

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XI

Agosto de 1935

Núm. 128

La escuela de Tubinga⁽¹⁾

I

La jurisprudencia de intereses debe sus desarrollos a la tenaz labor de dos profesores que, deseosos de liberar al Juez de la tiranía de los conceptos y de empujarle por los espléndidos campos de la vida social, se alistaron en las filas del modernismo judicial paralelamente al llamado movimiento del Derecho libre (*Freirechtsbewegung*) ; pero temerosos de los abismos que los anárquicos entusiasmos abrían a sus pies, anclaron su doctrina en la roca de ley y buscaron en su inspiración y finalidad un criterio objetivo. Por ello resultaron sospechosos a uno y otro bando, sufrieron los ataques en ambos frentes y se ven en la constante necesidad de justificar su posición y desvanecer los *malentendus* de los adversarios.

Ya en el prólogo de su obra *La avería gruesa*, que remonta al año 1889, Heck realzaba el carácter metódico de su tarea, que tenía a demostrar la dependencia en que el Derecho se halla respecto de las necesidades humanas, y la significación del factor *finalidad*. También allí aparece la indicación de que el intérprete debe acomodarse a los términos prácticos y finalistas del problema y hasta la recomendación hecha al Juez de que llene las lagunas con su propia creación, decidiendo *de lege ferenda* cuando la investigación *de lege lata* no tenga resultado.

Estas ideas cristalizan en un discurso leído en la Universidad

(1) Véase el artículo «Jurisprudencia de intereses» del número 126 de esta Revista.

de Tubinga el 6 de Febrero de 1912, que, tras una breve exposición de la disputa sobre el método jurídico, enfoca el problema de la adquisición o captación del Derecho, la jurisprudencia de conceptos, las nuevas direcciones teleológicas y las trascendentales reformas con que los modernistas tratan de corregir la estéril y perjudicial labor de los Parlamentos en el ordenamiento jurídico privado (rebajar el Código civil a la categoría de un texto académico, distinguir de tareas políticas y no políticas, con atribución de éstas a organismos censurados por las Cortes; institución de un Justicia mayor (*Reichsjustizamt*) (1).

La interpretación de la Ley en su relación con la jurisprudencia de intereses, se desenvuelve con mayor precisión en un extenso trabajo publicado en el *Anuario para la práctica civil* de 1914 (2), donde la tarea del Juez, lejos de limitarse a la subsunción lógica, reviste los caracteres de un proceso de obediencia racional que atiende al contenido, a los motivos y a la causa del mandato, a los precedentes históricos y a los intereses concurrentes, contradictorios y obstaculizantes. Heck confiere a los conceptos solamente una función ordenadora y retrocede a la causa fundamental del precepto, diferencia e integra las relaciones sociales, cualifica los impulsos interesados como más finos y adecuados al estudio de las necesidades y separa los problemas de conocimiento o nomotesis de los problemas de valoración. Demostrada la aplicabilidad y la independencia del nuevo método, desvirtuados los argumentos contrarios, basados en la voluntad del legislador y en la separación liberal de los Poderes, invoca como inspiradora de su sistema la *experientia vitae*, y termina con la afirmación de que la jurisprudencia de intereses facilita y asegura a los profesionales la apreciación de lo jurídico concreto, con independencia de los ideales políticos y de la intuición del mundo por cada uno formada, y en vez de ser un reflejo de las corrientes filosóficas de moda, se deriva directamente de la función encomendada al Juez por las Constituciones modernas.

La doctrina aparece en su completa madurez, consciente y acometidora, en la obra de Heck sobre construcción de conceptos pu-

(1) *Das problem der Reichsgewinnung*, 2.^a edición, 1932. Mohr, Tübingen.

(2) *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Existe edición separada. Tübingen, Mohr, 1914.

blicada en 1932, que estudia en la primera parte los problemas básicos de la discusión sobre el método, por el orden siguiente : 1.º, los fines de la ciencia y la dependencia jurídica de la jurisprudencia de intereses ; 2.º, los tres conceptos instrumentales del método (intereses, conceptos y construcción) ; 3.º, el nacimiento de la norma jurídica ; 4.º, el fallo judicial, con referencia a la jurisprudencia constructiva y a la de intereses ; y 5.º, la tarea de la ciencia : extensión de los materiales normativos y sistema interno de la adquisición o captación de preceptos, y de su presentación o exposición en el procedimiento deductivo e inductivo ; con un apéndice sobre las controversias constructivas y la posibilidad de múltiples conceptos. La segunda parte está dedicada a rebatir las observaciones de Oertmann sobre la probable infidelidad del sistema a la Ley, el riesgo de que la depreciación del concepto perturbe las exposiciones sintéticas y las dificultades que presenta en la enseñanza, con unas advertencias finales que destacan el carácter funcional y biológico de la jurisprudencia de intereses (1).

Y para presentar dos espléndidas muestras del valor práctico de su método, Heck ha publicado un tratado elemental del Derecho de obligaciones y otro del Derecho de cosas, en los que pone de relieve las diferencias más notables entre ambas jurisprudencias, por lo que se refiere a la estructura y desenvolvimientos doctrinales, al mismo tiempo que da un notable ejemplo a los que quieran seguirle por el camino de la investigación y ponderación de intereses (2).

Con igual tesón combatía su colega Max Rümelin, conocido en nuestra patria por las citas de su estudio sobre la autocontratación (1888), en los siguientes discursos leídos con motivo de las académicas distribuciones de premios en la Universidad de Tübinga : *Bernardo Windscheid y su influencia en el Derecho privado y en la jurisprudencia* (1907) ; *El nuevo Código civil suizo y su significación para nosotros* (1908) ; *La equidad en el Derecho* (1921) ; *Rodolfo de Ihering* (1922) ; *Eugenio Huber* (1923) ; *Intuición jurídica y conciencia jurídica* (1925) ; *La igualdad ante la Ley* (1928) ; *La fuerza vinculadora de la costumbre y su fundamento* (1929) ; *Cambios experimentados en la jurisprudencia y en la doctrina* (1930).

(1) *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübinga, 1932. Mohr.

(2) *Grundriss des Schuldrechts*. 1929. *Grundriss des Sachenrechts*. 1930

A pesar de todo, el público alemán, los profesionales y aun los especialistas no se hallaban enterados de la significación del movimiento, que confundían con las ramificaciones de la corriente del Derecho libre, y si no se había llegado a una conspiración del silencio, por lo menos faltaban en los expositores las citas precisas y la exacta valoración de las orientaciones, así como sobraban las impugnaciones de ideas que también Heck y Rümelin combatían (1).

La escuela tubingense de Derecho privado, o de la jurisprudencia de intereses (*Tübinger Schule der Privatrechtslehre-Tübiger Interessenjurisprudenz*) se afirma y reconoce oficialmente en el volumen publicado, con motivo de cumplir los setenta años Max Rümelin, en su honor y en el de Heck y Benno Schmidt, y en los trabajos que vienen apareciendo en el más que centenario *Archiv für die Civilistische Praxis*, editado en aquella población por Mohr.

II

Por recientes que sean las investigaciones sobre finalidad en el Derecho, y por grande que sea la influencia de la escuela vienesa, que quiere dejar reducida la jurisprudencia a una especie de álgebra de las normas, en los antiguos y modernos expositores de la teoría de interpretación se encuentran términos, como los de voluntad, mente, intención y propósitos de la Ley o del legislador, que hacen una referencia más o menos directa al *fin* perseguido, y aun el gran público, el hombre del medio de la calle o el del rincón del hogar, comprenden sin ningún esfuerzo que el Derecho se establece para algo y perciben inmediatamente el lado práctico de las instituciones.

Pero el método teleológico (de *telos-eos*, fin, y *logos*, discurso) se caracteriza por encauzar la investigación en plano diferente del que corresponde a la interpretación positivista, por denegar al concepto jurídico su fuerza trascendente y su exactitud matemática y por abrir el paso a consideraciones intuitivas o emocionales de innegable subjetividad.

(1) Véanse las pruebas en Stoll: *Begriff und Konstruktion*, Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt. Mohr, Tübingen, 1931.

Sólo que la investigación de fines concentra las dificultades. El fin último, Dios, al cual los escolásticos ordenaban toda la existencia (*omnia ordinanda ad Deum*), la finalidad divina sobre cuyo conocimiento asentaba Tredelenburg el Derecho (*der Anerkennung des Göttlichen Zweckes*) son tareas que sobrepasan los medios de una ciencia práctica como la jurisprudencia, y la catalogación de fines secundarios nos envuelve en problemas metafísicos y sociales de enorme complejidad y trascendencia.

