

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVI

Agosto de 1940

Núm. 147

Unificación del Derecho Nacional

S U M A R I O

I.—PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

II.—PROBLEMA SUPERFICIARIO.—La superficie en la historia.—A. Tiempos antiguos: Roma. Germania.—B. Edad Media.—C. Edad Moderna: Italia. Francia. España. Bélgica. Prusia. Suiza. Alemania. Austria. Ordenanza alemana. Inglaterra.—D. Enfiteusis.

III.—LA SUPERFICIE EN CATALUÑA.

IV.—LA SUPERFICIE EN EL CÓDIGO CIVIL.

V.—DERECHO REAL DE SUPERFICIE.—1) Idea general.—2) Elementos: A. Solar. B. Edificio.—3) Mecanismo de acción: A. Entrada. B. Pensión. C. Laudemio. D. Edificación.—4) Características jurídicas: A. Dominio como base. B. Perpetuidad. C. Redimibilidad.—5) Constitución.

VI.—CONTENIDO INSTITUCIONAL DE LA SUPERFICIE.—1. Titularidad del superficiario.—Derechos y obligaciones: A. Antes de edificar. B. Después de la edificación.—Posesión.—Acciones.—Obligaciones.—Acción para el cobro de la pensión.—Prescripción.—Enajenación.

2. Titularidad del estabiliente.—Derechos y obligaciones: Laudemio.—Cuantía del mismo.—Cómo se computa.—Alienaciones que lo devengan.—Quién ha de pagarlo.—Acción para reclamarlo.—Firma de dominio.—Enajenación.

3. Derechos y obligaciones comunes: Fadiga y retracto.—Sus efectos.—Crítica.—Dimisión.—Amortización.—Carta precavia y cabrevación.

VII.—EXTINCIÓN DE LA SUPERFICIE.—a) Destrucción total de la finca.—b) Dimisión.—c) Fadiga y retracto.—d) Confusión.—e) Expropiación. f) Redención.—g) Conuso.—i) Prescripción.

VIII.—SUBENFITEUSIS, SUBESTABLECIMIENTO O SUBSUPERFICIE.—Regla general científica.—Subenfiteusis en Barcelona: 1. Dimisión.—2. Pensión.—3. Laudemio.—4. Fadiga.—Conclusión.

Felizmente, parece llegado el momento de unificar el Derecho en España.

Será fácil, si lo hacemos sin violencia jurídica y con garantías científicas.

El panorama actual es el siguiente: frente al llamado derecho común, del Código civil, aparecen las llamadas legislaciones forales, cuyo cuerpo está formado, en esencia, por las siguientes variedades:

a) Una regulación especial de la propiedad, de tipo familiar, frente a la concepción individualista de su regulación por el Código civil.

Origina las leyes forales de Vizcaya, Aragón, Navarra y Cataluña y constituye la casi totalidad de la materia de las mismas: régimen matrimonial, heredamientos, sistema sucesorio, apartamientos hereditarios, troncalidad, legítimas, etc., etc. Todas las expresadas variedades legislativas se hallan orientadas a aquella finalidad familiar.

En las páginas de esta misma REVISTA CRÍTICA expusimos el año 1935 nuestra convicción de que, si se dictase una ley de patrimonio familiar común a toda España, quedarían eliminadas las legislaciones forales, lográndose la unidad legislativa en dos cuerpos de aplicación general: Código civil y Ley de Patrimonios.

b) Una regulación especial de los tipos de propiedad censual, constituida: 1) Por los foros gallegos; y 2) Por la enfiteusis catalana. El problema de los foros, a este respecto de unificación, quedó resuelto por el artículo 1.655 del Código civil.

Queda, pues, tan sólo el problema de la unificación en relación a la enfiteusis catalana, en cuyo examen entraremos seguidamente. Mas, antes, digamos que, por lo expuesto, es posible afirmar que la ansiada unificación se circunscribe casi totalmente a la legislación catalana, y dentro de ella a la materia enfiteusis. Ciertamente. Aparte de ello, sólo queda:

c) Sucesión intestada foral. En cuanto a Navarra, Vizcaya y Cataluña, el Tribunal Supremo se ha encargado de allanar el camino unificador, en conocidas sentencias.

En cuanto a Aragón, la primera consecuencia de la Ley de Patrimonios será borrar el régimen sucesorio del Apéndice Aragonés.

d) Algunas variaciones sobre determinadas servidumbres, de las que destaca la regulación, para Cataluña, de las "Ordinacions de Sancta-cília".

e) Los varios tipos forales de organización económica de la so-

ciudad conyugal, de fácil incorporación al Código civil, bastando para ello que en sus páginas regulase el régimen de comunidad del Bayliato y el de separación de bienes catalán, únicos con razones de subsistencia.

No desde el punto de vista de su unificación, sino de su contenido fundamental para su posible incorporación al Código civil, estudiaremos en otros trabajos las Ordinaciones de Sanctacília y el régimen de separación de bienes catalán.

Ahora nos ocuparemos a fondo de la enfiteusis.

Podemos partir de dos hechos evidentes, a saber: fuera de Cataluña apenas se constituyen censos, y en Cataluña se constituyen con profusión. Ahora bien: los escasos que se constituyen fuera de Cataluña son censos de tipo rústico, y por el contrario, los constituidos en Cataluña son censos especiales. Llamados "establecimiento o enfiteusis", que responden a una finalidad no rústica, sino urbana o de construcción de edificios. Aun cuando sea adelantar ideas, si queremos pisar firme hemos de partir de la convicción de que el "establiment" catalán o enfiteusis catalana no es propiamente un censo. Responde a un anhelo y a una aspiración que no son los del censo ni de la enfiteusis, sino que tienen un campo aparte, separado y especial. Y que, sólo vicisitudes históricas han hecho que se haya confundido con la enfiteusis, e identificado con ella incluso en el mismo nombre y regulación. No. La figura jurídica que se oculta en la rúbrica establecimiento o enfiteusis catalana no es otra que la del derecho real de *superficie*.

Es un derecho de superficie, que por vicisitudes históricas se ha desenvuelto en forma enfiteutiforme, tomando el nombre de enfiteusis.

Responde a un contenido interesantísimo, a saber: el desenvolvimiento de la serie de problemas, aspiraciones y anhelos que se centran en la rúbrica derecho de superficie. Estas aspiraciones y anhelos son comunes a toda España, pero sólo en Cataluña tienen su regulación y molde legal, de que carecen fuera, como veremos al examinar el Código civil.

Podemos concluir: de todo el derecho catalán referente a censos, sólo merece nuestra consideración el llamado "establiment" o enfiteusis, porque encarna el tipo anhelado de "derecho superficie". Y si lo gramos extraer de aquella enfiteusis catalana el contenido y esencia del llamado derecho de superficie, podremos arrojar como una cáscara vacía todo aquel conjunto de figuras de censos, enfiteútico, consignativo y reservativo, remitiendo su regulación general a las páginas del Có-

digo civil, panteón de normas en este punto, según frase tradicional, más o menos carente de penetración jurídica. Con el fruto logrado, o cuerpo vivo y delimitado del derecho de superficie, podremos envanecernos justamente, elevándolo a norma común para toda España en las páginas del Código civil.

En el camino que emprendemos nos servirá de mucho dirigir una mirada al pasado. en una gran síntesis histórica del derecho de superficie

En sus líneas más simples, en todos los tiempos el problema superficiario se centra en el hecho siguiente: se edifica por una persona en terreno perteneciente a otra; el que edifica no es dueño del terreno. Sin embargo, edifica. No importa ahora la causa de que no sea dueño del terreno: por falta de capacidad del dueño para venderlo, o por carecer de dinero para comprarlo, o por haber edificado sin recordar que sólo era precarista o arrendatario o usufructuario del terreno. Por otra parte, es lógico que quien edifica procure primero adquirir la propiedad del terreno, y a falta de este título, por lo menos lo posea con otro más débil: arrendamiento, enfiteusis, usufructo, etc. Lo evidente es que si se desea conceder algún derecho en lo edificado a quien edifica en terreno ajeno, ese deseo trabaja para configurar un tipo de derecho nuevo—derecho a lo edificado en suelo ajeno—, al que bautizaremos, para cuando esté formado y aun para el tiempo en que sólo es un embrión de derecho, con el nombre de derecho de superficie. Y no es menos evidente que ese pretendido derecho afectará y forzará el derecho normal del dueño del terreno, tanto si lo dió en precario como en arrendamiento, enfiteusis o usufructo, y que, para el supuesto de edificación que regule, modificará la regulación normal del precario, del arrendamiento, de la enfiteusis o del usufructo.

Habrà una lucha entre las formas típicas expresadas y el deseo de nacer y de ser del pretendido derecho de superficie; de su posibilidad de vivir al amparo de esas formas que, en ocasiones, no querrán doblegarse a sus exigencias, y en otras, por el contrario, cederán ante ellas.

Mas es indudable que al final de esta lucha, si resulta vencedor el derecho de superficie, por la potencia y vitalidad del anhelo a que responde, se habrá creado un tipo nuevo de derecho real, diferente del arrendamiento y de la enfiteusis, que se elevará a las páginas del Código civil. Será el derecho real de superficie, con rango propio.

A. *Tiempos antiguos*.—Se citan como precedentes la adquisición de terrenos para la fundación de Cartago, la ley Icilia de Aventino publicando la reconstrucción de Roma en terrenos del Estado mediante el pago del "solarium", etc., sobre los que es difícil sacar conclusión alguna, como no sea la nota de identidad de la finalidad a satisfacer en la antigüedad y en los tiempos actuales.

Roma nos ofrece escasísimas enseñanzas. El principio de accesión, por el que el vuelo, como accesorio, sigue al suelo como principal, parece oponerse al desenvolvimiento de la superficie.

Sin embargo, se configura con tinte real tan pronto como al arrendatario que edifica en el suelo arrendado se le concede el interdicto de "superficiebus", y adquiere su cuerpo conceptual en su último período, en que al superficiario, además de aquella acción, le competen: a), una *in re actio*; b), una *exceptio in pactum* contra el dueño del suelo; c), el interdicto *quod vi aut clam*; d), el *de vi et de vi armata*; e), la *publiciana in rem actio*; f), la *servitutis causa actio*; g), la *operis novi nuntiatio*, y h), las útiles acciones en general.

Con este cuerpo se incluye en la figura superficiaria no sólo el arrendamiento edificante, sino el que, sin este título, adquiere el derecho a edificar en terreno ajeno o se hace titular del edificado, con separación del suelo.

En definitiva, el derecho se muestra como una posesión del edificio por el superficiario, a título de *jure superficiario*.

El contenido de este *jure* queda apenas dibujado y puede concretarse así: un derecho de goce y uso; una facultad de utilización directa del edificio, que es tratado como un cuasi usufructo, y una obligación de soportar las cargas del mismo y de pagar el canon, según la acepción más generalizada. En esencia, la superficie es perpetua, si bien es concebida también como temporal. No es posible afirmar si la falta de pago del canon originaba o no la extinción de la superficie y la pérdida de su derecho por el superficiario. Asimilada a la enfiteusis o al arrendamiento, originarian tal vez el comiso o el desahucio; pero se ignora si dichas asimilaciones llegaron a tal extremo. Como vemos, la regulación romana de la superficie sólo nos sirve para deducir la imprecisión de su concepción por tal pueblo.

Menores perspectivas aún nos ofrece la concepción germánica referida al tema que examinamos. Su tosca mentalidad jurídica no percibe la necesidad del principio de que lo accesorio sigue a lo principal y, por

el contrario, considera cosas diferentes el suelo y el edificio, admitiendo una doble dominación que evita el planteamiento del problema superficiario. Primitivamente, no sólo los considera diferentes, sino que el suelo es tenido por inmueble y la construcción por mueble, quedando no sólo aislados, sino sujetos a tratamiento jurídico diferente. No hay problema mayor cuando los materiales son ligeros y fácilmente transportables, maderas, pieles, etc.; pero tan pronto como los mismos son sólidos, y como consecuencia la construcción adquiere carácter de permanencia, surge el problema en toda su profundidad. El pensamiento germano se obstina en la primitiva concepción de doble propiedad, centrando todo el problema ahora en el destino final de las construcciones al extinguirse el derecho—arrendamiento, concesión o convenio—en que el supuesto superficiario ha basado la construcción. Salva la dificultad regulando su destino: pudiendo demolerla el superficiario y en ocasiones exigir una indemnización al dejarla en favor del dueño del terreno. Bien se ve la deficiencia jurídica de la solución.

B. *Edad Media*.—El derecho a la construcción o edificación, que es de naturaleza perpetua por ser la edificación de carácter permanente, choca con el arrendamiento, que es temporal. Es un mal vehículo éste para el espíritu que anima al constructor y para el reconocimiento de su derecho a lo edificado. Mas en la Edad Media desaparece el arrendamiento absorbido por otra modalidad, de tipo perpetuo ahora, a saber: la enfiteusis. Su misma perpetuidad evita y soslaya el problema superficiario. Las concesiones para edificar y los derechos de los no dueños que edifican se desenvuelven sin violencia ni choque alguno al amparo de las concesiones precarias enfiteutiformes de carácter más o menos feudal, que puede afirmarse es el molde único por el que discurre la vida jurídica durante esta época. No hay problema superficiario. Por otra parte, la enfiteusis es rústica como la vida misma se desenvuelve en un medio rural, al paso que, como sabemos, el problema superficiario es característicamente urbano. La resistencia, más o menos débil, a la absorción de un problema urbano por una modalidad rústica—superficie por la enfiteusis—se inicia a fines de la Edad Media, en que comienza la creación de ciudades, pero no logra plasmarse en fórmulas jurídicas específicas ni despojarse de su envoltura enfiteútica. Apenas es percibida la diferenciación sutil en la vida del derecho y las escasas disposiciones que se dictan en relación a las fincas urbanas construídas en suelo

ajeno, no forman un cuerpo firme y sus deficiencias y lagunas se suplen aplicando las reglas enfiteúticas. Es un período de confusión doctrinal y legal, un estado de transición, caótico, del que habrá de surgir un derecho nuevo.

C. *Edad Moderna*.—La Revolución francesa da el golpe de muerte a todas las antiguas instituciones feudales, y en revuelta confusión perecen con ellas las formas precarias enfiteúticas, quedando al desnudo, sin posible cauce siquiera fuera el impropio enfiteútico, el problema de la superficie o construcción urbana en suelo ajeno.

Por otra parte, los derechos reales de arrendamiento y usufructo se regulan específica y totalmente y se resuelve dentro de su contenido normal cuanto hace relación a las construcciones hechas por el arrendatario y el usufructuario en el fundo de que gozan, eliminándose del problema superficiario.

Y la enfiteusis y el censo, si sobreviven más o menos débilmente, es, como veremos, a costa de volver al campo rural y al medio rústico en que, por otra parte, nacieron.

Al resurgir, pues, el problema de la superficie en la época moderna, se presenta como una cuestión *novísima*, no sólo por los juristas, sino por los economistas y sociólogos y es tratado como posible medio de solución de los siguientes fines: edificación y formación de grandes núcleos urbanos y ciudades; como resolutorio del problema de la vivienda; como solución de la habitación urbana del obrero; distribución equitativa de la plus valía de los terrenos; tipo socializante de la propiedad pública adecuado a las concesiones de terrenos por el Estado y Municipios a entidades obreras o para casas baratas en su beneficio; para la formación del hogar familiar urbano, a semejanza del "homestead" rústico, etc.

Veamos cómo lo resuelven las legislaciones positivas de los diversos Estados.

En términos generales, los países latinos no lo resuelven ni casi lo plantean jurídica y formalmente. Los pueblos germanos no avanzan mucho más, pero siquiera lo intentan, aun cuando el acierto no guíe sus pasos.

En Italia, Francia y España la superficie no existe como derecho específico y diferenciado. Sus códigos no la regulan. El principio de accesión resplandece en todo su vigor y sólo podría ser vencido por el

camino rotundo de crear el derecho de superficie. Ninguna de estas legislaciones lo hace.

Para mayor confusión Francia nos habla, en el artículo 553 del Código de Napoleón, de que se adquiere *la propiedad* (no el derecho de superficie) de la construcción en suelo ajeno, y amplía al subterráneo la posibilidad de ser adquirido.

Bélgica.—Su ley de 10 de enero de 1924 reconoce la posibilidad de un derecho de superficie que en adelante podrá constituirse por un término no mayor de cincuenta años, a cuyo transcurso el dueño del terreno hace suya la edificación mediante el pago de su valor.

Criterio análogo sigue *Holanda*.

Prusia.—Aquella vieja concepción germana de considerar cosas diferentes el suelo y el vuelo se refleja en el Código prusiano de 5 de enero de 1794, que soslaya la superficie como figura original, admitiendo una doble propiedad independiente; y como esta independencia resulta inadmisibles por la adherencia de la edificación al suelo, se inclina a relacionarlos en la figura de servidumbre.

Suiza.—Es radical, y su Código permite la existencia de una edificación sobre o bajo el suelo ajeno, que constituirá una servidumbre del suelo con derecho de propiedad de la construcción a favor del superficiario.

