto de documento público no se identifica en absoluto con el de documento auténtico a los efectos de casación, pues no siempre sirve aquél para demostrar por si solo la equivocación evidente del juzgador, cual ocurre en casos como el de autos, en que la Sala de instancia fija los hechos procesalmente ciertos, apreciando la fuerza probatoria del documento público—un informe emitido por la Comisaría de Estado sobre reparación y reconocimiento de una locomotora—, juntamente con otros elementos de juicio que no es pertinente desarticular, según reiterada jurisprudencia.

SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1941: — *Quebrantamiento de forma*

Por ser el recibimiento a prueba en la segunda instancia excepcional, sólo puede otorgarse, y así lo dispone el artículo 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los precisos casos que éste enumera, siendo el primero de ellos el de que, habiéndose denegado por el inferior alguna diligencia de prueba, la Sala la estimá pertinente, pertinencia exigida por los artículos 565 y 566 de la citada ley procesal, y que impone como requisitos que en la diligencia que se proponga han de concurrir, para que, comprendiéndose en aquel concepto genérico, sea admisible, la posibilidad material y legal de su práctica; que los hechos que por medio de la misma quieren probarse afecten o se refieran a los puntos objeto del debate, esto es, no a todos o a cualquiera de los antecedentes o alegaciones de hecho que las partes hayan tenido a bien exponer en sus respectivos escritos, sino únicamente a los fundamentales y controvertidos; y que tales hechos, una vez demostrados, sean de posible influjo en la resolución de las cuestiones que en el litigio han de ser decididas.

SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1941 — *Falta de personalidad; audiencia del rebelde.*

En cuanto al primero de los dos problemas expuestos, planteado como lo ha sido con invocación del artículo 2.^o de la ley de Enjuicia-

miento, en su relación con los artículos 32 y 1.914 del Código civil, la admisión de la tesis sustentada a tal respecto llevaría a la conclusión de que el Sr. Sesé Zalacaín, por el hecho de estar sujeto a un expediente de responsabilidad civil derivado de las que se le atribuyen en otro orden, carece de capacidad para comparecer en juicio, y no la tiene concretamente para actuar en el procedimiento en que esa cuestión se ha suscitado: doctrina que es preciso rechazar como inexacta por los distintos razonamientos siguientes: *a)* Porque todas las disposiciones que en relación con las responsabilidades a que se alude en los presentes autos se han dictado por el Estado nacional con obligada repercusión en el patrimonio de los inculpados, acusan inequivocadamente el designio de garantizar las sanciones que en tiempo y razón puedan imponerse, mediante procedimientos de aseguramiento y embargo, sin anular la personalidad civil de los responsables. *b)* Porque no habiendo, como no hay, en esas normas reguladoras de la responsabilidad civil ninguna que afecte a la capacidad de obrar, a ejemplo de lo que en relación con el concursado dice el artículo 1.914 del Código civil, y no existiendo tampoco paridad entre las situaciones patrimoniales derivadas del concurso y la quiebra, en que se engendra ese estado especialísimo de comunidad de intereses que rige un órgano especial de gestión, que así representa las del quebrado o concursado como las de sus acreedores, y las nacidas de una presunta responsabilidad penal cuyas consecuencias se aseguran precisamente con medidas encaminadas al logro de exclusiva finalidad, no puede llegarse por un proceso analógico e incompleto a crear una causa *sui generis* de incapacidad personal, que ni la letra ni el espíritu de las disposiciones especiales autorizan contra el principio de derecho a cuyo tenor los preceptos de excepción, entre los cuales pueden agruparse indudablemente los que limitan la capacidad de obrar, conforme a normas establecidas en el derecho natural y procesal, no pueden interpretarse extensiva, sino restrictivamente.

En lo relativo al segundo de los motivos del recurso, atendidos los antecedentes y todos los preceptos por los que nuestra ley de enjuiciar regula la situación procesal de rebeldía, hay fundamentales razones para afirmar que, en patenté contraste con otros ordenamientos extranjeros, la institución de que se trata no está concedida en contemplación del elemento objetivo de la incomparecencia, sino en consideración al subjetivo de la voluntariedad; lo que se demuestra, si el texto de los artículos 774, 775, 776 y 777 no bastase, por el examen de nuestros más