Por eso Heck, que reconoce como una especie del método teleológico el de intereses, deslinda su ámbito y fija con gran modestia sus pretensiones. La nueva dirección del pensamiento centra el Derecho sobre las exigencias de la vida, y así se habla de método teleológico y de jurisprudencia realista, sociológica, de valores y también de intereses. Esta dirección se bifurca: algunos de sus representantes atribuyen la potestad de captar o adquirir el derecho al Juez exclusivamente y le liberan de la Ley (*Freirechtslehre*), pero son muchos más los que siguen fieles a la Ley (*gesetestreue Teleologie*) y han de luchar al mismo tiempo frente a la jurisprudencia de conceptos, con los partidarios del derecho libre. De suerte que a la negación que formulan de aquella jurisprudencia corresponde la positiva referencia a las necesidades vitales, y a la negación del derecho libre, el postulado de la aplicación leal de la Ley (1). El método de la jurisprudencia de intereses recibe sus bases e inspiración de la experiencia y exigencias del trabajo jurídico, no descansa en una especial intuición del Universo, en un sistema filosófico o en fundamentales aportaciones de otras ciencias. Aunque independiente y extraño a las elucubraciones metafísicas, no desdeña los estudios matemáticos, naturalistas ni de cualquier otra clase; pero ante todo es eminentemente profesional, de juristas, y se halla orientado o polarizado hacia los variadísimos intereses que tutela un ordenamiento jurídico. Sus discusiones no versan sobre la concepción del mundo ni sobre los posibles ideales, sino más bien sobre los medios para alcanzar los fines comunes. Tampoco se deja el método llevar por los postulados materialistas, y enfoca con instrumentos propios la estrella polar de la eterna justicia.

(1) *Die Leugnung der Interessenj. Archiv. f. die Civ. Pr.* 137 Band, 49.

Sobre la teoría *genética* de Ihering y con ciertas aproximaciones al derecho justo de Stammler, Heck desenvuelve la teoría *productiva* de los intereses, colmando con sus trabajos las lagunas de la ley. Como instrumentos de trabajo maneja : 1), los *intereses* ; 2), los *conceptos*, y 3), la *construcción*, nociones que toma del lenguaje ordinario y afina en su aplicación a la jurisprudencia.

En el lenguaje corriente, la palabra *interés* pone de manifiesto la significación que los bienes de la vida tienen para el hombre y, en su consecuencia, el deseo de tales bienes. Pero no solamente el deseo que se destaca en el campo de la conciencia, sino también el impulso inconsciente. Finalmente, son intereses, en sentido objetivo, las relaciones que provocan el deseo o el impulso. Usualmente se amplía el sentido hasta comprender los intereses de un grupo, de la comunidad, del público, de la humanidad, y en el término van involucrados no sólo los intereses patrimoniales, sino los bienes ideales : éticos, religiosos, de la justicia... La política, entendida como lucha por la participación en la formación del Derecho o en la promulgación de la ley, refleja intereses de capas sociales, partidos, etcétera.

La jurisprudencia de intereses sirve a la vida con toda su complejidad, tiende a satisfacer estos anhelos y se propone la supresión de conflictos privados, del choque de ideales legislativos y de las antinomias de los intereses públicos frente a los privados. Dentro de los intereses que el legislador ha de conservar o tutelar podemos distinguir tres grupos : los intereses vitales que la justicia impone y la ley protege al distribuir y decidir, la necesidad de promulgar mandatos aplicables (practicabilidad) y las ventajas de la comodidad o fácil obediencia de los preceptos. El trabajo científico, con tales conceptos, lleva a la admisión de nociones auxiliares : la norma jurídica de *decidir* conflictos de intereses, la *decisión*, ha de ponderar los contrapuestos y concurrentes, y esto ha de realizarse por medio de una *valoración*. El juicio valorativo vuelve a la representación de un ordenamiento trascendente, y también de un concreto ideal social.

Por eso Stoll avanza la designación de jurisprudencia de valores ; los representantes del derecho político, la de jurisprudencia teleológica, y los criminalistas prefieren enfilar la teoría de los bienes jurídicos.

Sin embargo, Heck rechaza los intentos de sustituir a los intereses el fin, los bienes jurídicos o el valor. El precepto legal no recibe grandes luces de los últimos conceptos: es la diagonal del paralelogramo de fuerzas interesadas, cuyo estudio debe preocuparnos tanto como la valoración del interés predominante. Por otra parte, la frase *bienes jurídicos* se refiere a *valores objetivos*, y ambas significan algo que no es completamente sustituible a los estados de ánimo, a la predisposición del interesado. No se niega con tales réplicas la importancia de los conceptos auxiliares, pero para un trabajo de filigrana, como el de poner en evidencia los múltiples intereses comprometidos en sociedades, seguros, propiedad intelectual, etc..., necesitamos un instrumental fino, así como para decidir los conflictos de la educación religiosa o de la comunidad matrimonial deberíamos emplear verdaderas balanzas de precisión.

III

Una frase de Porfirio, que la Edad Media había encontrado en Boecio traducida al latín (1), encendió la discusión sobre los llamados *universales*: «no quiero profundizar si los géneros y las especies existen por sí mismos o solamente en la inteligencia». En ello se alude a las opiniones de Platón y Aristóteles. Para el primero, los géneros, las *ideas*, son la esencia misma de las cosas: existen permanentemente, mientras que los individuos arrastrados por un movimiento continuo aparecen y desaparecen. Las *ideas* no son simples conceptos, nociones abstractas, tienen realidad objetiva. Aristóteles parecía inclinado a no concederles más que un valor psicológico y lógico y negaba su existencia independiente respecto de las cosas particulares.

Inciertas las posiciones y oscuros los argumentos de los primeros comentaristas de la escuela, es preciso llegar a Roscelino para encontrar una clara expresión del nominalismo: los universales son meras abstracciones y las partes no tienen existencia real (porque decir que una parte es tan real como la cosa, equivale a decir que

(1) Vide Cousin: *Fragments physiologiques*, 5.^a ed. Phylos. du Moyen-âge. París. Didier, 1865, págs. 60 y sig.

aquélla es parte de sí misma, ya que la cosa no es lo que es, más que con todas sus partes ; y porque la parte debe preceder al todo, y como forma parte del todo, debería precederse a sí misma, lo que es absurdo). En realidad, no existen más que individuos, de donde el espíritu, por vía de comparación y abstracción, forma los géneros y las especies.

Comprometida la existencia real de la Trinidad por esta doctrina, S. Anselmo, saliendo a la defensa de la fe católica, llama a estos conceptos *sustancias universales*, une el nominalismo al empirismo, así como el realismo a la filosofía racional ; se atreve a sostener que el hombre no se halla todo en el individuo, puesto que *plures homines in specie sunt unus homo*, y casi afirma que el color tiene realidad fuera de los cuerpos coloreados, como el género humano independientemente de los individuos que lo componen. Con mayor precisión Guillermo de Champeaux entiende que el universal es una cosa real e idéntica (esencial, íntegra y simultáneamente) en cada uno de los individuos del género, que, por lo mismo, no se diferencian en esencia, sino por los elementos accidentales.

Contra los representantes de ambas escuelas sienta Abelardo que los universales no son cosas (realismo) ni palabras (nominalismo), sino conceptos (conceptualismo). Todo individuo, dice, está compuesto de forma y materia. Sócrates tiene por materia el hombre y por forma la *socratidad* (*socratitate forma*). Y así como la socratidad, que constituye formalmente a Sócrates, no existe fuera de Sócrates, tampoco aquella esencia de hombre que la sirve de sostén está en otra parte más que en Sócrates. Entiende, pues, por especie *non illam essentiam hominis*, sino la colección formada por todos los individuos de esta naturaleza.

Recuerdo el planteamiento de este célebre problema, que llenó los primeros tiempos de la escolástica, para que el lector, sin confundir lo filosófico con lo práctico, o mejor, una cuestión ontológica con una cuestión de método, se haga cargo de las indicaciones sobre los conceptos jurídicos que van a seguir.

Bajo la palabra *concepto* comprende el lenguaje corriente el contenido reflexivo, de alcance general, unido a ciertas palabras y también las representaciones de determinada especie. Aunque estas palabras agrupan las notas características, no son, por regla general, precisas, y cabe distinguir en ellas un *núcleo* y un *ámbito* que lo

rodea. Del significado usual hay que distinguir el sentido concreto que la palabra tiene en una oración. Todo pensamiento maneja conceptos, y no hay posibilidad de promulgar una ley sin unirlos, como tampoco se puede dictar un fallo o discutir el asunto científicamente sin emplearlos.