Alemania.—Su Código dedica a la superficie seis artículos, definiéndola como un derecho real transmisible de tener una construcción sobre o bajo el suelo ajeno.

Austria.—La ley de 26 de abril de 1912 admite igualmente la creación de un derecho de superficie regulador del hecho de la edificación en terreno ajeno, derecho que califica de real, enajenable y transmisible. Es temporal, con un mínimo de duración de treinta años y máximo de ochenta.

Se tiene como servidumbre predial o carga soportada por la finca solar; los derechos y deberes de la titularidad del superficiario son los de un usufructuario respecto del solar y los de un propietario respecto de la edificación construida. A su terminación acrece lo edificado al dominio del suelo, previa indemnización de la cuarta parte de su valor. Si hay reserva de la edificación a favor del superficiario, se tiene por cosa mueble y el dueño del solar puede exigir su remoción. Podemos concluir: en todas estas legislaciones existe un reconocimiento de la po-

sibilidad de crear un derecho de superficie. Pero la ley no lo crea en la única forma que podría hacerlo, o sea señalando su contenido.

En ocasiones (Prusia, Austria, Suiza) se califica de derecho real. En otros cuerpos legales se señalan los linderos en que ha de moverse la creación—temporalidad, obligación de indemnizar a su extinción, etcétera—; pero ninguna señala el contenido de la titularidad creada o superficie, los derechos y obligaciones recíprocos y las facultades del titular. A lo más, queda todo ello a la previsión de los contratantes. A lo más, nos dirá la ley austriaca que es una titularidad análoga a la usufructuaria en cuanto al solar, o la suiza la asimilará a la servidumbre, o la prusiana a la propiedad. En definitiva, no crean la titularidad, limitándose a permitir su creación, dentro de los hitos que señalan.

Ahora bien: El último paso, después de una depuradísima y tenaz labor sobre estos precedentes legales, es la elaboración de la Ordenanza alemana de 15 de enero de 1919, que recoge y plasma el espíritu germano y crea el modelo tipo de *superficie*.

En este examen nos limitaremos a señalar su fracaso.

1.—Define, ciertamente, la superficie, como un derecho real, transmisible y heredable, *de tener* sobre o bajo la superficie una construcción (art. 1.º).

Muestra máxima de impotencia, *ese tener*, que no dice si es un dominio y deja en el vacío su calificación jurídica.

2.—El mismo artículo declara que la finca (el terreno) sufre así un gravamen (la superficie), y que ésta, por lo tanto, es un derecho real de utilizar la cosa ajena (terreno) para *tener* en ella una construcción.

A la impotencia anterior se añade ahora la de admitir y partir de la existencia de *dos cosas* jurídicas, terreno y edificación, concebidas como fincas diferentes, no obstante ser una sola. Este error explica la enigmática expresión: aquel *tener*. Por otra parte, poco importaría el empleo de este término si la Ordenanza mostrara su alcance en la regulación de su contenido, estableciendo las facultades, derechos, obligaciones, responsabilidades y acciones de cada titular—superficiario y dueño del terreno—. Pero no sólo no lo hace, sino que el artículo 2.º declara que todo ello será señalado por las partes, en convenio. Bastaría lo indicado para patentizar el fracaso de la Ordenanza. Pero, continuando, habremos de apuntar que aquellas otras reglas que ya sólo tienen el valor de hitos de la institución, son también erróneas en sus dos más esenciales direcciones; a saber: carácter temporal de la superficie

y accidentalidad del canon o contraprestación. Poco importa ya que constituyan aciertos las reglas de desenvolvimiento que impone: condiciones para la enajenación, juego de la acción para el cobro del canon, prohibición de condiciones resolutorias, requisitos de la renuncia, repudiación del comiso, etc. Y menos todavía que la más depurada técnica moderna se proyecte en aquellos otros desenvolvimientos accidentales, en magníficas reglas sobre su régimen hipotecario, sobre la colocación de capitales, seguro de incendios, concurrencia con garantías hipotecarias, etc. Esencialmente, despojado de su ropaje técnico, la Ordenanza nos sitúa en los primeros tiempos germanos y, como entonces, queda al desnudo: un impreciso derecho a lo edificado en suelo ajeno mediante el pago de una pensión, durante el tiempo establecido, y una adquisición del edificio por el dueño del terreno a la extinción de la superficie.

Inglaterra.—Tiene los mismos precedentes feudales a través de la Edad Media, tomando la forma de concesiones de tierras, para edificar, mediante un canon anual; son temporales sólo nominalmente, pues se generalizó su concesión por plazos larguísimos, que le asimilan a la perpetuidad, desde noventa y nueve a novecientos noventa y nueve años. Exceden de un arrendamiento, y bajo su nombre genérico, "leases", se ha desenvuelto la creación de Londres, que ofrece la peculiaridad de pertenecer en su suelo o solares a contados magnates, los cuales perciben el canon como una reminiscencia que puede semejar prestación feudal. Por el contrario, la propiedad de las edificaciones está repartidísima entre todas las clases sociales, con progresión creciente de las más humildes, que cifran su aspiración en la adquisición de una casa, lográndola contra el pago de una ínfima cantidad, quedando hipotecada por el pago de las rentas durante los años convenidos, al transcurso de los cuales queda liberada la finca. No se debe ello al pacto directo de magnates y constructores, sino que sirven de intermediarios las sociedades constructoras, que realizan la parcelación, urbanización, apertura de calles, etc., con arreglo a un plan preconcebido.

De la importancia de estas empresas bastará indicar que la "Halifax Building Society" tiene actualmente invertidas en esta forma cuatro mil millones de pesetas. Jurídicamente, la figura es imperfecta: un arrendamiento. No es concebible que, a su terminación, pierdan sus casas todos los propietarios londinenses, y de aquí que se pacte, siempre que es posible, la residualidad de la pensión o extinción del "lease".

D. *Enfiteusis*.—Será preciso apuntar breves notas acerca de la enfiteusis, puesto que hemos visto sus contactos y hasta su identificación con la superficie.

Nace de los arrendamientos a largo plazo y perpetuos, y el emperador Zenón, que le da carácter propio diferente del arrendamiento y de la venta, y Justiniano, que la regula especialmente, son sus creadores en Roma.

En la Edad Media se generalizan extraordinariamente, mezclándose en ella las instituciones feudales, de las que es un adecuado vehículo, en cuanto se plasman en la posesión de la tierra, ajustándose, en cuanto a las prestaciones y deberes y hasta en su concepción de dominios divididos, a aquellos reflejos jerárquicos y de soberanía personal que en la organización de la propiedad caracterizan al feudalismo y en general a toda la Edad Media. Por esta misma razón, de fondo político y sentimental, a medida que el tiempo corre y las nuevas ideas se desenvuelven, se van cercenando las facultades de los señores o dueños en beneficio de los poseedores o enfiteutas, alterándose el tipo de la enfiteusis, en franca marcha hacia la conversión de la propiedad censual de la tierra en propiedad libre. En este camino es punto culminante la Revolución francesa, que en su reacción contra las formas feudales muestra su aborrecimiento ante los censos y enfiteusis, considerándolos como restos de aquella organización.

Esta actitud es universal, como universal es el sentimiento que anima a los revolucionarios. La historia de la enfiteusis toca a su fin.

Francia decreta su abolición. Bélgica la rechaza.

Alemania no la regula y pasan los censos a ocupar un lugar especial, con el nombre de cargas territoriales, remozadas en una más perfecta regulación, que no otra cosa son las "Reallasten", y aun en cierto modo las "Rentenschulden". Es una especie de liquidación de categorías históricas.

Chile, Argentina y Uruguay la prohíben.

Los demás países no llegan a esta actitud extrema y se limitan a despojarla de sus más censuradas características: perpetuidad, irredimibilidad, comiso, etc.

Así lo hacen, con criterio vario, Italia, España, Inglaterra, Méjico, Holanda, etc.

Con tan escasa vitalidad es, además, relegada al campo, a una modalidad rústica. Y dentro de tal modalidad rústica es una forma en des-

uso, como que no responde a los fines que la justificaron y engrandecieron a través de la historia; a saber: concesiones de terrenos de dominio público que hoy adoptan otra modalidad; adecuación a las categorías feudales en la propiedad rural ya desaparecidas, y propulsión del cultivo de las tierras yermas e incultivadas, actualmente inexistentes. Pierde así todo contacto con la superficie, que es problema urbano que utilizó la enfiteusis por absorción.

Por último, se inicia una reacción a favor de ésta, hallando en la misma una más beneficiosa situación a favor del cultivador y, como tantas veces, pasadas las primeras exaltaciones revolucionarias, se vuelve la mirada a las formas antiguas y se las descubre plétoricas de savia y vigor. Así, la ley belga de 10 de enero de 1826 restablece la enfiteusis, si bien despojada de los derechos de tanteo y laudemio y con carácter temporal (veintisiete a noventa y nueve años). Y Francia, por las leyes de 25 de junio y 4 de julio de 1902, forma el Código rural en que la enfiteusis toma cuerpo, si bien desnaturalizada con su temporalidad, de dieciocho a noventa y nueve años, y por negarse el laudemio.

Estas ligeras noticias históricas son suficientes para sentar las afirmaciones que nos interesan de momento; a saber: la superficie se desenvuelve en la historia íntimamente unida al arrendamiento y la enfiteusis; a la par, el arrendamiento deviene enfiteusis y la enfiteusis se entronca en el feudo.

Repudiada la enfiteusis en la Edad Moderna por odio al feudo, el problema superficiario resurge vivo, coincidiendo con el crecimiento inusitado de las ciudades. Y, proscriba la enfiteusis, carece de molde para desenvolverse. Se ha llegado a un fin de ruta y ha de buscarse otra.

Los países latinos ni siquiera lo intentan. Quedan en un punto muerto, en el que nos hallamos ahora.

Los países germanos inician una ruta nueva sin contacto con la enfiteusis, y, no obstante la técnica moderna, nos sitúa en los tiempos primeros de la superficie, en Roma o en Germania, pues han prescindido de aquellos siglos que la nutrieron, dándole vida propia, profundidad y tradición.

LA SUPERFICIE EN CATALUÑA

En este panorama enteco y desolador; en este desierto jurídico, se nos ofrece un oasis y un manantial generoso en Cataluña. La enfiteusis catalana tiene su base en la enfiteusis romana; mas en la época feudal se desenvuelve basada en la costumbre, que hace que la enfiteusis tome voluntariamente las formas y modalidades del feudo, del mismo modo que el feudo adopta, para regular la propiedad, las formas enfiteúticas. En paralelismo jurídico perfecto llegan a superponerse e identificarse, hasta llegar a ser encarnadas en una regla de derecho positivo común a ambas. Es posible notar, no obstante, su doble espíritu, y ello explica que, desaparecido el feudalismo, subsista en Cataluña la organización enfiteútica de la propiedad.

Más aquí nos interesa, con preferencia, observar que en su evolución ha servido para llenar los mismos fines que la enfiteusis llenó en todos los pueblos.

Pero, además, con aquellas mismas fórmulas y reglas de solución de los problemas de carácter rústico que integran la enfiteusis resolvió el problema superficiario al plantearse, en época más avanzada de la historia, el problema de la edificación urbana. Este pueblo, ingenioso y finamente jurídico, que une a estas cualidades una aguda penetración económica y un respeto profundo a las formas tradicionales, entendió que aquellas normas rústicas enfiteúticas, aplicadas a la edificación urbana, llenaban cumplidamente los fines propuestos.

Cataluña no ha vacilado nunca. El problema urbano de la edificación lo ha resuelto en la historia con las reglas enfiteúticas del "establiment".

Durante los siglos de su evolución ha atendido primero al problema rústico, de mejora del campo y de su aprovechamiento más perfecto, y luego al problema urbano de creación de la ciudad, hasta que, perdida la importancia y actualidad de aquél—resuelto, mejor dicho—, ha continuado elaborando reglas y concretando soluciones en torno casi exclusivamente del problema urbano.

Nunca ha repudiado la enfiteusis o "establiment" como forma arcaica e injusta. Por el contrario, la ha modernizado y aplicado como regla insuperable.

Ante el problema superficiario urbano modernísimo, se ha hallado

con todas las cuestiones resueltas: plus valía, concesiones de terrenos inalienables, edificación urbana, satisfacción de los estímulos económicos de los contratantes, etc. Se halla en posesión de un derecho real de superficie, de una institución. Que no es un producto jurídico nacido de la nada, creado por la mente fría de los técnicos, sin calor de humanidad, sino que es un cuerpo vivo, elaborado a través de los siglos en labor continuada y tenaz, formado por aportaciones lentas, creadora de estados de conciencia, asimilado ya a la conciencia jurídica social, encarnado en el pueblo vivo (1).

"Establiment" catalán, fórmula jurídica creadora de ciudades tangibles y poderosas: Barcelona, Tortosa, Gerona, Mataró, etc. Bastará que sepamos distinguir lo que en sí mismo tiene el "establiment" de superficie; o sea las reglas específicamente propias del problema urbano, de lo que tiene de censo, o reglas del problema rústico, para que, como en un resultado de laboratorio, disequemos las fibras y elementos de un cuerpo jurídico nuevo que ofrecer como modelo de derecho de superficie.

Labor original, pues los tratadistas catalanes, si bien coinciden en asignar al "establiment" el mérito de haber propulsado la creación de las ciudades y de beneficiar la agricultura, lo clasifican y estudian como un censo, sin elevarlo a la máxima altura que le corresponde.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI

Notario.

(Continuará.)

(1) Las aportaciones que expresamos quedan puestas de relieve en el Derecho catalán, en sus fuentes mismas, que son: Derecho romano, tit. de jure emphiteutica Cod. libro V, tit. 66. de ager vectigalis sic emphyteuticarius petatur, libro V, título 31 Dig.; el apéndice del tit. 25 del libro III Just., y textos legales esparcidos en otros títulos o fragmentos. Derecho catalán: textos de sus Códigos; títulos 30 y 31 del libro IV, vol. 1 de las Constituciones, el primero de los cuales trata de los Feudos. Potestades y Amparos reales, y el segundo, del derecho enfiteutico, landemios y foriscapios; Costumbre; Doctrinas de sus Doctores (Fontanella, Mieres, Solsona, Cortada, Vives, Cáncer, Ripoll, Romaguera, Tos, etc.); Privilegios; Sentencias de la antigua Audiencia; fallos del Tribunal Supremo.

Otra definición del tercero hipotecario

Con este título nos envía nuestro suscriptor D. Rafael López de Haro el trabajo cuyos principales desenvolvimientos publicamos a continuación y que dedica a la memoria del que fué genial comentarista de nuestra Ley Hipotecaria, D. Carlos López de Haro, lamentando que las revistas profesionales, a quienes disculpa en parte la falta de actualidad, hayan incurrido en este olvido, que sería imperdonable, añade, si nos hallásemos en otras circunstancias.

La serie de catástrofes que en estos últimos años nos han agobiado, las irreparables pérdidas que esta Redacción ha sufrido, como la de don Fernando Campuzano y Horma, por no citar más que un hipotecario mártir, y la necesidad de organizar y renovar todos los servicios, acaso atenúen el proceder de REVISTA CRÍTICA, que se honra hoy añadiendo a las consideraciones doctrinales de D. Rafael López de Haro algunas otras de indiscutible actualidad.

* * *

Una de las razones que han dado lugar a la confusión que en este punto reina es el error en que se ha incurrido insistentemente por la mayoría de los tratadistas, por no decir todos, de colocar al tercero frente a frente del titular de un derecho como conceptos opuestos. Esto ha dado lugar a que se diga que la Ley Hipotecaria nos habla de dos terceros—el que nos define en el artículo 27 y el que se deduce del artículo 23—, y se haya llegado a distinguir entre tercero favorecido y tercero perjudicado; en fin, se nos hable unas veces del tercero que está dentro del Registro y del tercero que está fuera de él.

El error ya parte del artículo 27 de la Ley, que no concreta ni precisa el concepto, y cuando más define tan sólo una situación de tercero,

no un tercero, y por ello se contradice con otros preceptos como el citado artículo 23 y el 34. Esta inexactitud empieza ya a desorientar al estudiante. No hace falta que se haya inscrito un acto o contrato en el que no se haya sido parte, para que surja la figura, la situación de tercero hipotecario. Este es el error.

Para mi ver, el tercero es siempre un titular que se encuentra en una posición especial ante otro. Para ser tercero hay que ser titular antes; no son, pues, conceptos opuestos. Partiendo del tercero civil, antecedente indispensable del tercero hipotecario, y dejando aparte la incorrección gramatical del vocablo, sobre la que tanto se ha discutido, tercero es aquel que se encuentra afectado en sus derechos o intereses por los efectos de un acto del que no ha sido parte: Dos condiciones se precisan: primera, no haber sido parte en un acto o contrato; segunda, que este acto o sus efectos le afecten de algún modo. Así, en el ejemplo típico, el acreedor es tercero en la enajenación fraudulenta hecha por su deudor.