antiguos cuerpos legales, cuya doctrina en este punto esencial han respetado las normas vigentes, cual se aprende en la Ley 1., título VIII., partida III., y en la Ley 1., título VI., del Ordenamiento de Alcalá, que es la primera, título V., libro XI., de la Novísima Recopilación. Partiendo de esta tesis, es legítima la conclusión a la hora de decidir sobre la procedencia de admitir un recurso de rescisión o audiencia del rebelde, que semejante remedio legal, atendido su carácter extraordinario, sólo puede autorizarse restrictivamente, inquiriendo en cada caso, las circunstancias que en él concurren, pensando que si en el supuesto del artículo 774 toca al Tribunal decidir, como cuestión de hecho, si hubo o no fuerza mayor ininterrumpida, y en el del artículo 776 resolver si un impedimento legítimo e inimputable al rebelde impidió que la cédula de emplazamiento le fuese entregada con oportunidad, en el caso contemplado por el artículo 777, la sola ausencia del lugar del juicio al tiempo de la publicación de tal cédula y la persistencia de esta situación por término de un año, aunque ordinariamente puede justificar la admisión del remedio rescisorio, no excusará en casos determinados la justificación del impedimento legítimo, contradictorio de la presunción *juris tantum* de voluntariedad; doctrina ésta de perfecta aplicación al caso de autos, en que el rebelde precisamente, por la razón de las actividades sociales a que el pleito alude, tenía su domicilio establecido e inscrito, del que se ausentó, abandonando sus deberes como gerente, sin que, a pesar del considerable lapso de tiempo transcurrido, ni las necesarias consecuencias que del abandono habían de seguirse, que en modo alguno podía desconocer, conste que intentase reintegrarse en comunicación con los demás elementos de la Sociedad si aparece que en su domicilio fueron entregadas las convocatorias para los actos que exigían los pactos sociales; si se acredita que en él se hicieron los requerimientos, siempre desatendidos, precursores del litigio; hechos todos de tal relieve que, constituyendo una presunción más vehemente de voluntariedad en la incomparecencia, no basta la simple justificación de la ausencia por un período más o menos largo, so pena de dar al precepto invocado un alcance que, en el caso singularísimo que es objeto de atención, estaría en pugna con los antecedentes del instituto de la rebeldía en el Derecho patrio, y aun con la analogía que por la fuerza de estos razonamientos hay que establecer, en lo que es de esencia, entre las situaciones regidas por el artículo 775 y las reguladas por el artículo 777, escrito en vigor para el caso del litigante que no tiene domicilio

conocido y no para el de quien, teniéndolo, por su cualidad de comerciante, y habiendo sido demandado por razón de obligaciones que en el comercio engendran, lo abandonó temporalmente y desoyó cuantos requerimientos se le hicieron en el lugar convenido y designado para que tuviera eficacia, consecuencia que hay que deducir especialmente, habida consideración de los motivos tan característicos como determinantes de la ausencia en el caso de autos, y en relación con los cuales continúa esa ausencia al presente; por todo lo cual es visto que, al sostener la sentencia recurrida otra cosa, infringe el artículo 777 de la ley Procesal civil y hace posible la estimación del recurso por el segundo de sus motivos; sin que esta declaración contradiga la reiterada doctrina de este Tribunal, a cuyo tenor el recurso de casación no se da contra preceptos puramente adjetivos, porque, aparte de que la índole del querellado, más que a precepto meramente adjetivo y rituario, afecta a un derecho sustancial, el de impugnar una sentencia firme por el medio extraordinario del recurso de rescisión, y la procedencia del recurso resulta del párrafo segundo del artículo 779, en relación, con sus concordanías de la ley Rituaria.

SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1941.—*Incongruencia.*

La jurisprudencia de este Tribunal tiene declarado que no se incide en la incongruencia del número 3.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil al no fallar sobre una excepción desestimada en los Considerandos, doctrina ésta aplicable al actual recurso, ya que el Tribunal a quién, al establecer en uno de los fundamentos de su sentencia que no procedía hacer pronunciamiento alguno sobre la falta de personalidad y acción del administrador judicial, alegada en el escrito de dúplica, porque lo contrario equivaldría a resolver una cuestión no propuesta en tiempo y forma oportuna, desestimó dicha excepción en el sentido de que había de prescindir de ella, como en efecto hizo al dar lugar a la acción deducida por el demandante..., aparte de que también es doctrina y jurisprudencia, que siempre que se estima la acción se entienden desestimadas por el mismo hecho las excepciones del demandado.

SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1941.—*Desahucio.*

El actor adquirió en el procedimiento de ejecución una finca del

demandados, otorgándose la escritura por el Agente ejecutivo en representación, y nombre del deudor poseedor. El actor interpuso con éxito la demanda de desahucio. Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1.564 de la ley Procesal tiene la posesión real en concepto de dueño quien adquiere una finca mediante escritura pública debidamente registrada; y merece la consideración de precaria el deudor que continúa viviéndola después de haberse adjudicado e inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de su acreedor. El artículo 1.462 del Código civil, por méritos de la *traditio ficta*, reputa entregada la cosa vendida mediante el otorgamiento de la escritura de venta; y el artículo 41 de la ley Hipotecaria favorece al titular de la inscripción con una presunción posesoria, que sólo cede impugnando la inscripción por obra de lo dispuesto en el artículo 24 de la misma ley. Finalmente, no puede sostenerse que al ejercicio de la acción de desahucio en el supuesto a que alude el artículo 41 de la ley Hipotecaria, haya de preceder necesariamente la posesión judicial conferida en uso de las facultades que al titular de la inscripción otorga el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en relación con el 2.056 de la ley Procesal, porque este procedimiento, agrupado entre los llamados en el ordenamiento procesal español de jurisdicción voluntaria, responde a otro designio bien patente en la regulación del mismo.

SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1941.—*Tercería de dominio.*

El Banco Hispano Americano embargó el 5 de agosto de 1932, en reclamación del importe de cantidades debidas, la participación de la cuarta parte que tenía la ejecutada como heredera de su padre en determinado establecimiento de ferretería. El tío, en su propio nombre y como tutor de dos de sus sobrinos (siendo la ejecutada su tercera sobrina y no apareciendo en la tercería la cuarta), interpone la tercería de dominio, alegando lo siguiente: 1.º El 29 de junio de 1931 acordaron el tío por un lado y los cuatro herederos de su hermano por el otro, que las existencias del establecimiento de ferretería pertenesen en propiedad la mitad al tío y la otra mitad, por partes iguales, a los cuatro herederos, acuerdo éste que fué incorporado al protocolo de un Notario por acta extendida el 23 de octubre de 1931. 2.º Por documento privado de 1 de enero de 1932, y que fué presentado a la oficina liquidadora de Derechos reales el 13 de junio de 1933, cedió la ejecutada

su octava parte a su tío. Los Tribunales de instancia desestimaron la tercera; el recurso de casación no tuvo éxito. El segundo documento, cuya entrega a un funcionario público por razón de su oficio es posterior al embargo, no produce efectos contra el Banco Hispano Americano en virtud del artículo 1.227 del Código civil. El primer documento es, por cierto, anterior al embargo. Pero "la Sala sentenciadora, apreciando en conjunto y en detalle las pruebas aportadas al pleito y razonando cumplidamente acerca de ellas, declara que no hay en las actuaciones dato ni vestigio alguno revelador de la preexistencia y generación del derecho, que sin conexión con ningún título dominical se reconoce como perteneciente al tercerista sobre la expresada mitad de las existencias del establecimiento de ferretería; y, por el contrario, hay suficientes elementos demostrativos de que dicho establecimiento mercantil fué adjudicado al padre y causante de la ejecutada en la partición hecha al fallecimiento de su esposa como capital privativo suyo, y giró en todo momento a nombre del mismo, sin que la actividad comercial de su hermano fuese más que la propia de un mero dependiente, carácter que excluye toda idea de propiedad". El alcance del acuerdo de 29 de junio de 1931 queda efectivamente oscuro. Sobre todo, hay que suponer que el tío fué ya a la sazón tutor de dos de sus sobrinos. Como tutor no debe donar derechos pertenecientes al menor (artículo 275, núm. 1); ni debe hacer transacciones (arts. 174 y 1.810), ni comprar por sí los bienes del menor (art. 275, núm. 4) sin la autorización del consejo de familia. Tal vez encaje dicho acuerdo en la categoría de los llamados "contratos de mera comprobación", que deben reputarse lícitos (V. Enneccerus-Lehmann, "Recht der Schuldverhältnisse", Marburg, 1930, § 195, 2, pág. 627, y § 198, nota 14, página 637). Pero aun en esta hipótesis, debería tenerse en cuenta el artículo 236, número 2, que, según la acertada opinión de Castán ("Derecho civil español común y foral", 1931, t. I, vol. 1, pág. 122), constituye una prohibición especial de la autocontratación.

LA REDACCIÓN.

VARIA

MELCHORRE ROBERTI: "Il *corpus mysticum* de S. Paolo nella storia della persona giurídica. (El *corpus mysticum* de San Pablo en la historia de la persona jurídica", en *Studi di Storia e Diritto in onore de E. Besta*. IV-37.

I. Parte el autor de la afirmación, hecha por Albertario en un estudio publicado en 1933; de que la palabra *corpus* en la época clásica no se empleaba para significar una persona jurídica, porque los romanos, enemigos de las abstracciones, no habían llegado a esta idea; que nació al calor de las nuevas concepciones teológicas. Efectivamente, hay que subir a las fuentes evangélicas y paulinas para hacerse cargo de la evolución del Derecho romano. Pero el argumento apenas ha sido desflorado por Gierke y Schnorr von Carolsfeld, que, en cierto modo, se inclinaron a no conceder importancia jurídica a estas influencias, hasta llegar a Sinibaldo Flisco, ya en el siglo XIII.