Entre las muchas clasificaciones que de los conceptos de la ciencia jurídica pueden hacerse, figura en primer lugar, con referencia al contenido de la representación, la que los separa en «conceptos imperativos» y «conceptos de interés». El Derecho pertenece al mundo de los mandamientos, y las representaciones del deber delimitan intereses.

En la anatomía jurídica encontramos representaciones de normas y de sus grupos y elementos que podemos designar *conceptos de mando* (preceptos). Cuando se refieren a un sector de vida los llamaríamos conceptos institucionales, pero para evitar confusiones, vale más denominarlos configuraciones imperativas (*Gebotsgebilde*); por ejemplo: la propiedad, la obligación, los derechos subjetivos...

Pero también podemos investigar la faceta del interés, el aspecto funcional que nos hace pensar en la fisiología, y encontraremos representaciones de intereses, por ejemplo, en el derecho inmobiliario. Dada la íntima relación entre los preceptos y los intereses, distinguiremos inmediatamente conceptos *dobles* de la obligación, del delito y del derecho real, como tienen dos caras los de sociedad, Corporación y Estado que enfocamos en la sociología jurídica. La extensión y variedad de los conceptos de intereses son extraordinariamente grandes: abundan en todas las investigaciones sociales, económicas y biológicas.

Los indicados grupos no agotan la masa de los conceptos, y a su lado figuran: a), los conceptos históricos (discusión, etapas y formación de un código, por ejemplo; b), conceptos metódicos (subsumpción, colmo de lagunas..., y c), conceptos opinables (teoría de los contratos, teoría de la creación en los títulos al portador).

Como las normas pueden enfiilar hechos o consecuencias jurídicas y éstas pueden ser modificadas, cabe distinguir en aquéllas: a), los conceptos de hecho (negocios, contratos, delitos, vicios de voluntad, b), los de consecuencia jurídica (derechos subjetivos, tipos del derecho de cosas), y c), los modificativos (nacimiento, altera-

ción y muerte de los derechos, mora, cancelación, sucesión...). Aún cabe hablar de los conceptos estructurales y, así como en gramática nos referimos al sujeto, objeto y predicado, tenemos aquí el sujeto, objeto y contenido jurídico.

La fusión de los conceptos normativos y de interés en otros integrales nos acerca a la jurisprudencia de intereses y pone de relieve las relaciones que unen a ambas esferas, despertando en la conciencia, con la representación del mandato, la del valor o fin protegidos. La formación de conceptos *integrales* o de conjunto nos lleva a las *instituciones* que emulsionan mandatos y representaciones sociales. Ciertos conceptos se denominan *principios*, por su notable extensión, y suelen comprender normas y valores, como los de publicidad, especialidad y prioridad que aseguran el crédito inmobiliario.

Convendría incluir dentro de los conceptos jurídicos los integrales, así como admitir los concretos, individuales o singulares al lado de los abstractos.

Lo mismo que los conceptos del lenguaje diario, los jurídicos suelen no estar bien determinados, por lo cual debe distinguirse en ellos el *núcleo* conceptual del *ámbito*, y tenerse en cuenta la llamada relatividad de los conceptos.

Por razón de la validez, los conceptos del derecho vigente han de ser separados de los históricos y de los ideales. En cuanto a los conceptos de doctrina jurídica general, que algunos llaman conceptos fundamentales, ha de advertirse que no tienen ningún valor causal, ni lógica prioridad. Son el resultado de una elaboración analítica y sintética y carecen de significado normativo.

En atención a su origen los conceptos son legales o científicos. Un ordenamiento jurídico es una masa de conceptos enlazados ; una sistemática conceptual. Pero la ciencia trabaja, a su vez, en la formación de otros que alivian y perfeccionan el trabajo legislativo. Los conceptos imperativos del legislador vinculan al Juez ; los científicos, no.

A la triple tarea del pensamiento jurídico responden problemas de tres clases : a), la finalidad principal es la adquisición de normas (problemas *normativos*) ; b), los presupuestos de hecho provocan problemas de *puro conocimiento* ; c), los resultados deben ser expuestos y ordenados (problemas de *formulación*). A estas tareas

corresponden tres especies de conceptos : a), los conceptos deontológicos, del deber ser, basados en el pensamiento emocional más que en el cognitivo ; b), los conceptos ónticos (naturales, o de lo que es) que la ciencia pone de relieve o el Juez da por probados ; c), los conceptos ordenadores construídos por la ciencia y aun por el legislador. La ciencia no se limita a reproducir y a completar las representaciones legales, sino que las somete a una elaboración para presentarlas en conjuntos sinópticos y facilitar su inteligencia. Estos conceptos reúnen las notas comunes y características de las observaciones ; derecho real, de crédito, accesorio son notas extraídas de los preceptos que se refieren a los derechos subjetivos. Los conceptos negocio jurídico real, formal, abstracto, nos indican que hay características comunes en las representaciones preceptivas correspondientes. Estos conceptos ordenadores son descriptivos : fórmulas o integrales de los mandatos y de sus elementos. Al contrario de los conceptos deontológicos, que son exclusivos de las ciencias normativas (ética, moral, etc...), los ordenadores se emplean en todas las ciencias, aun en las de observación. La variedad o profusión de los datos vitales queda simplificada y esencialmente retenida en las características del concepto ordenador (zoología, botánica descriptivas). En la jurisprudencia existen al lado de los conceptos clasificadores, con un contenido normativo, otros apoyados en el interés, la opinión, etc.

Los conceptos ordenadores pueden ser «determinativos» o «típicos», según se refieran a características que se hallan siempre en cada uno de los individuos agrupados, o que, sólo *por regla general*, se encuentran en ellos (salvo excepciones, como si dijéramos). Los conceptos típicos tienen una particular aplicación en las ciencias sociales y también en las naturales, aunque esto se haya discutido. Pero los manuales de zoología, que colocan al mono entre los cuadrumanos y al hombre lo estiman bimano, no excluyen de los respectivos géneros al mono sin una mano y al hombre que hubiera perdido un brazo en la guerra, porque el concepto clasificador es *típico*. También se da en la jurisprudencia la misma particularidad. Puede ser práctico agrupar en un concepto las notas características que corrientemente concurren en una serie de fenómenos, con reserva de las excepciones. La adquisición de un crédito

por cesión cae bajo la rúbrica de adquisición derivativa, pero al aplicar los principios hipotecarios se puede traspasar un crédito por virtud de transferencia de la persona a quien el mismo no pertenecía. Nadie piensa, sin embargo, en negar el concepto de sucesión jurídica por esta rara excepción o en desenvolver una teoría de la creación con referencia a los créditos hipotecarios. Bien es verdad que las excepciones pueden ser tantas, que resulte discutible el concepto.

Como si al cabo de mil años percibíramos un eco de las primitivas discusiones escolásticas, Schönfeld, influído por la escuela histórica, nos acerca al *realismo* con la afirmación de que el sistema no es mera formación de nuestro entendimiento, sino la eterna ordenación de las cosas; Heck nos recuerda el *nominalismo* al insistir sobre la infecundidad de los conceptos ordenadores, simples etiquetas que facilitan la utilización de los conocimientos similares, y Stoll tiene visos de *conceptualista* cuando afirma que si la formación del concepto y la construcción sistemática siguen a la adquisición o creación del Derecho y a los resultados obtenidos por vía teleológica o interpretación finalista, desempeñan un papel legítimo dentro de la teoría y facilitan la aplicación del Derecho.

IV

Los vocablos latinos *construere*, *constructio* indican en primer término la reunión, disposición y ordenamiento de materiales (edificación); después, los de partes u órganos (construcción de buques y máquinas), y, en fin, los de signos, palabras o pensamientos (construcción geométrica, gramatical y filosófica) para la conclusión de una obra predeterminada o en proyecto.

Transportada a la jurisprudencia con variado alcance, significa, a veces, el procedimiento de investigación que reduce el objeto investigado a conceptos conocidos; otras, el enlace de un hecho con sus consecuencias jurídicas; según Rümelin, el encaje ordenado de una particular apariencia dentro del sistema por medio del análisis y de la síntesis de los conceptos elementales; según Stoll, cualquier desarrollo por el que una manifestación jurídica puede ser esclarecida mediante interpolación en el sistema de derecho con el

descubrimiento de sus notas específicas. Savigny hacía uso raramente de la palabra y sólo para expresar el encadenamiento de conceptos por el investigador o la construcción de relaciones jurídicas por el Juez. Después de Ihering, significaba la determinación de conceptos o relaciones jurídicas. Como hemos visto, la jurisprudencia constructiva otorgó al método una fecundidad y valor extraordinarios para colmar las lagunas del derecho, y la escuela de Tubinga, al mismo tiempo que censura esta dirección, utiliza la construcción de un concepto, a base de otros y para su mayor esclarecimiento y determinación.

