

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVI

Abril de 1940

Núm. 143

El nuevo Código Civil italiano

1. Antecedentes.—2. Tramitación.—3. Entrada en vigor.—4. Estructura del Libro I.
5. Estructura del Libro relativo a Sucesiones.—6. Algunas consideraciones generales: a) el fenómeno codificador; b) la ejecución de la obra. c) los principios inspiradores. ch) el problema del plan.—7. Indicación final.

1. ANTECEDENTES

La Ley de 30 de diciembre de 1923 facultaba al Gobierno para publicar un nuevo Código Civil, un nuevo Código de Comercio, un nuevo Código de Procedimiento civil y un nuevo Código para la Marina Mercante; motivos de urgencia, relativos a la necesidad de extender a las nuevas provincias toda la legislación italiana, determinaron la preferencia otorgada a la revisión de aquellos Cuerpos legales (1). Pero bien pronto se advirtió que la reforma del Código Civil, por la misma amplitud y dificultad de la empresa, exigiría tiempo dilatado, y podría aconsejar que fuesen apareciendo por separado Libros o Títulos sueltos. a reserva de ulterior acoplamiento, una vez terminada la tarea. De ahí la Ley dictada en 24 de diciembre de 1925, que vino a completar las autorizaciones concedidas al Gobierno (aparte de acordar también la revisión de otros Cuerpos legales).

Nombróse sin demora una Real Comisión para la reforma de los Códigos, cuya presidencia se confió al eximio jurista Vittorio Scialoja. y, después de prolija y laboriosa preparación, fueron apareciendo los primeros textos. Por lo que respecta a la esfera civil, interesa señalar

(1) Rocco (Alfredo): *La trasformazione dello Stato*. Roma, 1927; pág. 212.

que hasta ahora sólo han recibido fuerza de ley dos Libros del Código, a saber: el Libro I, que se refiere a "las personas", y otro Libro (sin número), que trata de las "sucesiones por causa de muerte y de las donaciones" (1).

2. TRAMITACIÓN

Ha sido idéntica la seguida con respecto a cada uno de los mencionados Libros. La Comisión elevó su ponencia al Ministro Guardasellos (*proyecto preliminar*). El texto se remitió, para informe, al Tribunal de Casación, al Consejo de Estado, a los Tribunales de Apelación, a las Universidades y a los organismos forenses. Con vista de la información así recogida, nueva Comisión de juristas, bajo la presidencia del Ministro de Justicia, procedió a la redacción del *proyecto definitivo*. Se sometió éste después al examen de la Comisión parlamentaria, y, formuladas por ella las oportunas observaciones y propuestas, el Ministro del ramo presentó el texto a la aprobación del Consejo de Ministros, y más tarde a la sanción del Rey Emperador.

El proyecto preliminar del Libro I fué entregado al Ministro Rocco en 27 de septiembre de 1930; el proyecto definitivo pasó a la Comisión parlamentaria el 2 de julio de 1936, siendo dictaminado en 17 de julio de 1937; el Guardasellos Solmi lo llevó a Consejo en 8 de octubre de 1938 y recibió la sanción regia en 12 de diciembre del mismo año.

El proyecto preliminar del Libro "De las sucesiones" fué entregado en 23 de marzo de 1936, se envió a la Comisión parlamentaria en 10 de diciembre de 1937 y fué aprobado por la Corona a virtud de Real decreto expedido el 26 de octubre de 1939.

3. ENTRADA EN VIGOR

El Libro I ha entrado en vigor el día 1 de julio de 1939. El Libro relativo a Sucesiones comienza a regir el 21 de abril de 1940 (Fiesta del Trabajo y Conmemoración de la Fundación de Roma).

(1) El propósito era que este Libro relativo al derecho sucesorio fuese el tercero del Código. Así resulta del dictamen de la Comisión parlamentaria, que se publicó como *Atti della Commissione Parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto del Libro Terzo del Codice civile Delle successioni a causa di morte e delle donazioni*. Roma, Tipografia del Senato, 1939 (XVII).

La *vacatio legis*, por consiguiente, ha venido a ser de unos seis meses en ambos casos. Y el criterio de *publicación* ha conservado el sistema tradicional, ya seguido con el Código de 1865. El artículo 3.º de los Reales Decretos respectivos establece, en efecto, que la publicación se realizará mediante el envío de un ejemplar impreso a cada uno de los Ayuntamientos del Reino para que, depositado en las Casas Consistoriales, esté allí expuesto y pueda durante un mes, y a razón de seis horas diarias, ser consultado por todos, para general conocimiento.

4. ESTRUCTURA DEL LIBRO I

Comprende éste, en realidad, algo más que el propio Libro, pues se encabeza con veintiún artículos, que constituyen a modo de Título preliminar, y bajo la rúbrica de "Disposiciones sobre aplicación de las Leyes en general", contienen, en la forma habitual (y cuya inclusión es siempre harto discutible) las normas sobre ámbito de la Ley y reglas de Derecho internacional privado.

El texto estricto del Libro I, que lleva numeración independiente, va distribuido en 449 artículos, cada uno con su epígrafe (a la manera suiza), y casi nunca de extensión excesiva. Abarca el Libro los Títulos siguientes: I, De las personas físicas; II, De las personas jurídicas; III, Del domicilio y de la residencia; IV, De la ausencia y de la declaración de muerte presunta; V, Del parentesco y de la afinidad; VI, Del matrimonio; VII, De la filiación; VIII, De la adopción; IX, De la patria potestad; X, De la tutela y de la emancipación; XI, De los menores confiados a la asistencia pública o privada y del prohijamiento; XII, De la enfermedad mental, de la interdicción y de la inhabilitación; XIII, De los alimentos, y XIV, Del estado civil. Los Títulos se dividen en Capítulos y éstos, en su caso, se subdividen en Secciones.

A su vez, los preceptos del Libro I se complementan con las llamadas *Disposizioni d'attuazione e transitorie* (1), que constan en Real Decreto expedido el 24 de abril de 1939 y que ascienden a 118 artículos, no siempre sobrios, donde por vía reglamentaria van establecién-

(1) *Regio Decreto che approva le disposizioni d'attuazione e transitorie del Libro I del Codice civile* (Supplemento Gazzetta Ufficiale, 3 maggio 1939, XVII, número 105.)

dose reglas para la vida de las personas jurídicas, el cambio de domicilio, el procedimiento de ausencia, las relaciones patrimoniales entre cónyuges, etc., etc. Es de consignar que estas disposiciones salvan lagunas, introducen correcciones e incluso pudiera estimarse que en ocasiones modifican el texto legislativo.

Sin perjuicio de examinar en su sazón cómo se han regulado las principales instituciones, conviene desde ahora llamar la atención sobre un extremo de alto interés para la Sistemática: dentro del Título referente al Matrimonio, y formando el Capítulo VI, se tratan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, que dan lugar a diversas Secciones (alguna de ellas desmenuzada a su vez en párrafos, como ocurre con la consagrada a la dote).

5. ESTRUCTURA DEL LIBRO RELATIVO A SUCESIONES

Abarca en conjunto 356 artículos, que van numerados correlativamente entre sí y con independencia del Libro I. La distribución interior es análoga por completo a la seguida en éste. Y la división en Títulos ofrece este resultado sintético: I, De las sucesiones por causa de muerte. Disposiciones generales; II, De la sucesión legítima; III, De la sucesión testamentaria; IV, De la partición, y V, De las donaciones.

Comparando esta estructura con la que ofrecía el Libro III del Código de 1865, se advierte en seguida el propósito de dar sustantividad al Derecho sucesorio, que antaño iba catalogado entre los modos de adquirir la propiedad, a renglón seguido de la ocupación y precediendo a la materia contractual (salvo el islote formado por las donaciones, de tan difícil catalogación siempre). También en la ordenación técnica de las diversas cuestiones se nota considerable modificación al contrastar uno y otro Cuerpo; ya que no graves principios revolucionarios, variaciones razonables para una mejor sistemática, han tenido acogida en el nuevo Libro, constituyendo, por ejemplo, una especie de Parte general todas las disposiciones básicas que por igual afectan a la sucesión legítima y a la testamentaria, aunque lo referente a partición cobre a su vez, por motivos obvios, categoría propia. Por lo demás, y como la esfera de las donaciones se regula en 41 artículos, el Libro queda fundamentalmente dedicado a la materia hereditaria; y si le acompaña ese colofón (que acaso no sea definitivo), ello obedece a que, tras muchas vacilaciones, ha prevalecido el criterio de con-

siderar la donación como un contrato de características muy singulares, que guarda grandes analogías con la sucesión. No en balde el Ministro refrendatario (Grandi) recuerda en su Exposición de Motivos (1) la opinión de Pisanelli: "el título de las donaciones viene a ser el punto de transición entre las sucesiones y los contratos".

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

Sin entrar en el examen detenido de ninguna de las instituciones ahora nuevamente reguladas (tema que tendrá su oportunidad), parece obligado reflexionar sobre algunos extremos que permitan fijar *a limine* la fisonomía de la obra.

a) *El fenómeno codificador.*—Si en la tarea de codificar influyó antaño, junto a otras motivaciones, el impulso ideológico derivado del jusnaturalismo, es decir, la fe ciega en el racionalismo avasallador, no es lógico pensar que análogo factor perdure hoy, y menos en régimen político, como el fascismo, tan propenso a subrayar aspectos empíricos y a poner en primer plano estímulos vitales." Y, sin embargo, la Ley sigue siendo la fuente jurídica por excelencia para realizar, o espolpear como *mínimum*, el progreso del Derecho en un país. Las ansias transformadoras que implica un sistema revolucionario (y la era fascista se califica con razón de tal) no pueden hallar cauce en la marcha lenta de otras fuentes. La codificación, que no necesita tampoco divorciarse de las realidades tradicionales en la comunidad nacional, constituye el vehículo adecuado para la empresa renovadora. Si a ello se unen las ventajas de claridad, fijeza, precisión, etc., y no se olvida el interés político que entraña una labor de unificación, como la codificadora, se comprenderá sin esfuerzo que la Italia lictoria no haya renunciado al instrumento insuperable que para tales menesteres brinda la técnica codificadora.

De otra parte, la mayor agilidad que los nuevos regímenes políticos tienen, disminuye los peligros de anquilosamiento que lleva consigo toda codificación, ídolo sacrosanto en aras del cual se han sacrificado no pocas veces exigencias apremiantes de la realidad.

Por último, con certero instinto se ha huído de incrustar en el Código, incorporándolas a su sustancia, disposiciones que son suscepti-

(1) *Relazione a S. M. il Re-Imperatore*, n. 143.

bles de mudanza o correctivo a compás de imperativos de los tiempos. Y así, por ejemplo, las medidas encaminadas a la defensa de la raza se enuncian y acogen, pero no se vinculan con carácter definitivo a los preceptos del nuevo Código Civil, quedando su regulación confiada a normas especiales.

b) *La ejecución de la obra.*—No se ha encomendado la redacción del Código a ninguna personalidad egregia, aun habiendo tantas con merecimientos para ello en la vida jurídica de Italia. Se ha preferido aquel criterio de colaboración que suponen las Comisiones de técnicos, acaso pensando, como dijera el Sr. De Diego (1), que la tarea de codificar “no puede ser fruto de la inspiración de un hombre, por avisado y luminoso que sea su numen”. El acervo de experiencias que tan espinoso cometido exige, la exquisita prudencia que demanda, aconsejan no fiar con exceso en la ponderación individual. Mas, en cambio, y ya que con ejemplar celo se ha procurado también la opinión de todos los círculos competentes, se ha evitado el absurdo de una discusión parlamentaria por artículos, en que pelagra sobremanera, y naufraga casi siempre, la economía de un Código: han sido oídas las Cámaras, pero en forma que no pusiera en riesgo la viabilidad del texto.

Finalmente, el ritmo no ha sido de vértigo impremeditado y comprometedor: “la premura y la urgencia y la precipitación no son prendas muy seguras de acierto: virtualmente llevan consigo el fracaso” (2). A pesar de la espléndida solera y de la riqueza de materiales acopiada por una ciencia jurídica vigorosa y una jurisprudencia progresiva, la codificación civil italiana se opera con pausa serena y con sucesivas decantaciones que aseguren en lo posible la bondad del producto.

c) *Los principios inspiradores.*—Los exponía el Ministro Guardasellos al presentar a la sanción regia el texto. No se ha querido romper con tradiciones jurídicas milenarias, “patrimonio precioso e inconfundible de la raza italiana”: se ha querido darles nueva vitalidad y vigor, con notables innovaciones en el aspecto técnico y en el político. Sobre todo en este último se ha procurado que el espíritu fascista penetre todas las instituciones, superando el individualismo de la Revolución francesa y haciendo que se destaque el sentido de solidaridad social, sometiendo los intereses egoístas de los particulares al interés

(1) De Diego (F. C.): “Técnica legislativa codificadora”. En *Revista de Derecho Privado*, XXI, pág. 65.

(2) De Diego: loc. cit.

preeminente del Estado: la norma de inspiración ha sido siempre la defensa de los intereses generales de la comunidad nacional.

Más en concreto, apunta Battista (1) como innovaciones fundamentales, en cuanto al Libro I, las siguientes: regulación cuidadosa de las personas jurídicas; modernización de la ausencia; preocupación por el núcleo familiar, aunque coordinando su autonomía con los postulados que constituyen las finalidades éticas y espirituales del Régimen; reforma radical de la tutela, con miras a un criterio publicístico; generosa comprensión en cuanto a los hijos ilegítimos; creación, como nuevo instituto, del "prohijamiento"; y establecimiento del patrimonio familiar, como medio de dar consistencia económica al hogar. Junto a todo ello, y no en último término ciertamente, la consideración de que el pertenecer a una u otra raza constituye elemento relevante para determinar la capacidad jurídica respectiva, pues cuando se trata de sujetos no arios cabe sentar restricciones.

Con respecto al Libro sobre Sucesiones, la misma preocupación general antes apuntada se manifiesta con insistencia: el interés colectivo ha sido la brújula orientadora de la revisión. No se ha necesitado crear nuevas instituciones; en cambio, se ha extremado el afán de una mejor sistemática. No quiere ello decir que no se haya introducido modificación de esencia: la nueva ordenación del beneficio de inventario lo demuestra cumplidamente. De otra parte, se ha abandonado la regla de la adquisición hereditaria de pleno derecho para "retornar al límpido concepto romano de la aceptación" (2). Finalmente, se ha reiterado el sentido de solidaridad familiar, manteniendo el ligamen entre causante y heredero.

ch) *El problema del plan.*—No ha podido pasar inadvertido, y, sin embargo, ha perdurado el criterio romanofrancés, que la doctrina moderna no mira con buenos ojos. Ya el profesor Valverde censuró esta distribución de materias al estudiar el proyecto (3), por estimarla muy inferior al plan alemán. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que el nuevo Código Civil italiano no es tanto una obra *ex nihilo* como una revisión del texto anterior; que la tradición pesa considera-

(1) Battista (Michele): *Nuovo Codice civile italiano*. vol. I, Roma, 1939 (XVII): página 5.

(2) *Relazione* que precede al proyecto definitivo (n. 5).

(3) Véanse sus sugestivas reflexiones en el trabajo "El Libro primero del Proyecto de reforma del Código civil italiano", publicado en esta REVISTA, núm. 87

blemente en este orden y no son de aconsejar innovaciones que entrañen honda perturbación si no han de acarrear positivo fruto; y que, aun teniendo un valor evidente la seriación y la catalogación orgánica de la materia, acaso su alcance trascienda más a la esfera de la exposición doctrinal que al campo de la aplicación jurídica en la práctica. Por lo demás, tampoco se respeta pulcramente el clásico plan napoleónico; todo ello aparte de que la misma manera de ir apareciendo fragmentariamente el Código y la consiguiente necesidad de ulterior refundición (prevista en los Reales Decretos de publicación de los Libros), impiden reputar como definitiva una ordenación determinada, aunque lo ya hecho sirva para comprender que tampoco ha prevalecido el sistema de Savigny.

7. INDICACIÓN FINAL

Ha dicho el Profesor Castán (1) que "la post-guerra no ha tenido aún tiempo ni sosiego para producir su Código tipo". Y añade el propio autor que el proyecto italiano "no se caracteriza por sus audacias". Ambas afirmaciones siguen en pie. Pero ello no resta interés a la obra efectuada; el espíritu que anima la reforma italiana, y que tiene mayor importancia como ambiente que como preceptiva legal, obliga a mirar con devoción este primer Código fascista. Además, la escrupulosa atención prestada a postulados técnicos, el esmero con que se ha cuidado aun el detalle minúsculo (desde la rúbrica hasta la palabra precisa) imponen respetuosa simpatía por parte del jurista enamorado de su profesión. Lo que nació en la Ley de 1923 como simple labor modesta encaminada a revisar y modernizar algunas instituciones, se ha convertido en tarea más vasta y ambiciosa: acaso lo ya conseguido no sea sino punto de arranque para obra ulterior definitiva: la Ciencia jurídica de la Nación hermana cuenta con recursos y alientos sobrados para ello.

N. PÉREZ SERRANO.

(1) *Hacia un nuevo Derecho civil* Madrid, 1933, pág. 58

Estudio de la naturaleza jurídica del patrimonio dotal (1)

(Conclusión.)

La institución familiar y el patrimonio dotal.—Volvamos a seguir nuestro desenvolvimiento sobre el patrimonio dotal en el punto en que lo habíamos interrumpido.

Dos cuestiones se nos presentaron al examinar la teoría alemana de los patrimonios de fin. ¿A quién pertenecen los elementos del patrimonio? ¿A quién pertenece el patrimonio, considerado como un conjunto?

Sobre la primera cuestión, el examen del patrimonio dotal nos ha conducido a la posibilidad de sostener que hay en el patrimonio un conjunto de derechos sin sujeto. Los esposos son los propietarios de los bienes o los titulares de los derechos que componen la dote. La teoría de la personalidad moral que presentamos después del sistema general de la institución confirma esta conclusión. La familia no es una persona jurídica y no puede, por tanto, ser el sujeto de los derechos patrimoniales. Son, pues, los miembros de la colectividad, como observa Michoud, los sujetos de derecho necesarios a la explicación de los elementos de la dote. Para los que no admiten la realidad de la personalidad moral y ven en ella una simple ficción establecida por la ley, la conclusión no puede ser diferente, porque es evidente que el Derecho positivo actual no reconoce a la familia personalidad alguna.

Queda el problema de la explicación del patrimonio, considerado en sí mismo: ¿qué es lo que crea su unidad e individualidad? No es la

(1) Vid los números de esta Revista del año 1936.

persona, hemos dicho, contra Aubry y Rau; es la afectación a un fin.

Pero, sobre este punto precisamente, el solo examen de los bienes dotales y de su régimen se revela incapaz de ir más lejos. ¿Debemos decir, con Bekker, que el patrimonio, por el solo hecho de su afectación, pertenece a su fin, o, más exactamente, se pertenece a sí mismo, es decir, se debe adoptar la concepción del patrimonio sin sujeto?

Por último, la teoría objetiva del patrimonio de afectación, tal como Gazin la presenta en Francia, se ha mostrado indecisa sobre la noción de fin. Por una parte, nos dice que "toda propiedad de afectación no constituye un patrimonio" (1); por otra, afirma que "bastaría en los tratados de Derecho civil, antes de abordar el estudio de los bienes, hacer observar que los que se encuentran, generalmente, agrupados por su destino y que todos los valores que forman parte de un mismo conjunto están íntimamente ligados y obran recíprocamente los unos sobre los otros" (2). La concepción institucional de la familia, ¿no puede servir, por el momento, para precisar en qué caso el fin es susceptible de servir de centro de atracción a una masa patrimonial y, por último, para mostrar en qué medida se puede afirmar que el patrimonio pertenece a su fin, es decir, que no descansa sobre un verdadero sujeto de Derecho?