II. No se detiene Roberti en el estudio del Antiguo Testamento, aunque recoge las imágenes que comparan el pueblo hebreo a una Viña, a un rebaño, a la esposa: no verdaderas uniones de personas, sino un solo ser; y tampoco concede mucho valor a la unión simbólica del pueblo elegido con Dios por su carácter extrínseco. En los Evangelios sinópticos se encuentran, con expresiones, que hacen referencia a los misterios del reino de los cielos, y entre estos secretos designios se halla la nueva unidad que Jesús asimila a un rebaño guardado por el pastor. En las palabras iniciales de la oración dominical y en otras semejantes aflora el vínculo que ha de unir a la sociedad de los fieles (*frates... qui unum patrem Deum agnoverunt*). También se encuentra en San Mateo la expresión Iglesia, aunque no

con la frecuencia que en el Apocalipsis y en San Pablo. Cierta es que la palabra *sinagoga* se aplicaba tanto a la casa de oración como a la asamblea; pero el término *iglesia*, comunidad de todos los fieles, es anterior al de *iglesia*, lugar religioso. En San Juan aparece ya la unión perfecta: la sociedad visible, jerárquica y perpetua. No hay una relación directa entre el pensamiento rabínico, el filosófico o el jurídico griego con la caridad cristiana que liga a los hombres como hermanos en Dios, ni tampoco cabe aproximar esta llama viva a la vida egoista y al pensamiento individualista del romano.

III. San Pablo, hebreo por la sangre, griego por la cultura y romano por la ciudadanía, desenvuelve paulatinamente el *Mýsterium* del *Corpus Christi* hasta que el principio unitario absorbe al principio asociativo. Los fieles son miembros del cuerpo místico cuya cabeza es Jesucristo, y como en el cuerpo humano hay una relación íntima entre la cabeza y los miembros, con una superioridad de aquélla sobre éstos, así también en la unidad viviente de la Iglesia. Del simple significado de esta palabra como reunión o asamblea pasamos a un concepto mucho más elevado y complejo: el de persona moral con alma propia (*pleroma*).

No se trata de un *collegium* o de una *universitas*, de uniones de personas para alcanzar alguna finalidad común, sino de un *corpus compactum et conexum*, en el que los individuos, manteniendo su libertad e independencia, participan de la divina influencia del Cristo. Para llevar la idea a sus discípulos. San Pablo multiplicó las expresiones en que figura la voz griega οὐν y los compuestos que implican unidad en la acción, en el estado y en la estructura:

IV. La concepción paulina provoca un movimiento de ideas y vida. Las Constituciones apóstolicas, los Concilios, los Padres de la Iglesia, las fuentes orientales y occidentales consagran, comentan e ilustran con metáforas (fusión de voces en un cántico, árbol que extiende sus ramas, sol que alumbra, unidad de lenguaje contrapuesta a confusión de lenguas heréticas) y repiten con nuevos términos (*coetus fideliun*, *corpus ecclesiae indivisum*, *sacramentum unitatis*) las ideas de solidaridad íntima, colaboración y coexistencia corporal. En San Jerónimo aparecen, al lado de la Iglesia universal, las iglesias particulares, donde los fieles congregados *unum corpus efficiunt*. La teoría se completa en los escritos de San Agustín: todos los hombres en Cristo son uno solo y la unidad de los cristianos forma una sola persona (*persona*

ecclesiae). Son partes integrantes de la misma las obras caritativas, las fundaciones, las *piae causae*, etc. Todas estas entidades afirman en los tres primeros siglos su propio derecho de vivir, actuar, juzgar, castigar y poseer y de obrar en derecho y administrar por medio de sus representantes o jerarcas. Mientras los romanos unieron la sujetividad jurídica al hombre; la nueva doctrina extendió el mismo concepto a las corporaciones, asociaciones y fundaciones.

V.. La influencia paulina fué doble: primero, por su belleza, originalidad y divina inspiración sobre el concepto jurídico de la Iglesia naciente y sobre la constitución de la sociedad, y segundo, por su penetración en las fuentes de Derecho anteriores y posteriores a Justiniano en lo que se refiere a condición de las personas, propiedad, familia, sucesión y obligaciones. Ciento es que no todos los miembros tienen la misma función, pero *in corpore sunt aequalia*. Los esposos aparecen desde el primer momento unidos sacramentalmente (*mysterium*), como Cristo y su Iglesia. La propiedad reviste caracteres de administración temporal, y las relaciones entre el *corpus mysticum* y la *charitas* cristalizan en la fundación.

Pero ¿cómo esta fecunda doctrina no encuentra un eco en el *Digesto*? Porque la sumisión, la paciencia y el sacrificio eran un contrasentido para el jurista pagano. Acaso las interpolaciones del siglo VI, a que Albertario se refiere, fuesen obra de algún Tertuliano, Cipriano o Lactancio. De la Iglesia universal considerada como *corpus* no hay mención en las fuentes clásicas, y menos de las iglesias o comunidades cristianas, que a todo más son toleradas. Sólo en el edicto de Constantino se habla de la capacidad jurídica de adquirir y poseer del *cuerpo* (*soma*) de los cristianos. Después, las iglesias particulares; cuando son instituidos herederos Dios los santos o los mártires, son personas distintas de los administradores y de los beneficiados, y los bienes dedicados a obras pías van separándose de aquéllas. Sin embargo, en los tres primeros libros del Código justiniano no se emplea la expresión *Corpus Christi*, mientras la influencia del espíritu del mal se apunta, como una repercusión de lo ya en el siglo IV se denomina *corpus diaboli*.