De todos modos, la construcción es un procedimiento lógico que en la práctica integra la subsunción, en la teoría perfecciona el sistema y, en todo momento, sirve a la precisión y encadenamiento de los conceptos.

Por su autor, las construcciones pueden ser legales y científicas, porque también el legislador construye, distribuyendo las representaciones imperativas en conceptos particulares que, a su vez se agrupan en otros preceptos. De igual modo, el Juez construye el caso litigioso mediante la legitimación de los conceptos aplicables, como el gramático, el discurso con las partes de la oración.

Pero la determinación de los conceptos científicos comprende dos operaciones mentales que Heck insiste en distinguir, con sumo cuidado, por su finalidad y consecuencias para evitar los antiguos abusos y falacias: la construcción normativa que determina un concepto deontológico por medio de otros conceptos de igual naturaleza, y la construcción sistemática que elabora los conceptos ordenadores o clasificadores. La jurisprudencia técnica no los distinguía, y trataba a estos últimos como causales y creadores de normas. Un concepto legal debe ser interpretado para decidir un conflicto de intereses, pero esta tarea es una cosa particular de interpretación y aplicación del texto, de resultados relativos y aislados para cada precepto. La subsunción lógica, bajo el concepto legal, es la vía normal para la jurisprudencia de intereses que en este momento se separa de la escuela del derecho libre y se presenta, en cierto modo, como constructiva.

El fin de la determinación sistemática del concepto es la intercalación de los elementos del problema en el sistema científico, y para ello es necesario absorberlos en los conceptos superiores. Pe-

ro esta tarea no es de aplicación de la ley, sino solamente un problema de presentación y forma, cuya solución no nos autoriza para llenar las lagunas. Por el contrario, la investigación de intereses es el medio más importante para alcanzar ese objetivo y facilitar el empleo de la analogía. Heck sostiene, contra Oermann y Stoll, la posibilidad lógica de construcciones sistemáticas diversas en su presentación, pero equivalentes en el fondo, y repite aquí la clasificación de inclusiones determinativas y típicas, según el investigador ponga de relieve las notas que *siempre* se encuentran en la serie o las que por *regla general* existen, salvando las excepciones.

Después de exponer estas ideas, Heck advierte que *la construcción*, como instrumento de trabajo, es inadecuado y sin importancia, por lo cual la palabra misma desaparecerá del lenguaje jurídico; pero sus partidarios la cubren con frases tan protectoras como las de ser «un medio imprescindible de presentación», «sin el cual difícilmente podríamos dominar la materia» y aún tratan de buscar procedimientos para escoger en cada caso la más exacta o adecuada al estado de nuestros conocimientos, negando la equivalencia de las que parezcan tener iguales títulos. El maestro cede a regañadientes, porque comprende que la tajante arista que separa su método del clásico pierde en rigidez, y concluye por reconocer que a veces el Juez, puesto en presencia de dos construcciones, siente un estridente vibrar de los intereses que le fuerza a adoptar una de ellas, algo así como un aparato de alarma que despierta al propietario en peligro.

Al terminar la lectura del citado artículo de Stoll (1), la cuestión parece reducida a buscar la construcción más justa, o sea la que pone de relieve y alumbría con plena luz las consecuencias del precepto legal o de la interpretación finalista como lógico desenvolvimiento del sistema científico.

V

La escuela de Tubinga tiene el indiscutible mérito de centrar los problemas capitales de la jurisprudencia sobre dos quicios de

(1) *Archiv f. die Civ. Praxis*, 133, 117.

extraordinaria solidez : a), el *texto legal* que los partidarios del derecho libre habían arrojado por la borda en la borrasca que a fines del siglo pasado corría la justicia ; b), la doctrina del *interés* protegible, entendido, no en el sentido del materialismo histórico, sino como energía latente en las aspiraciones humanas, vulgares o nobles, prácticas o románticas.

Con ello ha dado el golpe de muerte al logicismo, o mejor, ha reducido la construcción a sus verdaderos límites, ha separado los problemas normativos de los cognitivos y de formulación sistemática y, sobre todo, ha llamado la atención de los juristas hacia los sectores vitales y hacia las funciones de la sociedad.

Pero sin listas de intereses, ni jerarquía de valores, ni módulos de reducción, ni reglas para medir las variadas dimensiones de los impulsos, deseos o anhelos humanos y la energía de las corrientes sociales, la ponderación de fuerzas o intereses es una ilusión más que una realidad asequible en corto plazo.

Por otra parte, la más ligera reflexión sobre la materia nos hunde en los abismos donde se forja el derecho y donde la función reguladora del interés parece anularse. No se olvide que la teoría del derecho puro prescinde en sus investigaciones de la finalidad, y que no todos los juristas comparten el desdén con que la jurisprudencia de intereses trata a Kelsen.

Así, pues, no nos dejamos arrastrar por el entusiasmo que Heck pone en sus palabras cuando compara el método en cuestión al sistema de Copérnico, aunque reconocemos lo que aquél tiene de práctico para el Juez que vacila en la interpretación de la ley o en la resolución de un caso no previsto por el legislador.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

La acción Pauliana y el artículo 37 de la ley Hipotecaria ^(*)

Aquellos autores, según Morell expone, entienden que, según el artículo 37, es tercero no sólo el subadquirente, sino también el adquirente primero. Respecto del caso de complicidad en el fraude, sea del primero o del segundo adquirente, la ley Hipotecaria dice algo inútil, por corresponder esto a lo dispuesto en el Código. El problema radica en las adquisiciones lucrativas: el Código civil presume fraudulentas las enajenaciones a título lucrativo, y la ley Hipotecaria dispone que lo son siempre. El Código civil mantiene al adquirente de buena fe, sin distinguir si lo es a título gratuito u oneroso (artículo 1.295), y, en cambio, el artículo 37 no mantiene nunca al adquirente gratuito. De esto resulta que el adquirente y el subadquirente a título lucrativo se encuentran en una situación peor en la ley Hipotecaria que en el Código civil.

Esta es, en síntesis, la opinión de Galindo y Escosura, y, en consecuencia, los mismos opinaban, antes de reformarse la ley Hipotecaria, que el Código civil la había derogado en este punto (excepto en el caso de complicidad en el fraude, que era una redundancia), y que, al modificarse la ley Hipotecaria, había que suprimir dicho artículo 37, así como los 39, 40 y 41.

Morell abunda e insiste en la opinión de aquellos autores, y, publicada ya la ley Hipotecaria de 1909, en su arreglo oficial, entiende que los adquirentes y subadquirentes, debido a la diferencia de trato que les dan el Código civil y la ley Hipotecaria, se encontrarán mejor situados si no inscriben que si inscriben, ya que si registran su adquisición, empeoran su situación.

(*) Véase el número anterior.

Entendemos insostenibles estas opiniones. En cuanto hace referencia al primer adquirente, no es cierto en absoluto, porque la ley Hipotecaria no interviene, salvo para conceder cierta protección, si bien provisional, o sea la derivada del principio de legitimación registral. Por ejemplo, el impugnante, en conformidad con el artículo 24, habrá de pedir la cancelación del asiento practicado a favor del adquirente, aunque sea cómplice en el fraude, y los artículos 20 y 82 podrán oponer obstáculos registrales a la inscripción de la revocación de la adquisición inscrita, etc. Precisamente por este principio, en virtud del cual el titular inscrito se presume que es tal, y, por lo tanto, puede enajenar o gravar a tercero, protegido por el principio de fe pública registral, es conveniente que se anote la demanda de acción Pauliana.

Y respecto de los subadquirentes a título lucrativo que ignoran el fraude, la ley Hipotecaria no innova nada fundamentalmente, salvo el conceder más protección: la derivada también del principio de legitimación y el acortamiento, respecto de los subadquirentes atacables por la acción Pauliana, del plazo de prescripción de esta acción. Lo que sucede es que el Código civil no ha expresado la doctrina clásica, contenida en el citado texto de Paulo, de una manera completa en su artículo 1.295, cosa que estudiaremos después.

Entendemos, pues, que el Código civil responde a la doctrina romana, que es la que ha recogido precisamente el artículo 37 de la ley Hipotecaria, salvo lo referente al concepto de complicidad, que, como vamos a ver, es de significación dudosa.

2) ¿En qué sentido emplea el artículo 37 el concepto *complicidad* en el fraude?

La doctrina clásica, para negar protección al tercero o subadquirente, no exigía que fuera cómplice; era suficiente que *conociera* que la adquisición anterior había sido fraudulenta.