Cuando rehusa reconocer en la indivisión un verdadero patrimonio, Gazin constata "que no hay constitución de un fin nuevo y que no hay más que un interés social". En una palabra: no hay *organización* de un nuevo todo independiente. Esto es, pues, reconocer que la noción de afectación debe ser precisada. A su servicio es necesario establecer la organización de un todo nuevo, y en el patrimonio dotal esta organización existe: es la institución familiar.

El interés social que exige Gazin a este respecto está destacado: es el de la institución, es la idea de la familia, que es distinta de la de los intereses individuales, para los cuales únicamente se establece el sistema de la indivisión. Así, podemos decir que el fin al cual el patrimonio dotal está afecto se sitúa en una organización más compleja, que no es otra que una institución. La idea fundamental que expresa es bastante fuerte para provocar la formación de un grupo social más sólido,

(1) Gazin: *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*. Tesis, Dijon, 1910; pág. 371.

(2) Gazin: *ob. cit.*, pág. 479.

que es la familia, para desprender en ella un poder y suscitar la elaboración de estatutos que no tienen otra razón de ser que su servicio. Es muy natural que sea también el centro de atracción de una masa de bienes que, por su causa y para ella, constituirán una individualidad digna de ser considerada como un patrimonio.

Un simple fin es incapaz de servir de centro a un patrimonio. En efecto, los bienes que constituyen éste deben ser empleados en interés de ese fin y puestos al abrigo de cargas que le sean extrañas. Para asegurar así esta afectación es preciso que el fin tenga a su servicio órganos profundamente penetrados de la idea y reglas estatutarias que precisen el papel y las atribuciones de estos órganos en la dirección de la idea. Un fin no incorporado en una institución es evidente no puede hacer nada, no puede ser titular de nada, y esto es lo que hace aparecer dudosas las fórmulas de los teóricos alemanes del patrimonio sin sujeto. No se comprende cómo un fin inorganizado, y en cierta manera absolutamente desarmado en la vida jurídica, podría por sí solo reunir los bienes en torno de él y dar a su conjunto la fuerte cohesión que caracteriza el patrimonio.

Incluso si este fin es nuevo y positivo, como lo exige Gazin, ¿cómo podrá jugar un papel cualquiera en la formación del patrimonio, si en torno de él no se ha constituido una organización encargada de defenderlo y dominada por él? La afectación no puede, pues, bastar para fundar un patrimonio si no hay una organización. Es preciso todavía otra cosa. ¿Cómo explicar la especialidad del pasivo de la dote? ¿Por qué les es oponible a ciertos acreedores de los esposos la organización patrimonial de la dote?

La más simple respuesta consiste en decir: la protección del fin al cual son afectos los bienes dotales se explica porque la Ley lo ha decidido de esa forma y ha juzgado este fin digno de beneficiarse de su sanción. Pero se trata precisamente de saber por qué esta sanción legal interviene en un caso más que en otro. La naturaleza institucional de la familia viene aquí a darnos la explicación.

Además del fin, hay un grupo de beneficiarios de su realización. Este grupo posee no solamente intereses diferentes de los de sus miembros, tomados individualmente, sino, además, en gran medida, la conciencia de sus intereses generales, porque ha percibido la finalidad de la institución de la que forma parte. El estado de conciencia de la idea objetiva no es lo bastante completo, hemos dicho, para hacer de la ins-

titución familiar una persona, y, sin embargo, existe; "la intimidad institucional", que hace de la familia un "hogar", llega a acercar la familia a la personalidad, que, en el fondo, no es más que el desenvolvimiento más completo de la comunión de los miembros del grupo. Hemos reprochado a Renard exagerar diciendo que la institución de la familia ha alcanzado "la más alta potencia del ser", llegando así a ser apta para oponer su ser, no solamente a sus órganos, sino fuera de ellos, y no volveremos sobre nuestra crítica. Esto no quiere decir que no haya una parte importante de verdad en estas fórmulas de Renard. Del solo hecho de que la familia sea una institución, se deduce que constituye un ser moral, una realidad social, con la que se debe contar. Porque ella, en tanto que es una institución, una comunión organizada en torno de una idea, se coloca entre los seres sociales que el Derecho debe tutelar para imponer su protección a los diversos actores de la vida jurídica.

Si no hubiera más que un simple fin, no integrado en una organización institucional, y no estuviera formado en torno de él un pensamiento común, no habría patrimonio, porque no habría razón para impedir a ciertos acreedores personales de los esposos actuar sobre los bienes dotales; ante ellos no se levantaría un ser; una idea no integrada así es impotente e indigna de toda protección. Es porque hay un comienzo o esbozo de personalidad moral, un ser que se acerca, por su estructura, al sujeto de Derecho, por lo que el patrimonio existe. He aquí por qué Gary se equivoca al pensar que la teoría objetiva del patrimonio implica una adhesión a la doctrina de León Duguit, que niega el Derecho subjetivo.

La concepción institucional de la familia nos conduce, pues, a no satisfacernos con la sola noción del fin de afectación para fundar el patrimonio dotal; este fin debe haber provocado la formación de un ser moral, y éste tiende a que el patrimonio esté afecto menos a un fin que a una idea.

Sabemos, en efecto, que Hauriou ha distinguido la idea del simple fin; la idea comprende, al mismo tiempo que el fin, el método y los medios para alcanzarlo. La idea comprende también una parte virtual e indeterminada, que constituye la vida de la institución.

Todo esto hay en la afectación dotal. El fin a alcanzar son los intereses familiares que hay que salvaguardar. El método es la conservación de una masa de bienes para las necesidades de la familia. Por

otra parte, la idea de afectación contiene una parte indeterminada, que será preciso determinar todos los días; hay una especie de política familiar a seguir, en el marco de la idea, sin duda, pero cuyos detalles y modalidades serán reglamentados por los órganos competentes, es decir, el marido, a veces, controlado por la Justicia. Este elemento indeterminado puede ser quizá la causa de las dificultades que hemos encontrado cuando preguntábamos si el objeto de la dote era la defensa de los intereses de la familia o la de los intereses de la sociedad conyugal más estricta. La política familiar habrá de elegir aquellas de sus necesidades que sean más importantes y urgentes. Están todas en la línea general trazada por la idea de la familia, y esto basta; la institución misma precisará los detalles del arreglo. Fuera de la administración corriente de la dote, el marido tendrá una especie de derecho de gobierno, en el cual sus prerrogativas serán menos extensas, pero que, no obstante, le dejarán cierto margen en la elección de los mejores procedimientos para realizar la afectación dotal. Así se precisa la teoría objetiva del patrimonio dotal. Este patrimonio está afecto a un fin; pero éste no es más que el elemento de una idea de la obra a realizar, integrada e incorporada a una institución. El patrimonio es afecto al servicio de una institución.

Hemos completado así la teoría objetiva de los patrimonios de afectación, reemplazando la noción insuficiente de fin por la de institución. Así presentada, nos parece estar mucho más al abrigo de las críticas que se le han hecho de haber destruído sin construir.

Por lo mismo nos vemos llevados a examinar la concepción alemana del patrimonio sin sujeto. El patrimonio dotal no es un patrimonio sin sujeto, no se pertenece a sí mismo; pertenece a la institución familiar. Esta no es, ciertamente, un verdadero sujeto de Derecho, y le hemos rehusado la personalidad moral; pero si el sujeto de Derecho es indispensable para fundar los derechos patrimoniales, esta noción no parece necesaria para explicar completamente la unidad patrimonial.

En efecto; si la familia fuera una persona, la teoría clásica de Aubry y Rau resultaría exacta y el patrimonio estaría siempre íntimamente ligado a la personalidad. Hemos visto que no era así, puesto que los elementos del patrimonio dotal quedan de la propiedad personal de los esposos. Pero tampoco es posible ir hasta la concepción extrema y decir que el patrimonio no tiene otro soporte que su fin. Desde el momento en que hemos descubierto en la familia un verdadero ser moral,

en marcha hacia la personificación, es preciso ver en este ser el sujeto del patrimonio dotal. No decimos que la familia sea un sujeto de Derecho, sino que decimos que es para ella, y no para un fin, para lo que la dote ha sido organizada; la falta de personalidad la priva del derecho de propiedad sobre este patrimonio, pero deja subsistir el interés y la organización establecida para su defensa, así como el embrión de voluntad que inviste a la familia de una especie de *cuasi personalidad*. Se nos perdonará este neologismo, que expresa la idea que nos hacemos del lugar de la familia en la jerarquía de los seres que el Derecho está llamado a reconocer.

Podemos concluir, sobre la naturaleza jurídica de la dote, diciendo que constituye un patrimonio: el patrimonio de la familia, considerada como institución.

En el momento del matrimonio, la mujer aporta a la familia y a la casa una masa de bienes. Por el solo hecho de su afectación estos bienes están agrupados en un patrimonio. Individualmente son siempre de la propiedad de la mujer o pasan a ser de la propiedad del marido, pero esta cualidad desaparece ante la que obtienen, derivada del hecho de su entrada en el patrimonio dotal. Cesan de estar sometidas a la prenda de los acreedores personales de los esposos en algunos sistemas, están sometidos a reglas uniformes de administración y se ven envueltos en medidas protectoras, a fin de que no sean disipados vanamente en detrimento del interés familiar.

Si la familia estuviera dotada de personalidad jurídica, no existiría dificultad. El problema que se plantea tiende a la ausencia de personalidad moral en la familia y a la necesidad de unir los elementos de la dote al patrimonio personal de los esposos, del cual forman parte, si se les considera desde el punto de vista de su propietario o de su sujeto. Pero si se les estudia desde el punto de vista—fundamental para el patrimonio—de su afectación al pasivo, se está obligado a reconocer la individualidad fortísima de su masa. El derecho personal de los esposos sobre ellos tiene fundamentos técnicos. Se explica como aquel que hay que conferir a alguno, cuando se quiere realizar una fundación, dándole un capital con la carga de utilizarlo en el interés apuntado por la fundación. Este capital integrará parte del patrimonio general del que de este modo se ve gravado con la ejecución de la fundación, pero forma en el seno de este patrimonio general un verdadero pequeño patrimonio distinto.

Igualmente, los bienes dotales, si permanecen en el patrimonio *general* de los esposos, están sustraídos de su patrimonio *personal*. Hay tres patrimonios: el del marido, el de la mujer y el de la familia, si se toma como criterio el verdaderamente exacto: la afectación al pasivo. Es necesario, para hacer esto, admitir en el patrimonio general de cada esposo una división (que la teoría clásica del patrimonio niega) entre el patrimonio personal afecto a la persona de los esposos y los bienes que entran en el patrimonio familiar, es decir, en la dote.

Los esposos quedan propietarios de los elementos del patrimonio dotal, y es la familia la titular de este patrimonio. Esta distinción entre los propietarios y el titular resulta de la ausencia de personalidad en la familia, que impide a ésta la posibilidad de servir de centro y fundamento a un verdadero patrimonio.

Nuestras pesquisas sobre la dote nos han internado en dominios mucho más extensos que el del análisis del patrimonio organizado por el régimen dotal. La riqueza de las perspectivas abiertas por él, mucho más que el favor que inspira en la práctica, es lo que nos ha hecho elegirlo como objeto de nuestro estudio. Era interesante examinarlo desde el punto de vista de la noción del patrimonio en el momento en que la teoría clásica de Aubry y Rau es cada vez más discutida, aun sin perder mucho del gran prestigio que debe a su fuerte estructura lógica.

No tenemos la pretensión de edificar aquí una nueva teoría general del patrimonio; se nos reprocharía el atrevimiento inductivo, que consistiría en partir del patrimonio dotal para elaborar un sistema valedero para todos los patrimonios.

Creemos, no obstante, deber resaltar, bajo forma de conclusión, la idea que se desprende de este trabajo, y nos parece que aporta un valioso apoyo a la teoría del patrimonio, dejando a otros más calificados el cuidado de comprobarla.

Habría quizá interés en reemplazar, en el sistema del patrimonio, la noción demasiado estricta de la persona por una concepción más extensa. Todo el libro que ha escrito Renard sobre la *Théorie de l'institution* tiene por objeto establecer el dualismo fundamental entre el individuo y la institución. El individuo y la institución son los dos seres vivientes de la vida del derecho. ¿Por qué no decir que habrá un patrimonio cada vez que haya un individuo o una institución?

En la elaboración de su teoría de la personificación de las institu-

ciones, Hauriou insiste largamente en una descripción paralela de la vida individual y de la vida institucional, haciendo "la psicología comparada de la personalidad corporativa y de la personalidad humana" (1), y mostrando que la personalidad humana puede, en cierta medida, ser asimilada a una institución corporativa.

Dejemos a un lado esta "psicología comparada", cuyo interés es indiscutible y resulta esta consecuencia: llegando a un dualismo en los titulares de un patrimonio, no nos apartamos tanto como parece del postulado de Aubry y Rau (sólo las personas tienen vocación a la posesión de un patrimonio), porque se reemplaza la insuficiente noción del fin por aquella otra más rica de la institución y que Hauriou considera como "candidato a la personalidad".

Al lado del patrimonio personal afecto a la realización de los fines de la personalidad humana hay otros patrimonios afectos a las instituciones que han llegado a ser personas jurídicas o que han alcanzado un grado menor de desenvolvimiento.

Entre estos patrimonios afectos a una institución no dotada de personalidad se encuentra por de pronto el patrimonio familiar, del que la dote es un buen ejemplo; hay, asimismo, la comunidad de bienes, a la que la teoría de la institución ayudará a precisar su naturaleza jurídica, y hay, por último, otras masas especiales, como los bienes reservados de la mujer casada organizados en algún sistema positivo (2).

El patrimonio familiar no es el único que está sólo afecto a una persona. El patrimonio comercial es otro ejemplo. Sin duda, éste no es más que una universalidad de hecho, que no presenta los caracteres patrimoniales, y sobre todo la especialidad del pasivo; de tal forma, que el patrimonio comercial se presenta casi siempre como el de un comerciante individual o una sociedad dotada de personalidad; pero no puede impedirse el ver en el fundo comercial un esbozo de patrimonio.

Y, en el mismo orden de ideas, sería provechoso estudiar la teoría de las fundaciones, tan difícil en nuestro Derecho, profundamente impregnado por las ideas de Aubry y Rau, que rehusan reconocer directamente una fundación desprovista de personalidad.

(1) Hauriou: *La théorie de l'institution et de la fondation*. (*Cahiers de la Nouvelle Journée*. 23 cahier, 1933, págs. 73 y sig.)

(2) Ley francesa de 13 de julio de 1907.

Las ideas que se originan de los patrimonios parecen ser diferentes: es ya la idea misma de la personalidad humana la que funda el patrimonio personal; otras veces, una idea especial, relativa a cierto género de actividad de una persona, que forma en el seno de su patrimonio general un patrimonio especializado, como el fondo comercial, en la medida en que ésta constituya un patrimonio; lo es también una idea compartida por varios individuos que forman una institución corporativa titular de un patrimonio, como la familia; puede ser, por último, una idea concebida por el afectante, pero exterior a él, y relativa al interés de otro, como la que es origen de una fundación de caridad.

Sin pretender uniformar estas hipótesis diferentes, la concepción institucional podría dar una fórmula sintética más flexible y amplia que la dada tradicionalmente, según Aubry y Rau, y que parece insuficiente en todos estos casos.

Si la teoría de la institución permite esta sistematización, no sería inútil introducirla en el Derecho privado. Se le reprocha no decir nada diferente de lo que todo el mundo sabe ya; sus autores no han pretendido inventar cosa alguna: han querido simplemente describir la vida social, que es y debe ser el substractum de la vida jurídica. Han afirmado que el Derecho debe fundarse para reglamentar a los individuos sobre una psicología del hombre y para reglamentar la vida social sobre una psicología de grupos. Este es el "método juridicopsicológico" de Hauriou, que, no ha sido el primero en practicarlo, pero ha tenido el mérito de manifestar su fecundidad en el Derecho público y también es normal que sea útil en Derecho privado y deba reemplazar definitivamente los métodos silogísticos fundados sobre postulados abstractos, de los que el último siglo nos ha dado vergonzosos ejemplos.

Se puede calificar este método con una palabra muy en boga llamándole "realista". Nosotros también queremos hablar de realismo, a condición de que esta expresión no signifique positivismo.

Ciertamente, es preciso partir de los hechos y normas jurídicas admitidas, pero se deben también tener en cuenta otras realidades que las solamente tangibles. La filosofía es un procedimiento de conocimiento y un medio de encaminarse hacia la verdad. El Derecho no es un sistema abstracto construido fuera de toda relación con la realidad social, de la que es la traducción técnica; reglamenta las relaciones de seres vivos, y la Ontología no debe serle extraña. El método empleado por

Hauriou es realista, pero engloba en la realidad todo lo que ella contiene, e igualmente lo que en ella no puede ser descubierto por el solo uso de los sentidos; disipa el equívoco lanzado por los que no conciben más que dos métodos extremos: el positivismo y el culto de las abstracciones.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS.

Notario.

Cargas inmobiliarias

A) RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, PERSONAL Y REAL.

La aplicación del principio general contenido en el artículo 1.911 del Código civil de que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros, del cumplimiento de sus obligaciones, origina interesantes cuestiones, que, estudiadas generalmente bajo el epígrafe de liquidación de cargas, presuponen para su acertada resolución, el conocimiento de preceptos de índole sustantiva y adjetiva, de evidente trascendencia en los ordenamientos hipotecarios y procesales.

Y es obvio que así suceda, porque ante la colisión de derechos concurrentes, ya sobre el patrimonio del deudor, ya sobre algunos de sus bienes, las leyes trataron de regular la concurrencia y prelación de créditos con modalidades diversas, reconociendo, unas veces, privilegio a ciertos acreedores, sobre el patrimonio o sobre los bienes; otras, a determinados créditos, absolutas unas y relativas otras, y fijaron gradaciones crediticias atendiendo a la cualidad de los títulos, y establecieron, finalmente, al través de las instituciones registrales, prioridades en los derechos reales sobre muebles e inmuebles, y hasta en las obligaciones, mediante los asientos y anotaciones, si bien permitiendo en ciertos casos, que la regulación de la preferencia se decidiese judicialmente en los procedimientos de tercería.

Este sistema de ejecución, complejo en sí por las variadísimas situaciones que se pueden dar en la realidad jurídica, sustantiva y procesal, adquiere su máxima complicación, cuando al través de los principios del Derecho internacional privado, se trata de decidir las preferencias de créditos no sólo sobre bienes determinados, sino sobre las masas activas de ciertas universalidades, como la quiebra, el concurso, o la herencia y, en general, en las liquidaciones de patrimonios, que tantas y tan

diversas incidencias originan, ya en la fijación de los elementos de su activo, incluso permitiendo la impugnación de los actos de disposición o gravamen del titular, como por las discusiones sobre la prelación de los créditos o pasivo del deudor.