Es indiscutible, pues, que San Pablo ha introducido en el Derecho la unidad personal *ex plurimis*, ajena a la técnica romana, y ha hecho posible la doctrina moderna de la personalidad jurídica.

MANIGK: *Das rechtswirksame Verhalten (La conducta jurídicamente eficaz)*. Walter de Gruyter Berlin, 1939. 542 páginas.

El profesor Alfred Manigk es conocido por sus trabajos sobre el concepto del negocio jurídico. Mencionamos entre sus numerosos estudios sobre esta materia los siguientes: *Willenserklärung und Willensgeschäft* (Declaración y negocio de voluntad), 1907. *Irrtum und Auslegung* (Error e interpretación), 1918; *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen* (La autonomía privada en el sistema de las fuentes jurídicas), 1935; *Neubau des Privatrechts* (La nueva construcción del derecho privado), 1938; *Die Privatautonomie* (La autonomía privada), 1939. En la presente obra sobre la conducta dotada de eficacia jurídica aspira Manigk a conseguir una "construcción y un tratamiento sistemático de los actos jurídicos del Derecho civil y mercantil", según nos informa el subtítulo del libro. El resultado al que llega es el siguiente (págs. 466, 467 y 468):

A) *Actos legales*.

I. Negocios jurídicos.

1. Declaraciones de voluntad (negocios declarativos), como conducta dolosa y culposa.
 - a) Declaraciones de voluntad frente a un destinatario determinado (por ejemplo, anulación, aceptación de una oferta, etc.).
 - b) Declaraciones de voluntad frente a destinatarios indeterminados o frente a un círculo de destinatarios (promesa pública, testamento, fundación, etc.).
 2. Negocios de voluntad (ocupación, abandono, aceptación de la herencia, etc.)
- II. Declaraciones tipificadas (§§ 108, II, 2; 416, I, 2; 496, párrafo 2º del Código civil alemán).

III. Actos jurídicos.

1. Acciones meramente externas (especificación, adquisición de frutos, hallazgo, etc.).
2. Acciones que manifiestan hechos internos (establecimiento de un domicilio, gestión de negocios ajenos, perdón, consentimiento de la víctima, etc.).

3. Comunicaciones a un destinatario.
 - a) Comunicaciones cognitivas (§§ 409, 171, 384, 411, 208, Código civil alemán).
 - b)—Comunicaciones volitivas (§§ 284, 108, II; 303, 560, 180, Código civil alemán).
- B) *Actos antijurídicos.*
 - I. Delitos civiles.
 - II. Otras infracciones de derechos:
 1. De créditos.
 2. De derechos absolutos (por ejemplo. §§ 861, 1.666 y 1.667, Código civil alemán).

Antes de desarrollar y de justificar su sistema, expone Manigk los rasgos esenciales de sus concepciones metodológicas. Manigk parte de la norma jurídica (pág. 7). Con este punto de partida, Manigk se pone en contradicción con el llamado "pensamiento de ordenaciones concretas" (*konkretes Ordungsdenken*) de Carl Schmitt (1). Manigk le reprocha una exagerada hostilidad hacia los conceptos. "El concepto general entra ya en el mundo jurídico con el imperativo de la norma de Derecho" (pág. 7). Bien es verdad que la lucha radical contra los conceptos generales es tan absurda como el escepticismo extremo, puesto que, lo mismo que esté último, la negación de todo conocimiento admite, sin embargo, lo que acaba de negar, es decir, un conocimiento que, por ser negativo, no deja de ser conocimiento; lo mismo utiliza el anticonceptualismo en su lucha radical lo que rechaza enfáticamente, o sea conceptos generales. Sin embargo, exige la lealtad de la discusión—la convergencia del anticonceptualismo radical en un anticonceptualismo moderado, que rechaza conceptos de excesiva abstracción, y cuyo contenido no nos da informes fériles sobre los subconceptos específicos que genéricamente abarca. Así se puede, por ejemplo, recha-

(1) Carl Schmitt. *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Sobre las tres clases del pensamiento jurídico) (Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1934), distingue el decisionismo, el normativismo y el pensamiento de ordenaciones concretas. El primero concibe el Derecho como decisión, el segundo, como norma, y el tercero, como ordenación inherente a la realidad concreta. El positivismo jurídico es, según Carl Schmitt, una síntesis del decisionismo y del normativismo: El Derecho consiste en un conjunto de normas (normativismo); a las cuales debemos obedecer, porque las ha legislado quien tiene fuerza de imponerlas (decisionismo). No hemos de discutir en este lugar las opiniones atacables de Carl Schmitt.