Era lógico esto. El primer adquirente oneroso, para que pudiera ser revocada su adquisición, sí era preciso que hubiere sido cómplice en el fraude. El que compra del deudor sabiendo que éste enajena para defraudar a sus acreedores, no sólo sabe, conoce o no ignora el fraude, sino que coopera y coadyuva en la actividad fraudulenta del deudor, haciendo posible con su intervención como

comprador a que se realice el acto fraudulento y se perjudiquen los acreedores por causa del mismo. Pero esto no reza respecto del subadquirente. Podía ser cómplice, pero no era necesario, porque el acto fraudulento reprobado por el derecho ya estaba realizado, sin necesitar de su intervención. Este, simplemente, adquiere de una persona que adquirió en acto fraudulento, y que, por lo tanto, tiene una titularidad revocable o rescindible, caso de que llegue a funcionar la acción Pauliana. Respecto de éste, la doctrina clásica sólo distingue si al adquirir del primer adquirente sabe o ignora el vicio que corroe el título adquisitivo del que le transfiere, y, según conozca o no la posibilidad rescisoria que amenaza al que le transfiere, la acción Pauliana, victoriosa, destruirá o respetará su adquisición.

La acción Pauliana, al revocar la enajenación fraudulenta, arrastraba y destruía, como consecuencia, todo cuanto se había apoyado en aquella enajenación. Sólo salvaba al adquirente oneroso que ignoraba el vicio fraudulento. Quedaban fuera de la protección los subadquirentes que *conocían* aquel vicio o posibilidad rescisoria, y siempre los subadquirentes a título lucrativo, porque respecto de ellos también pesaban aquellas razones de equidad antes expuestas. Es decir, tenían lugar, ni más ni menos, las mismas condiciones que para la protección exigen los modernos ordenamientos hipotecarios.

Ahora bien : el artículo 37 nos habla de un *tercero cómplice*. Es más : el artículo 41 antiguo decía que se consideraría cómplice cuando se probara que le constaba el fin de la enajenación que se realizara y que coadyuvó a ella como adquirente inmediato o con cualquier carácter.

Claro que parece que este artículo 41 se refiere al primer adquirente, en cuyo supuesto no hay nada que objetar. Galindo y Escosura así lo entienden.

Pero ahora estamos en el artículo 37, y nosotros entendemos que se refiere a un tercero o subadquirente aquí, y que si bien habla de complicidad, lo hace en sentido amplio de conocimiento o no ignorancia del vicio fraudulento que afecta a la posición jurídica del transferente. No usa el concepto de cómplice en sentido técnico, sino en sentido amplio, de mala fe, de no ignorancia. En una palabra : creemos que se refiere a la fórmula de la buena fe

hipotecaria, del desconocimiento de los vicios o inexactitudes que puedan afectar a la posición inscrita del transferente.

La exposición de motivos nos dice que se rescinden las enajenaciones «si el adquirente obró *dolosamente*, salvo, en este caso, el derecho que un tercero haya adquirido, entretanto, con *buenas fe*».

En este artículo 37 vemos una manifestación o aplicación específica de la mecánica de nuestro sistema hipotecario y una consagración concreta del principio de la buena fe registral en la legislación hipotecaria española, no recogido globalmente en ella o de una manera formal.

Jerónimo González entiende que esta buena fe hipotecaria no es la misma que se exige en el artículo 37 (13) (*REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, año 1928, pág. 608), porque aquélla implica desconocimiento de una *inexactitud registral*, o sea de una situación jurídica real, existente extrahipotecariamente. En una palabra: el supuesto regulado en el artículo 892 del Código civil alemán.

Discrepamos de esta opinión. En un sistema hipotecario de técnica pura alemana no cabe duda que la buena o mala fe se refiere al desconocimiento o conocimiento extraregistral de una inexactitud tabular: si el enajenante no es dueño en la realidad, por haber otro testamento posterior no inscrito, o por haber transferido el dominio, y en tantos otros supuestos, sobre todo en un sistema que, como el nuestro, la inscripción no es, en general, constitutiva, sino declarativa, o sea que las situaciones jurídicas reales se producen y perfeccionan, sin necesidad del complemento del Registro.

Pues bien: si nuestro sistema, en el cual las situaciones reales extraregistrales son frecuentes, siguiera el tipo alemán de buena fe, o sea la fórmula de *desconocimiento de una inexactitud registral*, no cabe duda que quizás la solución del problema que estudiamos sería distinta. Pero nuestro sistema no es éste, sino que en él el concepto de inexactitud registral tiene una noción amplísima, porque nuestro régimen hipotecario da beligerancia a lo que podríamos denominar escorias registrales, causas rescisorias, resolutorias, anulatorias, revocatorias, etc., o motivos de posibles ineficacias de actos inscritos.

Así como, según los artículos 34 y 37 de la Ley, las acciones rescisorias o resolutorias y, en general, todas las acciones que pueden provocar una revocación de una adquisición inscrita, y cuales causas aparezcan claramente en el Registro, afectan a los terceros inscritos; así como la simple mención o expresión en un asiento de compraventa de que el precio no está pagado, provoca una causa resolutoria publicada, que actúa como reserva autenticada de una acción que podrá afectar a los posteriores adquirentes; así también, aunque estas causas revocatorias, etc., no figuren en el Registro, si el tercero inscrito *las conoce* de una manera evidente (no por conjeturas basadas en posibles orígenes, etc., sino de una manera probada expresa y directamente), este tercero está afecto a los resultados de estas acciones, las cuales causas no ignora y cuyas acciones, en virtud de desarrollos posteriores, pueden provocar el decaimiento de la adquisición en la cual dicho tercero apoya la suya.

El Registro se presume exacto e íntegro ante el adquirente oneroso de buena fe, o sea que ignora toda situación o realidad jurídica no reflejada en el Registro. Si sabe extraregistralmente que el enajenante no es dueño o que en su título adquisitivo hay un vicio o elemento que puede llegar a producir la aniquilación de aquella adquisición o titularidad, al adquirente que tiene pleno conocimiento de aquella posibilidad rescisoria, resolutoria, etc., le afecta ésta, aunque no esté traducida en los libros hipotecarios.

La prueba que es así es que si la acción Pauliana se ha reflejado en el Registro mediante la correspondiente anotación de demanda, aquella acción afectará al subadquirente, pues éste ya *conocerá* la amenaza que pesa sobre la titularidad del enajenante. Si no figura anotada la demanda y el subadquirente es oneroso y desconoce aquella posibilidad, ya no cabe contra él dicha acción. Si la acción Pauliana ya está en actividad, y, no obstante, no figura anotada la demanda, el que adquiere del primer adquirente demandado, pero que conoce la existencia del litigio, quedará afecto a las resultas del mismo en la forma que dispone el artículo 107, número 10 de la ley Hipotecaria (14). (El Código prusiano de 1794, si bien al hablar de la transmisión de la propiedad respondía a la técnica de la inexactitud registral de una situación real extrahipotecaria, no obstante, al referirse a hipotecas, salvaba de las ac-

ciones de nulidad de la hipoteca a los terceros adquirentes de la misma que desconocieran aquella acción.)

Esta es la doctrina declarada por la sentencia de 9 de Julio de 1900, según la cual lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley supone que las *causas* de nulidad o resolución del derecho del otorgante que no consten en el Registro, fueron *desconocidas* por el adquirente.

Que esto implica una concepción técnica de la buena fe registral distinta de la del Código alemán, puede que sí ; pero nos es indiferente en Derecho español, pues éste adopta otro sistema o estilo, que no será rigurosamente el alemán, pero será el nuestro. Que, obligados—como dice Jerónimo González (15) (*Principios hipotecarios*, pág. 201)—, a dar cartas de naturaleza en el Derecho hipotecario español al principio de la *buena fe*, nos encontramos en el deber de encauzar esta corriente dentro de la doctrina fijada por los técnicos alemanes y suizos, es evidente ; pero siempre predominando lo básico y fundamental de nuestro sistema.

En suma : consideramos que éste es el sistema hipotecario español respecto del principio de la buena fe, y que este sistema tiene su expresión concreta en el artículo 37 de la Ley, debiéndose entender que el concepto de complicidad que este precepto adopta equivale al concepto amplio de mala fe hipotecaria, o sea conocimiento pleno del vicio fraudulento, que amenazaba la titularidad del adquirente del deudor, que después transfirió a un subadquirente oneroso.

3) El artículo 37 de la Ley dispone que la acción Pauliana se da siempre contra el subadquirente a título lucrativo.

Castro (16) (Revista citada, pág. 215) dice que existe una aparente insoluble antinomia entre el artículo 37 de la Ley y el Código civil, porque éste sólo presume que las donaciones son fraudulentas, mientras que, según la ley Hipotecaria, lo son siempre. En este artículo 37, así entendido, se apoya Castro, considerándolo como manifestación de aquella tendencia medieval abolitiva del requisito del fraude en el donante.