Y ya se comprende que antes del establecimiento de los sistemas registrales que persiguen la finalidad de individualizar y fijar las responsabilidades sobre bienes determinados, convirtiendo a ciertos elementos del activo de un patrimonio en una especie de unidad económica con desenvolvimientos propios (fincas, buques, negocios mercantiles, concesiones administrativas, y hasta mercancías, por ejemplo, en el caso de venta a plazos con reserva del dominio), la pretensión de un acreedor para ejecutar su crédito, al dirigir la acción y recaer ésta sobre bienes jurídicamente determinados según un criterio que los individualiza (porción determinada de una finca, cosas genéricas, universales, frutos, pertenencias, etc.), podría chocar con las pretensiones de otros acreedores, motivando la sustanciación de las tercerías de mejor derecho, reguladas en las leyes procesales como remedio para que el Juez, aplicando las normas sobre preferencia de los créditos, disponga el pago del que goce de prelación entre los concurrentes, y cuyos procedimientos no se conciben, o, por lo menos, parecen ociosos, cuando un ordenamiento especial, como el que da el Registro, determina automáticamente la preferencia por el puesto o lugar que la obligación exigida ocupa entre las varias relaciones que descansan sobre el valor de los bienes acogidos como unidad en un sistema registral.

¡Trascendental evolución del Derecho, que, mediante un régimen de publicidad adecuado, permite al acreedor percibir su crédito sobre una cosa del deudor, disipando la incertidumbre del pago, y alejando los temores de un pleito sobre su posposición!

Y con todo, aun en los mismos sistemas hipotecarios, la concurrencia de varias responsabilidades sobre los inmuebles, anteriores unas y posteriores otras al crédito reclamado, origina interesantes problemas de técnica jurídica que, afectando al crédito, trascienden también a la posición del deudor o de quien le suceda en la cosa afectada.

Estos problemas se estudian con la denominación de *liquidación de cargas*, y a ellos vamos a dedicar unas cuantas consideraciones, comenzando por el concepto de la *carga*, en sentido legal.

B) ETIMOLOGÍA. ORIGEN. ACEPTACIONES. CONCEPTO.

No es fácil precisar el concepto de *carga* en sentido jurídico, porque en el lenguaje de las leyes se emplea la palabra en muchos sentidos y en el orden usual el vocablo tiene varias acepciones.

Etimológicamente, la voz *carga* se deriva del latín vulgar *carico*, *as*, *are* (que Nebrija cita, y el mismo origen le atribuye el Diccionario de la Real Academia), y la circunstancia de que en las lenguas neolatinas existan vocablos de estructura parecida, confirma su procedencia (*carica*, *encargo*, *charge*, en italiano, portugués y francés), y cuyo verbo significa echar carga a uno. cargarse demasiado. siendo de presumir que su formación vulgar provenga del latín *currus*, carreta de transporte, de arrastre, significados que concuerdan con los varios usos de la palabra en nuestro lenguaje, y que expresa el Diccionario de la Lengua. También en la lengua alemana las voces *Last*, *Bürde*, significan peso, carga (1).

Históricamente, acaso por la influencia de la legislación canónica haya pasado el término *carga* a nuestra legislación. Las leyes 2.^a, 12, 14, 22, 24 del Título XV, Libro X; la 2.^a del Título XII, Libro I, y las 1.^a y 2.^a del Título V del Suplemento de la *Novísima Recopilación*, y otras; los artículos 37 y 39 del Concordato de 1.851, el Convenio ley de 24 de junio de 1867 e Instrucción del siguiente día, parecen confirmar el aserto, aunque limitado a afección sobre el patrimonio o sobre un conjunto de bienes asignados a un fin; pero ya como idea de gravamen (de *gravo*, *as*, *are*, cargar, abrumar) sobre cosa inmueble, probablemente su acepción en el Derecho Civil, provenga de la definición de servidumbre dada por el Código de Napoleón, que definió en el artículo 637 como *une charge imposée sur un héritage... appartenant, à un autre propriétaire* (2).

En nuestro Código Civil, que no es dechado de pureza ni de pre-

(1) En el Código de Comercio se emplea principalmente como mercancía transportada (artículos 672, 674, 680, etc.).

(2) No obstante, la ley 3.^a, título XVI, libro X, de la *Novísima Recopilación*, reguladora del Oficio de Hipotecas emplea la palabra *carga* en sentido análogo al de nuestra legislación inmobiliaria, y en la ley 27, título XXXII, del Ordenamiento de Alcalá, se dice: "Las cosas .. non pueden ser vendidas. nin enagenadas sinon con aquella *carga* que han los sennores en ellas."

cisión de lenguaje, empléase la palabra *carga* en varios sentidos, entre los que se pueden citar:

- a) Como gasto y obligación (arts. 452 y 504).
- b) Como gravamen (arts. 633, 788 y 1.086).
- c) Como carga y obligación (art. 867).
- ch) Como deuda y obligación (arts. 1.037, 1.021 y 1.023).
- d) Como gravamen, en contraposición a servidumbre (artículo 1.483).
- e) Como afección del patrimonio (arts. 50, 639, 1.408, 1.409 y 1.410).

En la legislación hipotecaria, también la palabra *carga* se emplea en varios sentidos, como se deduce comparando los artículos 9.º, 355 y 401 de la Ley Hipotecaria y los 61 y 151 del Reglamento, y, aunque no se emplea en el artículo 2.º de la Ley, pudiera citarse como sentido más corriente el de derecho inscribible o anotable, contenido en un asiento, y expresivo de un derecho real o personal amparado por el Registro (art. 131, párrafo último, L. H., respecto a gravámenes subsistentes).

La Dirección de los Registros, en sus Resoluciones de 23 de noviembre de 1912, 5 de noviembre de 1925 y 26 de octubre de 1938 (ésta provocada por nuestra calificación desempeñando el Registro de Vigo) y otras, como las de 26 de noviembre de 1917, 14 de julio de 1914, 15 de septiembre de 1909 y 4 de marzo de 1893, si bien no definió la carga hipotecaria, de hecho, al aplicar las normas procesales sobre inmuebles, se inclinó a considerar como *cargas* todos los gravámenes que les afectan, si bien distinguió, por imperativo del artículo 1.490 de la Ley Procesal Civil y sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1903, los efectos de las hipotecas posteriores a la perseguida, de las anotaciones también posteriores, y no dejó de distinguir los asientos que se refieren a garantía de derechos (que presuponen una afección cuantitativa del valor del inmueble gravado, hasta el punto de que sin ese requisito no tiene cabida en el Registro: Res. 1.º marzo 1939) de los demás que afectan a los inmuebles (que, dentro del alcance del art. 1.518 de la Ley Procesal Civil, parecen comprendidos dentro de la acepción de hipotecas: Res. de 26 de octubre de 1938).

La ley de Enjuiciamiento Civil—arts. 1.511 y siguientes—emplea la palabra *carga* en sentido de gravamen, y por cierto que sus disposiciones, después de la norma general comprendida en el último párrafo

del artículo 131 L. H., sufrieron una hondísima reforma, transformando nuestro procedimiento de apremio del sistema de liquidación de cargas (es decir, que el rematante adquiere la finca subastada libre de cargas y el precio se distribuye entre los titulares de derechos sobre ella) en el de respetar las cargas anteriores y preferentes al crédito reclamado, reforma iniciada en Alemania con la ley prusiana de 13 de julio de 1883.

También en las leyes tributarias se emplea la palabra *carga* como gravamen de naturaleza perpetua, temporal o redimible, que disminuye realmente el capital o valor de los bienes transmitidos (art. 100 del Reglamento de Derechos reales), y en la Orden de 12 de enero de 1940, concretando conceptos de la ley de 7 de diciembre de 1939, reguladora del desbloqueo, se entiende por carga "aquellos derechos reales sobre inmuebles que, como los censos y demás gravámenes de naturaleza análoga, se constituyen con sustantividad propia y por tiempo indefinido, se traducen principalmente en la prestación anual de un canon y son susceptibles de redención mediante la entrega del capital fijado al efecto" (1).

Por este bosquejo de antecedentes legales, se induce que el concepto de cargas se nos presenta, ya como limitación de un derecho inscrito, ya como disminución de su valor, y por ello, acaso las formas del dominio o de los derechos reales inscritos con propia fisonomía jurídica, no obstante que adolezcan de carencia de facultades inherentes al derecho real tipo definido en las leyes, no sea propio decir que tienen *cargas*; por ejemplo: el usufructo no es carga respecto a la nuda propiedad; la posesión *ad usucapionem* no es carga del dominio, ni viceversa; las servidumbres legales no son cargas del predio dominante, sino limitaciones propias del ejercicio del dominio. Tampoco lo serían, ponga por caso, en la comunidad de bienes, que el comunero, en los actos de administración, esté sometido al acuerdo de la mayoría de los partícipes, etc.; en el fideicomiso, el derecho del fideicomisario; en las sucesiones, el plazo, la condición, la sustitución, etc., porque son derechos tipos, que justamente se conciben con esas limitaciones. Pero si a uno de esos derechos tipos, concebidos jurídicamente incluso como do-

(1) Reiteradamente se alude a las *cargas* en sentido de afección en las leyes desamortizadoras. V. Instrucción 1.º mayo 1855, Ley 11 junio 1856, Instrucción 15 septiembre 1903, Real Decreto 5 marzo 1836 y tantas más disposiciones.

minio de rango inferior, les constituimos en hipoteca, censo, etc., ya surge la idea de carga como disminución de su valor. En este sentido, un derecho sujeto a condición no puede decirse que tenga la carga del acontecimiento incierto en que la condición consiste.

Y, siguiendo este orden de consideraciones, de modo general, podemos decir que un derecho inscrito con propia fisonomía jurídica, no obstante que adolezca de limitaciones con respecto a otro derecho tipo, regulado en la Ley, no es este último derecho con cargas (las limitaciones del derecho tipo), porque ingresó en el Registro con personalidad propia; pero si a ese derecho inscrito lo sometemos a nuevas limitaciones que lo degradan económica o jurídicamente, esas limitaciones presuponen la "carga" en sentido jurídico, y si esas limitaciones las hacemos desaparecer o las cancelamos, aquel derecho vuelve a recuperar la fisonomía con que ingresó en el Registro.

Por eso, la distinción que ofrece el artículo 1.511 de la ley de Enjuiciamiento Civil entre el *capital del censo y demás cargas perpetuas* de un lado, y los demás gravámenes que afectan a la finca, de otro, responden a una realidad jurídica, pues aquellas cargas parecen consustanciales con el derecho inscrito, y por eso van con él, y éstas están llamadas a desaparecer; aquéllas son inseparables del inmueble, éstas son como externas a su naturaleza. Es que aquéllas no son cargas, y éstas sí, ya que pueden desaparecer mediante la entrega del capital fijado al efecto (Orden 12 de enero de 1940, citada).

Y esta distinción que se deduce del estudio de nuestra Ley Procesal, es más asequible en los sistemas hipotecarios que, como el alemán, conciben la propiedad inmueble, ya como dominio para la transmisión, ya como valor hipotecable para los actos de gravamen y de crédito.

De ahí que, en una primera concepción de la *carga hipotecaria*, podamos decir que consiste en aquellos gravámenes impuestos sobre fincas en sentido hipotecario y en garantía del cumplimiento de obligaciones de contenido económico susceptibles de cancelarse sin alterar la fisonomía del derecho gravado, y con el producto de la enajenación de éste.

Y que este concepto puede arrancar de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deduce no sólo del citado artículo 1.511, sino incluso de las dos modalidades de ejecución que la ley rituarial señala. En efecto, ¿cabe confundir la ejecución de una sentencia respecto al reconocimiento de un derecho de servidumbre, pongo por caso, con la de efectividad de

una hipoteca? Evidentemente, no. Aquélla se regula por el Título VIII del Libro II (ejecución de sentencias); ésta, por el Título XV del propio Libro, Sección II (procedimiento de apremio). Allí se constituye el derecho, aquí se extingue; allí la Ley confiere personalidad o tipicidad al derecho, aquí la carga desaparece por la ejecución (1).

Pero este concepto de la carga, derivado del examen de algunos aspectos de los textos legales, especialmente en el orden sustantivo, no concuerda, ciertamente, con otros de índole procesal e hipotecaria, que por su trascendencia, pues son la base del procedimiento de ejecución, estudiaremos otro día.

A. RÍOS MOSQUERA

Registrador de la Propiedad

(1) El art. 882 del Código Civil alemán permite fijar un maximum de responsabilidad en la constitución de derechos no redimibles, careciendo nuestra legislación de precepto análogo. V. "El principio de especialidad", por Jerónimo González, REVISTA CRÍTICA, núm. 14.

La inscripción de arrendamientos de inmuebles rústicos

A) Legislación vigente.

a) Dualidad de inscripciones.

a') La inscripción según la ley Hipotecaria.

a'') El arrendamiento inscrito. ¿derecho real?

b'') La inscripción en la práctica.

b') La inscripción según la ley especial de Arrendamientos.

a'') Obligatoriedad.

b'') Valor jurídico.

B) Resumen.

Para poder desenvolver con claridad esta complicada cuestión, empezaremos por fijar la *legislación vigente*, que es: 1.º Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, derogada en lo referente a desahucios, pero vigente en la parte que aquí interesa, y que denominaremos "ley especial". 2.º Reglamento de 27 de abril de 1935. 3.º Decreto de 29 de agosto de 1935, que viene a modificar y a introducir confusión en los preceptos anteriores, como se verá después. 4.º Modelos para las inscripciones y contratos que ordena la legislación anterior, aparecidos en la *Gaceta* de 4 de mayo de 1935. 5.º Legislación supletoria: la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario en la materia referente a inscripción, y la ley de Enjuiciamiento civil y la Orgánica de Tribunales para todo lo que no esté previsto en la ley de Arrendamientos o en su Reglamento (arts. 49 y 19 del Reglamento de 27 de abril).

a) *Dualidad de inscripciones.*

Ante todo, es preciso destacar la doble inscripción que se deriva de las leyes vigentes. El artículo 59 de la ley especial dice: "La ins-

cripción en el libro especial de arrendamientos creado por esta Ley no será obstáculo para que los contratos de arrendamiento se puedan seguir inscribiendo en el Registro de la Propiedad, con arreglo a la Ley Hipotecaria." Por lo tanto, los arrendamientos rústicos podrán constar en el Registro de dos maneras: 1.^a Por la inscripción hipotecaria del artículo 2.º de la L. H.: y 2.^a Por la nueva inscripción que crea la ley especial.

¿Con qué fines se ha conservado esta doble inscripción? Con ninguno. Si la nueva inscripción que se regula tuviera consecuencias o fines fiscales distintos de los jurídicos que tiene la antigua inscripción permitida por el artículo 2.º de la L. H., se explicaría, en parte, esta dualidad. Mas, como la nueva inscripción tiene también efectos jurídicos, como se verá luego, es en realidad un contrasentido mantener esta duplicidad con fines análogos. El profesor Valverde, comentando esto, escribe: "La ley ha creado para los arrendamientos un registro especial, independiente del Registro que se creó por lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y, en vez de unificar la materia, se permite la existencia de ambos, de lo cual resulta que unos contratos se podrán inscribir en el registro especial y otros en el de la Ley Hipotecaria, aunque ambos radican en el Registro de la Propiedad y los lleva un mismo funcionario: el Registrador.

Solamente una finalidad puede tener la inscripción en el Registro de la Propiedad, y es que, en estos contratos, el adquirente tiene que respetar el arrendamiento hasta su extinción, sin excepción ninguna, mientras que, si el arrendamiento está sólo inscrito en el libro especial de arrendamientos, puede ser rescindido en el caso especial del artículo 27: cuando el comprador adquiera la finca para cultivarla directamente por sí, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

Al admitir la coexistencia de ambas inscripciones, da a comprender la ley que la inscripción según la L. H. sólo produce los efectos derivados de ésta en concordancia con el Código civil, puesto que los efectos de la ley nueva se los da el artículo 58 a los inscritos en el libro especial de arrendamientos y, como consecuencia, si quieren los arrendatarios la máxima seguridad y la plenitud de los derechos que la ley nueva les otorga, deberán inscribir el contrato en ambos registros, lo que supone mayores gastos, que, de haber armonizado la ley nueva con la Hipotecaria, se hubieran evitado, y se habría conseguido la unidad de la inscripción."

a') *La inscripción según la Ley Hipotecaria.*

La L. H. permite la inscripción de los arrendamientos en las conocidas condiciones establecidas por su artículo 2.º. Pero ¿es que el arrendamiento de fincas es un derecho real con entrada en el Registro? Veámoslo.

a'') *El arrendamiento como derecho real.*

El arrendamiento, en el Derecho romano y en las Partidas, fué contrato consensual, y en el Código civil (art. 1.571) y en la doctrina, consensual es; pero la L. H. lo declara inscribible, y su Exposición de Motivos lo califica de verdadero derecho real. Los autores piensan que, al pasar al Registro, se convierte en derecho real; la Dirección recoge tal doctrina en sus resoluciones, y así se llega a esta conclusión: el arrendamiento, derecho personal, se convierte en real al pasar al Registro. Sin embargo, civilistas modernos (1) niegan que se efectúe tal conversión. El arrendamiento, sostienen, es derecho personal, aun cuando se inscriba para proteger a los arrendatarios frente a futuros adquirentes de la finca, y el Código civil suízo, de técnica más perfilada que la de nuestra legislación, y el que más nos puede servir de modelo, según J. González, por la analogía entre sus principios y los nuestros, no lo declara inscribible, sino derecho personal *anotable* en el Registro, para asegurar a los arrendatarios frente a terceros, frente a posibles adquirentes del inmueble arrendado.

b'') *¿Ha tenido mucha aplicación práctica este número 5.º del artículo 2.º de la L., H.?*

Ninguna o casi ninguna. Del resumen de las Memorias del año 1923 de los Registradores, se deduce que las inscripciones de arrendamientos son escasísimas, aun en Cataluña y Valencia, donde casi toda la propiedad está inscrita. Y era lógico que tal sucediese. La legislación de arrendamientos ha vivido en gran parte apartada de las normas de Derecho civil, desenvuelta en múltiples y, a veces, contra-

(1) V. Wieland "Les droits réels dans le Code-Civil suisse"

dictorios decretos de marcado carácter social, y los arrendatarios han sido garantizados por esos decretos más que lo hubieran sido por el Registro.

b') *Inscripción según el Capítulo X de la ley especial de Arrendamientos.*

Ha de extenderse en un libro especial, encasillado.

Primera cuestión que surge:

a'') *¿Es obligatoria esta inscripción?*

Distingamos entre los arrendamientos o aparcerías en que la renta no exceda de 500 pesetas y aquellos en que exceda.

Contratos en que la renta exceda de 500 pesetas: Según la Ley, quedan exceptuados de la inscripción "obligatoria" (art. 65). Pero el Reglamento ha establecido, en su artículo 24, que, en los contratos en que la renta o participación anual pactada no exceda de 500 pesetas, la inscripción será voluntaria; pero, en el caso de que no se inscriban, el arrendatario no podrá hacer valer sus derechos ni ejercitar las acciones que le competen respecto de las personas que hayan inscrito los suyos en el Registro de la Propiedad, ni el arrendador podrá ejercitar la acción de desahucio por ninguna de las causas establecidas en la Ley.

El primer efecto de esa no inscripción es lógico; pero este último es, sencillamente, inexplicable. Viene a sentar (saliéndose del marco de la Ley) la obligatoriedad de la inscripción de los contratos de renta inferior a 500 pesetas.