Pero si analizamos detenidamente este concepto y las recíprocas relaciones que existen entre las tres personas que han tenido que intervenir para que se dé la figura de tercero, veremos que dos de ellas se encuentran en análoga situación. Tan tercero es el acreedor con respecto al adquirente en la enajenación fraudulenta, como éste lo es con respecto al acreedor. Ambos no han sido parte en el acto o contrato, el acreedor en la venta o donación otorgada en su fraude; el adquirente, en el contrato celebrado por el enajenante con el acreedor. A ambos les afecta el acto en el cual no han intervenido. Es decir, que tanto el uno como el otro son terceros, o lo que es igual, son terceros entre sí.

Por eso, a mi entender, el concepto de tercero no es sustantivo, como decía D. Carlos López de Haro (1), sino que tercero indica tan sólo la situación jurídica en que se encuentra una persona con respecto a otra, situación que, de darse, es recíproca y las hace a ambas terceros entre sí.

Precisado así el tercero civil, estaría definido el tercero hipotecario, si nuestra Ley Hipotecaria hubiera dado a la inscripción el verdadero carácter de un modo de adquirir y fuera ésta un requisito esencial para toda modificación en los derechos sobre inmuebles. Tanto en este caso, como en el que la inscripción no tuviera ningún efecto sustantivo, el tercero civil y el tercero hipotecario serían uno mismo. Pero por las razones doctrinales e históricas por todos conocidas, los legisladores, no

(1) "El tercero hipotecario y el tercer poseedor". *Revista de Legislación*, abril de 1931.

atreviéndose a seguir en toda su pureza ninguno de los dos sistemas diametralmente opuestos, optaron por separar los efectos de inscripción entre las partes y los terceros, y centraron todos los efectos de la publicidad del Registro en este concepto, haciendo girar todo el sistema alrededor de la figura del tercero. De esta forma, según frase de sus propios autores, deja se desenvuelva al margen de la Ley y en el terreno del Derecho civil, los derechos de las partes, y de los terceros civiles—añado yo—cuando no medie inscripción.

Por tanto, y partiendo del concepto expuesto, tercero hipotecario será aquel a quien, no habiendo sido parte en un acto, le afectan, no ya los efectos del acto en sí, sino los efectos sustantivos del Registro. Y estos efectos, que vienen a perjudicarlo o a favorecerle, a privarle o a ampararle su derecho, pueden ser los de la inscripción de su propio derecho, o los de la inscripción del acto en que no intervino.

Tan tercero hipotecario, pues, sería el que tenía inscrito su derecho, como el que no lo tenía. Tres condiciones se precisan tan sólo: primera, que no haya sido parte en un acto o contrato; segunda, que este acto o contrato le interese de algún modo; y tercera, que se encuentre afectado por los efectos sustantivos del Registro.

Y ahora como antes, la situación de tercero es recíproca y los efectos antes del acto y ahora del Registro colocan frente a frente a los titulares en la situación de terceros entre sí. Así, en el clásico ejemplo: si A tiene inscrito su derecho de dominio sobre una finca, en la que B tiene un derecho real y la enajena a C; B y C son terceros entre sí. Si B tiene inscrito su derecho, aunque del mismo no se haya hecho mención en la enajenación a C, se encuentra favorecido y amparado por los efectos que regulan los artículos 17, 20, 25, etc., de la Ley; y C, que pudo y debió conocer el derecho de B, por estar inscrito, adquiere la finca con la carga o el gravamen. Aquí los efectos sustantivos de la publicidad favorecen a B; aquí B está en el Registro y C está fuera de él. Pero si B no inscribió su derecho—y no entrando a discutir los efectos de la buena fe, que no interesan al caso, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya venido a desvirtuar con esto un poco la figura casi matemática del tercero—, y C adquirió bajo la fe pública del Registro, de quien en el mismo aparecía como dueño, e inscribe, se encuentra amparado por los efectos de la publicidad del Registro y no puede perjudicarlo un derecho que debía estar inscrito (art. 23). Aquí, B está fuera del Registro y C está dentro de él.

Pero tanto en uno como en otro caso, B y C son titulares de sus respectivos derechos; y tanto B como C son terceros. El no verlo así le hace al Sr. Lacal alarmarse de que la Ley Hipotecaria llame a veces al titular tercero, que es nombre "que debe reservarse para quien ostente dentro de la jerarquía hipotecaria un rango inferior de subordinación" (1).

Y tanto en uno como en otro caso, no es preciso se inscriba el acto que hace surgir la figura; éste es el error del artículo 27: ni que esté inscrito el derecho del tercero, ésta es la equivocación que le hace decir, a veces, a la jurisprudencia, que para los efectos de la Ley Hipotecaria no es tercero el que no tiene título inscrito (Sentencia de 20 de junio de 1888 y Resoluciones de la Dirección General de 25 de noviembre de 1896 y 20 de diciembre de 1899).

Tercero hipotecario es, pues, a mi entender, la situación de reciprocidad en que puede encontrarse el titular de un derecho, frente a otro titular de derecho opuesto al suyo, y cuya colisión de derechos, por hallarse uno de ellos inscrito, se ha de resolver teniendo en cuenta los efectos sustantivos de la inscripción.

RAFAEL LÓPEZ DE HARO Y PUGA.

Juez de Primera Instancia y Notario

OBSERVACIONES

I

Los desenvolvimientos que a fines del siglo XVIII y principios del XIX adquirió la doctrina del *tercero* por virtud de la técnica hipotecaria incipiente, llegaron pronto a la conclusión de que la noción era *a*), intermedia entre la de causahabiente y extraño; *b*), relativa, y *c*), en cierto modo reversible.

A) Mediando en una discusión enconada decía Troplong (2): es una verdad proclamada con razón por Toullier, que el sucesor o causahabiente no puede ser de mejor condición que su autor. Y notad que

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. año 1931, pág. 107

(2) *Comentaire des privilèges et hypothèques*, 1/530. Bruxelles-Meline, 1848.

esta regla no se aplica solamente a los sucesores universales, sino también a los sucesores a título singular; que no se aplica solamente a los herederos, sino también a los incluídos bajo la denominación de causahabientes, es decir, a los que suceden a título de donación, legado, adquisición, permuta... De aquí que los intérpretes hayan dicho con razón que el cesionario es la *imagen del cedente*.

Pero esta doctrina, sin atenuaciones, desvanecería los privilegios que pudieran otorgarse a los adquirentes, y de aquí la restricción ya admitida por Dumoulin: El causahabiente no representa a su autor más que en las cosas y derechos que de él tiene, *in quantum causam habet*, y en lo demás es como un extraño (*penitus extraneus*). Así, el adquirente puede atacar, según el art. 941 del Código de Napoleón, el acta de donación hecha por el vendedor si no ha sido transcrita.

La lucha entre el principio de sentido común *nemo dat quod non habet*, que se impone como un aforismo lógico irrefutable, y el postulado de la vida social que defiende al tercero de las ocultas asechanzas con el *res inter alios acta*, llega hasta nuestros días bajo la forma de una contraposición entre lo estático (la propiedad clásica) y lo dinámico (el comercio), o como prefiere Ehrenberg, entre la seguridad del derecho (*Rechtssicherheit*) y la garantía del tráfico (*Verkehrssicherheit*).

B) De aquí que el tercero no aparezca como una hipóstasis o como una personificación absoluta, sino como un concepto aplicable al que no es elemento personal de un determinado negocio jurídico y antes se contrapone a las dos partes que corrientemente lo engendran. El mismo Troplong obtiene sin dificultad esta consecuencia: "Un individuo puede sobre un punto ser el causahabiente de una persona y no serlo sobre otro punto; en una palabra, puede ser, según los intereses que hace valer, ya un causahabiente, ya un tercero."

Mucho más tarde, Coviello repetirá: "Il concetto di terzo non è assoluto ma relativo a un determinato negozio giuridico" (1), e incluirá en el concepto de partes a los contrayentes, al ejecutado y al adjudicatario, al demandante y al demandado, al representante y al representado, a los herederos y a los acreedores quirografarios... El tercero será un extraño que tenga interés actual en oponer su posición real (o equiparable) a otro derecho inconciliable con el suyo en todo o en parte.

(1) *Della trascrizione*, 1-325.

Todavía el Précis Dalloz de Derecho civil, publicado en 1933, contesta a la pregunta: "Que faut-il entendre par tiers?", con la indicación de que el sentido varía *secundum subjectam materiam*.

Nuestros Galindo y Escosura, en la primera edición de sus conocidos Comentarios, declaran con precisión: "Quién sea tercero no ha de juzgarse por reglas preestablecidas, sino que se ha de confiar al sentido común, a los principios generales que han de aplicarse en cada caso particular" (1). Esta tendencia ha sido, en cierto modo, exagerada por REVISTA CRÍTICA, que desde los primeros tiempos ha llamado la atención sobre los principios hipotecarios y dejado la figura del tercero fuera de foco. Buena prueba de ello son las afirmaciones a que llega el Sr. Uriarte Berasátegui en su artículo sobre la *Inexistencia del tercero hipotecario* (2), y las menos tajantes del Sr. Lacal (3).

C) La posición *ordinal* del tercero, que presupone la existencia de otras dos personas o partes, no se opone lógicamente a la reversibilidad de la noción, y antes la provoca cuando el jurista retorna en la serie hacia el *primero*; pero es necesario no dejarse ofuscar por un razonamiento tan sencillo: el cambio de marcha es más completo y los principios en que se apoyan las personas son diferentes. Supongamos que Juan ha inscrito el testamento del que aparecía como su padre y ha vendido una finca de las heredadas, a Pedro. A los pocos días se encuentra un testamento posterior que lega la finca a Diego. Este reclama, fundado en el precepto que atribuye al legatario la propiedad de la cosa legada desde el fallecimiento del testador, y Pedro se defiende sobre el principio de inscripción de los actos *mortis causa*, tal y como aparece en el final del art. 23 de la L. H. Para que la inscripción de la finca surta efecto en cuanto a tercero, Pedro aducirá el carácter de heredero forzoso de Juan, y por el contrario, tratará Diego de impugnar dicha nota, alegando que se trata de un hijo que no tiene la condición de natural, que ha sido desheredado. etc., para privar al adquirente del amparo registral. La mayoría de las veces el dueño o titular civil se fundará en el carácter sagrado de su derecho, y aparecerá como tercero el que se acoja a la protección concedida por el régimen hipotecario al comercio y transacciones de buena fe. En el conflicto de intereses que todo sistema inmobiliario intenta resolver, la parte conservadora es corriente-

(1) Tomo II. pág. 442.

(2) VII, núm. 80. págs. 563 y sigs.

(3) VIII, pág. 108.

mente el llamado propietario o titular civil (derecho estático), mientras el tercero invoca el valor social del tráfico y la finalidad específica del régimen (dinamismo jurídico).

Si en el citado ejemplo, el adquirente Pedro se viese atacado por Félix, que hubiera comprado y recibido de Juan la finca dos días antes, la discusión sobre la particularidad de ser o no Juan heredero forzoso carecería de valor, pero en cambio asumiría capital importancia la función que, en la primera escritura de compra, hubiese desempeñado Pedro a los efectos de aplicar el artículo 1.473 del Código civil y 38 de la L. H. Félix alegaría que él era el verdadero dueño de la finca cuando Juan la vendió por segunda vez, y que éste no podía transmitir lo que entonces no se hallaba en su patrimonio. Pedro invocaría el principio de inscripción (párrafo primero del art. 23 de la L. H.) y al replicar Félix que su adversario había sido el malicioso perito tasador de la finca y conocía los detalles de la primera venta, quedaría planteado el espinoso problema de si la mala fe, a que no se refiere el párrafo segundo del citado art. 1.473 del C. c., lo corrompe todo, como obstinadamente afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

No puede negarse que en el fondo de estas consideraciones hay razonamientos involucrados que se prestan a la paradoja, porque el que adquiere una finca desea obtener el máximo de estabilidad y garantía que las leyes hipotecarias prometen y, sin embargo, como consecuencia de las mismas puede verse privado de aquélla, contra lo que se reputaba derecho natural, por un tercero. En cambio, esta protección concedida al adquirente redundaría en beneficio del enajenante, que encuentra con mayor facilidad quien le compre la finca bajo la fe del Registro. Y en fin, como la persona que sólo conoce el inmueble por los detalles de la inscripción, se halla más limpia de sospechas y celos que cualquier otra íntimamente relacionada con el enajenante o entrometida en su casa y vida, resulta más protegido el extraño confiado en la inscripción que el deudo o familiar informado de la situación irregular del asunto.

Precisamente por este juego de los principios hipotecarios, si la finca inscrita a favor de un incapacitado ha sido enajenada con vicio de nulidad y el adquirente inscribe y a su vez transfiere con arreglo al art. 34 de la L. H. a un tercero, parece atropellado el primer titular de la serie en beneficio del último, como si para el régimen inmobiliario los intereses del tráfico fuesen superiores a los sociales y familiares acogidos a su protección.

II

Por mucho que extrañe a cuantos han recibido la inspiración hipotecaria del maestro de todos, D. Bienvenido Oliver, no es posible prescindir del tercero en los sistemas inmobiliarios modernos, y aunque no con la extensión que en España han dado al concepto, las palabras adicionadas a la célebre Base 52, atribuida a Luzuriaga (1) y el art. 94 del Anteproyecto de los títulos de las hipotecas y del Registro público, redactado en 1848 (2), las modernas legislaciones alemana y suiza, recogiendo implícita o explícitamente los preceptos de la ley austriaca de 25 de julio de 1871, cuyos artículos 63 y 64 se refieren a los terceros (*dritten Personen*) que pueden invocar el principio de publicidad, y de la ley prusiana de 5 de mayo de 1872, cuyo párrafo noveno protege a los terceros que hayan adquirido de buena fe, dan nueva vida a la interesante figura.

Antes de abordar el tema de la resurrección del tercero en el Derecho alemán, hemos de hacer notar que, como los pensamientos y finalidades perseguidos por los autores de nuestra L. H. presentaban gran complejidad y todavía no habían sido analizados con rigor, unas veces enfocaban las obligaciones origen de la transferencia y procuraban dejarlas subsistentes entre las partes, cualesquiera que fuesen los términos de la inscripción; otras veces veían con recelo o no consideraban de buena fe a la persona que invocaba las particularidades de un asiento tomado en virtud de un título en cuyo otorgamiento ella misma había intervenido; en una ocasión, el deseo de negar la protección hipotecaria a quien tuviera conocimiento del acto o contrato *no* inscrito, hubo de llevarles a modificar el final del vigente art. 27, interlineando en el acta de la sesión correspondiente la palabra *no*, que luego fué tachada...

Acaso el fundamento más hipotecario sea, no obstante, el que sirve de base a los arts. 33 y 34 de la L. H. y al art. 892 del Código civil alemán, que, sin emplear la palabra *tercero*, proclama la validez del contenido de los libros del Registro a favor de quien, desconociendo su inexactitud, adquiere un derecho real por negocio jurídico. Al menos, so-

(1) Para que produzcan efecto *en cuanto a tercero*, los títulos constitutivos y traslativos.

(2) Ningún título surte efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito.

bre este texto gira la novísima discusión, y la posición en la serie ordenada del tercero queda justificada del siguiente modo: Distingamos en una fila de personas que han inscrito su derecho un primer interesado, A, que ha transmitido su finca a una persona, B, la cual a su vez enajena a otra, C, y supongamos que la transmisión primera es nula por incapacidad de A. El conflicto se resolverá, mientras B sea el último titular, en su perjuicio; pero desde el momento en que C inscriba su título será A quien sufrirá las consecuencias hipotecarias. En todos los casos análogos podrá distinguirse: 1.º, el verdadero titular, que resultará perjudicado por el inflexible juego del principio de publicidad; 2.º, el titular aparente, que no puede acogerse inmediatamente al mismo principio, y 3.º, el favorecido por el sistema. Es necesario, por consiguiente, separar con energía los tres sujetos de derecho, y en especial el tercero, para evitar enriquecimientos ilícitos.

La doctrina que entre nosotros forma el núcleo del régimen hipotecario había sido abandonada por los especialistas alemanes hasta que la ley de revalorización de 16 de julio de 1925 la puso de moda y provocó una expansión alarmante del concepto. Para hacernos cargo de los argumentos, recordemos que también el apartado d) del art. 38 de nuestra Ley de Desbloqueo, al regular la revisión de pagos y permitir la reconstitución de hipotecas canceladas, deja a salvo explícitamente a cierta clase de terceros.

Desde el primer momento surgió el problema de si el titular aparente o intermediario adquiría la categoría de tercero cuando constituía a su propio favor una servidumbre, una hipoteca o cualquier derecho real, y la inmensa mayoría de los autores lo resuelven negativamente, porque se trata de una sola persona y no hay transferencia, en el sentido económico de la palabra, que pueda acogerse a los beneficios de una ley protectora de los negocios bilaterales. Tan sólo Heck, reproduciendo los argumentos repetidamente desenvueltos por REVISTA CRÍTICA en pro de la jurisprudencia de intereses, alega que la protección del negocio lícito no es un concepto cerrado (exhaustivo) y alcanza a todo el que, confiado en el contenido de la inscripción, modifica las entidades o elementos jurídicos de su patrimonio, aun antes de que los mismos sean objeto de una transmisión a tercera persona.