Consideramos equivocada esta conclusión por la sencilla razón de que el Código civil, al presumir fraudulentas las donaciones todas, se refiere a las donaciones otorgadas *directamente* por el deu-

dor, o sea a la enajenación fraudulenta, que ataca directamente la acción Pauliana, mientras que el artículo 37 de la Ley se refiere no a aquellas donaciones, sino a las otorgadas por el adquirente en el acto fraudulento de enajenación, o sea a los subadquirentes a título lucrativo.

Y al disponerlo así el artículo 37, no innova nada, sino que se limita a aplicar la doctrina clásica antes expuesta, en virtud de la cual, del derrumbamiento de la enajenación fraudulenta producido por la acción Pauliana sólo se salvan los subadquirentes onerosos de buena fe y no los donatarios, aunque lo sean de buena fe, porque respecto de éstos, sus intereses son menos respetables que los de los acreedores perjudicados, porque la equidad da preferencia a los acreedores, los cuales sólo pretenden evitar un daño sobre los donatarios que sólo dejan de obtener una ganancia.

Por esto el artículo 37 no habla aquí de presunciones, porque no hay por qué hablar de ello, pues por no tratarse de la primera enajenación, que es la fraudulenta, sino de la segunda, no hay necesidad de averiguar si el transferente en la segunda enajenación tenía o no intención de defraudar, porque ello no interesa. Esto sólo hay que averiguarlo en la primera enajenación, o sea en la efectuada por el deudor, a los efectos de declararla fraudulenta. La donación posterior caerá simplemente por consecuencia de aquello.

El artículo 37 de la ley Hipotecaria no protege al tercero que adquiere a título lucrativo, de la misma manera que el artículo 34 de la misma Ley. El artículo 37 se produce en esto en forma plenamente técnica.

4) El artículo 37, en su último párrafo, dispone que para que la acción Pauliana pueda afectar a los subadquirentes es preciso que se haya ejercitado dentro del año siguiente, a contar desde el día de la enajenación fraudulenta, o sea de la primera enajenación.

Galindo y Escosura entienden que este precepto tenía que expresarse con mayor claridad; pero entendemos que es lo suficiente claro para comprender lo que dispone. Lo que sí hay que advertir es que aquí, en rigor, la Ley protege a los subadquirentes de mala fe y a los lucrativos, contra los cuales actúan las repercusiones revocatorias de la acción Pauliana triunfante. Esta protección la efectúa acortando hoy y delimitando ayer el plazo de prescripción.

Por lo tanto, aquí, la ley Hipotecaria protege, por vía de pres-

cripción corta, a un tercero, en principio no protegido por no reunir las condiciones necesarias para que se dé la protección del principio de fe pública registral. Esto demuestra que no hay que confundir la persona tercero con los requisitos necesarios de la protección registral, equivocación en que incurren los autores y la jurisprudencia, al negar la condición de tercero al que no reúne dichas condiciones. Una cosa es el tercero y otra es su protección.

Al publicarse la ley Hipotecaria, el Derecho romano, a través de las Partidas, declaraba prescrita la acción Pauliana por el transcurso de un año, a contar de cuando el acreedor conocía la enajenación fraudulenta. Los legisladores hipotecarios de 1861, a base de la enemiga contra toda acción rescisoria, limitaron en este punto la acción Pauliana, precipitando la prescripción, determinando que el *dies a quo* sería el día del otorgamiento del acto de enajenación fraudulento, o sea de la primera enajenación; pero tan sólo respecto de los subadquirentes.

Esto establecía una diferencia entre el Derecho civil y la ley Hipotecaria, diferencia que después de publicado el Código civil es más acusada, pues la acción Pauliana hoy prescribe a los cuatro años en el orden civil general.

Por tanto, transcurrido un año desde la enajenación fraudulenta sin ejercitarse la acción Pauliana, ésta podrá seguirse contra el adquirente primero, pero no en cuanto a los subadquirentes, aunque no sean de buena fe y a título oneroso. Respecto del primer adquirente, el tiempo se cuenta según el Código civil. (Sentencia 8 de Julio de 1912.)

Creemos también que, si el subadquirente fué cómplice en el fraude, en rigor es parte, pues se relaciona con el deudor a causa de su cooperación a la actividad fraudulenta, y, por tanto, la prescripción de la acción Pauliana respecto de él se cuenta por el Derecho civil. Esto prueba que la ley Hipotecaria sólo quiere defender a terceros, o sea a los subadquirentes, extraños a la perfección del acto fraudulento.

5) El hecho de figurar inscrita la adquisición del primer adquirente, como así la del subadquirente, hace que, por de pronto, actúe el principio de legitimación registral, el cual funciona incluso tratándose de partes o de terceros no inmunes. Los artículos 24, 20, 82 y otros, obligan a guardar ciertos requisitos derivados de la

ley Hipotecaria, que, aunque débil, supone protección o garantía.

Pero esto, que no es en el fondo ningún problema a resolver, es un efecto general de toda inscripción.

Como resumen de todo cuanto queda expuesto, se deduce que el artículo 37 responde y encaja perfectamente con el juego de la acción Pauliana. Que se trata de un precepto aceptable y que, con un pequeño retoque de tecnicismo, resultaría ser un precepto perfecto. Este artículo, pues, hay que mantenerlo, pero siempre que quiera continuarse con el sistema detallista y fragmentario de exposición de la regulación de la materia hipotecaria, pues en un buen sistema sería suficiente un precepto de carácter sintético, que, como en la legislación alemana, recogiera bajo una fórmula legal todos los supuestos posibles, sin necesidad de descender a regular casos específicos.

Esto es lo recomendable, pues si el sistema utilizado por los legisladores de 1861, como ellos decían, respondía a la necesidad de exponer claramente una materia legal completamente nueva, y por esto convenía que muchos preceptos fueran destinados a regular supuestos especiales, hoy ya no es necesario.

RAMÓN M.^a ROCA SASTRE,
Registrador de la Propiedad

ANA EVERS

Cajera en las oficinas de la Asociación de Registradores de la Propiedad.

Gestor administrativo. Habilitación de Clases pasivas. Presentación de toda clase de instancias en la Dirección general de los Registros y en los demás Centros oficiales. Gestiones en los mismos. Certificaciones de penales, últimas voluntades y demás. Fianzas, jubilaciones, viudedades y orfandades.—San Bernardo, 42, segundo d^rechas.—Teléfono 13906.

El fideicomiso condicional según el Derecho positivo español y la jurisprudencia⁽¹⁾

6.^º—INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO.

La regla general de inscripción en los fideicomisos, la da el artículo 14 de la ley Hipotecaria: «La inscripción de los fideicomisos se verificará a nombre de los fideicomisarios.»

A lo que añade el artículo 72 del Reglamento Hipotecario: «No obstante lo dispuesto en el artículo 14 de la ley, podrá verificarse la inscripción a nombre de los herederos fiduciarios, en los casos en que las leyes o fueros lo permitan, cuando no sea conocido el fideicomisario.»

Tratándose de fideicomisos condicionales, parece se está en el caso del artículo 72 del Reglamento y así se viene sosteniendo por gran número de Registradores, que niegan sistemáticamente la inscripción del derecho, o mejor dicho, de la esperanza de derecho, que corresponde al fideicomisario condicional. Sin embargo, a nuestro entender, la regla no puede observarse con tal rigidez que coarte el natural desarrollo de los efectos de la institución. Desde luego es indudable que teniendo el heredero en primer lugar instituido un derecho perfecto e inscribible, que se traduce en el usufructo de ciertos bienes, es inscribible su derecho al amparo del artículo 2.^º de la ley Hipotecaria, pero esto no es una excepción al artículo 14 de la misma, es sencillamente que hay una desmem-

(1) Véanse los números 125 y 126 de esta Revista.

bración del dominio y resultaría injusto negar su derecho a inscribir a uno de los copartícipes. Queda, pues, en pie la orden del artículo 14 de la ley: «la inscripción a favor de los fideicomisarios hay que practicarla *si puede ser*, y lo primero que hay que examinar es esta posibilidad. Para negar la inscripción se aducen dos argumentos: primero: que el derecho de los fideicomisarios no ha nacido todavía, es una expectativa de derecho que de modo alguno es inscribible, es sólo una esperanza; segundo, que siendo desconocidos los nombres y apellidos de los fideicomisarios no nacidos, no puede cumplirse el imperativo del n.^o 5.^o del artículo 9.^o de la ley Hipotecaria, de hacer constar su nombre y apellidos.