Contratos en que la renta exceda de 500 pesetas: En la ley especial y en su Reglamento, terminantemente, se establece que la inscripción es obligatoria. En el artículo 6.º de la Ley se lee: "... deberán ser inscritos..., sin cuya inscripción no podrán los contratantes ejercitar los derechos y las acciones..." En el artículo 65 dice: "Quedan exceptuados de la inscripción *obligatoria*..." El Reglamento, en su artículo 24, insiste en la obligatoriedad de la inscripción. No hay, pues, duda que la inscripción es obligatoria con arreglo a tales normas, con efectos sustantivos, *ad solèmnitatè*m. Pero viene el Decreto de 29 de agosto de 1935 a oscurecer la cuestión y a derogar estos principios.

La identificación de fincas y la reconstrucción (1)

VII).—Medios ordinarios de identificación.

Los medios ordinarios de identificación son: examen de los índices de fincas rústicas y urbanas y de los índices de personas. Así lo establece taxativamente el artículo 9.º de la Ley de 5 de julio de 1938: “Los Registradores, antes de rehabilitar una inscripción, *examinarán cuidadosamente los índices de fincas y de personas que existieran en el Registro.*”

En los índices de fincas rústicas, se examinarán las fincas de la misma partida o pago, y si ésta tuviera varios nombres, en todos ellos, así como el nombre específico de la finca y las de cabida o linderos parecidos.

En los índices de fincas urbanas, se examinarán las sitas en la misma calle o plaza, y si ésta tuvo varios nombres, en todos ellos; las del mismo número o las sin número, y si cambió la numeración, los números antiguos y los modernos.

En los índices de personas se verán las inscritas a nombre del mismo titular, por si ya se inscribió la misma finca por título distinto, como por ejemplo fincas compradas a virtud de escritura y que luego fueron objeto de un expediente posesorio a favor del comprador.

También se examinarán las inscritas a nombre del transferente en el documento, así como las registradas a favor de la persona de quien la adquirió aquél, según el título.

(1) Conclusión. Véase el número anterior.

VIII).—*Medios supletorios de identificación.*

La resolución de 26 de marzo de 1927, que antes hemos comentado, acepta "el minucioso estudio practicado por el Registrador", signo evidente de la posibilidad de que el Registrador no debe atenerse estrictamente a los medios ordinarios de identificación, sino que, como potestad discrecional en él, goza de una gran libertad para lograr la identificación de fincas aun por medios no taxativamente reglamentados.

Una relativa experiencia en corto plazo reconstructivo, ha llevado a nuestro ánimo la convicción de la eficiencia de otros medios de identificación, entre los cuales podemos considerar los siguientes:

a) *El número de la finca en el antiguo Registro*—El artículo 10 de la Ley de 5 de julio de 1938 establece: "En todos los asientos de reconstitución, se consignará la nota de inscripción que lleve el documento presentado, y si en éste existiera alguna manifestando haberse enajenado fincas en él comprendidas, se hará mención de esta nota en el asiento respectivo."

En la nota aludida consta siempre el número de cada finca en el Registro destruido, y este número debe hacerse constar en el asiento de reinscripción. Así lo dispone el artículo 10 de la ley de 15 de agosto de 1873: "En los nuevos asientos o inscripciones se expresará el número que la finca tenía anteriormente."

Lo propio dispone el artículo 13 de la Orden de 18 de noviembre de 1938: "En los Registros completamente destruidos se abrirá a las fincas una nueva numeración correlativa, sin perjuicio de que a continuación de ésta y entre paréntesis se consigne la antigua cuando constare."

Es, pues, medida muy eficaz, y así se viene practicando con éxito en los Registros en reconstrucción, el llevar un índice en el que, a doble columna, se consignen: en la primera, el número que la finca tenía en el antiguo Registro, empezando por la finca número 1, y siguiendo el orden correlativo de numeración, sin dejar ni un solo número, hasta el que se calcule que puede llegar la numeración del Registro destruido en aquel Ayuntamiento. Y a medida que se van reinscribiendo fincas, además de hacer constar el número antiguo en la nueva inscripción, se consigna este número nuevo de la finca, en la segunda columna y ca-

silla correspondiente al número que la finca tenía anteriormente. De esta forma, caso de presentarse un documento relativo a la finca ya re-inscrita, al hacer la busca en el índice expresado e ir a consignar el nuevo número de la finca, se encontraría la referencia a otro asiento de la propia finca (caso de haberlo) y podría establecerse la debida coordinación entre los dos documentos relativos a un mismo inmueble.

Claro es, que este índice se debe llevar destinando uno para cada Ayuntamiento o sección, con la numeración correlativa del antiguo Registro desde la finca 1 hasta el número que sea necesario.

b) *Índice de transferentes.*—Otras veces, bien por tratarse de acta de notoriedad, bien por ser segunda copia en la que no consta el número que la finca tenía en el Registro destruido (puesto que estas segundas copias carecen de la nota de la anterior descripción y no es difícil, que en el título de adquisición, la referencia al folio y tomo dónde la finca constaba registrada se sustituya por la expresión "pendiente de inscripción"), precisa recurrir a otros medios para lograr la identificación. Es, pues, conveniente llevar, además, un índice de transferentes en los documentos reinscritos y practicar la busca necesaria antes de reinscribir. Este índice puede llevarse por Ayuntamientos, o bien uno general.

Un ejemplo demuestra la bondad del sistema: Se presenta a reinscribir una escritura en que C vende a D, y, como es natural, se consignará en el índice de personas el asiento de D. Pero si además se consigna en el índice de transferentes el nombre de C, y con posterioridad se presenta una escritura relativa a la misma finca, por la que B vende a C, practicada la busca por el índice de transferentes, encontraremos fácilmente el asiento en que C transfirió y estableceremos la debida relación entre ambos documentos, evitando que cualquier pequeña modificación en la descripción nos hubiera hecho tomar como fincas distintas, la que en realidad es una.

c) *Conocimiento particular por el personal de la Oficina.*—Es indudable que cuando el Registrador, bien directamente, bien por medio del personal auxiliar, tenga la convicción de que se pretende inscribir una finca, como distinta de otra inscrita, siendo en realidad la misma, tiene dentro de su potestad discrecional, medios sobrados de oponerse a la inscripción exigiendo la identificación entre ambas fincas; pero

ello, entiéndase bien, constituye en todo caso *un derecho*, nunca *un deber* del funcionario, que, como dice claramente la resolución de 26 de marzo de 1927, se halla en la *imposibilidad legal* de conocer oficialmente la topografía del terreno, en que estaba enclavada la finca. La Jurisprudencia, en resolución de 28 de diciembre de 1880, sentó la doctrina de que para identificar una finca *no basta que el Registrador* lo crea así, puesto que su facultad se limita sólo a lo que resulte del documento y del Registro; y esto, que parece podría estar en contradicción con lo dicho, no hace sino confirmarlo, puesto que no es lo mismo, que el Registrador, sin más razones y por su sola afirmación, dé por coincidentes dos descripciones dispares, que el ejercicio normal de su función calificadora, exigiendo la aplicación de los artículos 88 y 29 del Reglamento Hipotecario y, por ende, la identificación ante la autoridad judicial. La resolución de 17 de marzo de 1863 faculta al Registrador que deba cerciorarse de la identificación de una finca, para acudir a los datos que existan en la Secretaría del Ayuntamiento, o por medio de personas de su confianza que estén enteradas de la misma.

En resumen: Un conocimiento particular de la identificación o disparidad entre dos fincas, puede servir de base al ejercicio de esa potestad registral, pero si las dos descripciones fueran dispares y se sienta por el Registrador la afirmación de que pueden ser la misma; o, al contrario, las descripciones coincidentes y se afirma por el Registrador que se trata de inmuebles diferentes, aquél se ha de limitar *a dudar*, remitiendo su duda a la Autoridad judicial, en el procedimiento adecuado que queda citado.

d) *Datos facilitados por el público*.—Aun rompiendo antiguos moldes, y ante la enorme complejidad del problema que plantea la reconstrucción de los Registros, no vemos inconveniente en una mayor colaboración a esa obra, por parte del público, facilitando los datos que sean precisos. Para ello hay que considerar la indiferencia con que los particulares acogen toda colaboración de interés público. No es, por ello, raro el caso de personas que habiendo enajenado parte de una finca y habiendo sufrido extravío su titulación, han pretendido, con la más absoluta buena fe, y mediante segunda copia de su escritura, (segunda copia en la que no figuraban las notas de segregación y venta, puestas por el Notario que autorizó las escrituras de enajenación) la inscrip-

ción de la totalidad de su finca o fincas, en vez de pedir la inscripción sólo del resto.

En estos casos, la absoluta disparidad de descripciones entre la finca matriz y las segregadas, la distinta numeración en el Registro antiguo de ambas fincas y la omisión en posteriores transmisiones de las fincas segregadas, del origen de ellas da un contingente de posibilidades de error que conviene eliminar al reinscribir.

Nosotros opinamos que es más fácil prevenir que curar, y es mejor educar al público que enfocar el problema por la vía de la mala fe y de un proceso por falsedad, contra el que equivocadamente nos ha hecho equivocarnos. Nada hay que, legalmente, se oponga para que en período de reconstrucción (o aun después) se extienda una nota por medio de cajetín en la portada de los documentos presentados a reinscripción, previniendo a los interesados que, caso de que, antes o después de haber sido registrado el documento, se hubiere vendido o gravado alguna finca, en todo o en parte segregada, o agrupada con otras o le conste que pertenece a tercero, deberá manifestarlo por escrito al Registro de la Propiedad, firmando la presentación en el Diario, para que sea válida; y que la omisión de esta formalidad podrá hacer incurrir en responsabilidad criminal.

Podría plantearse el problema de la forma en que esta manifestación de desprendimiento de su dominio, por parte del interesado, habría de hacerse al solo objeto de evitarse responsabilidad criminal el que transmitió o gravó, y en el ínterin escribe su derecho el adquirente; así como la forma en que ello habría de encontrar su reflejo en los libros registrales. El problema no tiene, en nuestro modesto modo de ver, inconvenientes en proporción a las ventajas que reporta para la claridad del Registro. Puede hacer la manifestación el interesado: *a)* por medio de copia fehaciente de la escritura de transmisión o gravamen; *b)* por acta notarial en que hiciera la manifestación; *c)* por instancia ratificada ante el Registrador, que daría fe del conocimiento del firmante, instancia que se archivaría en la Oficina; *d)* cualquier otro documento que demostrara la transmisión (carta de pago de una expropiación forzosa etc.).

La forma de hacer constar en el Registro estas manifestaciones no podría ser, en modo alguno, un asiento principal, puesto que la transmisión no se inscribía, pero sí podría encajar dentro del amplio marco de las menciones reguladas por el artículo 29 de la Ley Hipotecaria y

podría tener su forma de expresión en una nota marginal. De esta forma el tercero quedaba advertido de la verdadera situación de los inmuebles, y el adquirente encontraría preparado el camino para su inscripción, cuando haciendo uso de la voluntariedad de ésta, se decidiese a hacer constar su derecho en forma de asiento principal y con plena eficiencia jurídica.

IX).—Casos de identificación dudosa

Pretender encerrar dentro del estrecho marco de este trabajo una relación completa de todos los casos de identificación dudosa, sería empresa superior a nuestras fuerzas, puesto que la realidad constantemente presenta nuevos y variados ejemplos.

A título de enumeración tan sólo, podemos indicar los siguientes:

a) *Cambio de descripción*.—Sin alterarse las circunstancias físicas de la finca, en la realidad, el simple cambio de descripción puede motivar la duda en el Registrador de si se encuentra ante el mismo o diferente inmueble.

Ante esa duda, hay que tener en cuenta:

Que la descripción del título sea igual que la del Registro (aun cuando la de éste sea defectuosa); es inscribible una escritura cuando se describe el inmueble en la misma forma que aparece registrado, o sea agregando que antes tenía una participación proindivisa en un edificio que no existe, porque los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales (resolución de 31 de diciembre de 1931).

Que la descripción del título difiera sólo en algunos detalles o exista sólo una pequeña diferencia con la descripción del Registro: es inscribible y no constituye defecto, según establece la resolución de 25 de mayo de 1880.

Que la descripción del título difiera notablemente de la del Registro: en este caso debe suspenderse; y así, la resolución de 31 de mayo de 1910 declaró no inscribible una escritura cuando no se describen las fincas como están en el Registro, sino diferenciando notablemente en cuanto a su extensión.

b) *Cambio de nombre de la calle y del número del edificio*.—Aun cuando la Orden de 24 de agosto de 1893 estableció la obligación

de que los Ayuntamientos comuniquen al Registrador los cambios de nombres de las calles o numeración de los edificios, como rara vez se suele cumplir, ello plantea el problema de la identificación de fincas urbanas, bien por parecer diferentes las que en realidad son una misma (diferente nombre de calle o diferente número o ambas circunstancias a la vez), bien por semejar la misma las que realmente son distintas (el mismo número y la misma calle).

La resolución de 5 de marzo de 1879 consideró como defecto el asignar a una finca un número determinado si con éste figuran inscritos otros inmuebles a favor de tercero.

No nos parece desacertada y sí muy práctica, la solución que dió la resolución de 21 de enero de 1873, a cuyo tenor, en el caso de que el Registrador dudara de la identificación de fincas urbanas, puede acudir a la Secretaría del Ayuntamiento donde podrá proporcionarse los datos conducentes para conseguir el fin expresado.

La reciente resolución de 10 de agosto de 1938 considera que si bien es un elemento para la identificación de los predios urbanos el número de policía con que aparezcan señalados, ni tal elemento es el único, ni su importancia es tan decisiva que cuando tal designación falte se haga imposible la identificación de la finca, ya que en su descripción existen, por imperativo de la ley, otros datos de ineludible consignación que permiten realizar la labor investigadora con toda clase de garantías, mediante la oportuna consulta de índices, y el examen de los correspondientes asientos del Registro, ya que en unos y otros, pueden comprenderse legalmente fincas urbanas que carezcan de número, cuyos asientos han de entrar en juego en toda busca.

c) *Cambio de nombre de la partida o pago o sitio.*—La frecuencia con que un mismo sitio o partida sea conocido con varios nombres, puede hacer dudar al Registrador en el trabajo de identificación de las fincas rústicas. No hay, no puede haber una regla exacta y general. La cautela en cuanto se sospeche que nos encontramos ante una misma partida, debe ser la norma de la busca en esos casos.

d) *Cambio de la naturaleza de la finca.*—Lo propio decimos de aquellas fincas que, por haber cambiado su naturaleza (la tierra laborable que se convierte en solar edificable, etc.), pueden inducir a un error al practicar la busca; muchas veces hay que buscar en la estructura

general del documento lo que haga sospechar un cambio de tal naturaleza, y en ese caso, una busca simultánea por los índices de fincas rústicas (tierra cultivable) e índice de fincas urbanas (solares) puede dar la clave del problema.

e) *Edificación de finca nueva en solar.*—Puede ocurrir estar inscrito un solar y luego pretenderse la inscripción o anotación de un edificio sobre aquél construido, sin que se haya hecho la previa declaración de obra ni se hayan establecido las bases para que pueda determinarse que se trata de una y misma finca.

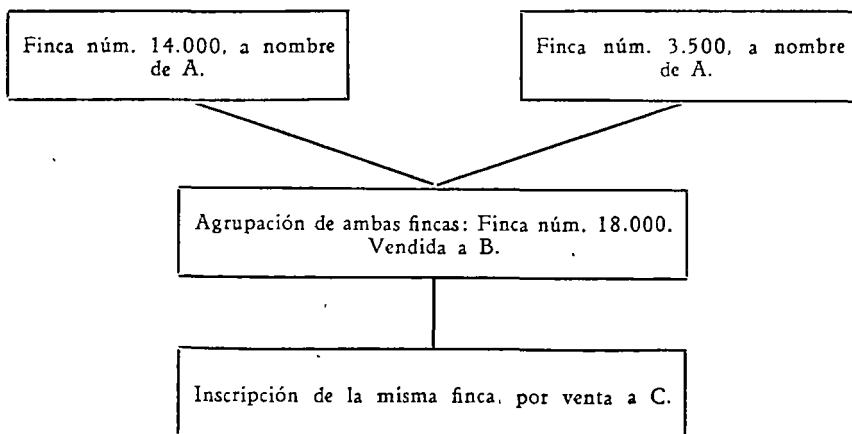
f) *Mayor cabida.*—Nuevo motivo que puede constituir un serio obstáculo para la identificación. Las nuevas mediciones practicadas y las rectificaciones de cabida pueden llegar a desfigurar de tal modo una finca, que sea difícil llegar a identificarla con la registrada.

g) *Agrupaciones y segregaciones.*—Este es, a nuestro modo de ver, uno de los principales motivos de posible confusión en la identificación de fincas en la reconstrucción.

No se pierda de vista la forma dispersa como llegan a los Registros en reconstrucción los títulos relativos a lo que estuvo al amparo de la Oficina desaparecida.

Un gráfico dará idea de la magnitud del problema:

En el Registro destruido figuraban inscritas:

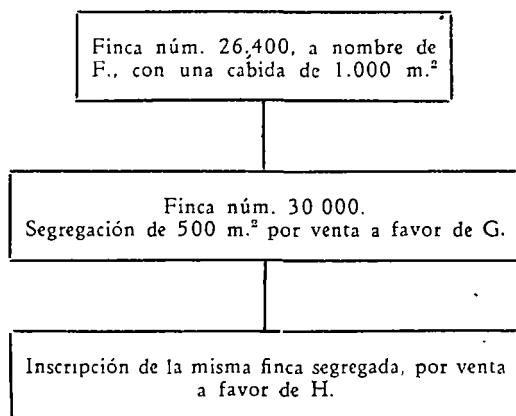


Presenta C su título para reinscribir, y el Registrador, en cumplimiento del artículo 9.º de la Ley de 5 de julio de 1938, practica una busca minuciosa, sin resultado, y reinscribe. En el título de C no consta ya que esa finca, *núm. 18.000*, está formado por agrupación de las números 14.000 y 3.500, y, por tanto, no puede poner referencia ninguna en el índice de correlación, entre las fincas del antiguo Registro y las del moderno.

Poco después, A, al presentar su titulación, por error (caso muy frecuente), presenta su escritura de la finca *núm. 14.000*, por ejemplo, en la que, por olvido del Notario o porque no lo tuvo presente al practicarse la agrupación, no consta dato alguno de la agrupación realizada, y el Registrador, ante la imposibilidad de establecer un nexo entre ambas fincas (la *núm. 14.000* y la *núm. 18.000*), reinscribe también la *núm. 14.000* a nombre de A.

Otro ejemplo.

En el Registro destruido figuraba inscrita:



Presenta H su título a reinscripción, y lo logra sin dificultad, ya que no puede sospecharse ni remotamente, por no constar en el título de H, que su finca procedía de la *núm. 26.400*.

Con posterioridad, F, que ha perdido su documento, presenta una segunda copia en la que, como es lógico, no figura nota alguna de segregación, y el Registrador le reinscribe a su favor la totalidad de los 1.000 metros cuadrados, cuya identidad con la finca de H no ha podido ser establecida.

Ante estos casos no hay más remedio que lograr una colaboración del público en esta labor penosa de identificar, por medio de la prevención, por cajetín, en los documentos, como queda dicho en el apartado d) *Datos facilitados por el público*, de la sección VIII) *Medios supletorios de identificación*, de este trabajo. Ello y una exigencia rigurosa de la responsabilidad, en los casos en que se atisbara mala fe, podría, al menos, aminorar las consecuencias del problema.