zar como estéril al concepto general de la propiedad, puesto que la propiedad pública, la propiedad intelectual, la propiedad de minas, la de una finca, amayorazgada, la de un libro, etc., revisten caracteres tan distintos que no puede decirse nada provechoso que sea aplicable a todas estas propiedades. (Véase, por lo demás, REVISTA CRÍTICA, 1941, página 188.) Por otro lado, rechaza Manigk también al normativismo exagerado (pág. 7), que se encierra en el sistema de normas, perdiendo la comunicación con la realidad. En el fondo, se trata en estas cuestiones de un caso especial de la lucha célebre en torno de los *universalia*. El normativismo cree en normas independientes y anteriores a la realidad (*universalia ante rem*); el decisionismo cree que el Derecho es sólo la repetición verbal y posterior de la verdadera situación real (*universalia en re*). Así, no nos extrañará que el más preclaro representante del decisionismo, Hobbes, sea a la vez uno de los más enérgicos representantes del nominalismo en la Edad Moderna. No pensamos negar con lo expuesto las diferencias entre los conceptos generales y las normas del Derecho; pero nos permitimos indicar en este lugar que, por un lado las ideas platónicas—caso muy importante de conceptos generales—son concebidas por los neokantianos de la escuela de Marburgo como leyes (1), y que, por otro lado, existe una corriente en la filosofía del Derecho que concibe las normas como juicios cognitivos (2). Manigk defiende, por tanto, una posición intermedia entre el normativismo y la ordenación concreta. El mundo jurídico pertenece, a su ver, tanto al reino de la Naturaleza como a la esfera del deber ser. Así, aplica Manigk la categoría de la causalidad a la relación entre el tipo legal y la consecuencia jurídica (págs. 1 y sigs.) (3).

A continuación (págs. 86 y sigs.) describe Manigk las diferentes opiniones acerca del papel que desempeña la autonomía de las partes. Köhler, Lenel, Danz y otros autores conciben la voluntad de las partes en el negocio jurídico como un sencillo elemento del tipo legal, que no

(1) Así Natorp, *Platos Ideenlehre* (2.ª ed., 1921).

(2) Véase, sobre la concepción intelectualista de las normas jurídicas, Heinrich Maier, *Die Psychologie des emotionalen Denkens* (Tubinga, 1908, págs. 677 y 678). Según ella, que remonta a Heraclito, existe un orden moral de la misma objetividad que el orden de la Naturaleza: los imperativos jurídicos estriban en este orden.

(3) ¿Qué diría Heinrich Maier, el cual, en su precitada obra (pág. 681, nota 3), afirma: "Bien es verdad que los juristas hablan de tipos legales y de sus consecuencias jurídicas o efectos jurídicos. Pero, por cierto que no desean expresar con estas palabras que exista una relación causal en sentido propio entre los tipos legales y las consecuencias jurídicas"?

se distingue de otras características (muerte de una persona, aluvión, nacimiento de una isla en un río, llegada de una persona a una determinada edad, etc.). Manigk concede, en cambio, a la autonomía de las partes trato de verdadera fuente de Derecho. Para la teoría de Kohler y secuaces, la autonomía de las partes es mera *causa occasionalis* de la consecuencia jurídica, siendo su *causa efficiens* la Ley, que tolera el juego de la autonomía de partes. Según la doctrina de Manigk, la autonomía misma opera como *causa efficiens*. Por este motivo podemos contraponer la concepción ocasionalista (1) y la concepción causal de la autonomía de las partes. Manigk sintetiza su tesis de la siguiente forma (pág. 87): "La Ley autoriza a las personas a actuar según su propia voluntad dentro de cierta esfera. Por tanto, estriba la razón de las consecuencias negociales en la norma legal como en su premisa mayor; y, en el negocio, que concreta las consecuencias, como en su premisa menor. Ambas premisas determinan la conclusión que establece las consecuencias jurídicas." El problema cobra importancia práctica, transportándolo a la esfera del Derecho de colisión. ¿Existen para la autonomía de las partes (2), en el Derecho de colisión, restricciones resultantes de una ley? Deriva, por tanto, la validez del contrato del principio de la autonomía de las partes o de la ley que autoriza dicho principio, y en la medida que lo autoriza? En el primer caso, a diferencia del segundo, los contratantes están libres del derecho coactivo de la ley autorizadora (3). La teoría de la primacía legal tiene ciertas desventajas. En primer lugar, hay que buscar la ley que autoriza la autonomía de las partes, y esta ley no es de fácil encuentro, ya que tanto el principio de la nacionalidad como el del domicilio de los contratantes conducen en la mayoría de los casos a dos ordenamientos jurídicos distintos: uno del acreedor y otro del deudor. El principio del lugar de

(1) Manigk denomina esta opinión: "Auslösungstheorie", término de difícil traducción, pero cuyo sentido es el indicado.