El argumento es más aparatoso que otra cosa y está basado en esa especie de preocupación que mueve a muchos a negar el acceso al Registro a derechos que no estén claramente determinados, ya en cuanto a sus efectos, ya en cuanto a las personas a quienes afecta; pero ello sería verdad si nuestro sistema hipotecario no admitiera derechos condicionados de algún modo o inscripciones a favor de personas no determinadas por sus nombres (los tenedores de títulos al portador, garantizados con hipoteca, por ejemplo), cuando precisamente el principio de especialidad de nuestro sistema hipotecario en nada se opone a que puedan ingresar en el Registro derechos claramente fijados en cuanto a su alcance en razón al tiempo, a la cosa, a la persona y a sus efectos, siquiera alguno de estos elementos esté simplemente indicado de forma que pueda llegar a ser determinado, aunque de momento no lo esté.

Decíamos que la inscripción a favor del usufructuario instituido en primer lugar no ofrecía duda.

Viene un segundo problema, al preguntarse si los herederos fideicomisarios condicionales instituidos en segundo lugar, *que vivan al fallecimiento del testador o que vayan naciendo luego*, pueden inscribir su derecho; y nosotros optamos por la afirmativa. Nos basamos para ello: en que sus nombres y apellidos son conocidos, con lo cual puede cumplirse la exigencia del artículo 9.^o de la ley. En cuanto al derecho que les pertenece, ya hemos dicho anteriormente, que es un derecho sujeto a una condición suspensiva, y como los derechos sujetos a condiciones suspensivas son inscribibles, no vemos inconveniente alguno en que puede reflejarse en los libros hipotecarios, pues el artículo 16 de la ley Hi-

potecaria, proclama, de modo más que suficiente, la posibilidad de que los derechos sujetos a condición suspensiva sean inscriptos, posibilidad que de otro lado ya está reconocida por la jurisprudencia de la Dirección general (1). Finalmente, la observación de que el derecho del fideicomisario no es determinable, pues aun dado el caso de que llegaran a heredar, no se sabe aún en qué proporción, que depende del número de herederos existentes a la muerte del usufructuario, hemos de oponer que el párrafo 8 del artículo 61 del Reglamento Hipotecario, no exige que se exprese el nombre del derecho que se inscribe y por lo tanto no precisa bautizar en la inscripción el derecho ni de nuda propiedad, ni de pleno dominio, sino simplemente expresar su naturaleza tal como el título la defina ; y en cuanto a la extensión del derecho no se trata de una parte intelectual determinada (que en esto, como en otros extremos de la institución radica su condicionalidad) sino de una universalidad de bienes o un conjunto de bienes con sujetos claramente determinados en cuanto al TODO, si bien la distribución no pueda llegar a tener efecto hasta el momento del cumplimiento de la condición ; es, en realidad, un verdadero derecho hereditario sujeto a condición suspensiva, sin especificación de partes determinadas, que pugnan con tal derecho, sino claramente definido respecto del *cuanto por la mención circunstanciada de todo lo que según el título determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, para lo cual se copiarán literalmente las condiciones establecidas en aquél* (2). En cuanto a los herederos no nacidos, no hay por qué hablar de practicar una inscripción a favor de quienes no existen, pues de otro modo aquella sería nula a tenor del artículo 30 de la ley, pero al decir que no se practica la inscripción a favor de las *personas que puedan nacer* no queremos decir que en la inscripción no haya de mencionarse la posibilidad de que nazcan y de que adquieran el derecho, pues esto entra de lleno entre los requisitos que, como queda visto, se han de hacer constar en la inscripción. A medida que esas personas vayan naciendo, y tengan por tanto realidad física, podrá irse inscribiendo su derecho respectivo, aunque pendiente de la condición suspensiva dicha.

(1) Resoluciones de 26 de Septiembre de 1901, 5 de Octubre de 1880, 22 de Enero de 1898 y 15 de Marzo de 1909.

(2) Artículo 61 Reglamento Hipotecario, párrafo 9.^º

Queda un último extremo a dilucidar y es la aparente contradicción entre todo lo expuesto y la representación de la nuda propiedad que, hasta el cumplimiento de la condición, corresponde (en nuestra opinión) a un administrador nombrado judicialmente. No hay tal contradicción, pues, de haberla, también la habría en el caso del heredero condicional, sin fideicomiso; una cosa es el titular del derecho condicionado o el presunto titular que pueden lograr la inscripción a su favor pendiente de la condición suspensiva; y otra cosa muy distinta la representación que la ley confiere en caso determinado a una persona para que ejerza las facultades del titular, sin serlo. Ambos coexisten, el uno esperando la adquisición de su derecho, el otro ejerciendo de momento actos de administración, en interés de un particular que por cualquier razón no puede realizarlos por sí mismo. El administrador no necesita inscripción especial a su favor como no la necesita el Albacea que representa la herencia yacente, ni el administrador de un ausente, ni el de un abintestato; el derecho consta registrado a favor de *quien sea*, el administrador representa ese derecho en ese momento y no es titular, sino mandatario legal.

La jurisprudencia ofrece a este respecto variada doctrina:

La Resolución de 8 de Julio de 1924, citada al principio de este trabajo, fijó la doctrina de que «no corresponde a la doctrina estrictamente hipotecaria el decidir bajo qué rubricas teóricas han de ser incluidas las cuestiones con dicho motivo suscitadas, si se admite la existencia de derechos actuales sin sujeto, o a favor de personas ficticias o indeterminadas, o, por el contrario, más bien se trata de derechos futuros, condicionados o vacilantes, o, en fin, se desechan ambas hipótesis para reconocer tan solo la existencia de expectativas de consistencia variable; y basta que el título presentado modifique desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades dominicales o características de los derechos reales, PARA REPUTARLO INSCRIBIBLE, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. «Que para llenar, por lo menos, las mas elementales exigencias de los principios de especialidad y determinación, es necesario que la limitación esencialmente negativa impuesta a los llamados al goce inmediato de los bienes, conste con claridad en el acto o contrato inscribible, y que el grupo de los favorecidos, cuando haya atribución de carácter positivo,

vo, permita en su día la legitimación del beneficiado y el indiscutible ejercicio de su derecho.»

La Resolución de 17 de Octubre de 1928 exige la escritura pública para la inscripción, declarando no basta una simple instancia cuando el heredero llamado en primer lugar es el cónyuge superviviente, que además ostenta los derechos inherentes al carácter de socio de la sociedad conyugal; y, por lo tanto, se decide por la afirmativa, permitiendo la extensión de las inscripciones correspondientes, especificando los bienes o porciones que hayan de quedar afectos al fideicomiso; agregando que resulta equivocada la argumentación del recurrente, como si nada significasen los llamamientos hechos por el testador a favor de terceras personas o tuvieran el carácter de meras expectativas, que no pueden ser objeto de *mención* en los libros hipotecarios.

La Resolución de 5 de Mayo de 1931 distingue claramente entre la mención de derechos de fuerza negativa, que consiste en la mención que a favor de los herederos fideicomisarios condicionales, se haga en el Registro, y la inscripción especial a que se refiere el párrafo 2.^º del artículo 29 de la ley Hipotecaria, con adjudicación expresa a favor de personas determinadas y en el último considerando parece permitirse la inscripción especial de las adjudicaciones que se hagan con atribución condicional o definitiva a favor de los fideicomisarios condicionales; si bien no llega a una clara conclusión, que aplaza para cuando se presente la documentación necesaria para extender los asientos respectivos.

En síntesis, sentamos las conclusiones siguientes:

1.^a El derecho del heredero usufructuario instituído en primer lugar, es inscribible.

2.^a El derecho sujeto a condición suspensiva de los herederos fideicomisarios instituídos en segundo lugar, es bastante para ser mencionado en el asiento que se practique, por modificar desde luego, o en lo futuro, alguna de las facultades dominicales, constituyendo una limitación esencialmente negativa impuesta a los llamados al goce inmediato de los bienes y debiendo constar con la claridad necesaria para que el grupo de los favorecidos pueda, en su día, cuando haya una atribución de carácter positivo, legitimar su derecho y ejecutarlo; si bien esta mención negativa no es bastante para permitir trasmisiones de derecho.

3.^a Que cuando ya el derecho sujeto condicionado de los llamados en segundo lugar, se atribuya a personas determinadas, puedan éstas inscribirlo a su favor, con facultad para transferirlo, si bien sujeto a la condición suspensiva de vivir al fallecimiento del heredero fiduciario y demás condiciones que el testador haya impuesto en su testamento.

7.^º—ENAJENACIÓN Y GRAVAMEN DE LOS DERECHOS RESPECTIVOS.