Tal vez no hubiéramos llegado al planteamiento del problema si nuestro sistema hipotecario, defectuoso en esta materia, exigiera la descripción del resto de una finca (objeto de una segregación), sin necesidad de que mediara nueva transmisión. La descripción de ese resto de finca debería ser simultánea a cada segregación, con lo que se evitaría el conflicto que ello lleva consigo.

X). — *Efectos de la doble inscripción de una misma finca a nombre de distintas personas.*

Y con ello llegamos al final de nuestra penosa labor de identificación. Todos nuestros desvelos para lograr identificar las fincas han resultado baldíos. La imperfección del sistema ha podido más que nuestro cuidado: Una misma finca está ya inscrita bajo dos números distintos: esto es, hay una finca duplicada.

Si la duplicidad fuera a nombre del mismo dueño (caso no frecuente, pero posible), no hay problema.

Ejemplo: A compra por escritura una finca con una descripción en 1900, y por falta de título inscribe esa finca con descripción distinta, en virtud de expediente posesorio. Más tarde, ante algunas de las reformas del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, trae sus escrituras al Registro, olvidando consignar que la finca del posesorio y la de la escritura son una misma, y el Registrador, ante la disparidad de descripciones, inscribe la escritura. En este caso, repetimos, no hay problema; advertida la falta por el Registrador, debe practicar de oficio las operaciones conducentes a la subsanación del defecto notado, de conformidad con lo resuelto por la Dirección de Registros en 29 de abril de 1881, y es inscribible la enajenación practicada por el titular dos veces de la misma finca (resolución de 9 de marzo de 1892).

Pero si la inscripción se ha practicado a favor de otra persona, y

aparece una situación registral de dualidad de asientos de una misma cosa inmueble, hay que distinguir:

a) *Durante el período de reconstrucción.*—El artículo 6.º de la Ley de 5 de julio de 1938, establece que las inscripciones hechas por actas de notoriedad serán canceladas por la presentación *dentro del plazo de reconstitución o de su prórroga*, de documento en que aparezca la nota de haberse inscrito la posesión o el dominio de los bienes a favor de un tercero, con fecha posterior a la de la adquisición alegada por el inscribiente del acta. En todos los casos en que las referidas notas queden sin efecto, se extenderá al margen de ellas la oportuna nota de referencia al asiento que haya producido la cancelación.

Aun cuando no lo dice la ley, esta cancelación no sólo podrá practicarla el Registrador durante el plazo de reconstrucción o su prórroga, sino después de transcurridos aquéllos, en cualquier momento que, de un modo ya claramente indubitado, se haya establecido la identidad entre los dos asientos relativos a la misma finca. Esto es muy importante y debe ser objeto de un mayor y detenido estudio, para borrar, en lo posible, y con el transcurso del tiempo, los efectos que la reconstrucción, en lo que tiene de errónea, pueda llevar consigo.

El artículo 7.º de la misma ley de 5 de julio de 1938 regula el caso de la reinscripción de títulos en los que conste claramente que estuvieron inscritos y al efecto establece: Si inscrito o anotado un documento por virtud de la nota justificativa de haberlo estado ya anteriormente, se presentaren otros relativos a la misma finca o derecho, con nota de haber estado inscrito con posterioridad a aquél, se inscribirán a continuación, aunque no exista relación inmediata de tracto entre ellos, y al margen de la inscripción del primero se extenderá la nota del artículo 6.º de la misma ley.

Asimismo, aunque la ley no lo dice, opinamos será de aplicación el mismo precepto y debe practicarse la cancelación en cualquier momento (aun transcurrido el plazo de reconstrucción) en que se establezca la debida correlación entre dos asientos relativos a una misma finca, aun cuando se hubieren practicado bajo números distintos, como ocurre en el caso de agrupaciones o segregación de que antes queda hecha referencia.

A las inscripciones rehabilitadas por virtud de segundas copias de escritura o posteriores, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley de 5 de

julio de 1938, les será aplicable cuanto se determina en el artículo 6.º, que queda expuesto. Así lo dispone el artículo 4.º de la Orden de 18 de noviembre de 1938.

El artículo 14 de la ley citada aplica igual procedimiento a las anotaciones tomadas durante el período de reconstrucción de expedientes posesorios o de títulos que se pretendan inscribir al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, si dentro de dicho período se presentase acta de notoriedad o documento con nota de haber estado inscrito el mismo inmueble.

Si la identidad de este caso no se estableciera de modo indubitado, durante el período de reconstrucción, transcurrido aquél y descubierta la duplicidad de fincas, es más dudoso si puede cancelarse, pues si bien cuando la pugna es entre asientos que ya constaron en el antiguo Registro destruido, todo se reduce a restablecer una situación registral que ya constó, y deben cancelarse los asientos que en aquél estaban ya cancelados por el artículo 77 de la Ley Hipotecaria, cuando, como en el caso propuesto, se trata de una pugna entre una reinscripción y una nueva inscripción, cabe aplicar el método general que después expon-dremos.

b) *Terminado el período de reconstrucción.*—El artículo 101 del Reglamento Hipotecario establecía antes: "Si el que tuviere a su favor inscrita la propiedad o la posesión de una finca o derecho real, creyera que otra inscripción primera de posesión, hecha con posterioridad y bajo número diferente, se refiere al mismo inmueble o derecho real, podrá pedir la posesión judicial con citación de los interesados en la nueva inscripción, y el Juez al decretarla, ordenará, cuando la identidad total o parcial apareciere probada, que se extienda nota suficiente al margen de la inscripción de posesión últimamente practicada."

López de Haro opina que esta nota marginal producía los efectos de una cancelación (1).

Hoy, el procedimiento es otro. Reformado el artículo 41 de la Ley Hipotecaria por la Ley de 13 de junio de 1927 (2), el aludido precepto remite al artículo 445 del Código civil y, por tanto, en la pugna entre ambos titulares de la finca duplicada, la *prioridad posesoria* debe con-

(1) *Legislación Hipotecaria*. Tomo XXIX de los *Manuales Reus de Derecho*.

(2) Ved el notable trabajo publicado en REVISTA CRÍTICA, sobre la expresada reforma, por D. Jerónimo González.

cederse: 1.º Al poseedor de hecho actual. 2.º Si resultaren dos poseedores, al más antiguo. 3.º Si las fechas de las posesiones fueran las mismas, como los dos presentarían título, se constituiría en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su propiedad o posesión por los trámites correspondientes.

No descuiden, pues, los titulares de fincas inscritas la posesión material de sus fincas, que les da la clave para el ejercicio de futuras acciones posesorias.

El artículo 100 reformado del Reglamento Hipotecario faculta al titular de alguno de los asientos contradictorios para pedir la posesión judicial, con arreglo a los artículos 2.056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil. Como es natural, surgiría la oposición del titular del otro asiento y, en ese caso el procedimiento se tramitaría como contencioso por los trámites de los interdictos de adquirir, y concluido el juicio, el Juez, teniendo en cuenta el citado artículo 445 del Código civil, acordaría, de acuerdo con el artículo 1.646 de la Ley rrituaria civil, o amparar en la posesión al actor o darla al reclamante que tenga mejor derecho, con todas sus consecuencias.

Finalmente, el Juez debe conceder sólo la posesión de aquello en que estén conformes los términos de la inscripción y *la realidad jurídica*, según establece el artículo 41 citado.

Una vez dictada la resolución judicial, puede y debe ser inscrita de acuerdo con el artículo 17 del Reglamento Hipotecario, haciéndola constar no sólo a continuación del asiento del titular que haya logrado la posesión, sino en el folio correspondiente a la inscripción del que haya perdido tal posesión.

En todo caso, siempre quedarán a salvo las demás acciones pertinentes, ejercitables ante los Tribunales por los trámites del juicio ordinario.

CONCLUSIÓN

Y con ello llegamos al final de estas mal pergeñadas líneas. Ni los esfuerzos del legislador, ni toda la competencia de los órganos encargados de aplicar la ley, han bastado a resolver el problema de plano, por una razón harto sencilla: porque se puede paliar, pero no resolver de modo definitivo.

Y no se atribuya o achaque a nosotros, ni a nuestro espíritu meri-

dional. El problema existe aun en legislaciones tan adelantadas como la alemana.

“Los errores catastrales — en Alemania — (dice Arthur Nussbaum) (1) no son nada raros, particularmente en la propiedad rústica, y engendran los consiguientes trastornos en las inscripciones y gravámenes hipotecarios. Baste mencionar la anomalía, advertida más de una vez, de fincas inscritas simultáneamente en el Registro a nombre de diferentes propietarios (*dobles inscripciones*).”

ANTONIO VENTURA GONZÁLEZ.

Registrador de la Propiedad.

(1) *Tratado de Derecho hipotecario alemán.*

El prodigioso crecimiento del fondo comercial en Francia

I

Para los que digan, como Carnelutti, que la ciencia es una masa de conceptos instrumentales, con los que la razón se apodera de la realidad y cuya fecunda purificación y ordenación dan la clave de la influencia ejercida por la doctrina jurídica alemana sobre el pensamiento moderno, podrá parecer la Ley del Fondo Comercial francesa de 17 de marzo de 1909 (1) un simple expediente administrativo para salir del paso en los complejos problemas planteados por el desarrollo del comercio urbano desde las guerras napoleónicas; pero si tenemos presente que los más complicados laberintos del cálculo se dejan recorrer y dominar con el hallazgo de una simple notación, como la que en los ámbitos del infinitesimal otorgó a Leibnitz la gloria antes que a Newton (cualquiera que fuera el orden cronológico del *novum genus calculi* del primero y del *methodus fluxionum* del segundo), estaremos más dispuestos a apreciar la sencillez y fecundidad de la técnica empleada, aunque sus conceptos sean "meno puri e meno ordinati".

Los principales defectos que la jurisprudencia puso de relieve desde los primeros momentos (aparte de los corregidos por la citada Ley de 1913), y que Cordelet trató de enmendar con una proposición de Ley que, al cabo de un cuarto de siglo, todavía no ha recibido plena sanción, se refieren a los extremos siguientes (2):

a) *Nuevos privilegios*.—Para los juristas españoles resulta anacrónica, por no decir retrógrada, la tendencia del Derecho francés a res-

(1) Véase el núm. 139 de esta Revista.

(2) Véanse en el núm. 139 de esta Revista las páginas 502 y siguientes, para su mejor inteligencia.

petar o reconocer las prelacións creadas o propuestas a favor del permu- tante, por la parte de valor prometida en dinero; del donante, por las cargas y prestaciones impuestas al donatario; de los copartícipes, por los saldos, devolución de lotes y precio de subasta; del cónyuge supérstite que haya hecho uso del derecho de opción, y del socio, caso de atribución estatutaria.

Publicaciones.—Se ha tratado de centralizar el servicio en un boletín anejo al *Journal Officiel*. ¿Tendrá más probabilidades de ser leído que los diarios locales?

Ambulantes.—Las inscripciones de fondos de comercio sin situación fija deberían de tomarse en la escribanía del domicilio del vendedor. No hay inconveniente en admitir a estos comerciantes, por regla general modestos (no faltan *tratantes* ricos: hay joyeros *diamantaires* que tienen su centro en un *café*) para que se aprovechen de los beneficios del sistema.

Aportación a Sociedades.—Por ser demasiado severa la responsabilidad exigida a éstas, se acerca más el pacto jurídico a la venta y se concede a los socios, si no hubiese disolución convencional (*à l'amiable*), la facultad de pedir disolución de la Sociedad. Con esta reforma y la posibilidad de determinar el fondo, entienden algunos que se favorecería *toutes sortes de collusions* entre la Sociedad y el aportante (1).

Pignoración.—Ya hemos visto que no estaba claro si el endoso, caso de privilegio a la orden, debía figurar en el acta de creación o en los mismos efectos. Es indudable que conviene observar con rigor las normas peculiares de los títulos endosables para favorecer su circulación, incluso castigando los abusos de confianza, como lo hacen las leyes del *warrant* agrícola. Al acreedor privilegiado se le quiere otorgar los mismos derechos sobre las indemnizaciones pagadas por los aseguradores del fondo en caso de siniestro (2).

Rango.—También hay interesantes cuestiones que resolver (subrogaciones, cesiones, etc.).

Caducidad.—La duración de la inscripción debe ser mayor de cinco años, y así ha comenzado a establecerse.

Cancelación.—Se discuten los mismos problemas que en España ha planteado el art. 82 de la Ley Hipotecaria en orden a la presentación o anulación de títulos endosables emitidos.

(1) Buisson: *Le statut légal du f. de c.*, 154.

(2) Véase nuestra Ley Hipotecaria, art. 111, 2.º

Realización de la prenda y purga.—Se propone el reembolso por anticipación, el vencimiento de los créditos quirografarios por la inscripción de una nueva pignoración, la subrogación del acreedor en el arrendamiento para evitar el lanzamiento del comerciante, la obligación de comunicar la documentación al Oficial encargado de la venta, para que pueda redactar el cuaderno de cargos, la prohibición de enajenar impuesta al deudor en un *plazo sospechoso* o el nombramiento de administrador que tome inmediatamente posesión del fondo, se concede fuerza ejecutiva a los documentos

Pero donde se quiere introducir novedades es en la clasificación de privilegios cuando concurren acreedores hipotecarios de los inmuebles por destino, con los del fondo comercial o el arrendador con el vendedor y acreedor pignoraticio, o los que ceden en alquiler y venden a crédito máquinas y aparatos con reserva de dominio, frente a otros interesados, y en la distribución del precio.

II

Hay una operación importantísima que ha quedado fuera, no sólo de las Leyes, sino de las mismas disposiciones de Ley discutidas en las Cámaras: *la gerencia del fondo*. Mandato, arrendamiento, representación, explotación fiduciaria y transferencia condicionada juegan en los tipos de gerencia, cuya finalidad es variadísima: explotar el fondo por otra persona, evitar el impuesto, ensayar el negocio antes de adquirirlo, mantener la confianza del cliente, preparar el traspaso, conservar en lo posible los elementos *volátiles*.

Los autores (1) distinguen: 1.^a La gerencia asalariada (*gérance salariée, gérances appointées*); 2.^a Gerencia libre (*gérance libre*), y 3.^a Gerencia con promesa de venta (*gérance-vente*)

a) En la primera el propietario del fondo comercial, asumiendo cargas y pérdidas, confía a un Gerente la explotación del fondo comercial. El Encargado o Gerente es más que un arrendador de servicios y que un mandatario, aunque sólo reciba un sueldo o una remuneración determinada por sus trabajos, y a veces tiene tan amplia representación;

(1) La dedican sendas monografías Le Pelletier, Granger, Roure, Cendre y Gil Baer. Estas notas están tomadas de Buisson y Adout.

como *alter ego* del titular. Corrientemente se llama a estas gerencias "depósitos" (*dépôts*), y son utilizadas por el patrón que tiene múltiples sucursales. Los sueldos, premios y comisiones que corresponden al Gerente, la fianza que presta en la mayoría de los casos, las responsabilidades por falta de diligencia, deterioros de las mercancías, etc., se regulan contractualmente y por el Derecho común o mercantil. Agente de ventas, no se ocupa de las compras ni de los vencimientos, se halla vigilado por los Inspectores y, en general, explota a cuenta y riesgo del principal.

b) Por el contrario, en la gerencia libre, el Gerente sustituye enteramente al propietario, explota por cuenta propia y, como paga rentas periódicas, algunos califican el contrato de arrendamiento de cosas. Pero aparte de que las relaciones entre los dos interesados directos se hallan afectadas por las normas prohibitivas de la competencia desleal y por la mayor amplitud de las fianzas, las relaciones de arrendador y arrendatario con terceras personas provocan una serie de problemas que la legislación no resuelve y que trascienden del simple arrendamiento: oponibilidad de la gerencia a la venta anteriormente hecha, preferencia respecto del adquirente posterior, obligaciones frente al propietario del inmueble, derechos de los acreedores del cedente y de los acreedores del Gerente, quiebra del arrendatario .

El Gerente paga el alquiler, asume las responsabilidades, compra las mercancías, las vende como tenga por conveniente, embolsa los beneficios, satisface al cedente la merced convenida y se presenta como comerciante frente al público. Buisson dice que la situación era conocida en el Derecho Romano, que llamaba al Gerente *insistor* (aunque repite esta palabra varias veces, entendemos que son erratas, puesto que se llama *institor*, de *insto*), y distinguía el asalariado, verdadero mandatario, y el que negociaba por propia cuenta y que respondía personalmente si no informaba al público o a los interesados de las condiciones de la explotación.

c) La gerencia-venta es la entrega del fondo de comercio para su explotación, unida a una opción o promesa de venta, con retribución periódica y caución, o pago al contado de cantidad que el Gerente ha de realizar, mientras el propietario se compromete a venderle el fondo por precio cierto y en época determinada. Por regla general, las cantidades adelantadas o satisfechas periódicamente, una vez deducidos los intereses debidos por el Gerente, forman parte o se imputan a cuenta del precio total; pero es corriente el pacto de que las sumas entregadas queden

en poder del propietario si aquél no utiliza la opción o renuncia al negocio. Además, suele convenirse la transmisibilidad del derecho a otra persona mediante el abono de cantidades o prestación de fianza por el tercero.

Tampoco resulta fácil determinar la naturaleza jurídica de este contrato, que lejos de separar el arriendo y la promesa, los une para formar una especie de venta con precio aplazado (*vente à tempérament*), toda vez que la cosa se entrega desde el primer momento al comprador y puede figurar en el balance del adquirente y ser arrendada por el mismo.

Pero por no ser una venta regular, por faltarle la publicidad y poner en peligro los créditos anteriores, por revestir los caracteres de un negocio simulado y prestarse al fraude, ha sido tachado de nulidad por los Tribunales y juristas. No obstante, estos mismos embates ha sufrido el negocio fiduciario y ha salido victorioso.

Calificada la operación de venta, el cedente no puede oponer su derecho a los acreedores posteriores de buena fe más que si inscribe su privilegio, y el Gerente podrá pedir la resolución cuando el vendedor no cumpla sus obligaciones. Si se entiende que hay arrendamiento, la propiedad queda en el titular, que podrá disponer de ella.

Respecto a terceros, vuelven a surgir las dudas apuntadas al estudiar la gerencia libre, y hay que distinguir los acreedores inscritos de los meramente quirografarios y ordinarios, anteriores y posteriores, del propietario o del Gerente, para después hundirse en las discusiones de Derecho civil sobre la preferencia y oponibilidad de nuevos créditos y sobre los efectos de los anuncios del comerciante y las consecuencias de la falta de publicidad. Parece que el proveedor entrega las mercancías al fondo más bien que a la persona.

Cada vez se emplea menos esta forma de gerencia, porque la Administración del Impuesto ha cerrado todas las fuentes de fraude y son muchas las desventajas que para ambos interesados presenta la desdibujada figura jurídica.