(2) Bustamante (*Derecho Internacional Privado*, 2.ª ed., Edit. "Revista de Derecho Privado", t. I, págs. 159 y sigs., núm. 318, Madrid, 1934), sustituye este término por el de "autarquía personal"; Niboyet (*Principios de Derecho Internacional Privado*, traducción española por Andrés Rodríguez, Ramón, pág. 669, Reus, Madrid, 1930), propone el término "libertad de estipulaciones".

(3) Compárese, sobre este problema, Martín Wolff, *Internationales Privatrecht* (páginas 84 y siguientes, Springer, Berlín, 1933); Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht* (págs. 214, 215, 243 y sigs., Mohr, Tübinga, 1932); v. Bar Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts (2.ª ed., t. II, págs. 3 y sigs., Hahn, Hannover, 1889), etc.

contratación ofrece idéntica dificultad, si se trata de una contratación entre ausentes. El principio del cumplimiento del contrato ofrece la misma desventaja para los contratos sinalagmáticos; además, presupone ya la validez del contrato. En segundo lugar, restringe el dogma de la primacía de la Ley en los casos en los que la *lex fori* es diferente de la ley del contrato, éste de forma doble: por un lado, por el orden público de la ley del contrato; por otro lado, por el orden público de la *lex fori* (1). Por el otro lado, parece difícil admitir la primacía de la autonomía de las partes. ¿No resultaría de esta admisión un dominio ilimitado de las partes respecto al derecho aplicable? Sin embargo, me parece desvanecerse este temor, teniendo en cuenta qué toda aplicación de Derecho extranjero a base de las normas de colisión, a las cuales pertenece la disposición permisiva de la autonomía de las partes se halla limitada por el orden público de la *lex fori*. Esta garantía es suficiente por completo para impedir abusos escandalosos para el país cuyos Tribunales juzgan. Resumamos, por tanto, los resultados a los cuales hemos llegado para la esfera del Derecho Internacional Privado: La teoría de la primacía de la Ley tiene razón, si se refiere a la norma de colisión contenida en el Derecho Internacional Privado de la *lex fori* la cual abandona la materia de contratos a la autonomía de las partes, en cambio, no tiene razón si se refiere a otra ley cualquiera, determinada por los criterios del domicilio, nacionalidad, lugar de contratación, del cumplimiento, etc. En el ámbito del Derecho material, hay que distinguir el aspecto histórico, sociológico y jurídico: 1.º Históricamente era probablemente anterior la libre contratación de los individuos a la legislación estatal, problema que roza el del contrato social. 2.º Sociológicamente no se puede negar que la libre contratación inventa figuras jurídicas no previstas por la Ley (compraventa con la cláusula del dominio reservado, transmisión fiduciaria de la propiedad, etc.). 3.º Jurídicamente debe derivar un contrato su validez o de un precepto legal, que establece la autonomía de las partes, o de un derecho consuetudinario (para cuyo establecimiento la contratación de los particulares puede haber contribuido poderosamente).

Manigk no expone el sistema de los actos antijurídicos. En el sistema de los actos legales merece especial atención su concepto de la de-

(1) La restricción resulta mucho más gravosa, aún si se concibe el orden público como el conjunto de las leyes imperativas, negándose una diferencia entre orden público internacional y orden público interno (así, *Nibovet*, I. c., págs. 407 a 410).

claración, de voluntad. Manigk opina que los efectos de una declaración de voluntad pueden ser atribuídos tanto a una conducta dolosa (se diría mejor: intencionada o consciente) (1) como a una conducta culposa, es decir, a una conducta que despierta en los terceros la creencia de que existe una declaración de voluntad, aunque su autor culposamente no se dé cuenta de ello. Así llega Manigk a cierto paralelismo con el Derecho penal, en el cual también la consecuencia jurídica de la pena puede imponerse tanto a una conducta dolosa como a una conducta culposa. La definición de la declaración de voluntad dolosa es la siguiente (pág. 138): "La conducta, que sirve para la formación autónoma del Derecho, con la cual el que actúa manifiesta frente a terceros conscientemente su voluntad de que se realicen consecuencias jurídicas." Esta definición rechaza la división de Zitelmann entre negocios jurídicos receptivos y no receptivos. Manigk opina que todas las declaraciones de voluntad tienen destinatario y son en este sentido receptivas. El destinatario puede ser determinado o indeterminado. Piénsese en la aceptación de una oferta y en un testamento, respectivamente. De esta característica esencial de toda declaración de voluntad hay que distinguir la cuestión del momento en el que la declaración cobra eficacia. Este momento suele ser el de la recepción de la declaración por su destinatario, en el caso de una declaración "receptiva", y suele ser el momento del abandono de la declaración, tratándose de una declaración "no receptiva". Pero no sólo existen excepciones legales de esta regla, sino que ella misma constituye meramente derecho positivo. La definición de Manigk es también interesante desde otro punto de vista. Manigk adopta la teoría que afirma qué la voluntad de las partes debe dirigirse hacia las consecuencias jurídicas del negocio, y no sólo hacia su tipo legal, siéndoles impuestas luego dichas consecuencias automáticamente por el mecanismo legal. Esta opinión tiene repercusiones en la teoría del error, ya que de ella resulta la revelancia de un error sobre las consecuencias jurídicas del negocio. En la declaración de voluntad culposa (págs. 208 y sigs.) falta tanto la voluntad de negociar como la correspondiente conciencia. Piénsese, por ejemplo, en el siguiente caso: Un comerciante recibe, después de haber hecho un con-