Mayores dificultades se presentan cuando adquirentes y transferentes son en realidad las mismas personas físicas que aparecen en otra posición jurídica o unidas por vínculos diferentes; por ejemplo: los con-

yuges que forman la sociedad de gananciales se separan y distribuyen los bienes matrimoniales, o los copropietarios practican la división de la cosa común, o la copropiedad en máncomún se transforma en comunidad por cuotas o viceversa. Contra la atribución del carácter de tercero en estos casos al adquirente, se aducen los siguientes argumentos: a), los beneficios de la L. H. son excepciones al principio de derecho eterno "nadie puede dar lo que no tiene", y deben ser objeto de interpretación restringida; b), no existe una nueva personalidad que adquiera del titular aparente en contra del verdadero dueño; c), el cambio registrado por la inscripción se refiere más bien a las facultades de orden interior correspondientes a los presuntos propietarios que al régimen externo de la propiedad; d), no hay razón para que la L. H. sacrifique al verdadero dueño que ha inscrito antes que nadie su título, en aras del titular aparente que ha mudado su vestido; e), el tercero debe ser un sujeto jurídico distinto del verdadero propietario y del titular que transfiriere; f), la buena fe que el legislador ha colocado en el cimiento de su obra correría grandes peligros si los titulares aparentes pudiesen modificar con tanta facilidad su precaria situación jurídica; g), el principio de publicidad protege en especial al adquirente que ha venido de lejos y únicamente confía en la inscripción, desconociendo la anormal posición del propietario; h), ni aun considerando tales actos de redistribución o partición como permutas de cuotas o cesiones de partes indivisas, cabe concederles trato más favorable, porque el vicio que invalidaba los derechos de los transferentes, supiéranlo o no, es el mismo que afectaba a los adquirentes y se refería a las mismas entidades hipotecarias.

Todavía se da un paso más temerario al negar el carácter de tercero a una personalidad indiscutiblemente *nueva*, pero formada por los mismos individuos que enajenan; por ejemplo: los herederos constituyen una sociedad de responsabilidad limitada a la cual aportan los bienes que, según el Registro, parecían pertenecer al causante. Aquí no hay una modificación en el régimen interno de la propiedad, sino un cambio de propietarios y, por tanto, un tercero distinto del dueño, de los transferentes. Sin embargo, Fritsch aplica el criterio expuesto, en atención a que de hecho son las mismas personas naturales las que figuran de uno y otro lado (1).

Y, en fin, la corriente doctrinal, cada día más impetuosa, salta los

(1) "Der öffentliche Glaube des Grundbuchs"..., en el *Anuario de Ihering*, 82, página 285.

obstáculos técnicos y destruye las trincheras donde, al amparo de la fe pública del Registro, se parapetaban las sociedades por acciones constituidas por varios copropietarios de una finca, o por un derechohabiente inscrito con sus testafierros, las transformaciones de una sociedad comanditaria en otra de responsabilidad limitada, los cambios, alteraciones más o menos sustanciales, fusiones, incorporaciones, consolidaciones, uniones y modificaciones inscribibles de Compañías anónimas cuando el antiguo y el nuevo titular o el cedente y el adquirente son las mismas personas o grupos idénticos de personas físicas y no aparece la figura del tercero.

En la discusión se barajan o ponen en duda los límites de lo económico y lo jurídico; la sustantividad de las personas jurídicas: la posibilidad de atribuirles conocimientos, voluntad, buena fe y vida independientes de los atribuidos a sus miembros; los momentos del nacimiento, disolución, liquidación y muerte de las sociedades; la influencia que el cambio de socios pueda ejercer sobre las adquisiciones de inmuebles; los efectos de la sucesión universal entre vivos; los vicios de la adjudicación o enajenación otorgada a favor del único socio o del que domina los negocios sociales; el papel de los órganos y representantes

Para quien haya frecuentado el despacho de un Notario en este resurgimiento de la industria española, tales temas presentan, como hemos anticipado, un indiscutible interés.

LA REDACCIÓN.

La ausencia en el Registro de la Propiedad

APODERADOS

Aunque no sea de un puro tecnicismo jurídico, es posible distinguir los conceptos y sus efectos de dos clases de ausencias: la meramente física, "no presencia en un punto determinado", y la jurídica, "no presencia en un punto determinado, donde debe ejercitar derechos y cumplir deberes quien, por carecerse de noticias, se duda de su existencia".

Y a pesar de que no pueda decirse, en términos absolutos, que la "mera no presencia" deje de repercutir en diferentes sectores jurídicos—el hacendado forastero ante impuestos municipales, el no domiciliado en el lugar del juicio, tiempo para la prescripción, etc.—, sí puede afirmarse que esa ausencia física, porque es compatible con la presencia jurídica—ausencia con paradero conocido o con apoderado—, carece de esa repercusión en el Registro de la Propiedad. El domicilio del que transmite o adquiere no es requisito esencial para la inscripción (regla sexta del artículo 61 del Reglamento Hipotecario).

Por el contrario, si la ausencia jurídica implica, por la incertidumbre de que exista el sujeto de la relación, una cierta incapacidad, forzosamente la declaración de tal estado y hasta su iniciación, ha de reflejarse en la oficina pública, que aspira a garantizar a tercero de la plena facultad dispositiva del transmitente. Por ello, es lógico, dentro de esa aspiración, que la declaración judicial de ausencia sea inscribible (artículo 2.º de la Ley Hipotecaria), como también, por ser la incertidumbre de la existencia no consecuencia de la declaración judicial, sino causa de ella, que la iniciación del procedimiento para

alcanzarla sea anotable conforme al número 5.º del artículo 42, e incluso de oficio (párrafo 3.º del artículo 43).

Esto así, y reformado sustancialmente el título VIII del libro I del Código civil "De la ausencia", por la Ley de 8 de septiembre de 1939, viene a ser tema de gran actualidad estudiar si esos principios hipotecarios citados, con el importante contenido en el artículo 91 del Reglamento y otros secundarios, tales como los artículos 15 y 73 de la Ley, 19, 244 y otros reglamentarios, sirven para que esa importante y trascendental reforma tenga en el Registro de la Propiedad su pleno desarrollo y garantía, por lo que a bienes inmuebles se refiere.

De entre los variados aspectos de esta cuestión, efectos de la posesión temporal, capacidad de la mujer del ausente, derecho de acrecer, derechos y documentos a favor de tercero, y tantos otros cuya sola enunciación exigiría un largo párrafo, elegimos, para tratarlo con relativa brevedad, el examen del nuevo artículo 183 del Código civil; a través de las actuales disposiciones hipotecarias.

Dando por discutido y resuelto que la esencia del *mandato* consiste en la *representación*; por sabido que la representación es la extensión de la personalidad, la subrogación de una persona en otra, para desarrollar y ampliar la potencialidad económica y jurídica de quien carece del don de la ubicuidad, o más concretamente, para nuestro fin, convertir, cual dice Sánchez Román, la ausencia real en presencia jurídica, y por indudable también que esta representación exige una completa subordinación del mandatario al mandante, así como plena confianza del mandante en el mandatario, al extremo de que es también esencial en el mandato su *revocabilidad*, y de que acabe por la muerte, interdicción, quiebra o insolvencia de cualquiera de ellos, la consecuencia de que para todo acto inscribible en el Registro, cuando el titular no interviene o se exige *a priori* el documento público comprensivo y expreso de la facultad o derecho delegado, o la aceptación *a posteriori* en el supuesto mandante, supone de todos modos, y en todo caso, que el mandante, no cuando otorgó el poder, sino en todos los momentos en que el apoderado hace uso de este poder, vive y está con plena capacidad. Lo contrario, o sea que el mandatario obrara con completa independencia, por sí y no por otro, aunque de este otro nazca el derecho utilizable, supondría una dejación, una cesión o una enajenación que nos alejaría del mandato, para llevarnos a otras figuras contractuales.

Desde el momento, pues, de que por la desaparición del mandante—para nosotros la desaparición supone siempre un acto violento—o por la separación—que ya no exige ese acto de violencia—del hogar sin tenerse noticias de su paradero, se duda de la existencia del representado, la *representación*, esencia del apoderamiento, se debilita, término medio entre el ser y el no ser, que debe reflejarse en la oficina que notifica y advierte a tercero. La presunción de que el mandante está jurídicamente presente en todo acto del mandatario cede ante el temor de una existencia, que enerva la ficción de la presencia.

No tiene medios—ni aun competencia—el Registrador que califica documentos con vistas al estado y resultancia del Registro, para dudar ni dejar de dudar de la existencia del mandante; en tanto, pues, en el Registro nada conste contra esa existencia, el documento otorgado a nombre de persona no interviniente es inscribible.

La Dirección de Registros, en su importante Resolución de 1.º de julio de 1891, estimó la virtualidad y eficacia del poder otorgado por un ausente, porque si bien es cierto que entre mandante y mandatario es lógico que existan íntimas relaciones, también lo es que no hay precepto que declare necesariamente nulo un poder cuando se ignora el paradero del mandante. Se tuvo en cuenta para esta Resolución el hecho de no haberse declarado judicialmente la ausencia y el artículo 184—antiguo, naturalmente—del Código civil, que daba eficacia legal al mandato durante cinco años.

Esta importante doctrina, ¿puede hoy sostenerse, con vista a la Ley de 8 de septiembre de 1939 y especialmente a su artículo 183?

No creemos posible encajar la contestación en un *sí* o en un *no* rotundos. Se hacen precisas, y previamente, ciertas distinciones.

En primer lugar cabe afirmar que, si está fuera de la órbita del artículo 181 la ausencia de personas con administrador general, aunque en este caso la desaparición violenta, como la separación sin noticias, corte las relaciones entre mandante y mandatario, como éste sigue actuando, y sus actuaciones surten efectos en el Registro de la Propiedad, la doctrina de la aludida Resolución sigue imperando, y sigue imperando incluso que no se trate de apoderado general, dado que en buenos principios no es anotable el nombramiento de *defensor*, con limitadas facultades, ni aun esa anotación impediría la inscripción de actos o contratos otorgados a nombre de una persona de la que ni siquiera se ha iniciado el procedimiento para declararla en estado de

ausencia legal. De todos modos, no podemos dejar de reconocer que puede inspirar dudas la procedencia de la anotación del nombramiento de defensor, si el Juzgado especialmente lo ordena en virtud de las facultades que le concede el último párrafo de ese artículo 181, como también dudas acerca de los efectos de esa posible anotación, muy difíciles de precisar; si después de esa supuesta anotación quien enajena es el mismo desaparecido, es evidente que su *presencia* resolvió este inicial estado, presencia jurídica que hay que estimar a través del administrador general, que ignoraba el instante del diligenciado.

Casi puede decirse que en este supuesto del artículo 181, la cuestión queda reducida a la actuación de un mandatario especial, y aun dentro de este supuesto, al mandatario con poder otorgado con anterioridad a la anotación, pues que si lo ostenta de fecha posterior, volvemos a la presencia jurídica, con todas sus consecuencias resolutorias.

* * *

La nueva Ley, después de decir, por su artículo 182, quiénes tienen la obligación de instar la declaración legal de ausencia, determina en el 183 los casos en que al desaparecido (o separado, podíamos añadir) de su domicilio o residencia se puede considerar en tal situación. Para contar el tiempo que precisa transcurrir hasta llegar a esa ausencia legal, el factor del apoderamiento entra en juego; si el ausente no hubiera dejado apoderado, basta un año desde las últimas noticias. o. en defecto de éstas, desde la desaparición: si hubiera dejado apoderado, el tiempo, a contar desde iguales acontecimientos, es de tres años.

Llegados estos casos, procede instar la declaración. Y esta instancia, cuyo procedimiento regula el novísimo artículo 2.038 de la ley Procesal, entendemos que, sin duda, es anotable en el Registro, incluso de oficio, conforme al número 5.º de los artículos 42 y 43. de la ley Hipotecaria, como en su día será inscribible el auto declaratorio de ese especial estado, que ha de dictarse con arreglo al último párrafo del citado artículo Procesal 2.038.

Lo difícil, a nuestro modesto modo de ver, es determinar qué efectos jurídicos hipotecarios lleva consigo la anotación de la incoación del expediente y, más concretamente, cuáles son esos efectos, al actuar un mandatario del presunto ausente.

Sinceramente, entendemos que esa anotación carece de eficacia, de no mediar apoderado general o especial. No cabe mayor garantía ni amparo del ausente, en cuanto a inmuebles, que la vigencia de las inscripciones a su favor, porque sin su *presencia jurídica* no pueden cancelarse, ni extinguirse, ni modificarse. Por ello es de notar la carencia de preceptos en las reformadas leyes civiles, sustantivas y procesales, que obliguen a la práctica de esas inscripciones.

De mediar apoderado, lo sea con carácter general o especial, la anotación de la incoación del expediente puede ser eficaz, pero no sin que existan ciertas dificultades para precisar esa eficacia.

Véamoslo así, a través de algunos supuestos:

A) El expediente se ha incoado bajo la base de no existir apoderado con facultades de administrar todos los bienes del ausente.

Si el hecho es exacto, la anotación es innecesaria, por las razones antes indicadas. La presencia jurídica del presunto ausente, por sí o por medio de mandatario general o especial, mediante poder otorgado con posterioridad a la anotación, la resuelve y de hecho la cancela.

B) El expediente se ha incoado bajo la misma base; pero el hecho es inexacto, porque el actor ignoraba, o aparentó ignorar, la existencia de un mandato, y, por tanto, extendida la anotación, un tercero presenta una escritura de venta otorgada a su favor por un mandatario especial o general del presunto ausente y titular inscrito de la finca.

No hay posibilidad de rechazar la inscripción, porque, incluso por exceso, ni siquiera es aplicable el artículo 71 de la ley Hipotecaria, al confundirse en una sola persona el beneficiado con la anotación—garantía del ausente—con el transmitente de la finca, que es el mismo ausente.

Es más: esta carencia de intereses encontrados que inutiliza a la anotación subsiste, aun para los herederos del titular de la inscripción (último párrafo del artículo 188 del Código civil).

C) El expediente se insta bajo la base de que, habiendo el ausente dejado apoderado general, han transcurrido tres años desde la desaparición o últimas noticias.

No siendo explicable que al alegarse este hecho como básico del procedimiento que se inicia deje de consignarse el nombre y apellidos del mandatario, fecha del poder, etc., la anotación en que tales detalles se hiciera constar, ¿significa una diligencia de cierre y finiquito de tal mandato?

A primera vista así parece; pero no lo es en realidad, aun dando a esa anotación los máximos honores de una inscripción definitiva.

El documento otorgado por el mandatario general a inscribirse o no en el Registro, puede tener una de estas tres fechas: anterior a la desaparición alegada; posterior a esta desaparición, pero dentro de los tres años, a contar desde este suceso; y posterior a la anotación.

Y, como en todos estos supuestos, por estar vigente la inscripción a favor del titular ausente, que la anotación de su presunta ausencia no cancela, bajo ningún aspecto hipotecario ni civil, es obligada la inscripción del documento otorgado a nombre y con poder de ese titular, la cuestión queda reducida a los efectos de esta anotación contra el adquirente. En los dos primeros casos de fechas aludidos entendemos que ninguno, se cancele esa anotación o no se llegue a esta formalidad hipotecaria, pues que no se trata de carga ni de derecho que a favor de tercero garantice la anotación; pero en el tercero, o sea documento otorgado por un mandatario, con posterioridad a la anotación, sí, porque el titular inscrito es ya, o un presunto incapacitado o persona inexistente, que de todos modos tiene cortadas sus relaciones con el mandatario, hecho que por su constancia en el Registro perjudica a quienes en esa fecha contrataron con el mandatario, beneficiando, por el contrario, al mandante y a sus causahabientes.

D) En el caso anterior, el documento no está otorgado por un administrador, sino por un mandatario especial. Siguiendo la misma trayectoria que impulsa la vigencia de la inscripción a favor del ausente, la inscripción procedería, pero surtiendo efectos la anotación contra el adquirente, si el documento estuviera otorgado dentro de los tres años, a contar desde la desaparición alegada, e, indudablemente, de estarlo con posterioridad a los tres años y a la anotación.

Y no podemos por menos de decir, aun a trueque de añadir otra faceta más al problema, que el mandato especial puede revestir tan diversas formas que resulte prematuro sentar una regla con carácter de generalidad. Dado lo extenso de este artículo—contra nuestro propósito—, nos basta para apreciar la improcedencia de esa regla general este ejemplo. A convino con B la venta de la finca Z, de quien incluso recibió el precio estipulado. A, que está para marchar al extranjero, otorga—con administrador general o sin administrador general—un poder a favor de R, al solo fin de que formalice o eleve a documento público inscribible la venta consumada.

Si presenta *B* la escritura otorgada por *R* a nombre de *A*, antes, en o después de la anotación que nos ocupa, incluso después de estar inscrita la declaración legal de ausencia, es decir, mientras esté vigente la propiedad a favor del vendedor, no vemos medios hipotecarios de rechazar su inscripción. Aquí, en realidad, no se está ante un mandatario, que implica siempre cierta iniciativa, sino ante un contrato perfeccionado por el titular y elevado a documento público por quien, legítimamente representa a uno de los contratantes.