III

La propiedad del suelo y edificio entra en conflicto con el fondo comercial, por cuanto se trata de regular las facultades del arrendador para lanzar al arrendatario o para reclamar la consignación de rentas, ya en el supuesto de que alguno de los elementos del fondo puede ser un inmueble por destino, en el supuesto de que el comerciante sea el dueño de la finca, ya cuando, en los casos de expropiación, se discuta la distribución de la indemnización entre propietario y comerciante, ya, en fin, en los supuestos de traspaso de todos los elementos y, en especial, del derecho de arriendo. De aquí las contradicciones de intereses y las enconadas luchas entre lo que concluyó por llamarse *propriété commerciale* y lo que se llama *propriété foncière bâtie*. Los unos alegan que la prosperidad del fondo comercial confiere al fondo en que se halla una plusvalía, que la clientela se acostumbra a visitar el establecimiento y que el propietario aprovecha la ocasión de terminar el contrato y de transferirse la casa para elevar las rentas, exigir primas de entrada o mejorar su posición de arrendador. La Ley de 1907 no confería ninguna ventaja ni facultad al comerciante; pero las corrientes en favor de éste se acentuaron con la carestía de locales que trajo la guerra. En la Cámara de Diputados (sesión de 13 de marzo de 1919) se votó un texto que otorgaba al locatario un derecho de prioridad para alquilar de nuevo la finca por un tiempo igual al del arrendamiento en curso. El Senado rechazó el texto, o mejor, le sustituyó por otro en que se concedía al comerciante un derecho eventual de indemnización por enriquecimiento indebido. Una proposición de Ley votada en 6 de junio de 1923 por la Cámara no pasaba de un derecho de tanteo concedido al locatario. La Sociedad de Estudios Legislativos llegó hasta proponer un derecho de preferencia transitorio (cinco años, a partir de la promulgación de la referida Ley). De transitorio pasó este derecho a permanente, por dos votos de mayoría en el Senado, lo que prueba lo enconado de la lucha y lo dividido de las opiniones. Sobre este precedente se promulgó la Ley de 30 de junio de 1926, completada por las de 22 de abril de 1927 y 27 de marzo de 1928. Aunque de escaso contenido para ser base de la *propiedad comercial*, pusieron de moda, con los trabajos anteriores de Rigaud y los más modernos de Levasseur et Jacobson, Trasbot, Martin et

Mans, Lacour et Bouteron y Hombug, la frase que casi es hoy un grito de combate.

Se aplican estas leyes a los locales en que desde hace dos años se ejerce un comercio o industria en beneficio de los inquilinos que tuvieran un contrato por escrito o un arriendo verbal por nueve años, o una posesión de quince (reducida a dos para los *movilizados* por la fuerza), y les otorgaban la facultad de pedir prórroga, o indemnización, si no le fuera aquélla concedida, y en caso de evicción, excepto si el propietario recobraba el local para sí o sus descendientes o ascendientes. También se le indemniza por enriquecimiento del nuevo arrendatario que ejerciera el mismo comercio o industria que él, y una plusvalía en caso de desahucio, en proporción con las mejoras hechas por el inquilino. Por último, no se paga indemnización por el propietario cuando quiera reconstruir los locales.

Este reconocimiento de la propiedad comercial por la legislación francesa motivó las protestas de L'Union Internationale de la Propriété Foncière Bâtie (1).

IV

No necesitamos recordar, para explicarnos el vuelo adquirido por la llamada propiedad comercial o el acervo mercantil (2), que la principal característica de la fortuna capitalista era, según Sombart, la transformación de un negocio, comercio o industria en empresa independiente, o dicho de otra manera, en un organismo económico que se eleva por encima de los objetos particulares e independientemente de ellos, y cuyos procesos simultáneos o sucesivos se funden en un todo comprehensivo, con vida propia y duración ilimitada. Ciertamente es que el establecimiento mercantil de altura tiene un espíritu propio y persigue fases que le son inmanentes; es una *formación sabia* que se apoya en un consolidado jurídico, en una contabilidad científica y en el crédito adquirido para orientarse en el sentido de la ganancia (3).

(1) Véase la colección de su *Revue*. París, 12, rue Sédillot. Redactor-jefe, Charles Maurice Bellet.

(2) Véase el núm. 15, páginas 188 y 196, de esta REVISTA CRÍTICA.

(3) Sombart, Werner: *L'apogée du capitalisme*, I. 55 Payot, París, 1932

Pero la propiedad comercial ha nacido y se desenvuelve en medios sociales más modestos. Los grandes almacenes tienen edificios propios; las empresas mundiales, como Singer, Ford, etc., no necesitan regatear los emplazamientos ni las rentas; en cambio, los establecimientos que buscan, captan y sirven al público directamente ansían los sitios céntricos, los lugares concurridos, los locales acreditados, los puestos bien emplazados o tratan de forzar la circulación y de atraer con ímprobo trabajo al parroquiano ajeno o al despreocupado transeunte, sin contar con el derecho perpetuo de propiedad o con un arrendamiento a largo plazo. De aquí la constante preocupación del lechero, del carbonero, del detallista y aun del boticario y del médico, cuando la marcha de su actividad o de sus negocios puede permitir al propietario de la casa donde éstos se desarrollan un aumento de renta.

Exacerbado el interés del pequeño industrial, comerciante o técnico por la amenaza de desahucio, busca apoyo para sus pretensiones en la argumentación más variada: a) la teoría del valor creado con su esfuerzo, paciencia y conocimientos; b) la represión de la competencia desleal, que en muchas de las combinaciones de propietarios y probables arrendatarios aflora; c) la necesidad de impedir que el casero acapare la plusvalía debida a las mejoras urbanas, al desarrollo normal de la población y a las obras municipales, provinciales o del Estado; d) el carácter sagrado de la propiedad arraigada, es cierto, en un trozo de edificio ajeno, pero que se funda en la clientela, el reclamo, la fama, la honradez, el crédito, los procedimientos de venta o servicio, los secretos de fabricación y otros muchos valores, tan económicos como espirituales; e) el abuso de derecho empleado por quien ejerce pretensiones o acciones de desalojo o aumento de renta, prevaleciendo de la paralización de las construcciones o de la escasez de locales.

No se ha hecho esperar la respuesta: *Revue Internationale de la Propriété Foncière Bâtie*, órgano de las Asociaciones, Federaciones, Uniones y Sindicatos de los propietarios urbanos, principió por llamar la atención de los propietarios del mundo entero, en septiembre de 1926, sobre las consecuencias de la ley francesa de 30 de junio del mismo año, "creada en provecho de los comerciantes", y anunciaba que no dejaría de repercutir en otros países. Para documentar a sus lectores abrió una sección especial, en donde pueden recogerse las principales razones con que se combate a la llamada propiedad comercial: a) el derecho de dominio tradicional; b) la libertad de los contratos; c) las

ventajas de la situación del inmueble (*pas de porte*); *c*) los obstáculos que la urbanización ha de encontrar en estos feudos modernos; *d*) las dificultades que los jóvenes han de encontrar para establecerse; *e*) el verdadero monopolio que obtienen los que no son dueños ni titulares de un derecho real; *f*) la creación de una propiedad indigna de este nombre, a costa de la consagrada por el Derecho romano y las legislaciones del siglo XIX; *g*) la transformación del derecho a usar, con arreglo a contrato, en una situación legal impuesta con cierta arbitrariedad; *h*) la amenaza que para los comerciantes que viven de un régimen de libertad en todo lo referente al precio, condiciones de la venta o del servicio, nombramiento y destitución de auxiliares, obtención de créditos, etc., significa la coacción del Estado y la expropiación parcial del propietario del inmueble (Si el que entra como arrendatario en una casa obtiene una preferencia para continuar en la misma, terminado el arriendo, ¿por qué el empleado no ha de adquirir inmediatamente una prioridad sobre los futuros servidores? Y si el casero no puede disponer de lo suyo, ¿por qué el comerciante ha de poder hacerlo sin trabas?); *i*) la seguridad jurídica no se compadece con los cambios de las situaciones creadas, sobre todo cuando producen efectos retroactivos; *j*) lo absurdo del sistema llega a su máximo cuando las reglas han de ser aplicables a los edificios no construídos todavía y a los arrendamientos futuros; *k*) los proyectos y planos dormirán indefinidamente en las carpetas y la construcción quedará frenada; *l*) nadie podrá elegir un arrendatario solvente, honrado, serio y tendrá, en cambio, que sufrir las consecuencias de una relación jurídica fundada sobre el derecho de obligaciones; *ll*) los almacenes y locales que se hallan próximos en la misma vía o calle pagan, sobre poco más o menos, la misma renta, lo que prueba que la actividad del comerciante no engendra normalmente una plusvalía; *m*) los conflictos entre propietarios e inquilinos se agravan y se transformarán en una enfermedad crónica; *n*) también los propietarios debían tener derecho a imponer la continuación en el arriendo a los industriales o comerciantes que se hubieran enriquecido en sus locales y que desearan abandonarlos por cualquier motivo...

Y para terminar este desaliñado artículo, destinado en un principio a dar una idea del tráfico sobre fondos de comercio, y que ahora ha de quedar incompleto por haber encontrado, al volver a Madrid, mi hogar destruído y mi biblioteca saqueada y descabalada, voy a copiar algunos datos estadísticos franceses sobre el prodigioso movimiento de establecimientos y precios, entre los años 1906 y 1931, en aquella República.

A continuación del nombre o calificación del fondo comercial, consigo tres cifras que se refieren al año, número de establecimientos vendidos y precios satisfechos, tomadas de la obra de Buisson, *Le statut legal du fonds de commerce*.

Arquitectos.	1910	20	1 909.476 francos.
Idem.	1931	11	816.700 —
Armas.	1919	37	4.053.093 —
Idem.	1931	12	2.967.800 —
Automóviles.	1923	193	13.923.013 —
Idem.	1931	120	22.912.600 —
Baños.	1925	233	13.707.778 —
Bazares.	1924	170	10.332.159 —
Bisutería.	1920	269	11.230.000 —
Carbonerías.	1925	159	8.543.485 —
Carnicerías.	1922	924	38.763.000 —
Panaderías.	1930	603	115.389.000 —
Camiserías.	1924	266	25.069.822 —
Sombrererías.	1925	63	5.417.062 —
Zapaterías.	1925	303	17.374.261 —
Peluquerías.	1930	570	44.523.600 —
Confecciones.	1930	174	11 480 000 —

Y así, sucesivamente: Comisiones, Transportes, Droguerías, Alumbrado, Construcción, Especierías, Flores, Fruterías, Hoteles (en 1930, 1.148 vendidos, por 288.947.600 francos), Imprentas, Periódicos, Lecherías, Máquinas, Aposentadores, Modas, Música, Novedades, Objetos religiosos, Papelerías, Pensiones, Farmacias (en 1931, vendidas 140 por un precio medio de 161.000 francos), Fonógrafos, Porcelanas, Quincalla, Curtidos, Cerrajerías, Sastrerías (en 1930, vendidas 122 por 5.636.100 francos), Tapicerías, Tintorerías (en 1930, vendidas

377; precio medio, 73.300 francos), Teatros, Agencias de viajes y Cafés (4.294 vendidos en 1930, por la notable cantidad de 800 millones de francos).

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

NOTA.—Aprovecho la oportunidad para corregir algunas erratas de mi primer artículo, sobre "La casa comercial", publicado en el número de julio de 1936.

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
490	5	dedicada	dedica
490	6	mercantil presenta	mercantil. presenta
492	12	fixar características	fixar las características
493	16	contenido	continuo
494	14	abs	als Genugtuung
498	31	dirección	discusión

Dos casos de tracto sucesivo

Rara vez se practica la liquidación de la sociedad de gananciales en Navarra cuando el fallecimiento del cónyuge que motiva su disolución no es abintestato. Tal costumbre negativa descansa—a mi juicio—en la forma de organizarse y de transmitirse la *propiedad familiar* en este territorio foral, mediante tres instituciones fundamentales, peculiares de su régimen jurídico, combinadas: la donación *propter nuptias*, la libertad de testar y la fealdad (otras, como las reservas en caso de segundas nupcias, las legítimas, la troncalidad y el retracto familiar, que responden a la naturaleza de la propiedad indicada, no interesan al problema cuyo trato me he propuesto).

Por la donación *propter nuptias* (principal objeto de las capitulaciones matrimoniales), de carácter universal, pues abarca los bienes presentes y futuros, se organiza el régimen económico de la familia que se constituye en relación de continuidad y de convivencia con el de la de los donadores, y mediante los llamamientos sucesivos y condicionados que son de uso en el país, se fija la trayectoria hereditaria de los bienes, sustituyendo esta forma contractual de sucesión a la testamentaria (sólo—al mismo tiempo—reservada para disponer de algunos bienes, por la reminiscencia romana de considerar poco airoso morir intestado) (1); haciendo uso, en pleno ejercicio, de la libertad de testar, corrientemente a favor del hijo libremente elegido (con independencia del sexo y de la edad) que se casa (instituyendo en la legítima—imaginaria—a los restantes), no sin imponerle obligaciones (que, por cierto, destruyen la posición de privilegio que, en otro caso, dicha designación implicaría), como la de *hacer dotación* a sus hermanos, conforme vayan tomando estado o separándose de la casa, para la cual siguen trabajando y de ella son alimentados y vestidos

(1) Sánchez Román: *Estudios de Derecho civil*, t. V, pág. 365.

—en vida o en muerte de los padres—por éstos y, en su día, por el nuevo jefe de la familia, cuya efectiva potestad no empieza hasta el fallecimiento del donante y de su cónyuge, no sólo por el respeto que merecen los progenitores y que es profundamente sentido y reconocido, sino por la reserva mutua y sucesiva que se hacen del usufructo de todos los bienes objeto de la donación; aparte de otras previsiones, especialmente las relativas al supuesto de separación de los donadores del donatario, que no tienen interés actual.

Cuando los cónyuges no han hecho donación de bienes, por no tener hijos o por no haber contraído matrimonio el elegido para sucederles en ellos, otorgan el testamento de hermandad, mediante el cual se instituyen recíprocamente herederos universales con facultad de disponer y de nombrar heredero de ambos al hijo que tengan por conveniente.

Y cuando falta el contrato o el testamento, la Ley—previsora—reconoce al cónyuge viudo el usufructo de viudedad, fealdad—es decir, fidelidad, palabra que pone de relieve el alto sentido espiritual de este pueblo cristiano, confirmado por la pérdida de este derecho en caso de nuevas nupcias—de mayor amplitud que en Aragón, pues afecta a todos los bienes, cualquiera que sea su clase y origen (1).

Este resultado general de la sucesión universal, en pleno dominio o en usufructo, de un cónyuge por otro, motiva el que los hijos nos hereden, realmente, a sus padres mientras los dos no fallecen, por lo que en la mayor parte de los casos es innecesaria la liquidación de la sociedad conyugal, que—por aplicación supletoria del Código civil—se extingue siempre que fallece uno de los consortes, aplazándose dicha liquidación hasta la extinción del usufructo foral, pues—como dice Nogués Serall (2), con referencia a Aragón, el cónyuge sobreviviente no estará obligado a dividir, porque debiendo gozar, la división no cabe en lo que tiene derecho a retener, y Alonso (3), comentarista na-

(1) Con las dos excepciones que recoge el art. 59 del Proyecto de Apéndice de Derecho navarro al Código civil, formulado por el Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, a saber: los transmitidos al cónyuge premuerto con prohibición expresa de usufructo foral, y los que corresponden a los hijos o descendientes de anteriores matrimonios.

(2) *Tratado del Consorcio conyugal*, ed. 1859, p. 66.

(3) *Recopilación y comentario de los Fueros y Leyes de Navarra*, ed. 1848, t. I, página 404.

varro—cuando habla de la pena que lleva consigo la falta de formalización de inventario de todos los bienes, derechos y acciones del cónyuge que fallece sobre los que tiene el que sobrevive el usufructo, se refiere no sólo a la pérdida de éste, sino a la obligación de *entregar los bienes a los herederos* propietarios, con todos sus rendimientos desde el día del fallecimiento de su consorte. Y, naturalmente, fallecido el cónyuge sin haberse hecho la liquidación de la sociedad, será innecesaria si, como es corriente, son comunes los herederos de ambos, pues éstos—según Resolución de 19 de octubre de 1927—, representando al marido y a la mujer indistintamente (en el doble supuesto de referencia), asumen los derechos de un modo indiferenciado, como si la muerte de los dos hubiera tenido lugar en el mismo momento. Y en los casos de hermandad—muy frecuentes—, al quedar la sociedad de gananciales totalmente extinguida desde el fallecimiento de un cónyuge, por ser el supérstite su único heredero y, consiguientemente, reunir en sus manos todos los bienes que integraban el patrimonio ganancial, huelga la liquidación, porque nada hay que dividir.

Resumiendo: La liquidación de la sociedad de gananciales queda reservada, en principio, para los casos que se produzcan por la falta de capitulaciones matrimoniales o de testamento de hermandad o por la pérdida de la viudedad; en suma, para los de inexistencia, cuando menos, del usufructo universal—rarísimos en las costumbres navarras—.

Si durante la viudedad se enajena una finca de origen ganancial—como ocurre frecuentemente—por el cónyuge supérstite o, en su caso, además, por los herederos del premuerto, ¿qué situación jurídica, civil e hipotecaria se crea? Veámoslo, por separado, en los dos casos presentados:

1.º VENTA POR EL CÓNYUGE VIUDO HEREDERO DEL PREMUERTO.

Para mí es claro que el sujeto del dominio transmitido es el cónyuge supérstite porque, por la extinción total de la sociedad, conforme se ha explicado antes, la cosa ha pasado del patrimonio social al patrimonio individual de aquél. Las causas de este tracto jurídico han sido dos: la muerte de un cónyuge, que motiva la extinción de la sociedad, y la herencia testada del mismo, que transmite sus derechos en el acervo común e *ipso facto* reúne y completa en las manos del consor-

te sobreviviente todos los que integraban el patrimonio de la sociedad.

Algo de esto intuyen los intérpretes del Derecho en la región, cuando se preocupan de la inscripción previa a favor del viudo y heredero único, vendedor del inmueble ganancial, en función de acatamiento al principio cardinal del tracto sucesivo; pero algunos—con notoria confusión de conceptos—la preparan mediante una liquidación de la sociedad de gananciales parcial e incompleta, en la que, previa aceptación y manifestación de la herencia, adjudican al vendedor el inmueble que se transmite, la mitad indivisa en pago de gananciales y la otra mitad por herencia, creando una proindivisión nonnata, puesto que, atribuidos los derechos que la integran a una misma persona, imposibilita el nacimiento de una comunidad cuya peculiar naturaleza exige, ante todo, la pluralidad de sujetos.

La inscripción previa no necesita de más titularidad que la derivada de la Ley. No es por acto jurídico como pasan los bienes de la sociedad al cónyuge supérstite, sino por ministerio de aquélla, y estas causas de la adquisición (disolución de sociedad y herencia) son los verdaderos títulos a que se refiere el número 1.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, que, para los efectos de la inscripción (art. 45 de su Reglamento) constarán en el certificado de defunción y en el testamento del cónyuge premuerto. El consentimiento del viudo para la inscripción, en función de rogación (art. 6.º de la Ley), y cualquiera que sea la forma de su manifestación, bastará para que el Encargado del Registro la practique en los términos que de lo expuesto se desprenden.

2.º VENTA POR EL CÓNUGE VIUDO Y LOS HEREDEROS DEL PREMUERTO.

Pendiente la liquidación de la sociedad de gananciales, los interesados en la comunidad están autorizados para vender bienes de la misma, por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de abril de 1908 y 9 de enero de 1915, “por representar todos la integridad de los derechos pertenecientes a una sociedad en liquidación”, según considera la última.