(1) El empleo del término "doloso" en el libro de Manigk se explica, por un lado, por el paralelismo con el Derecho penal (véase lo que sigue en el texto); por el otro lado, por el hecho de que en la lengua alemana "conducta dolosa" no tiene forzosamente un sentido peyorativo.

trato por teléfono, una carta de la otra parte, en la cual ésta resume y determina por escrito las condiciones del contrato. El comerciante no contesta. Su silencio debe considerarse como una declaración de conformidad, aunque pudiera probar que no ha leído la carta, siempre que medie culpa en su conducta. Sin embargo, se admite la anulación por razón de error. Respecto a la diferencia entre declaración y negocio de voluntad, véase la traducción española de *Enneccerus-Nipperdey*. Parte general, hecha por Blas Pérez González y José Alguer (Bosch, 1935, tomo I, volumen 2, págs. 56 y 57). Las declaraciones tipificadas tienen de común con las declaraciones culposas que se atribuye los efectos de una declaración de voluntad a una conducta que tiene las apariencias de tal declaración, sin que exista, sin embargo, la conformidad inferior. Las declaraciones tipificadas se distinguen, en cambio, de las declaraciones culposas en que no se admite su anulación por razón de error (págs. 279 y sigs.). Como un ejemplo de tal declaración tipificada menciona Manigk la *relocatio tácita* (la reconducción del arrendamiento). El esquema de los actos jurídicos esbozados más arriba evidencia con toda claridad las ideas de Manigk sobre este particular.

El libro de Manigk aborda de manera definitiva el sistema de la conducta dotada de eficacia jurídica para el Código civil alemán. Pero sus resultados poseen también importancia para otros derechos positivos, así como para una Teoría General de Derecho.

DOTT. SAVERIO BARBIERI. *Esecuzione sull'usufrutto del coniuge supersite*.—Milán, Broca, 1939.

El avalista de una letra de cambio que la ha pagado, se dirige contra la viuda aceptante, embargando ciertas fincas, y se formula oposición por la misma aceptante y sus hijos, fundados en que aquélla tiene sólo la cuota viudal usufructuaria. El Tribunal limitó la ejecución al derecho de usufructo, pero la deudora y sus hijos apelaron, alegando que, conforme al artículo 819 del antiguo Código civil italiano (del cual ha sido una traducción el artículo 838 de nuestro Código civil), los herederos pueden satisfacer al cónyuge su legítima en una renta vitalicia, en frutos de bienes determinados o mediante la entrega de un capital, y esta especie de crédito podía ser objeto de pignoración mas no de expropiación. El Tribunal superior, confirmó la sentencia, considerando que la cuota del viudo, al recaer sobre fincas, es un usufructo inmobiliario, sus-

ceptible de ser hipotecado y, por lo tanto, expropiable; debiendo colocarse al acreedor en el puesto de la ejecutada.

El autor aplaude esta sentencia, porque no habiéndose fijado todavía la forma en que la cuota debía ser satisfecha, el derecho de la viuda se extendía a todos los vienes hereditarios. Todavía más asegura que si se hubiese establecido ya una renta vitalicia, no se habría cambiado la naturaleza del derecho, que seguiría siendo de goce, con las características de usufructo y porción de la herencia.

Dejando a un lado este último problema, que ha sido resuelto negativamente en el reciente Código civil fascista (libro de las *Sucesiones*), tenemos que advertir, con referencia a nuestro derecho hipotecario, que el usufructo de una parte ideal de la masa de la herencia no equivale al usufructo de cosas o fincas determinadas y que, una vez establecida la forma de pago de la cuota viudal, se cambia la naturaleza del derecho correspondiente en los términos radicales que del acuerdo o partición resulten. A todo lo más, el embargo anterior de la legítima del cónyuge viudo recaerá sobre el derecho sucesorio y se reflejará cuándo y cómo éste en el Registro de la Propiedad.

LA REDACCIÓN