* * *

Declarada la ausencia e inscrita en el Registro Central—que se crea por el artículo 198—, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos otorgados por el ausente, sean generales o especiales. En estos términos se expresa el último párrafo del artículo 183.

Creando aplicable en una buena parte lo que dejamos dicho de las anotaciones motivadas por la iniciación del expediente, a las inscripciones de los autos finales de estos expedientes declarativos de la ausencia legal, en razón a la brevedad, y a pesar de estar convencidos de que dejamos séndos cabos sueltos, resumimos lo que este precepto nos sugiere en la siguiente forma:

1.º Como el auto de declaración de ausencia es por sí solo inscribible, conforme al número 4.º del artículo 2.º de la ley Hipotecaria, se acompañe o no a ese auto el documento acreditativo de que se registró en el Central de ausentes que crea el citado artículo 198 del Código Civil, es evidente que para lo futuro el poder general o especial quedó hipotecariamente caducado.

2.º Y está caducado porque siendo un *todo* la declaración legal de ausencia y el nombramiento de representante del ausente—artículo 184 del Código Civil y 2.039 de la ley Procesal—la inscripción de aquella declaración lleva implícita cierta incapacidad del titular, cuya representación viene a ostentar persona distinta del apoderado.

3.º Este estado intermedio e incierto, entre la existencia plena y la presunción de muerte, lo resuelve la presencia jurídica del ausente o la declaración de su fallecimiento. Puede, por tanto, acarrear esa presencia jurídica, posterior a la declaración inscrita, nuevo poder al mismo apoderado o a otro, el conflicto de si pueden o no inscribirse

esos nuevos actos de presencia, sin la previa cancelación de la inscripción de la declaración legal de ausencia.

Por lo dispuesto en el vigente artículo 2.043 de la citada ley Procesal, no cabe esa cancelación, ni tampoco la inscripción de los nuevos actos, sin mediar un auto judicial, dejando sin efecto el de la declaración y nombramiento de representante. El Registrador no puede por sí ni ante sí resolver el problema de la identidad del aparecido con el ausente declarado; y

4.º Y, por último, merecería estudiarse detenidamente la procedencia o improcedencia de la inscripción de documentos otorgados por apoderado especial o generales, antes de la declaración legal de ausencia, pero presentados en el Registro con *posterioridad* a la inscripción de esas declaraciones.

Que la inscripción de esta declaración no es extintiva de la de propiedad a favor del titular ausente, es argumento sólido para la procedencia de aquellas que aspiren a motivar documentos otorgados por éste o por sus representantes voluntarios; la constancia en el Registro de existir un representante del ausente limita la capacidad del titular, y ya parece forzado que con posterioridad—*prior tempore*—pueda cancelarse o extinguirse ninguna inscripción del incapacitado sin consentimiento de quien por ley lo representa y, por tanto, sustituye.

La solución pudiera ser, por lo que se dispone en el reformado artículo 188—último párrafo—, en tanto que la jurisprudencia o nuevas normas—de existir el problema que nosotros quizá equivocadamente apreciamos—no digan lo contrario, acompañar al documento principal de enajenación o constitución de gravámenes, otorgado por el ausente o por su apoderado, con otro expresivo de la conformidad del representante, con o sin autorización judicial.

Al terminar este trabajo, y a pesar de salirnos del tema, séanos permitido lamentar la falta de una disposición terminante y expresa que exija la certificación del Registro de la Propiedad, para probar ante el representante del ausente, y en su caso al Juzgado, la debida exclusión, en su administración, de aquellos bienes inmuebles que pertenezcan a tercero.

FÉLIX CARAZONY LICERAS.

Registrador de la Propiedad.

La elaboración del Derecho positivo

I. Qué es la técnica jurídica —II. La técnica del conceptualismo jurídico: a) La definición de los conceptos. b) La clasificación de los conceptos. c) Las construcciones jurídicas —III. Los procedimientos más característicos del conceptualismo jurídico: a) Las presunciones. b) Las ficciones.

I.—QUÉ ES LA TÉCNICA JURÍDICA (1).

La tarea del jurista es triple: elaborar la regla del Derecho, interpretarla y aplicarla, y a cada una de estas tareas corresponde una técnica apropiada.

La exposición versará únicamente sobre la técnica de la elaboración del Derecho privado positivo. No importará tampoco a nuestro estudio la naturaleza de los órganos de la elaboración, ley, jurisprudencia, doc-

(1) Bonnecase (J.): *Introduction à l'étude du droit*. París, 1926-1931.

Demogue (R.): *Les notions fondamentales du droit privé*. París, 1911. (Hay traducción española.)

Duguit (L.): *Traité de droit constitutionnel* (3.ª ed.). París, 1927.

Dabin (J.): *La philosophie de l'ordre juridique positif*. París, 1929.—*La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*. Bruselas, 1935.

Defroidmont (J.): *La science du droit positif* (en "Bibliothèque Française de Philosophie"). París, 1933.

Geny (F.): *Science et technique en droit privé positif français*. París, 1921.

Hauriou (M.): *Précis de droit constitutionnel* (2.ª ed.). París, 1929.

Menard (A.): *Essai d'une critique objective de la technique juridique en matière d'obligation* (tesis). París, 1926.

Ihering (R.): *L'esprit du droit romain* (3.ª ed.). Traducción de Meulenaère. (Hay traducción española.)

Renard (G.): *Le droit, la justice et la volonté*. París, 1924.—*La théorie de l'institution*. París, 1930.

Ripert (G.): *La règle morale dans les obligations civiles* (2.ª ed.). París, 1927.

Kohler (J.): *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. Berlín, 1904.

Stammler (R.): *Theorie der Rechtswissenschaft* (2.ª ed.). Halle, 1923.

Windscheid (B.): *Lehrbuch des Pandektenrechts* (8.ª ed., de Th. Kipp). Frankfurt-sur-Mein, 1900. (Hay traducción italiana, de Fadda y Bensa, con notas.)

trina, considerados en sí mismos, en su estructura, en su competencia respectiva, en sus modos originales de proceder; es el problema de las fuentes formales con sus técnicas correspondientes: legislativa, jurisprudencial, doctrinal, de lo cual prescindiremos.

De todas maneras, una regla jurídica se elabora conforme a los mismos principios de técnica fundamental.

¿Qué se entiende por técnica jurídica?

Con insistencia, en estos tiempos de realismo y de "racionalización", la expresión "técnica jurídica" escapa de la pluma de los juristas. Pero, como ocurre a menudo con los conceptos fundamentales de metodología jurídica, la noción permanece indecisa.

Todo el mundo se da cuenta de que la noción de técnica evoca las ideas de especialidad y de oficio, de procedimiento y de artificio.

Pero lo que precisa saber es en qué consiste el oficio propio del jurista y de qué lado justamente reside el artificio en el Derecho, cuestiones sobre las que las opiniones están lejos de concordar.

Hauriou incluso protestaba contra la expresión de "técnica jurídica" por estimarla inadecuada a la dignidad y a la nobleza del Derecho: "Es abatir el Derecho al reducirlo a una técnica. El vocablo "técnica" debe ser reservado a ciertos procedimientos de oficio; pero el jurisconsulto, mucho más que el escultor o el arquitecto, no debe ser confundido con el práctico, pues el Derecho no es una pura práctica" (1).

En una primera acepción recibida por ciertos juristas alemanes y algún francés, como Kohler y Ripert (2), la "técnica jurídica" (*Rechtstechnik*) designaría, por oposición a la "ciencia jurídica o ciencia de los principios abstractos" (*Rechtswissenschaft*), el arte de adaptación de los principios a la vida y a las circunstancias concretas de tiempo, de lugar y de materia.

Monopolio de prácticos (legislación y jurisprudencia), la técnica estaría encerrada en la interpretación y en la aplicación de las normas destacadas por la ciencia.

(1) Hauriou (M.): *Précis de droit constitutionnel* (2.^a ed.). Paris, 1929. Páginas 61 y 62.

(2) Kohler (J.): *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. Berlin, 1904. Tomo I, párrafos 42 y 43, págs. 135 a 145.

Ripert (G.): "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", del *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* Paris, 1934. Páginas 18 a 21.

En una segunda acepción—la más en boga—seguida por Windscheid y Esmein (1), la técnica jurídica se referiría a la parte siempre *intelectual* de la elaboración jurídica, a saber: el análisis y el desarrollo de los conceptos (*Begriffe*) por medio de los cuales necesariamente se expresa el Derecho desde que se llega a una etapa científica, o de manera más amplia, todo el trabajo de sistematización lógica de las reglas por el esfuerzo combinado de la doctrina y de la jurisprudencia, que es el punto de vista de Sakilles (2). Pero otros autores, refiriéndose más bien al lado *instrumental* de la ordenación jurídica, nos hacen entrever una tercera acepción, en que la técnica jurídica se refiere al conjunto de medios y procedimientos imaginados para garantizar la realización de los fines generales o particulares del Derecho.

Así, Demogue trae toda la técnica al problema del “modo de protección”, preventiva y represiva (en el sentido amplio de la palabra) de los intereses y de las voluntades, mientras que el *valor* jurídico reconocido a estos intereses y voluntades resaltaría de la “cuestión general del fundamento del Derecho” (entendamos de la filosofía del Derecho que se adopte (3).

En el mismo sentido, Duguit, cuando califica de “constructivas” o de “técnicas” la inmensa armadura de las “reglas”, creando vías de Derecho “preventivas o represivas” y “establecidas para asegurar en la medida de lo posible el respeto y la aplicación” de estas otras reglas jurídicas, las únicas verdaderas en el fondo y que Duguit llama “normativas” (4).

Por último, existe una cuarta concepción, a la vez más amplia y más profunda de la técnica jurídica, que, tomando su punto de partida en una distinción entre la *materia* del Derecho y su *forma*, confía a la técnica el cuidado de la puesta en forma adecuada de una materia ju-

(1) Windscheid (B.): *Lehrbuch des Pandektenrechts* (8.ª ed., de Th. Kipp). Francfort-sur-Mein, 1900. Tomo I, § 24, págs. 93 a 95.

Esmein (A.): “La jurisprudence et la doctrine”, en *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, 1920. Págs. 17 y 18.

(2) Cit. por Geny: ob. cit., t. III, núm. 180, pág. 9 texto y notas 1 a 5.

(3) Demogue (R.): *Les notions fondamentales du droit privé*. París, 1911. Páginas 201, 202, 204 y 205.

(4) Duguit (L.): *Traité de droit constitutionnel* (3.ª ed.). París, 1927. Tomo I. § 10, págs. 106-107; § 14, págs. 154-155; § 15, págs. 161-162; § 16, páginas 171-172; § 21, págs. 225-226.

rídica previamente dada, materia que representa, a los ojos de Ihering, "las tendencias ideales del sentimiento jurídico del pueblo" (1), y a los ojos de Geny la "*donnée*" del orden jurídico, "consistente en las realidades físicas, psicológicas, sociológicas, que dan lugar a reglamentación en las directivas, económicas o morales, aptas a sugerir los preceptos". Precisamente, como la materia del Derecho no consiste más que en las "tendencias" de las directivas, se trataría para la técnica jurídica de realizar prácticamente y por lo menudo "las exigencias un tanto teóricas y generales nacidas de la "*donnée*", construyendo reglas firmes susceptibles de responder a la utilidad que se espera del Derecho, a saber: "el mantenimiento del orden en la sociedad".

Pero mientras que Ihering limita el fin de la técnica a la "realizabilidad formal del Derecho", definida por estos dos trazos: 1.º Una suficiente inteligibilidad de las reglas gracias a la simplificación de sus elementos componentes. 2.º La facilidad y la seguridad de la aplicación del Derecho abstracto a las especies concretas (2), y Cuq, en el mismo sentido, afirmaba que "la técnica del Derecho consiste en un conjunto de procedimientos destinados a asegurar la aplicación del Derecho de la manera más rápida y más completa (3). Geny entiende esta "realizabilidad formal" o "practicabilidad del Derecho" en el sentido extenso de "una plena puesta en efecto de los principios directores de la vida social, y, para decirlo así, de una aprehensión total de las realidades por las reglas" (4).

Así, resaltan en la técnica, según Geny—fuera de las fuentes formales, que merecen una clasificación separada, como elementos de expresión del Derecho positivo—, de una parte, los procedimientos materiales, o cuando menos plásticos, por los cuales el jurista prueba hacer tangibles los hechos o los actos, dando lugar a la reglamentación (caso de formalismo extrínseco o intrínseco): de otra parte, la serie indefinida de los procedimientos especiales, de orden, sobre todo, intelectual, cuyo conjunto constituye lo que se puede llamar el conceptualismo

(1) Geny (F.): *Science et technique en droit privé positif*. París, 1921. Tomo III, número 182, págs. 16 y 17.

(2) Ihering (R.): *L'esprit du droit romain* (3.ª ed.). Traducción de Meulenaère. Tomo III, págs. 20 y sig. (Hay también traducción española.)

(3) Cuq (E.): *Les institutions juridiques des romains*. París, ed. 1891. Tomo I, página 717.

(4) Geny: ob. cit., t. III, núm. 188, págs. 34 y 35.

jurídico (conceptos, construcciones, terminología y fraseología, presunciones y ficciones), y el todo, sin perjuicio de un procedimiento más general, que representa "la contextura interna de la elaboración técnica", a saber: la "simplificación directa de los elementos sustanciales de la regla de Derecho, por donde la razón común, alumbrada por la experiencia usual obtiene independientemente de toda intervención, sea plástica, sea propiamente intelectual, una exacta adaptación de los preceptos a la vida".

Y se ve bien que, cada uno a su manera, todos estos procedimientos conducen a *construir* y no a conocer, y que la primacía entre ellos es de aquel que realice mejor los fines del Derecho.

La "técnica jurídica", que crea en vista de un resultado, se diferencia así de la "ciencia" de la materia que registra y constata.

En resumen: para Geny "la técnica" representa en el conjunto del Derecho positivo la forma opuesta a la materia, y esta forma es en esencia una construcción ampliamente artificial de la materia, obra de acción más que de inteligencia, donde la voluntad del jurista puede moverse libremente, dirigida solamente por el fin predeterminado de la ordenación jurídica que sugiere los medios de su propia realización (1); en el mismo sentido se encuentran Renard y Bonnecase (2).

Estas cuatro interpretaciones, tomadas en sus líneas generales, parecen agotar las concepciones posibles de la técnica jurídica. ¿Qué valor tienen?

Se puede formular este juicio global: Todas son defendibles, pero ninguna es satisfactoria, y es porque los puntos de vista son numerosos y la expresión "técnica jurídica" es equívoca.

Nada impide decir al mismo tiempo que el Derecho tiene una técnica y que él mismo es una técnica. Pero también la expresión "Derecho" es equívoca; los unos piensan en el Derecho positivo, las legislaciones y las jurisprudencias, que toman por punto de partida sus investigaciones; los otros piensan en el Derecho simplemente, que para devenir positivo debe completarse por una técnica. Lo mejor es repasar de nuevo brevemente cada uno de los sistemas.

(1) Geny: ob cit., t. III, núm. 183, pág. 23.

(2) Renard (G.): *Le droit, la justice et la volonté*. París, 1925. Págs. 121 a 180.

Bonnecase (J.). *Introduction à l'étude du droit* (2.^a ed.). París, 1931. Núm. 16, páginas 262 y 263; núm. 174, pág. 272.

Por de pronto, hay que rechazar la concepción de la *Rechtsteknik*, que tiene la doble culpa de suponer *a priori* que la *Rechtswissenschaft*, en calidad de ciencia, no tiene necesidad de la técnica, y en segundo término, no definir la *Rechtsteknik*.

Se nos muestra una distinción entre los principios asunto de ciencia y la puesta en obra o en aplicación de los principios, que sería asunto de técnica; pero se olvidan completamente decir en qué consiste esta ciencia de los principios, y en qué consiste esta técnica de la aplicación.

Descartada esta primera concepción, queda por elegir entre las otras tres, que al menos intentan una definición o marcan una tendencia.

Concepción amplia que define la técnica por la puesta en forma de una materia previamente dada (Ihering, Geny); concepciones estrictas que reducen la técnica: la una, a la fabricación de conceptos y de construcciones jurídicas (Windscheid, Saleilles); la otra, a la organización de vías de Derecho (Demogue y Duguit).

En cuanto a las interpretaciones estrictas, se les reprocha el encerrarse la una y la otra en puntos de vista incompletos. ¿Por qué limitar al trabajo de la elaboración de conceptos jurídicos la tarea técnica del jurisconsulto? ¿No parece, al contrario, indicado hacer entrar en la técnica todos los procedimientos intelectuales u otros nacidos de la especulación jurídica o sugeridos por la razón común, desde que son ordenados al fin propio que justifica esta técnica?

Cuanto más, que la interpretación "conceptualista" podría encubrir una nueva restricción aparente a la tesis de la *Rechtsteknik*; así, la lectura de Windscheid y de Saleilles—y también algunas veces de Ihering—deja la impresión de que los conceptos jurídicos no tendrían otro papel que representar en forma lógica, y por ello indirectamente, fecundar el Derecho positivo existente, lo que les haría descender al rango de instrumentos de interpretación del Derecho más bien que de elaboración propiamente dicha.