Ahora bien: ¿es necesaria la previa inscripción a favor de los vendedores? La consecuencia—no declarada—que de dichas Resoluciones se deriva es la inscripción directa de la compra. Así lo tiene establecido

el mismo Centro directivo, en caso análogo, por Resolución de 12 de mayo de 1924, permitiendo la inscripción directa de la transferencia de una finca a favor de un acreedor a quien le ha sido adjudicada, en pago de una deuda de origen ganancial, por el cónyuge viudo y los herederos del fallecido, e inscrita en el Registro a nombre del primero: "en el Registro no existen inscripciones a favor de la sociedad conyugal como persona jurídica independiente de las personas físicas que la han constituido, sino que los bienes aparecen inscritos a nombre del marido o de la mujer, con ciertas circunstancias, que permiten su atribución a un grupo patrimonial de bienes peculiares y régimen característico", por lo que, "sin romper la cadena de los titulares", puede inscribirse dicha transferencia, "ya que el tracto sucesivo, enfocado desde el punto de vista sustantivo, se demuestra con la escritura objeto del recurso, cuyos otorgantes asumen la totalidad de los derechos liquidables y de las facultades dominicales de la finca adjudicada en pago, y el tracto sucesivo formal resulta acreditado por el acto de transferirla el titular según el Registro, o sea el marido adquirente de la finca, con el consentimiento de los herederos de su esposa, a quienes directamente favorece la prohibición de enajenar que recae sobre los bienes adquiridos por el marido a título oneroso, en virtud del fallecimiento de su mujer".

No es muy satisfactorio el argumento derivado de la naturaleza jurídica del tracto sucesivo. Cuando D. Jerónimo González nos explica este principio (1), dice que "los libros hipotecarios han de mostrar el encadenamiento del causante al sucesor mediante eslabones *formales* que registren en serie los actos de transferencia, constitución y extinción de los Derechos reales inmobiliarios. Y cada uno de estos asientos que reflejan el historial de la finca y encierran el contenido real de los títulos presentados, se apoya en el consentimiento del anterior titular hipotecario, o en una sucesión del mismo, por ministerio de la Ley". Continuando: "Dos aspectos, por lo tanto, tiene el principio examinado: *sustantivo*, o civil, y *adjetivo*, o formal, conforme haga referencia a la necesidad de que el acto inscribible se derive del titular inscrito, o mire a que los distintos actos consten independientemente en el Registro, en inscripciones separadas, y sin amalgamar varias transmisiones en un solo asiento".

(1) *Principios hipotecarios*. "El principio del tracto sucesivo", pág. 231.

Y estos dos aspectos, sin rodeos innecesarios, se apreciarán claramente en el caso resuelto por la Dirección general—como en el por mí propuesto—, si en la inscripción de la adquisición a título oneroso durante el matrimonio se ve, no a Don Fulano de Tal, que, por ser el marido, representa legalmente a la sociedad, sino a ésta, y si en el acto de la enajenación, durante el período de liquidación, se ve, no a los que integran la totalidad de los derechos de la sociedad, sino a la sociedad misma, que así habrá de admitirse si se acepta que la sociedad subsiste en período de liquidación, aunque representada en la forma más completa: por el socio sobreviviente y por los herederos del socio fallecido; es decir, por todos los socios, ya que en el lugar del último se colocan para todos los efectos de la representación de la herencia en orden a la enajenación de bienes que de ella forman parte (Res. de 30 de agosto de 1932).

Cuestión previa a dilucidar es, pues, la relativa a la subsistencia de la sociedad desde que se produce la causa de su disolución hasta su definitiva liquidación. Y relacionada con ésta—de interés más teórico que práctico en nuestro caso, después de lo dicho y de lo que se dirá—, otra: actos que puede realizar la sociedad en liquidación (1).

La opinión se halla dividida. Algunos autores afirman la desaparición de la sociedad cuando ocurre una causa de disolución. La consecuencia es que cada socio puede ejercer los derechos propios del comunero y reclamar el pago de los créditos a favor de la sociedad, mientras que los acreedores de ésta han de demandar sus créditos a los socios individualmente.

Otros, para evitar el fraccionamiento del patrimonio social, las dificultades que para la liquidación ofrece la extinción absoluta y el perjuicio que habrán de sufrir los acreedores sociales, han propuesto la

(1) No me interesa la distinción entre sociedad civil y mercantil, cuyas diferencias se atenúan progresivamente en la ciencia moderna, al descubrir en unas y en otras, sustancialmente, la constitución de un fondo en vista de una ganancia, por lo que si el fin es idéntico no deben fijarse *a priori* diferencias en su regulación (a). Razón por la que, al recoger la doctrina del problema enunciado—más abundante, como es natural, con referencia a las sociedades mercantiles—, lo hago con propósito de aplicación general, sin perjuicio de dejar salvadas las diferencias de detalle propias de las diversas clases de sociedades.

(a) V. José Castán: "Alrededor de la distinción entre las Sociedades". REVISTA CRÍTICA, año 1930, pág. 216.

constitución de una nueva sociedad, encargada de liquidar la disuelta; pero, por obviar inconvenientes, se producen otros que saltan a la vista, especialmente dificultando la liquidación y complicando las relaciones de la sociedad con los socios y con los acreedores.

Por esto, la generalidad de los autores son partidarios de la subsistencia de la sociedad hasta su total liquidación, bien de una manera ficticia, bien real, pero limitando su capacidad a las operaciones que sean necesarias para aquélla.

Rodolfo Fischer (1), que también admite la subsistencia de la sociedad, tratando de concretar su naturaleza en este período, afirma su continuidad al servicio de otro fin, latente en el primitivo. El fenómeno de la disolución no implica la desaparición de la persona colectiva, sino que, por el momento, sólo desplaza a ésta a una nueva fase, supeditada a un fin secundario (fase de supervivencia corporativa o descomposición corporativa). Sólo en el momento en que se pone fin a la liquidación, en que se agota el fin secundario, deja de subsistir la persona colectiva.

Esta es la posición de los Códigos Civil y de Comercio suizos (párrafo 730, ap. 2.º del primero y párr. 294, ap. 2.º, y párr. 156 del segundo), del Código civil alemán (art. 730) y del de Comercio español (art. 228). Nuestro Código civil guarda silencio sobre este particular. Sin embargo, los señores Pérez González y Alguer (2) creen que la tesis de la subsistencia de la sociedad puede apoyarse positivamente en el artículo 1.706, apartado 2.º, extendido por analogía a los demás casos en que interese la subsistencia de la sociedad, hasta la terminación de los negocios pendientes. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo también declara reiteradamente que la sociedad disuelta no puede dejar de cumplir sus obligaciones con el consiguiente perjuicio para tercero (sentencias de 6 de febrero de 1903 y 2 de noviembre de 1913). En igual sentido, el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil, de 20 de septiembre de 1919.

En este mismo sentido de la limitación de los fines de la sociedad, subsistente sólo a los efectos de la liquidación, se inclina la doctrina

(1) *Las Sociedades anónimas: Su régimen jurídico*. Trad. por W. Roces, 1934; página 503.

(2) Nota en la traducción del *Tratado de Derecho civil*, por Enneccerus, Kipp y Wolff, t. II, pág. 421.

española (1). Sánchez Román concreta su opinión en estas palabras. "Disuelta la sociedad, sobreviene un período, llamado de *liquidación*, durante el cual la sociedad no puede reaparecer ni subsistir con tal carácter para ningún nuevo acto de su vida social anterior, porque su personalidad concluyó, realizada que fué la causa de su disolución, siendo nula cualquiera obligación que después de ésta contraiga; pero deberá *ultimar* todas las relaciones *pendientes a la sazón*, para no defraudar los derechos y legítimas expectativas de los que con ella las contrajeron."

A pesar del respeto que me inspira siempre la opinión del citado Maestro, creo excesivamente absoluta esa prohibición de adquirir obligaciones nuevas, pues la realidad enseña que para cumplir obligaciones anteriores hay necesidad de contraer otras con ellas relacionadas.

El Código civil alemán, en su artículo 730, autoriza los negocios nuevos necesarios para la terminación de los pendientes. Así se practica en España. Y yo entiendo que cualquiera acto de la vida jurídica, aislado, puede merecer aquella consideración. Por ejemplo: la venta de un inmueble, para pago de deudas sociales. Y realmente, los encargados de la calificación de referencia serán precisamente quienes asumen la representación de la sociedad, bien por sí, bien por su mandato.

Con referencia a nuestro problema, para no desviarlo a campos de lucubración, conviene tener presente no sólo la imprecisa naturaleza de la sociedad de gananciales (2), sino que la sociedad civil, a partir de la disolución, la gestión, por la misma naturaleza de las cosas, per-

(1) Perez González y Alguer: ob. cit.: Sánchez Román. *Estudios de Derecho civil*, t. IV, pág. 532, y Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana: *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, ed. 1916, t. II, pág. 657.

(2) No desconozco la capital importancia—al menos, en el terreno científico—de la determinación de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, para la fijación de bases sólidas en que se asienten todas las resoluciones que aquélla provoca; pero como es difícil—para mí imposible—lograr el resultado, prescindiendo de ese estudio—ciertamente, sugestivo—, y prefiero aceptar, aunque sólo sea provisionalmente, la naturaleza de sociedad que el Código civil concede a la situación patrimonial que nos preocupa al llamarla sociedad y al reglamentarla como tal, especialmente por el régimen supletorio que para ella establece (art. 1.395 del mismo cuerpo legal) (a). Ade-

(a) Quizá en Navarra pudiera construirse, con propiedad de lenguaje y de técnica jurídica, la figura en cuestión con el nombre de *comunidad de conquistas*, atendidos su origen y su Fuero; pero el golpe unificador de la Jurisprudencia (v., por ejemplo, la Res. de 19 de enero de 1894) y la falta de disposiciones, que dan lugar a la aplicación del Código civil, como derecho supletorio, dificultan seriamente la empresa.

tenece a todos los socios. El Código civil alemán hace esta declaración expresa en el artículo citado. Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de noviembre de 1899, aunque con referencia a compañía mercantil, atribuye a los socios la facultad de autorizar a los liquidadores para nuevas convenciones, *sin cuya aprobación* son nulas. La de 4 de marzo de 1902, al reconocer personalidad a los liquidadores para proponer una inhibitoria, *por hallarse autorizados por los socios*, confirma la orientación apuntada de que, disuelta la sociedad, y hasta su plena extinción por la liquidación, los socios tienen facultades para todos los actos de la vida civil, obrando de común acuerdo. Y así debe estimarlo nuestro Centro directivo, cuando considera válida la enajenación de bienes de la sociedad de gananciales durante el período de su liquidación, en las Resoluciones antes recordadas, *por representar todos los transmitentes* la integridad de los derechos sociales.

De lo precedente resulta que la venta hecha por el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto en período de liquidación de la sociedad de gananciales es válida y directamente inscribible.

Más aún: si se estimase, por exigencias del tracto sucesivo sustantivo, que no es directamente inscribible, el tracto sucesivo formal sería de imposible cumplimiento: la inscripción previa a nombre del cónyuge y de los herederos con anterioridad a la liquidación de la sociedad es impracticable, dada la prohibición de inscribir el derecho hereditario cuando el causante ha fallecido casado (Resoluciones de 26 de febrero y 4 de mayo de 1906, 4 de julio de 1911 y 1.º de octubre de 1929). "Sólo cabría inscribir el derecho hereditario—dice Morell (1)—presentando escritura de renuncia por el cónyuge a sus apor-

más, sea sociedad (típica, especial o anómala), sea comunidad (romana, germana o de tipo intermedio), sea patrimonio—y en cualquiera de las teorías que lo explican, a no ser con la excepción de la alemana de los derechos sin sujeto (de destino, de afectación, de bienes diferenciados o, simplemente, un patrimonio familiar)—, lo indudable es que, muerto un cónyuge, se producen *siempre* dos resultados: los herederos de aquél se colocan en su lugar para todos los efectos derivados de la comunidad, y los bienes que integran la masa patrimonial se dividen por mitad entre el consorte sobreviviente y los herederos del fallecido. (V. artículos publicados por los compañeros Lezón y Roca en REVISTA CRÍTICA, núms. 60 y 63.)

(1) *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, ed. 1917, t. II, pág. 457.

V. el artículo titulado "La cuota usufructuaria del cónyuge viudo y la inscripción del derecho hereditario", del Notario Campos Porrata, publicado en REVISTA CRÍTICA, núm. 108, pág. 913.

taciones, gananciales y legítima o de reconocimiento de pertenecer todos los bienes relictos al cónyuge premuerto y renuncia a la cuota viudal". La doctrina contraria de la Resolución de 12 de enero de 1924 es inadmisibles, porque la disposición del artículo 71 del Reglamento hipotecario no puede regir—según nos enseña el informe del Negociado, emitido en el recurso gubernativo que la motivó—cuando se dividen idealmente bienes gananciales, especificándolos sin haberse practicado previamente la liquidación de la sociedad de gananciales (1).

En resumen: los dos casos de tracto sucesivo de referencia en el epígrafe de este artículo y las conclusiones a que lleva su estudio, son:

A) VENTA DE BIEN GANANCIAL POR EL CÓNUGE VIUDO HEREDERO ÚNICO DEL PREMUERTO.

La extinción total de la sociedad y su innecesaria liquidación por el tránsito de todos sus bienes al patrimonio del cónyuge supérstite, que se opera por ministerio de la Ley a virtud del fallecimiento del consorte con institución de heredero universal a favor de aquél, exige la inscripción previa a nombre del vendedor por los títulos de disolución de sociedad y herencia, que deberá ser practicada cuando resulte cumplido el principio de voluntariedad o rogación.

B) VENTA DE BIEN GANANCIAL POR EL CÓNUGE VIUDO Y LOS HEREDEROS DEL PREMUERTO. PENDIENTE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD.

Hecha la enajenación por todos los representantes de la sociedad, subsistente en dicho período, la inscripción de la compra se hará directamente, porque, inscrito el inmueble a favor de aquélla, la inscripción actual a favor del comprador satisface todas las exigencias hipotecarias del tracto sucesivo, en su doble aspecto sustantivo y formal (2).

(1) V. Beraud y Lezón: *Tratado de Derecho inmobiliario*, t. I, págs. 436 y sigs.

(2) Dada la organización patrimonial familiar en Navarra—a la que tanto contribuye el culto que a la libertad rinde este pueblo en su vida jurídica—, se puede presentar algún otro caso (como uno que tengo pendiente de calificación) cuya clasificación en uno u otro de los dos grupos presentados en el cuerpo de este estudio resulta harto difícil y comprometida. Ejemplo de referencia: *Pedro*, casado con *Teresa*, adquiere por compra un inmueble que, viudo, enajena como heredero de aquélla, aun-

No he pretendido el logro de resultados definitivos e incontrovertibles. Al ofrecer a REVISTA CRÍTICA esta modesta cooperación, me ha guiado precisamente el deseo único de estimular a personas doctas para el estudio del problema tratado, cuyo claro conocimiento es de interés práctico en la vida hipotecaria.

JESÚS ARTIEDA.

Registrador de la Propiedad.

que—en mi opinión, dados los términos de la cláusula a que voy a referirme—no merece esta consideración, pues tienen ambos cónyuges otorgado testamento de hermandad—irrevocable por el óbito de Teresa—, mediante el cual, después de instituir los dos consortes heredero al hijo común que el sobreviviente designe, se autorizan mutuamente, con relevación de la formalización de inventario, para disponer libremente de los bienes de ambos; de lo que resulta que Pedro es usufructuario universal con facultad de enajenar (la Ley le concede el usufructo de viudedad, y la disposición testamentaria de Teresa le faculta para disponer libremente).

Entiendo que la sociedad conyugal disuelta está en liquidación (solamente se podría defender su extinción total considerando al instituido usufructuario con facultad de disponer, heredero—o legatario—en la propiedad), y que no se puede practicar hasta que no sea conocido el heredero de ambos cónyuges y, además, se extinga el usufructo viudal. No obstante, mientras tanto, el cónyuge supérstite se halla colocado en el lugar del premuerto para todo acto de enajenación; es decir, su situación es como si fuese heredero en relación con los actos dispositivos de la masa hereditaria, y como, a la vez, es socio de la disuelta sociedad, asume todos los derechos dominicales de la comunidad frente a actos de enajenación. Civilmente, vende bienes con perfecta licitud, e hipotecariamente, el tracto sucesivo, sustantiva y formalmente, parece que se cumple sin inscripción previa a favor del viudo en la venta de una finca de origen ganancial; pues si con vista a la *personalidad* de la disuelta sociedad quizá no tenga la plena representación—sin que, por otra parte, al parecer, le falte *actualmente*, dada la indeterminación del heredero del cónyuge premuerto—, en orden a la masa patrimonial social, por su carácter de socio y por su facultad de libre disposición, hay que reconocerle la representación que he estimado necesaria para la posible inscripción directa de la compra a favor del adquirente.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

COMPETENCIA

SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1940.—Competencia.

Aplica la ley de 21 de mayo de 1936 a una acción personal encaminada a obtener un pago de cierta cantidad en metálico, declarando Juez competente al del domicilio del demandado.

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1940.—Competencia.

No obstante la sumisión expresa pactada en escritura de préstamo, se reconoce que la interposición de la demanda ante otro Juzgado diferente implica, por parte del acreedor, la renuncia al fuero pactado en su beneficio, una vez sobrevenida la *litis contestatio*, y que la ampliación de la demanda a otros intereses vencidos posteriormente no contiene petición distinta de la deducida con anterioridad.

SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1940.—Competencia.

Se declara la del Juez municipal del demandado para exigir parte del precio de una compraventa.

SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1940.—Competencia.

A falta de designación de lugar, la entrega de cosa determinada ha de hacerse, con arreglo al artículo 1.171 del Código civil, donde aquélla existía al constituirse la obligación; la obligación de pago de alquiler que empezó a cumplirse en un pueblo debe realizarse allí, en cuanto al resto; la competencia para la resolución de un contrato es la misma que para su cumplimiento, y el lugar del cumplimiento de la obligación decide la cuestión competencial.

SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1940.—Competencia.

Resuelta a favor del domicilio del demandado, con arreglo a la ley de 21 de mayo de 1936, por no invocarse pacto de sumisión expresa.

SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1940.—Competencia.

Por no apoyarse la cuestión en ningún principio de prueba escrita y no ser aplicable a una demanda presentada el 4 de mayo de 1936 la ley de 21 siguiente, se atribuye la competencia al Juez del domicilio del demandado, con sujeción a la regla 1.^a del artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento civil. En un caso semejante, la sentencia de 14 del mismo mes, no concede valor a unos impresos y copias de factura que no aparecen suscritos por el demandado y aplica la ley de Enjuiciamiento civil por tratarse de demanda anterior a la repetida ley de 21 de mayo.

SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1940.—Competencia.

La nota de pedido de un Agente comercial y la certificación del Interventor del Estado en la explotación de ferrocarriles, no redargüidas de falsas, constituyen principios de prueba a los efectos de resolver la competencia a favor del Juzgado de primera instancia del domicilio de la entidad actora, que es el lugar de la entrega de la cosa vendida, y en donde debe efectuarse el pago, conforme al artículo 1.500 del Código civil.

SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1940.—Competencia.

Sobre la base de que los daños y perjuicios exigibles al amparo del artículo 1.902 del Código civil son una prestación que ha de cumplir el obligado, niega que el lugar en que la finca radique sirva para determinar la competencia y, con arreglo a la repetida ley de 21 de mayo, la atribuye al Juez municipal del domicilio de la parte demandada.

SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1940.—Competencia.

Se atribuye al Juzgado en que tiene su domicilio el demandado, por tener el concepto de acción personal la encaminada a obtener el precio de una venta de mercancía; y por desentenderse en absoluto, con notoria temeridad, la parte demandante y el Juez municipal, de la ley de 21 de mayo, les impone por mitad las costas causadas.

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1940.—Competencia.

Se ejercita una acción personal sobre reclamación de cantidad y, como no se ha sometido el demandado al Juez del actor, corresponde el conocimiento del juicio al Juez municipal del domicilio del demandado. En igual sentido, la sentencia de 12 de abril, ya que, negada la sumisión por el demandado, no cabe estimarla acreditada por medio de la factura que el actor presenta, y que carece de firma que la autorice. La de 18 de abril de 1940 no admite tampoco una carta-factura como suficiente para decidir el caso porque no es sumisión expresa, ni pudo impugnarla el demandado por no haberse acompañado a la demanda, y atribuye la competencia al Juzgado municipal del domicilio del demandado.

FONDO

SENTENCIA DE 1.º DE FEBRERO DE 1940.—Beneficio de pobreza.

El artículo 1.248 del Código civil, por su carácter predominantemente admonitivo, no puede ser base de casación, y la certificación de la sentencia recaída en primera instancia, aun en el caso de que no hubiese sido revocada, tan sólo constituiría uno de los elementos de prueba, ineficaz por sí solo, para modificar el juicio que por el conjunto de todas las practicadas ha formado el Tribunal *a quo*.

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1940.—Honorarios médicos.

Declara que no es permitido en casación suscitar cuestiones nuevas y menos para contradecir las planteadas en la demanda, ni fundar recursos en infracciones de preceptos administrativos, como lo son los Estatutos de los Colegios médicos, sobre todo si el mismo recurrente omitió solicitar como prueba pericial el informe del Colegio correspondiente; el artículo 569 del Código de procedimientos de la zona marroquí, en relación con el 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, no es preceptivo, sino admonitivo, y no puede fundarse sobre ellos el error de Derecho, así como tampoco puede invocarse a los fines del recurso la certificación de la sentencia que acredita varias declaraciones contradictorias, de las cuales el Tribunal admite las que reputa veraces; que la casación no puede fundarse en una sola sentencia del Tribunal Supremo, y que las causas de inadmisión de los recursos lo son también de desestimación.

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1940.—Arrendamientos rústicos.

Después de reconocer que el Tribunal *a quo* había aplicado debidamente el artículo 1.281 para precisar la voluntad de las partes en orden a la duración de un contrato y al contenido del mismo como comprensivo de todos los aprovechamientos de las fincas arrendadas, así como el Decreto de 6 de marzo de 1936 y el artículo 9.º de la ley de Arrendamientos de fincas rústicas de 15 de marzo de 1935, al resolver el recurso de casación, el Tribunal Supremo declara: Que la palabra "año", sin más calificativo, usada por este último artículo, se refiere al año común; que, atento el legislador a la estabilidad del arrendatario en el disfrute de las fincas arrendadas mediante contrato a largo plazo y prórrogas sucesivas, señala un mínimo de duración del convenio, excluyendo de las disposiciones protectoras de la ley especial los arriendos a corto plazo; que, para incluir un arriendo en dicha esfera protectora, se requiere la concurrencia del requisito formal de la inscripción del mismo en el Registro de Arrendamientos, requisitos que no se dan en el contrato origen del litigio, y que llevan a la estimación de los motivos del recurso, porque la sentencia recurrida incluía en el ámbito de la ley al mismo contrato. Pero esta infracción no constituye la premisa única en que se apoya el fallo de instancia, porque invoca también el artículo 1.º de la ley de 2 de junio de 1936, en cuanto prohíbe todo desahucio de fincas rústicas arrendadas que no responda a la falta de pago del precio convenido, y en consideración a que dicha ley del 2 de junio no establece distinción entre arrendamientos rústicos especiales y los regulados por la legislación común, dispensando una marcada protección a todos los arrendatarios, no da lugar a la casación.

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1940.—Precario.

Constituye la esencia del precario el uso o disfrute de cosa ajena sin que medie renta o merced ni otra razón que la mera condescendencia o liberalidad del poseedor real y, habiendo afirmado la sentencia recurrida que el inmueble fué adquirido por el actor mediante escritura pública, cuyo otorgamiento equivale a la entrega y posesión real de la finca, no puede prosperar el recurso basado en razonamientos y afirmaciones que se dirigen a impugnar la apreciación de las pruebas por el juzgador de instancia y debe admitirse la procedencia de la acción de desahucio ejercitada.

SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1940.—Hijos naturales.

La Constitución de la desaparecida República no produjo *ipso facto* la derogación de los preceptos del Código civil que estuviesen en contradicción o desacuerdo con su espíritu y, no habiéndose promulgado nuevas normas en materia de filiación natural, es indiscutible la ininterrumpida vigencia de aquellos preceptos, por lo cual la declaración del Tribunal de instancia, que, sin afirmar el hecho de la filiación, se limita a consignar la creencia arraigada de que habían existido relaciones entre los padres, pero agregando que la hija no se halla en la posesión constante de estado, impide a la recurrente invocar los derechos que el texto constitucional atribuía a los hijos naturales.

SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1940.—Amigables componedores.

Se decía en el primer motivo que se resuelve una cuestión no sometida a la decisión de los mismos, pues éstos estimaban incumplido el contrato y fijaban daños y perjuicios, y la Sala declara que el motivo no tiene en el laudo base real estimable a efectos de casación, porque la obligación puesta de pagar 20.750 pesetas tenía por causa la posesión de la finca y bienes objeto del compromiso y no el incumplimiento del contrato de compraventa. En el segundo motivo se alegaba que, al determinar las mejoras ejecutadas en ciertas fincas vendidas, se había omitido la concreción de dichas mejoras, produciéndose una evaluación caprichosa injusta, y también se rechaza porque el laudo expresa que las mejoras han consistido en roturar terrenos que estaban incultos; pero como los amigables componedores, autorizados tan sólo para fijar los daños y perjuicios irrogados *en los bienes*, se excedieron en sus atribuciones, fijando los daños y perjuicios irrogados *al recurrido* y valorando los que no corresponden a deterioros materiales sufridos por los bienes, que es lo único que se les encomendó, se casa el expresado laudo respecto al pronunciamiento, que señala 7.500 pesetas como adeudadas por los recurrentes al recurrido, por daños y perjuicios irrogados a éste.

SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1940.—Nulidad de testamento.

El Tribunal sentenciador, apoyado en la presunción de que es capaz todo testador siempre que no medie una previa declaración en contrario, así como en el hecho de que el Notario y los testigos afirmaban

que, a su juicio, tenía la capacidad legal necesaria para testar, y en las pruebas del pleito había negado valor probatorio a las certificaciones de los facultativos médicos y a la declaración de un testigo. Interpuesto el recurso, alegando en primer lugar el error de hecho, y sobre la base de que el Real decreto de 27 de enero de 1930 y otras disposiciones complementarias concedieron al certificado médico la consideración de documento público, se declara que los preceptos de carácter administrativo no son invocables en casación y que los mencionados documentos no están comprendidos en el número 7.º del artículo 1.692 de la ley Procesal, porque el concepto de autenticidad a que el mismo se refiere no se limita a la legitimidad del documento, sino que se extiende a su contenido, es decir, a que sea obligatoria al Tribunal su aceptación; que tampoco existe error de derecho por haberse prescindido del artículo 685 del Código civil, porque se había dado fe por el Notario autorizante, que creía encontrar a la testadora en plena lucidez intelectual, de que, a su juicio y al de los testigos, tenía la capacidad necesaria. Por último, para rechazar otro motivo fundado en la inaplicación de los artículos 660 y 661 del Código civil, se reconoce que, si un legatario ha aceptado y disfrutado hasta su fallecimiento el legado de renta vitalicia establecido a su favor en el testamento, perdió la acción que pudiera haberle correspondido para impugnar el mismo testamento y no pudo transmitirla a sus herederos.

SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1940. — Operaciones particionales.

Habiéndose atribuido en documento privado a un agrimensor la facultad de llevar a cabo las operaciones de inventario, avalúo y división de los bienes inmuebles relictos, que fueron objeto de una escritura pública, firmada por algunos, pero no por todos, los interesados, la Sala decide que el documento privado otorgado por los causahabientes tiene un sentido claro, desconocido por el Tribunal de instancia al entender que en el mismo se había conferido al agrimensor la facultad de practicar la división de los inmuebles, cuando de los términos literales aparece que lo convenido no fué encomendar a aquél la división de los inmuebles que permanecían indivisos, sino únicamente, además de su inventario y valuación, un avance o proyecto de los cupos o hijuelas que había de ser sometido al acuerdo de los herederos; y como, partiendo de una falsa premisa, la sentencia recurrida declaraba que

los interesados en la partición podían prescindir válidamente de que interviniese uno de ellos en la practicada, ajustándose a los cupos o hijuelas formados por dicho agrimensor, había infringido el art. 1.281 del Código civil. También declara la Sala, recordando una reiterada jurisprudencia, que el cónyuge superviviente tiene el carácter de heredero forzoso del finado. Y, en fin, que, si bien es cierto que, para impugnar con éxito las operaciones divisorias de una herencia, hay que demostrar el perjuicio de quien las impugna, esta doctrina carece de aplicación al caso en que no han concurrido los interesados todos a crear el vínculo jurídico y no existe el contrato de partición de bienes, que requiere el concurso y asentimiento de todos los contratantes.

LA REDACCIÓN.

BIBLIOGRAFIA

Como ya anunciamos en el último número de nuestra Revista, hemos de tratar de una conferencia singularmente interesante, dada por el profesor Klausning en el "Congreso de Juristas Alemanes", en 1936, en Leipzig. El tema del mencionado discurso es "Formación y creación del Derecho en la esfera contractual y de sociedades" (*Rechtsgestaltung und Rechtsschöpfung im Vertrags-und Gesellschaftswesen*). Al final de la conferencia se encuentran ciertos principios programáticos, que en Leipzig fueron entregados previamente a los oyentes del profesor Klausning. Nos parece también más conveniente comenzar que concluir con dichos principios directrices (*Leitsätze*) de su pensamiento.

Klausning distingue doce postulados, que en lo esencial rezan de la siguiente manera: 1.º La redacción de cláusulas y condiciones de los negocios y la contratación, según formularios referentes a mercancías, servicios y otras prestaciones homogéneas y unificadas, son, en contra de lo que sostiene una opinión muy divulgada, necesarias hoy día, por motivos políticos, jurídicos, económicos y sociales. Son igualmente necesarios los contratos típicos de sociedades, estatutos, ordenanzas para el servicio y el negocio, como fundamento de organización para comunidades y corporaciones de todas clases. 2.º Aquellos que conciben la creación autónoma de normas por los círculos interesados, como producto de la difamada libertad contractual y de asociación, se equivocan por completo. También el "Estado del Caudillo", con su autoridad incondicional sobre todos los aspectos de la vida del pueblo, necesita las mencionadas reglamentaciones como complemento del Derecho positivo y de los ordenamientos estatales en los diferentes campos de la economía (reglamentación de los mercados y tarifas, leyes de bases, etcétera). 3.º Se trata de ordenamientos auténticos, comparables al Derecho estatal, tanto en sus presupuestos populares, económicos, socia-

les, éticos y psicológicos, como en su formación lingüística y técnica, en su manejo práctico y en su clasificación juridicocientífica. Sin embargo, no está permitido equipararlos a la Ley, desde el punto de vista político. Por otro lado, hemos de distinguirlos de los contratos particulares, tanto en el aspecto sociológico, como en el aspecto dogmático y político, puesto que los efectos normativos de los contratos particulares entre los interesados han de cumplir funciones muy diferentes dentro del orden de la comunidad popular. 4.º La relación entre las reglas usuales dentro de las corporaciones y del tráfico comercial (observancia, uso comercial, costumbres) y el Derecho consuetudinario es análoga a la relación entre la norma comercial "redactada" y el Derecho legal, que se ha fijado en el postulado anterior. 5.º Hacen falta seguridades personales e institucionales contra el empleo ilegal o abusivo de situaciones poderosas y contra deficiencias técnicas. Simultáneamente, se requiere el cultivo positivo y el fomento de la mencionada reglamentación "praeter legem" de relaciones vitales importantes. Estos principios se aplican también a los formularios, contratos, condiciones de negocios y estatutos de la mano pública. 6.º El control posterior, mediante la jurisprudencia, por motivo de pleitos particulares, es necesario y eficaz. Sin embargo, no es suficiente, como tampoco lo es la protección preventiva mediante el sistema liberal de las condiciones normativas para los estatutos. A pesar de todo, rechazamos como impracticable y como políticamente errónea la introducción de una fiscalización general y administrativa mediante autoridades centrales especiales. 7.º La conformidad con los intereses y necesidades económicos y políticos pertenece a la competencia de los órganos del Estado y del Partido. En cambio, han de ocuparse la legislación y la jurisdicción con la conformidad de los estatutos, etc., con el Derecho obligatorio y con la concepción sana del pueblo en cuestiones jurídicas. 8.º Quienes participan en la publicación de normas para sociedades, etc., tienen la responsabilidad de un legislador. Por tanto, hemos de requerir la colaboración responsable de juristas expertos y honrados. 9.º Para esta finalidad ha de tratarse la jurisprudencia cautelar en pie de igualdad con el Derecho legal y consuetudinario de parte de la investigación científica, de la enseñanza y de la educación, de modo que todos los juristas (jueces, funcionarios administrativos, y no sólo abogados, notarios y economistas) habrán de ocuparse de ella, tanto en la Universidad como durante el servicio preparatorio. La "jurisprudencia cautelar" comprende

las formas reales de estatutos, condiciones de negocios y formularios. Conviene que, además de la Universidad, también la "Academia de Derecho Alemán" se ocupe de la "jurisprudencia cautelar". 10. Los Notarios son, sobre todo, aptos para colaborar de manera decisiva en la formación y creación jurídica dentro del Derecho contractual y de sociedad, puesto que por un lado tienen un cargo sin estar incorporados en la jerarquía de funcionarios, y puesto que, por otro lado, no están sometidos a los intereses individuales o de grupos. 11. Por tanto, será competente el Notario, solo o además del Tribunal, como órgano de la jurisdicción voluntaria para certificar negocios jurídicos, contratos, estatutos y resoluciones en los casos previstos por la Ley. Sería también conveniente que se organice una colaboración responsable entre los Notarios y todos los juristas colocados por empresas, *cartells*, etc., referente a la formación de normas en condiciones de negocios, contratos, formularios y estatutos. No parece conveniente la competencia exclusiva de los Notarios en estas cuestiones. Sin embargo, hay que pensar en la utilidad de una declaración notarial referente a la legalidad de estatutos, condiciones de negocios y contratos formularios. En este aspecto el Notario ocuparía el cargo de un "examinador jurídico" (*Rechtsprüfer*). 12. Mediante una preparación y elección adecuada de los Notarios, conjugada con el cultivo vivo del honor y de la tradición profesional, han de crearse los presupuestos racionales e irracionales, bajo los que el arte de la legislación y de la jurisdicción puede desarrollarse plena y puramente en las reglamentaciones *praeter legem* de la esfera contractual y de sociedades.

La conferencia contiene un comentario a los doce principios. Klausning plantea al principio dos problemas: 1.º ¿Será en el porvenir la competencia de los órganos del Estado y de la autoadministración y de las organizaciones gremiales, reconocidas y fiscalizadas públicamente, exclusiva en lo referente a la publicación de leyes, reglamentos, leyes de bases, etc.? 2.º ¿Es posible conseguir de esta manera una reglamentación verdadera, es decir, firme y a la vez elástica, de la vida económica y social?

Klausning contesta ambas cuestiones, rotundamente, en sentido negativo. Afirma que el Estado nacionalsocialista no excluye la iniciativa particular, y que tampoco el Estado totalitario puede y quiere reglamentar todos los aspectos de la vida. El profesor de Francfort menciona luego favorablemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ale-

mán, según la cual se consideran como leyes los contratos formularios (contratos de adhesión), con tal que extiendan su aplicación más allá del partido judicial de una Audiencia territorial para los efectos de la casación. En otras palabras: la infracción de una cláusula en un contrato de esta índole permite la interposición de un recurso de casación por infracción de la Ley y de doctrina legal. Sin embargo, no resulta de esta jurisprudencia la equiparación absoluta de los contratos de adhesión con el Derecho legal o consuetudinario. Hay una diferencia fundamental entre los estatutos, condiciones de negocios, etc., por un lado, y el Derecho estatal, por el otro. Esta diferencia fundamental es el reflejo de otra diferencia no menos fundamental entre las personas jurídicas corrientes, por una vertiente, y el Estado, por otra vertiente. Sólo un "cerebro deformado" puede negar esta tesis, careciendo por completo del sentido político común referente a las distinciones valorativas de las formaciones sociales.

Después de estas aclaraciones atinentes a los cuatro primeros principios, distingue Klausing los principios 5.º hasta 9.º, que atañen a los juristas en general, y los principios 10 hasta 12, que interesan especialmente a los Notarios. De todas maneras, destaca el conferenciante tres puntos: 1.º Solución institucional y, sobre todo, personal, acentuando el aspecto cultural y pedagógico. 2.º Jurisprudencia cautelar: como tarea equivalente de la ciencia jurídica y de su enseñanza; como objeto de la investigación científica dentro de la Universidad, y fuera, en el ámbito de las instituciones profesionales y generales. 3.º Práctica cautelar: los juristas al servicio de la economía y los Notarios son los portadores y los vigilantes de la formación creativa de normas y tipos en la esfera contractual y de sociedades. Ambos tienen la misma responsabilidad frente al Pueblo y al Estado; ambos están sometidos de una manera especial a su esfera social y a su ordenamiento profesional; ambos necesitan una colaboración inteligente, como servidores y representantes del auténtico Derecho.

Comentando el principio 8.º, pronuncia Klausing, en concordancia con Grossmann-Doerth, la siguiente tesis: "Los que participan en la publicación de normas en la esfera contractual y social tienen la misma responsabilidad que un legislador." El principio 9.º es muy importante. La Universidad no debe solamente abordar el Derecho legislado. Tiene que investigar y enseñar también la jurisprudencia cautelar. Hoy por hoy, el joven jurista aprende meramente la técnica judicial. En las

prácticas resuelve casos como un Juez. Pero no se ve obligado a hacer contratos o a esbozar estatutos. Los principios 10 hasta 12 se ocupan del papel especial de los Notarios. El Notario tiene un cargo público sin estar incorporado en la jerarquía de los demás funcionarios estatales. En los últimos tiempos pierden los Notarios una gran parte de sus actividades en favor de los así llamados "síndicos", o sea de juristas colocados en empresas particulares para dar consejos jurídicos. Esta situación no es satisfactoria, puesto que el consejo jurídico del Notario, como de una persona independiente, es preferible al de un empleado, por experto que sea. Sin embargo, no es conveniente tampoco el monopolio de los Notarios referente a estas cuestiones. Klausing compara su posición más bien con la de los "examinadores económicos" (*Wirtschaftsprüfer*), es decir, de personas independientes que, contra retribución, examinan los balances anuales de las sociedades. De una manera análoga, los Notarios podrían examinar los estatutos de las sociedades o las cláusulas de los contratos de adhesión, y pronunciar, en su caso, una declaración de que están conformes con la Ley. Esta declaración no vincularía a los Tribunales, como tampoco los vincula la declaración de conformidad de los "examinadores económicos".

Hemos resumido en lo esencial las interesantes disertaciones del profesor Klausing acerca de un tema de gran importancia práctica. Nos permitimos destacar el principio 5.º, que exige garantías contra el abuso del poder económico de sociedades que prácticamente monopolizan el mercado, en perjuicio de la gran cantidad de clientes desorganizados y por eso impotentes contra tal abuso.

LA REDACCIÓN