El mismo reproche de delimitación arbitraria (cuando no sea imprecisión) se dirige a la tesis paralela, que conduce la técnica jurídica al arreglo del modo de protección de las voluntades y de los intereses (Demogue), a la creación de vías de Derecho (Duguit), ya que de su parte omite acoger en la técnica (por preterición, sin duda, más que por exclusión premeditada) los procedimientos relevantes de la elaboración lógica del Derecho.

A las dos concepciones precedentes, fragmentarias o superficiales,

conviene preferir una interpretación francamente sintética de la técnica jurídica, que comprende a la vez el lado *material* procesal y el lado *intelectual* de la elaboración del Derecho.

Tal es, sin duda, el punto de vista de Geny cuando asigna, por fin, a la técnica, no como Ihering, "una organización de pura forma" (ésta considera los conceptos y construcciones a los cuales Ihering ha concedido una atención demasiado exclusiva), sino como "una plena puesta en efecto de los preceptos directores de la vida social", lo que entraña la inclusión en la técnica de todos los medios que contribuyan a esta "plena puesta en efecto".

Pero quizá la fórmula peca por una cierta imprecisión, la misma que la que fué reprochada a la concepción de la *Rechtstechnik*.

¿En qué consiste exactamente esta "plena puesta en efecto" o, siguiendo otras terminologías, esta puesta *en obra* o *en forma* de la materia jurídica? Y primeramente, ¿dónde situar en el dominio del Derecho la materia y la forma? ¿Qué realidades del orden jurídico encubren estas palabras? ¿Es más exacto pretender que la materia es para el jurista una *donnée* objeto de ciencia? Y en el caso en que la materia misma, incorporada a las reglas, esté "construída", ¿en qué etapa de la elaboración principia la técnica específica del jurista, en la etapa de la materia o en la de la forma?

Estas cuestiones nos van a permitir precisar la noción de técnica jurídica, que se puede concebir muy amplia, pero que es necesario situar en un cierto nivel, bajo pena de confundirla con la elaboración entera del Derecho positivo, lo que sería identificar *técnica jurídica* y *Derecho positivo*.

El Derecho, y cada institución jurídica en particular, se compone de dos elementos solidarios, pero separables mediante el análisis: la materia y la forma.

Entendemos por ello no solamente que el Derecho, como toda disciplina normativa, cualquiera que sea una forma llamada a regir una materia (los hechos y los actos de la vida social), sino que esta forma implica el doble elemento de una materia y de un arreglo técnico apropiado. Materia espiritual evidentemente, que consiste en una cierta idea de deber ser (*Sollen*), asumida por el Derecho, y que el jurista tiene por labor el traducirla en regla positiva; así, por ejemplo, el sistema de las incapacidades se basa en que los débiles merecen una protección especial, en razón de los peligros a que les expone su misma debilidad, etc. Cada

institución jurídica, por tanto, implica su idea fundamental, que domina todo el mecanismo y constituye el alma del sistema.

Queda por saber cómo se forman las ideas directrices de las instituciones y reglas jurídicas.

Los partidarios de la teoría pura del Derecho no conciben se plantee la cuestión al jurista. Bajo el pretexto de que el Derecho es una ciencia y que no hay ciencia más que de los hechos, tienen sólo en cuenta el Derecho estatuido, abandonando a la práctica legislativa, jurisprudencial, administrativa..., el cuidado de elaborar el contenido. En cuanto al Derecho estatuido, como el hecho jurídico no es más que un hecho de norma, lo consideran únicamente bajo su aspecto puramente formal e indiferente a su fondo y a su valor intrínseco. Pero es demasiado claro que la abstracción deja intacto el problema y que, a menos de renunciar, si no a la ciencia, cuando menos a la crítica, es preciso darse cuenta del Derecho positivo en su totalidad, o sea tanto en su contenido como en su forma.

Para Savigny, Ihering, Duguit, y de una manera general todos los partidarios del historicismo y del sociologismo, la materia del Derecho existe completamente preparada en la conciencia popular, estimando que tal norma moral o económica exige la consagración de las leyes. Aplicando el método de observación, el jurista-sociólogo no tendría más que extraer del "complexus" social este hecho de conciencia colectiva, y luego ceder el puesto al jurista-técnico para realizar por las vías de Derecho apropiadas el deseo y las exigencias reconocidas.

Para otros autores, la materia del Derecho nace de la *naturaleza de las cosas*, tal como ésta se revela a la experiencia inmediata y a la neta razón. Ella se compone de un pequeño número de directivas económicas y morales sobre todo, trascendentes al capricho de las voluntades individuales o colectivas y que se podrían agrupar alrededor de la idea suprema del "justo objetivo".

La materia del Derecho no puede ser confundida ni con lo que el pueblo siente y desea como Derecho ni con lo que la naturaleza de las cosas indicarían como "justo". Estos puntos de vista simplifican y desnaturalizan el Derecho, que permanece como cosa compleja, e incluso no lo consideran más que desde el punto de vista de su materia.

Una primera observación se impone: las pretendidas directivas económicas o morales emanadas, sea del sentimiento popular, sea de la naturaleza de las cosas, ¿son demasiado vagas para suministrar un punto

de apoyo a la construcción positiva, o sea a una verdadera puesta en obra de determinación y de adaptación a las contingencias (antes que se pueda pensar en ponerlas *en forma* propiamente jurídicas)? Pero ¿quién negará que en este trabajo de puesta en obra haya sitio para una actividad prudencial de la opinión del jurista; en una palabra, para una construcción?

Las reglas más elementales o fundamentales de la ordenación jurídica, tales, por ejemplo, estas dos grandes normas: libertad de las convenciones y obligación de reparar el perjuicio causado por culpa, no son temas salidos de la conciencia popular en cierto momento y en un lugar dado o dictados de manera permanente y universal por la naturaleza de las cosas.

Pretenderlo sería, ante todo, desconocer la historia, que nos enseña cómo lejos de imponerse de repente, a título de "dato popular" o natural, estos principios han entrado en el Derecho por consecuencia de un esfuerzo crítico de la razón de los hombres de negocios y de los políticos, de los prácticos y de los teóricos del Derecho.

Por lo tanto, hablar de una materia jurídica *dada* (a cualquier fuente que se quiera relacionarla y tan primaria como se la suponga) es desconocer la esencia del orden jurídico, que en todas sus capas y en todas sus etapas, en el fondo como en la forma, es, y no puede dejar de ser, un orden enteramente construido. Para convencernos, basta trazar las etapas sucesivas del *processus*, que conduce a la elaboración de la materia jurídica, entendiendo por ésta no solamente el contenido inmediato, las determinaciones, las vías y los medios, sino las ideas profundas yacentes o subyacentes en la reglamentación (1).

Observemos, ante todo, que el Derecho positivo, que no existe por sí mismo, no existe tampoco para sí mismo como un fin en sí. La fórmula del arte por el arte encuentra, sin duda, una justificación en el sentido de que el artista no tiene que preocuparse de otra cosa que de la realización de un ideal de arte (bien entendido, bajo reserva de las leyes generales de la moralidad). Pero aplicando al Derecho la fórmula, perdería

(1) Ver, sobre las diferentes etapas (Derecho natural, Derecho ideal y Derecho positivo) por las cuales pasa el Derecho, a M. Reglade: "Les sources du droit positif dans leurs rapports avec les sources du droit naturel et du droit idéal", en el *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Trabajos de la primera sesión: "Le problème des sources du droit positif". París, 1934. Páginas 106 a 108.

toda significación, porque la ordenación jurídica no es más que un instrumento al servicio de un fin, que se llamará, según la filosofía moral y social (o simplemente el método) adoptada, la libertad humana condicionada por el orden social y la justicia (Hauriou) (1), el orden social o la justicia social (Geny) (2), la justicia combinada con la seguridad (Renard) (3), el derecho justo (Stammler) (4), la idea directriz del sistema social (Haesaert) (5), o, mejor, el bien común temporal de los hombres viviendo en sociedad, que dice Dabin (6).

Instituída en un fin social, la regla jurídica está, por lo tanto, sometida al imperio y al criterio de este fin social, es decir, que tomará por materia de cualquiera de sus normas de Derecho privado o de Derecho público una idea elegida representando un cierto valor de bien común a procurar por el intermedio de la regla.

Ella desatará tal situación de hecho (apertura de una sucesión, producción de un daño), cortará tal conflicto de intereses (choque de actividades y de propiedades concurrentes) y de una manera general decidirá (por vía de mando, de defensa o de disposición) respecto a las exigencias más o menos estrictas de tal elemento de bien común, dando la preferencia tan pronto al elemento moral (justicia, solidaridad), tan pronto al elemento económico (producción de riquezas); otras, al elemento humano (paz, seguridad) o al elemento técnico (equilibrio presupuestario, facilidad de la circulación marítima), siguiendo el orden de primacía (o de urgencia) de estos valores sociales, al respecto de tales circunstancias, ordinarios o extraordinarios de tiempo y de lugar.

Todavía se precisa que la idea del bien común (fin o medio) encuentre su realización suficiente por la vía de la ordenación jurídica (*Sollen juridico*) y bajo la forma de una regla imperativa o incluso supletiva, flexible o rígida, categórica o solamente decretada, bajo la amenaza de un riesgo.

Aquí aparece el elemento de oportunidad política que Ihering lla-

(1) Hauriou: ob. cit., pág. v.

(2) Geny: ob. cit.

(3) Renard: *La théorie de l'institution*, 2.^a lección, págs. 48 a 55, 65 y 66.

(4) Stammler. Ver a Ginsberg: "La philosophie du droit de Rudolph Stammler", en *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1932. Págs. 564 y sig.

(5) Haesaert: "La forme et le fond du ordre juridique", *Revue de Droit Belge*, 1934, págs. 295 y sig.

(6) Dabin: *La philosophie de l'ordre juridique positif*. Números 40 al 48, páginas 153 a 198.—*La technique de la élaboration du droit positif*, pág. 17.

maba la *realizabilidad material* del Derecho y que resulta del juego de estos "imponderables"—movimientos de la opinión, temperamento e historia del pueblo—, cuya influencia sutil amenaza desconcertar las previsiones más seguras como las intenciones más rectas.

Habría que apreciar, por último, en qué medida la idea del bien común, juzgada realizable en cuanto a su oportunidad, es susceptible de prestarse a la realización propiamente técnica, es decir, a su traslación en forma de regla jurídica, digna de este nombre y dotada de las cualidades que se esperan de una buena regla jurídica.

Es el punto de vista, denominado por Ihering de la *realizabilidad formal* o de la "practicabilidad" del Derecho, que supone adecuación de la materia a las exigencias específicas de la forma reglamentaria.

Cometeríamos un error en representar el doble elemento de oportunidad política y de realizabilidad técnica, correspondiendo sólo a las cualidades sin duda indispensables a la perfección de la ordenación, pero adventicias y extrínsecas al concepto mismo del Derecho.

Al contrario, la realizabilidad, bajo sus dos aspectos: política y técnica, entra en la contextura interna de la idea del Derecho positivo de tal forma, que una solución no realizable, aunque fuese exacta en teoría, no podría jamás pretender el rango y el valor de precepto jurídico. Y es esto una diferencia esencial con la moral. Mientras que las reglas de la moral, y especialmente de la justicia, son verdaderas y se imponen fuera de todo argumento de oportunidad y de practicabilidad, el Derecho, que por función social está obligado a realizarse, no se concibe más que dotado de realizabilidad, la cual es, por tanto, parte integrante del ideal jurídico positivo.

Si tal es el proceso de elaboración de la "materia" jurídica; si en todas partes y siempre, en sus normas más fundamentales, ésta exige determinación según las exigencias complejas e inconstantes del bien común, de una parte, las condiciones de realizabilidad política y técnica de la idea, de otra, una conclusión parece ineluctable: lejos de ser "dada" por la sociología escrutando el alma colectiva o por una razón ingenua reflejando la naturaleza, la materia del Derecho es el efecto de una elección premeditada, de una dosificación, de un equilibrio, por consecuencia de una confección verdadera; tanto en su fondo como en su forma, el Derecho positivo toma el aspecto de una obra construida por el genio humano, en vista de colaborar de la manera más sutil, la más eficaz y la más económica, al mantenimiento y al progreso de la vida social.

Llamado a "construir" el Derecho, el jurista no crea, por lo tanto, ni el *método* de "construcción", que le es dictado por la filosofía del Derecho, ni las conclusiones de orden científico o normativo (moral) establecidas, por otra parte, y que son los *materiales* de su trabajo. Pero en cuanto a la reglamentación jurídica misma en su actualidad concreta, es el jurista—legislador, juez o doctor—quien la crea en su forma, en su materia y hasta en el subsuelo de esta materia, por un esfuerzo complejo, donde la *ciencia* no interviene más que en un período preliminar (del método y de los materiales), en tanto que la conclusión del trabajo, a saber, la regla propuesta, sale del *juicio práctico*, discerniendo los valores y las posibilidades a veces decretadas por la *voluntad*, que en los casos dudosos evoca y corta el litigio; más vale algunas veces una regla arbitraria, pero clara, que la ausencia de toda regla, con la inseguridad que de ella se sigue.

Frente a este análisis del orden jurídico enteramente construido, no se puede levantar ninguna objeción sacada de la existencia del "Derecho natural".

Siguiendo la concepción auténtica y única aceptable del Derecho natural (que no es la de la escuela del Derecho de la Naturaleza y de gentes, sino el de la Antigüedad, de Santo Tomás de Aquino, incluso de Grocio), la ley natural no dicta la norma de conducta más que sobre el terreno del "bien obrar" moral en el orden individual, familiar y político; no sugiere más que los primeros principios de la moral, dejando a la prudencia de los moralistas y a la conciencia recta el cuidado de las determinaciones y adaptaciones ulteriores.

La moral sólo está *dada* en sus directivas más generales; por lo demás, en el fondo, como en la forma, la moral está "construida", es decir, que, sobre la base de los principios del Derecho natural, las reglas están edificadas no en lo abstracto, sino en función de la materia y de las contingencias y por un juicioso equilibrio de todos los deberes. Por tanto, en la elaboración del Derecho positivo, el Derecho natural *político*, es decir, los primeros principios de la moral *política*, no suministra otra norma que aquella que forma el punto de partida de la filosofía del Derecho: ordenar las relaciones de los hombres entre sí en el seno de la sociedad política, sobre la base del bien común; es decir: 1.º, allí donde el bien común reclama esta ordenación y en la medida en que la reclama (es el principio de la intervención); 2.º, en la dirección y siguiendo las modalidades exigidas por este mismo bien común.

Evidentemente, el principio del bien común no podría acomodarse a una ordenación que directa o indirectamente contradijera los principios de la moral, *a fortiori* del Derecho natural, fundamento de la moral; el bien común no podría volverse contra el bien de la naturaleza humana. Pero en esta perspectiva, el bien común, el mejor bien común posible y realizable—y bajo esta reserva el respeto de la moralidad que rige al hombre, y todas las obras del hombre, políticas, jurídicas u otras—, pertenece a la inteligencia y al tacto del jurista discernir no solamente las probabilidades y los medios de la realización de las reglas, sino su valor y su utilidad al respecto del bien común, ley suprema del orden jurídico.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS.

Notario.

(Continuará.)

La inscripción forzosa y la realidad jurídica de Galicia

Un destacado compañero ha vuelto a poner sobre el tapete el comentado tema de la inscripción forzosa (1), rompiendo lanzas en su honor y abogando por su implantación tajante. Estas líneas pretenden ceñir la cuestión a la realidad de una región eminentemente agrícola y casi totalmente ausente del Registro: Galicia.

A) LA REALIDAD.

Galicia es, sin duda, la región de España de mayor número de propietarios de fincas, que son, por consecuencia, pequeños propietarios. Y si está muy dividida la propiedad en cuanto al sujeto, más aún lo está en algunas zonas (la provincia de Pontevedra, por ejemplo) en cuanto a lo que pudiéramos llamar el objeto: la finca. Abunda el minifundio llevado a los mayores extremos. Las fincas son mínimas; recostadas en la falda del monte, tendidas en el valle, diríanse colchas, mantones de caprichosos contornos, bordados en todos los tonos del verde. Las relaciones jurídicas que afectan a estas propiedades nacen, viven y mueren en documentos privados, casi siempre confeccionados en la aldea por la pluma, más o menos ortográfica, del "perito", por mal nombre zurupeto. Los mismos profesionales (abogados, notarios) se ven obligados a claudicar ante el documento privado; lo redactan y, aún más, lo aconsejan, porque las circunstancias del caso, del "ambiente" podríamos decir, hacen, si no imposible, inútil el público.

(1) V. Ramiro Goyanes: "Reforma justa y esperada", núm. 144 de esta Revista.

B) ¿CAUSAS DE ESTA SITUACIÓN Y DE QUE LA PROPIEDAD NO ACUDA AL REGISTRO?

A nuestro juicio, una que resume todas: el importe económico del trámite para llegar al Registro es desproporcionado en relación con la escasa importancia de los asuntos.

El Registro es relativamente barato; pero su legalidad exige formalismos costosos de cumplir, si los asuntos son, como los de la tierra gallega, de poca cuantía; coste que se aumenta en Galicia por dos motivos: a), lo diseminado de la población, y b), la emigración.

Galicia es la región de las aldeas y de las "parroquias". La población se encuentra diseminada por las hondonadas, por los montes; se agrupa en pequeños lugares, que distan 10, 15, 20 kilómetros, a menudo de mal camino, de la Notaría y del Juzgado de instrucción. Esto aumenta los obstáculos del camino de la inscripción.

Los gallegos son, con el resto de los nortños, nuestros clásicos emigrantes. Ellos mantienen en toda la América española el imperio espiritual, moral y económico de España. Consecuencia: cuando se intenta legalizar un acto o contrato, casi siempre se encuentra un interesado en Ultramar, lo que trae consigo dilaciones, inconvenientes y, sobre todo, gastos.

El particular acude al documento privado para evitarse todo esto. Un ejemplo nos aclarará y reforzará lo que acabamos de exponer. El caso más corriente, en ciertas zonas gallegas, en transmisiones *mortis causa*, es: A, casado con B, muere *ab intestato*, dejando seis hijos (dos de ellos en América) y un capital en dieciocho fincas rústicas mínimas y una urbana, que valen "oficialmente", en total, seis mil pesetas. Trámite que siguen: relación descriptiva de bienes extendida por el perito, que se presenta en la Oficina Liquidadora. Esta gira liquidaciones provisionales, y se acabó. Gastos: un certificado de defunción, otro de amillaramiento (a muchas zonas no ha llegado el Catastro), unas 25 pesetas por la confección de dicha relación descriptiva y los impuestos de timbre y derechos reales. En total, menos de 200 pesetas. La partición se practica en la aldea "de hecho" y más o menos amigablemente. Gastos del trámite para inscribir (supuesta la previa inscripción a favor del causante): los de declaración de herederos *ab intestato*, poderes legalizados de los residentes en América, partición, liquidación e inscripción y honorarios del letrado que dirija todo esto, pues ya no basta el zu-

rupeto. Cuando el título salga del Registro, ¿no habrá sextuplicado los gastos calculados antes?

Y si se trata de una compraventa de fincas de 300 pesetas de valor, o de menos (casos frequentísimos); mayor aún es la desproporción entre el valor del negocio y el de los preliminares de la inscripción.

El aldeano qué, a pesar de titularse propietario, es más pobre que rico, prefiere el camino fácil, que lleva a puerto inseguro, al dificultoso, que conduce a buen puerto.

A esta causa principal hay que añadir dos secundarias: la enemistad al Registro de los citados "juristas de aldea", que ven en él una valla al campo libre de sus actividades y la confusión de los propios interesados entre el pago del impuesto y la inscripción. Es frequentísimo que el particular presente a liquidación el documento privado diciendo que acude a "registrarlo", y muchas veces son inútiles y aun contraproducentes, para la mente poco cultivada del aldeano, todas las explicaciones y esfuerzos del Registrador por deshacer tal equívoco (1).

C) PÉRJUICIOS DE TAL SITUACIÓN.

Son de dos clases: a), fiscales, y b), jurídicosociales.

a) Es de toda evidencia que el documento privado es más fácil de ocultar que el público a los ojos del liquidador del impuesto de Derechos reales. En estas zonas a que nos estamos refiriendo, aún más. Como a muchas de ellas no ha llegado el Catastro y rige el sistema de amillaramientos, con frecuencia los propietarios consiguen, con una nota o carta de pago de la Oficina Liquidadora, correspondiente a un acto o contrato, sucesivas alteraciones en los libros de amillaramiento, que equivalen a diversas transmisiones, de las que una sólo ha pagado impuesto. Ejemplo: A, casado con B, muere intestado, dejando un pequeño capital en fincas, ganancial y varios hijos. Se presenta a liquidación el caudal relicto. Se giran las correspondientes liquidaciones (mitad a la viuda por gananciales, mitad a los hijos por herencia, más el usufructo de la viuda). Con las oportunas cartas de pago, los hijos

(1) Al referirse a la inscripción en Galicia, es justo dedicar una "mención honorífica" al Registrador de Pontevedra, D. Antonio Ríos Mosquera. Su infatigable celo profesional ha redactado una hoja, profusamente repartida, en la que se condensan todas las ventajas de la inscripción. Logra en ella el difícil concierto de lo claro, lo profundo y lo conciso.

obtienen del encargado del amillaramiento (que "salva" su responsabilidad al ver tales cartas) que *todo* lo amillarado a nombre del padre lo transfiera a ellos. Al morir la viuda B, no consta nada amillarado a su nombre; no es propietaria oficialmente. Los hijos nada pagan. Se han "ahorrado" el importe del impuesto sucesorio de la mitad de la herencia de sus padres. Y menos mal si no obtienen tales alteraciones en los amillaramientos sin pasar ni una vez por la Oficina Liquidadora.

¿Qué funcionario es capaz de descubrir todas estas ocultaciones? Y si alguna se descubre cuando ya los bienes han pasado, posiblemente, a terceras manos, ¿qué liquidador incoa y sigue con todas sus consecuencias un procedimiento que supone la ruina de un pobre labrador, ajeno al fraude cometido, hace años, por otro?

b) El documento privado se falsea, se hace desaparecer con relativa facilidad e impunidad. Se modifica sin dificultad su fecha, se "otorga" muchos años después de la muerte del "otorgante" en cuanto se encuentren (y se encuentran) un par de testigos desaprensivos e "instruidos". En los Juzgados gallegos se plantean los pleitos más pintorescos y más difíciles de fallar, porque el juez no tiene de una y otra parte más que papeles privados y testigos "aleccionados", todos contradictorios. El propietario verdadero está a merced de cualquier leguleyo mal intencionado y que litigue escudado en el beneficio de pobreza. Corren de mano en mano títulos privados perfectamente nulos. Ventas de bienes de menores sin la oportuna autorización, de ausentes sin poder, de fincas que forman parte de un caudal hereditario indiviso sin que conste el consentimiento de todos los herederos...

D) CONCLUSIÓN.

¿Remedios? ¿Modos de evitar todo esto? La inscripción forzosa, a rajatabla impuesta, no sería, desde luego, un remedio. Las causas detalladas la harían imposible. No sería viable. La ley que la ordenara sería una ley "teórica", promulgada de espaldas a esta realidad y estaría condenada al fracaso. Es preciso discurrir otros remedios, arbitrar otras fórmulas, abrir otros caminos de acceso al Registro, y ésta es tarea no de estas líneas, sino de profesionales extensos y hondos en la doctrina y en la experiencia veteranos.

BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1940.—*Artículo 1.386 Código civil.*

Si bien en el terreno doctrinal ha llegado a decirse que los artículos 1.401 y 1.408 no son armónicos con el 1.386, la jurisprudencia, además de atribuir a este último precepto un espíritu de alta moralidad y gran conveniencia para la familia, de acuerdo con la tradición española, tiene declarado con respecto al mismo, entre otras sentencias en las de 30-XII-1915, 24-IV-1928 y 4-III-1933, que integra una verdadera excepción de los otros dos, y que la carga de la prueba, de que la obligación que trate de hacerse efectiva del marido con esta clase de bienes redundó en provecho de la familia, corresponde al acreedor.

SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1940.—*Usura.*

La jurisprudencia ha sentado la doctrina, repetida por el Tribunal Supremo en actual sentencia, de que si bien es cierto que en los recursos que versen sobre aplicación de la ley de la Usura de 23 de julio de 1908 amparándose en el número 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, puede el Tribunal Supremo entrar en el estudio y análisis de la prueba practicada en el juicio, no lo es menos que debe aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la sentencia recurrida y sustentadores de la convicción del sentenciador, en tanto que ésta y aquéllos no resulten en absoluta, manifiesta y evidente disconformidad con las resultancias procesales apreciadas con arreglo al mencionado artículo 2.º de la Ley especial. El recurrente, al impugnar en la demanda inicial del pleito los contratos de préstamo, contenidos en las escrituras públicas de 19 de enero

de 1921 y 21 de septiembre de 1923, fundó la acción de nulidad que ejercitaba amparándose en los preceptos de la Ley de julio de 1908, por haberse prevalido el prestamista de su situación angustiosa para imponerle pactos de condición leonina y un interés usurario (art. 1.º, párrafo 1.º), y por suponerse la entrega al prestatario de cantidades mayores de las que le fueron entregadas realmente (art. 1.º, pár. 2.º). El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Contratos leoninos son aquellos que se pactan en forma que las ventajas que establecen lo están en favor del acreedor. En el presente caso no es posible admitir que sólo para el acreedor fueron ventajosas las condiciones estipuladas, cuando manifiestamente lo eran para el deudor otras tan señaladas, como la larga duración del préstamo, fijada en seis años en beneficio del prestatario, ya que este plazo tenía el carácter de voluntario para el mismo y de forzoso para su acreedor. Que, según tiene declarado ya esta Sala, las condiciones de que el acreedor puede reclamar el capital si no le satisfacen puntualmente los intereses, y de que ha de ser de cuenta del deudor el pago de los gastos del contrato y de los impuestos que afecten al préstamo hipotecario, no se ha de estimar que modifican esencialmente los contratos convirtiéndolos en leoninos, porque de aquella primera condición cabe que se exima el deudor pagando a tiempo sin incidir en morosidad, y la segunda no aumenta el interés líquido fijado contractualmente al capital del préstamo, aunque imponga al deudor un mayor sacrificio económico. Tampoco queda demostrado el hecho de que no fueron entregadas al prestatario las cantidades indicadas. Sobre todo hay que tener en cuenta que no porque en una escritura de préstamo declare el deudor tener recibida la cantidad objeto del préstamo, sin que la haya recibido en metálico, se puede sostener su nulidad, si adeudaba aquélla realmente por otras obligaciones que de este modo quedan extinguidas, pues entonces tal declaración equivale al hecho de la entrega.

SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1940.—*Nulidad de patentes.*

El Estado concede los certificados de patentes en virtud de los artículos 45 y 61 del vigente Estatuto de la propiedad industrial sin garantía de la utilidad o realidad del invento, asegurando a sus titulares una legitimación formal, que subsiste en tanto no se declare la nulidad de la patente por alguna de las causas que menciona el artícu-

lo 115 del mismo Estatuto, entre las cuales figura la falta de originalidad o de invención, extremo éste que somete la misma ley al conocimiento de los Tribunales de Justicia con aportación de los medios de prueba ordinarios. En el presente juicio, el demandante intentó anular la patente impugnando su originalidad. En estos términos el demandado aceptó el debate. Después de practicada la prueba, la sentencia estimó la demanda. No es permitido al recurrente interponer recurso de casación al amparo del número 7.º del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, calificando el título de la patente como documento auténtico y sobreponiéndose a las apreciaciones de prueba del Tribunal de instancia, como ya consignó la sentencia del Tribunal Supremo del 29-VI-1933.

SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1940.—*Responsabilidad de los funcionarios.*

El art. 238 del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924—aplicable a todos los funcionarios municipales por el art. 113 del Reglamento de 23 de agosto del mismo año—para mayor garantía y protección a los funcionarios que hubieron obtenido ante el Tribunal competente la declaración de ser indebida la destitución o suspensión de que hubieran sido víctimas, les concede el derecho de exigir del respectivo Ayuntamiento el abono del sueldo que dejasen de percibir. Sin embargo, no cabe entender, como se hace constar en la sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 1936, que esta disposición deje sin efecto la ley de Responsabilidad civil de los funcionarios públicos de 5 de abril de 1904, y la consiguiente acción directa que en ella se establece, puesto que el referido Estatuto, lejos de dificultar el ejercicio de esa acción, la confirma y facilita, entre otros, en sus artículos 249 y 258. Que sentado lo anterior, preciso se hace estimar que la sentencia recurrida, al absolver de la demanda por entender que el demandante perdió el derecho a promover el recurso de responsabilidad civil por no haber solicitado ante el Tribunal Contencioso-Administrativo, al par que la reposición en el cargo, el abono de los sueldos dejados de percibir y que ahora pide, ha infringido el art. 1.º de la Ley de 5 de abril de 1904 y el 238 del Estatuto Municipal.

SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1940.—*Fuerza probatoria de los asientos en registros públicos.*

Este Tribunal Supremo tiene delarado en sentencia de 30 de marzo de 1926 que los registros públicos y las copias certificadas que de sus asientos expidan los funcionarios a cuyo cargo se hallan aquéllos confiados, si bien se reputan documentos auténticos, su eficacia probatoria se halla circunscrita a lo que constituye su esencia y finalidad. Como el Reglamento para la circulación de vehículos de tracción mecánica tiene por objeto vigilar la de los automóviles, sometiéndolos a los oportunos reconocimientos técnicos, matriculándolos e inscribiéndolos en las respectivas Jefaturas de Obras Públicas para evitar circulen los que carezcan de las adecuadas garantías de seguridad, es manifiesto que sólo en cuanto a estos particulares merecen fe plena dichas inscripciones y sus copias. En cambio, no se extiende su fuerza probatoria a la demostración de la propiedad de los vehículos, ya que el expresado Reglamento nada determina en relación a los medios de justificarla ni exige para la anotación de cambios de dueño otro requisito que dar cuenta de los mismos, de donde se deduce que aquellas inscripciones y copias a lo sumo sirven para apoyar una presunción sin eficacia bastante a los efectos del número 7.º del art. 1.692 de la ley Procesal. El propio criterio ha de aplicarse a los registros establecidos a los fines de los impuestos sobre automóviles.

SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1940.—*Derecho de sucesión.*

El marqués de Monroy estableció en la cláusula 4.ª de su testamento que, a pesar de estar hoy suprimidos los mayorazgos, era su voluntad de adjudicar los suyos a las personas que demuestren y justifiquen ante los testamentarios ser parientes más inmediatos a ellos, actuando los testamentarios como amigables componedores, quedando a su elección dar el plazo conveniente, dentro del cual habían de hacer los pretenses sus reclamaciones, y si transcurrido el período que designaban no se había presentado ninguno, dichos bienes acrecían al haber de la heredera. Presentándose dentro del plazo estipulado pretendientes, les fueron adjudicados por los testamentarios los mayorazgos de Monroy y de Becerra. Contra estas adjudicaciones se dirigían los herederos de la heredera del marqués de Monroy, haciendo valer que

los pretendientes carecen de derecho vincular, caso que ha de equipararse al de ausencia de pretendientes. Los dos motivos de casación son rechazados por razones de índole procesal. En lo referente al primer motivo, es un hecho probado y reconocido por los propios recurrentes que hubo pretensos a los bienes de procedencia vincular, y, en cambio, no está demostrado el supuesto de que los solicitantes a los que se adjudicaron esos bienes careciesen de derecho vincular. Es igualmente inoperante el motivo segundo, que plantea en casación la cuestión nueva de nulidad de la cláusula 4.ª del testamento.

SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1940.—*Jurisdicción y Administración.*

Se trata del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Ayuntamiento de Iniestola contra una sentencia de la Audiencia de Madrid. En esta sentencia la Audiencia resuelve sobre la existencia del condominio de ambos Municipios referente al monte "Pinar", rechazando, en cambio, la competencia de los Tribunales referente a la partición por obedecer la división del monte, en el entender de la Audiencia, al acto administrativo de la segregación de los Municipios. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida. En primer lugar, porque la demanda ejerce la acción *communi dividundo* del artículo 400 del Código civil, y porque las cuestiones de índole civil corresponden a la jurisdicción ordinaria (art. 51 ley Enjuiciamiento civil; art. 4.º, pár. 2.º; ley reformada sobre el ejercicio de la jurisdicción contenciosoadministrativa; art. 6.º Ley Municipal de 2-X-1877; art. 23 Estatuto Municipal de 1924; R. O. de 23-VIII-1928). En segundo lugar, incurre la sentencia recurrida en flagrante contradicción al aceptar la competencia referente al problema básico: el del condominio; y rechazándola con respecto al problema accesorio de la partición.

SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1940.—*Competencia.*

Se trata de una acción personal dimanante de un contrato verbal de compraventa. Por tanto, hay que atenerse a la regla 1.ª del art. 62 de la ley Procesal en relación con el art. 1.500 del Código civil, aplicable a las compras mercantiles en virtud del art. 50 del Código de Comercio. La entrega de la cosa vendida se hizo en la estación de partida, que fué Pozáldez, perteneciente al distrito judicial de Medina

del Campo; puesto que así se desprende, en primer lugar, del talón-resguardo expedido por la Compañía ferroviaria transportadora acreditativo de que dicha mercancía fué remitida a porte debido; en segundo lugar, de la carta-factura del remitente, en la que se expresa que viajaba de cuenta y riesgo del comprador, no respondiendo el vendedor de faltas ni averías ocasionadas en el camino; y, finalmente, del hecho de que el comprador suministraba los bocoyes o envases en que el vino vendido fué transportado, pues no es de suponer que el remitente asumiera el riesgo de una expedición que no aseguraba con sus propios medios, y más bien es presumible que el destinatario, al suministrar dichos envases, la tomara a su cargo.

SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1940.—*Competencia.*

Se trata del ejercicio de una acción personal en reclamación de parte del precio de una partida de trigo que el actor, vecino de Don Benito, vendió al demandado, vecino de Lorca. Ambas partes conviniéron que la mercancía se entregara en Don Benito, por haber sido ahí facturada en porte debido por cuenta y riesgo del comprador. Además estipulaba el contrato que el pago del precio debía hacerse en Don Benito. Consiguientemente, compete el asunto al Juzgado Municipal de Don Benito, en virtud de la regla 1.ª del art. 62 de la ley Rituaria, sin que sea aplicable la Ley de 21 de mayo de 1936, publicada en la *Gaceta de Madrid* el 29, por haber comenzado a regir el 19 de junio inmediato en virtud del art. 1.º del Código civil, y por haberse presentado la inhibitoria nueve días antes de esta fecha; y sin que obste la novación del contrato originario alegada por el demandado, porque, negada dicha novación por el actor, es ésa una cuestión a discutir en el juicio, y no puede tomarse en cuenta para la resolución de la competencia.

SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1940.—*Beneficio de la defensa por pobre.*

El recurrente se limita a sostener, contra lo afirmado en la sentencia, que la casa número 13 del paseo de la Castellana de esta capital no le pertenece por haber sido vendida hace varios años. Pero la prue-

ba practicada demostró que la venta fué rescindida y que la finca aparece inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del recurrente. Además, el Tribunal *a quo* tuvo en cuenta los signos exteriores de riqueza del recurrente, y no puede combatirse en casación el fallo fundado en el conjunto de la prueba mediante la impugnación aislada de algunos de sus elementos constitutivos. Finalmente, omitió el recurrente determinar en la demanda cuáles fuesen los bienes usufructuados de su hijo menor de edad, así como el importe de las rentas de los mismos, conforme a lo dispuesto en el art. 28 de la ley Procesal, y no habiéndose hecho, está bien denegado el beneficio de pobreza.

SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1940.—*Pobreza.*

La declaración de quiebra no basta para entender que el quebrado se encuentre comprendido en el número 5.º del art. 15 de la ley de Enjuiciamiento civil. Si el quebrado pretende ser declarado pobre, ha de justificar, además, que no ejerce industria o profesión, ni disfruta de bienes o rentas que unidas a las de su consorte o a las que de sus hijos usufructúe no excedan de las que la misma ley Procesal señala como limitativas del beneficio de pobreza, el cual debe serle denegado conforme al art. 17 de la mencionada ley, aun en el caso de haber acreditado cuantos extremos se indican, siempre que a juicio del juzgador ostente signos exteriores de riqueza, como lo son el vivir el demandante incidental de sus propios bienes, en piso muy lujoso, por el que paga 190 pesetas de alquiler mensual, figurando en el padrón de habitantes como cabeza de familia y teniendo criados para su servicio, y el habérsele expedido en 30 de noviembre de 1933 cédula personal de 577,10 pesetas.

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1940.—*Condena en costas.*

Impuestas al recurrente las costas por auto, en que se le tuvo por desistido del recurso, lo que fué notificado a la parte contraria el mismo día en que habría de celebrarse la vista, se impugna por indebida la minuta de honorarios del Letrado de esta parte, cifrada en el doble aspecto de estudio del recurso y preparación de la vista. Se funda la

impugnación, entre otros motivos, en que la tasación de costas sólo comprende las que correspondan a actuaciones judiciales que hayan tenido efecto, y no están en este caso los honorarios del Letrado por preparación de una vista que no se ha celebrado. El Tribunal Supremo declara improcedente este motivo. 1.º Porque se combate la totalidad de la minuta por indebida, sin reparar que en ella se comprende no sólo la preparación para la vista, sino también el estudio del recurso, y hay constancia en autos de que el Letrado recurrido tuvo que estudiar el pleito para evacuar el trámite de instrucción. 2.º Porque la preparación para la vista forma parte integrante de la actuación del Letrado que oralmente ha de informar, pues el decoro de la toga no es compatible con la presunción de que se pueda llegar a la vista sin la debida preparación. Más bien es preciso establecer la presunción contraria. Por tanto, corre la retribución correspondiente a cargo de la parte condenada en costas, que es responsable de los gastos normalmente ocasionados a la parte contraria, según se declaró en caso análogo en sentencia de 11 de noviembre de 1935.

SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1940.—*Documentos auténticos a los efectos de la casación.*

En la demanda entablada en el año 1929 se reclamó remuneración de servicios. La sentencia recurrida afirma la cesación de dichos servicios en el año 1925, y considera prescrita la exigencia en virtud del art. 1.967 del Código civil. El recurso de casación quiere demostrar que los servicios hayan continuado hasta el año 1927. Para esta finalidad invoca un documento privado referente al pago de cierta suma por razón de publicidad en el mes de octubre de 1927; pero como dicho documento no es auténtico a los efectos de casación, porque no ha sido reconocida su legitimidad por el demandado, ni ha sido adverado en el pleito, ni, en todo caso, demostraría la equivocación evidente del juzgador por no constar que el pago a que se refiere lo haya realizado el recurrente, queda sin la justificación debida el error alegado. Tampoco demuestra equivocación de la Sala de instancia la escritura de poder en favor del demandante, otorgada por el demandado en el año 1917, porque este documento no acredita que con posterioridad al año 1925, ni antes, el demandante haya prestado servicios de mandatario al recurrido; aparte de que, no alegado ni discutido en el pleito

el contrato de mandato como causa de pedir, tampoco cabe en casación alegarlo ni discutirlo, por ofrecer este problema las características de una cuestión nueva.

SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1940.—*Recurso de casación contra el laudo de amigables componedores.*

El 13 de agosto de 1934 prorrogaron los comprometidos en escritura pública el plazo de tres meses, que señalaron en la de compromiso de 12 de mayo anterior, notificada el día 19 a ella inmediato, fijando el día 19 del mismo mes de agosto para que desde él se contasen los dos meses de prórroga. Es evidente que al dictar los amigables componedores su laudo el 24 de julio de 1937, lo hicieron fuera del término señalado en el compromiso y en su prórroga. Con esta ocasión sienta el Tribunal Supremo la siguiente doctrina: Mientras los componedores designados no acepten, no ha de empezar a correr el término señalado, por mucho que sea el tiempo que medie entre el otorgamiento de la escritura de compromiso y las notificaciones, respecto a las cuales no existe precepto alguno que obligue al Notario autorizante a hacerlas dentro de un plazo determinado. Que no acontece lo mismo en cuanto a la prórroga que los interesados otorgaren conforme al art. 803 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque prorrogar un término no es conceder otro independiente de él o que rehabilite el ya vencido, sino dotarlo de una amplitud mayor, de modo que el término y su prórroga vienen, sin solución de continuidad entre ellos, a constituir un solo y único plazo, dentro del que ha de hacerse lo adecuado para cumplir la finalidad de su concesión y establecimiento.

BIBLIOGRAFIA

MANIGK (ALFRED).—*Neubau des Privatrechts. Grundlagen und Bausteine*.—Leipzig, 1938. (Un fascículo en 4.º, de IV más 143 páginas.)

Con su veteranía de maestro en la ciencia jurídica, y sintiendo nobles preocupaciones ante la "reconstrucción del Derecho privado", que tanto interés despierta en Alemania, el ilustre Manigk, rico en merecimientos y experiencias, quiere aportar sus "sillares", o por mejor decir, aspira a que se rehabiliten y no se eliminen materiales sólidos que un espíritu demasiado iconoclasta puede desdeñar, pero que el jurista avisado desea mantener, porque sigue confiando en su solidez. De ahí que en este estudio aparezcan y reaparezcan, como obsesión reiterativa, determinados motivos de discrepancia con respecto a las tesis más extremistas de los que preconizan una reforma radical. La obra ofrece por eso cierto carácter de rapsodia, en que unos mismos temas, básicos a juicio del autor, son examinados desde ángulos distintos, aunque siempre con este mismo propósito: "salvemos lo mucho que hay de aprovechable; no tiremos al niño junto con el agua del baño".

Espigando a través de la exposición, no siempre demasiado clara de línea, entresacaremos algunos de los problemas que suscita la lectura de la obra, procurando al menos dar idea del propósito fundamental a que responde.

Ante todo, advertencia leal contra exageraciones al uso. Así, por ejemplo, la contraposición de *normativismo* y *orden concreto*, que literariamente resulta muy acusada, no tiene igual valor en la práctica, porque el Derecho es a la vez ambas cosas: un orden que vive, pero también un orden que obliga. El normativismo (a quien debemos

bastante, por lo demás) sólo vió una parte, pues si bien el Derecho es un imperativo, trasciende luego a la realidad, y el mundo jurídico no se reduce a la órbita del deber-ser, sino que abarca asimismo el ser real, que de hecho responde al imperativo. Hoy, por el contrario, se propende a lo dinámico, concreto y efectivo; mas guardémonos de extremar la antítesis: el primer paso para la vida de la comunidad jurídica organizada en Estado lo constituye el Ordenamiento legal, el imperativo.

En análogo orden de ideas, la reacción contra los *conceptos jurídicos* puede ser perniciosa por excesiva. Rechazar los conceptos como algo extraño a la vida, implica error notorio. Puede combatirse una regla o una institución, pero no los conceptos en sí. No todo lo general y abstracto es por ello antivital: los conceptos generales pueden ser muy seguros. Lo que conviene evitar es la generalización prematura, el elevar a concepto lo que no lo merezca, o el mantener un concepto arcaico (verbigracia, de la propiedad). ¿Quién duda que el concepto de "cosa" conserva validez? No ha de olvidarse que el concepto entraña un medio legal de vinculación y es un instrumento al servicio de la justicia. Importa que no haya conceptos inexactos; ha de recordarse, empero, al propio tiempo, que si a través de las etapas históricas asoma periódicamente el impulso de un "retorno a la Naturaleza", un ansia de remover todo lo intelectualmente constructivo, un deseo de arrinconar imperativos formalistas que se han disociado de la realidad, el orden jurídico es siempre la regulación general y *a priori* de unos concretos ulteriores, y ello sólo puede llevarse a cabo mediante conceptos generales que dominen lo múltiple y abigarrado. Aparte de que si suprimimos, por ejemplo, el concepto de negocio jurídico, ¿es que por ello los negocios jurídicos han desaparecido?

En el fondo, el problema grave que la transformación del Derecho privado plantea es el tránsito operado desde la concepción individualista al campo en que aflora el sentido de la Comunidad. Ahora bien: no sabemos aún qué cristalización definitiva habrá esto de tener. Por tanto, no empeceemos la tarea con una destrucción sistemática de lo existente. Negar en redondo al individuo nos llevaría a otro conceptualismo. Si el Derecho nuevo se funda en el honor, reconoce la personalidad, se organiza en relaciones de buena fe y mutua confianza, ¿cómo abominar del individuo? Piénsese que el Tercer Reich no es un régimen comunista; que conserva la propiedad privada, y respeta la ini-

ciativa particular, y exige responsabilidades a las personas; ¿no dice todo ello claramente que subsiste una esfera lícita de actuación individual? El interés de la Comunidad es el primero, desde luego; pero detrás perviven los intereses individuales. Si debe proscribirse una libertad *contra* la Comunidad, no debe estrangularse la libertad *dentro* de ella.

Es decir, que conviene reafirmar, prudencialmente, el viejo criterio de la autonomía privada (grato al autor, que ha dedicado al tema tantas páginas admirables). Claro que entendida aquélla como la facultad de configurar las relaciones jurídicas dentro de los límites legales. Pero sin guiarse en esta materia por recelos infundados, pues sobre tratarse de algo que rima perfectamente con la tradición germana, no es lícito proscribir el ejercicio por mero temor al abuso. El Individuo no será sujeto aislado que se oponga a la Comunidad, ni quiera sobreponerse a ella; será incluso un fiduciario de la Comunidad misma; para bien de ésta pondrá en juego sus derechos subjetivos, como coadyuvante celoso que contribuye al bien general con las armas de su egoísmo razonable; porque suprimida la lucha del Individuo con el Estado, no por eso se habrán extinguido los posibles conflictos entre los particulares. So pena de aniquilar el Derecho privado, de suerte que sólo haya Derecho administrativo, forzoso será respetar facultades creadoras, que no son simple producto del liberalismo, sino realidad de todos los tiempos, nada incompatible en su esencia con el régimen totalitario, porque ese mismo espíritu individual crea no pocas Comunidades, de las que éste ensalza, y conserva su influjo en la vida contractual, sucesoria, etc. Cosa distinta sería pretender que la Comunidad presenciara impasible, como tercero neutral, las pugnas entre particulares.

Ante las acerbas críticas que hoy se prodigan al Código civil alemán, y que conducirían a la supresión de su parte general y a la fragmentación del restante contenido en cuatro Tratados, que se consagrasen, respectivamente, a las Personas, a las Comunidades, a los Bienes inmuebles y a la vida negocial, Manigk formula una serie de reflexiones juiciosas que obligan a seria meditación. En primer término, no debe renunciarse sin pesadumbre a una Codificación global, que jerarquiza, da unidad, establece un sistema, permite una valoración comparativa de relaciones jurídicas. En segundo lugar, la parte general no tiene la rigidez de que se le acusa, ni está reñida con las exigencias de la vida: en el Código penal subsiste la parte general, si no es que se

ensancha; en Francia y en Suiza fué la doctrina quien tuvo que crear en Derecho privado una parte general, ya que no lo hiciera el legislador; finalmente, lo general es siempre subsidiario, porque cede ante lo particular y no se aplica más que en defecto de éste. Y en cuanto a la nueva división, algunos reparos, enunciados con la inevitable sobriedad: ¿entrará lo referente a matrimonio, familia y sucesión en el grupo primero (como sugiere Eichler)? ¿No se entrecruzarán entonces el Tratado de las Personas con el de las Comunidades? ¿Cabe admitir un concepto único de éstas? ¿No hay más bien una enorme diferencia entre la Comunidad del Pueblo y todas las restantes, que nacen *ex voluntate*? ¿Cómo asignar a todas ellas una idea interna de subordinación cuando pueden muy bien reposar en el criterio horizontal de coordinación? ¿Cabe considerar como privativa de los Individuos la vida negociada? ¿Es que las Comunidades no contratan también? ¿Cabe escindir el comercio jurídico, según que se trate de bienes raíces o muebles? ¿Es que todas las cosas muebles han de reputarse mercancías? Y así sucesivamente, en catálogo interminable de sagaces objeciones.

Sobre todo, insiste mucho el autor en lo que pudiéramos llamar "la defensa del contrato". Sabido es que también contra este concepto jurídico se han desbordado las censuras, atribuyéndole infinitas culpas: que nivela y borra diferencias naturales; que en su virtud se confunden lo obligacional y lo real, las manifestaciones asociacionales, laborales, familiares, etc.; que se incide en error al concebir como contratos el matrimonio, la adopción y tantas otras instituciones jurídicas; y que, por todo ello, habría necesidad de matizar, distinguiendo modalidades como la *Einigung*, la *Einung*, la *Vereinbarung*, para que el auténtico contrato quedase circunscrito al caso de prestación y contraprestación (al ejemplo típico de la compra de una caja de puros). A juicio de Manigk, el contrato, subespecie de figuras más amplias (cual el negocio jurídico) conserva vigor bastante para seguir prestando servicios útiles, con tanta mayor razón cuanto que en su ámbito caben clases muy varias, y tampoco es lícito mezclar el acto contractual de creación con la figura jurídica creada; aparte de que científicamente interesa no escindir, según disciplinas, un concepto unitario, que resulta común al Derecho administrativo, al procesal, etc. No se trata de una generalización sin vida y opresora, ni de cosa que repugne al Derecho nuevo; antes bien ha sido por él aprovechada. Y si se estima que en la *Einung*, en el matrimonio, por ejemplo, se da como característico el hecho de que

se inserta toda la personalidad, el autor insiste en que no constituye nota ineludible del contrato el juego de oferta y aceptación; y concluye sosteniendo que todo contrato es; á la postre, un acto complejo, que presupone actos individuales y los reduce a unidad.

Otros muchos aspectos aborda la monografía que comentamos. En la imposibilidad de exponerlos todos, ni de dedicarles siquiera el espacio que merecen, creemos haber subrayado las cuestiones principales. Y sobre todo, haber dado idea de la tendencia a que responde la obra. Un sincero deseo de colaborar en la magna empresa de reforma jurídica que animosamente acomete la Alemania Nacionalsocialista mueve la pluma de Manigk; pero su conocimiento de la vida y su conciencia jurídica le vedan lanzarse con alegre despreocupación a innovaciones que considera aventuradas, y acaso dañosas. Compartí el convencimiento de que la antítesis "tú" y "yo" debe superarse en un "nosotros", al modo dialéctico; mas no se presta para ello a colosales demoliciones, que pudieran impremeditadamente comprometer el éxito. Se diría que es la frialdad de las canas la que corrige apasionamientos juveniles. Es, de todos modos, una voz de autoridad que previsoramente advierte, y que de paso, y como siempre en su fecunda carrera, adoctrina y enseña.

N. P. S.