Para sistematizar este último extremo del problema, que estimamos el más interesante desde el punto de vista económico, puesto que plantea la cuestión de ser o no bienes sujetos al libre comercio de los hombres, los sujetos a estos fideicomisos, distinguiremos la enajenación (voluntaria, necesaria y forzosa), el gravamen, el embargo y la cancelación de derechos.

Enajenación voluntaria.—El heredero fiduciario tiene sus facultades dispositivas reguladas por el artículo 109 de la ley Hipotecaria, que permite la enajenación de bienes sujetos a condición resolutoria, siempre que queden a salvo el derecho de los interesados en dichas condiciones y *haciéndose en la inscripción expresa reserva del referido derecho*. Ello es aplicable a los bienes poseídos en Cataluña con cláusula de sustitución pendiente.

No hay, pues, inconveniente en permitir la venta del usufructo que al primer heredero pertenece, usufructo que se extinguirá a su fallecimiento. La inscripción que se practique de tal enajenación hará constar la causa de la resolución del derecho trasmisido y el tercero nada puede reclamar.

En cuanto a los herederos fideicomisarios (D y E y demás hijos que nazcan, en el ejemplo propuesto) hay que distinguir:

Los herederos fideicomisarios ya nacidos, pueden disponer de su derecho por actos entre vivos, pero afecto a las mismas eventualidades con que le corresponde (1), es un derecho pendiente de condición suspensiva, y, como tal, no perfecto, pero transmisible y sujeto a la condición de *que el cedente viva al fallecimiento del heredero fiduciario*; y no se crea está en contradicción esto con la imposibilidad de transmitir por actos *mortis causa*, pues en este ca-

(1) Véase Manresa: *Comentarios al Código civil*, 6.^a edición, tomo VI, página 152.

so la cuestión de si el heredero condicional transmite o no derecho a sus herederos queda relegada a segundo término ante el hecho evidente de que el fallecimiento del fideicomisario, antes que el fiduciario, determina *per se* la seguridad del incumplimiento de la condición de que depende el nacimiento de su derecho (que sobreviva a éste), y, por tanto, el que nada adquiere nada puede transmitir, mientras que en el caso de transmisión por actos entre vivos, puede ocurrir que trasmitido el derecho en suspenso, sobreviva el heredero instituido en segundo lugar al usufructuario instituido en primero, y entonces se subrogue el cesionario en los derechos que hubieran correspondido al cedente (1). Tal es la doctrina que como lógica consecuencia se deduce del párrafo final del artículo 109 de la ley Hipotecaria y caso 9.^o del artículo 107 de la misma ley, que reconocen de modo indirecto la facultad de consentir en la hipoteca (y, por consiguiente, en la enajenación) de los derechos sujetos a condiciones suspensivas pendientes (2).

En cuanto a los herederos llamados en segundo lugar no nacidos aún, y que según hemos dicho, no tienen aún derecho alguno por no existir el sujeto de tales derechos, nada pueden transmitir voluntariamente, por faltar el requisito esencial para la existencia de la voluntad en el titular del derecho, que es la existencia real de ese mismo titular. Ya examinaremos después la posibilidad de que si bien los derechos expresados no pueden trasmitirse, sí sean enajenados los bienes a que tales derechos se refieren.

Examinemos la jurisprudencia relativa a las enajenaciones voluntarias, mezclada con la de las enajenaciones que llamaremos necesarias: La Resolución de 10 de Septiembre de 1918 establece: Que en enajenación voluntaria de bienes, aun mediando una autorización judicial, *no corresponde al padre la representación* de los hijos que hayan de nacer, ni menos de los nietos no nacidos, ni mucho menos de cualesquiera otros herederos llamados en segundo término no nacidos que no hubieran estado nunca en la potestad del padre; y que es indispensable el consentimiento de los

(1) Véase la doctrina que respecto de la enajenación del derecho hereditario expone la Dirección de Registros en la Memoria inserta en el Anuario de 1931, página 395.

(2) Véase Morell y Terry: *Legislación Hipotecaria*, tomo III, página 690.

herederos llamados en segundo lugar y *que vivan*; y que las corrientes legislativas parecen ir en tales casos a la exigencia de la subasta. Armonizada la doctrina de tal Resolución con cuanto llevamos expuesto, se deduce : A) Que la Dirección de un modo terminante no niega la posibilidad de que los bienes sujetos a un fideicomiso condicional sean enajenados. B) Que tampoco parece considerar baldía la intervención judicial, pero no en el trámite de autorización de venta de bienes de menores del artículo 164 del Código (nosotros estimamos que la intervención judicial debe ser en el trámite del artículo 804 del Código civil); C) Que nada dice respecto a quienes deben representar a los no nacidos, pero desde luego *no son los que en su caso serían sus padres*, por no alcanzarse aún la patria potestad (nosotros, como queda dicho, conferiríamos la representación de los derechos que en su caso corresponderían a los no nacidos, al administrador del artículo 802 del Código civil); D) Que los herederos instituídos en segundo lugar que vivan al otorgarse la venta pueden vender y deben comparecer, siquiera su derecho penda de una condición ; E) y que la exigencia de la subasta parece inexcusable (nosotros admitimos que confiándose la administración de esa nuda propiedad condicionada, a un administrador judicial, de acuerdo con el artículo 804 del Código civil, y siendo las facultades de tales administradores las mismas de los que lo son de bienes de un ausente, o sean las de los artículos 182, 188 y 189 del mismo Código, la autoridad judicial con amplio criterio puede señalar las facultades del administrador e intervendrá autorizando las enajenaciones en la forma que tenga por conveniente, aunque parece conveniente sea por subasta).

La Resolución de 10 de Junio de 1919, en un caso de enajenación voluntaria, establece que los derechos de personas inciertas sólo pueden consignarse hipotecariamente bajo la forma de mención, reserva o expectativa tutelar y que, por tanto, en la inscripción debe consignarse, que los únicos *causahabientes vivos* han prestado su consentimiento para la enajenación y que ésta se halla subordinada a la posible existencia de otros titulares, razón por la cual, al mismo tiempo que se acepta como suficiente la comparecencia de los herederos ciertos en el acto del otorgamiento de la escritura, ha de estimarse defecto el relegar al campo de los derechos personales bajo la forma de una simple obligación de pagar su parte a los hijos

venideros, la verdadera *reserva de carácter real* que grava la finca y las consecuencias de igual especie que respecto a tercero haya de producir.

La Resolución de 11 de Julio de 1923 declara es firme y definitiva una venta hecha por varios herederos puestos en condición por el testador de que al fallecimiento de cualquiera de ellos el capital hereditario se repartiera entre los mismos, *si no tenían sucesión*, excepción del último que lo disfrutará libremente. Pero en este caso concreto la Dirección se funda en que, en realidad, dada la forma de estar redactada la cláusula testamentaria, no existe una sustitución fideicomisaria, con arreglo al artículo 783 del Código civil, y, por tanto, que mientras el testador no lo prohíba terminantemente y la ley admita la transmisibilidad o renuncia de los bienes o derechos relictos, ha de sobreentenderse que el heredero puede disponer de los mismos en los términos fijados por el ordenamiento jurídico normal.

La Resolución de 21 de Octubre de 1924 reproduce la doctrina de la de 10 de Septiembre de 1918 y declara que los padres no están autorizados para enajenar los bienes a que están llamados por testamento los hijos nacederos del actual o futuro matrimonio, por los trámites del artículo 164 del Código civil, porque los supuestos legales y los naturales sentimientos de la relación paternofilial faltan cuando el hijo no ha nacido y se ignora de qué matrimonio nacerá.

En resumen, y aun cuando la doctrina de la enajenación propiamente voluntaria, esto es, la que nace del solo deseo de vender sin que haya una razón más poderosa que lo justifique, se halla mezclada en la jurisprudencia, con la de la enajenación que llamamos nosotros necesaria o conveniente, no puede llegarse a una conclusión exacta de que sin existir, al menos, una razón de peso que justifique la venta de esos bienes sujetos al fideicomiso condicional, puedan ser enajenados y por lo tanto que no pueden ser vendidos : *a*), por ser bienes sujetos a una traba que desde luego les aparta del natural comercio de los hombres ; *b*), por faltar una representación legal de los no nacidos, que pueda actuar autonómicamente ; *c*), porque desde el momento en que se atisbe la posibilidad de una intervención judicial ya nace el imperio de una justificación del estado de necesidad, y, por tanto, la venta no sería voluntaria ; *d*), porque la intervención de los otros herederos conocidos solos no

es suficiente ; *e*), porque la exigencia de la subasta parece inexcusable.

Enajenación necesaria o conveniente.—Al lado de la enajenación voluntaria se presenta la que nosotros llamamos enajenación necesaria o conveniente, porque si bien el punto inicial es un acto *voluntario* de los herederos presuntos, que necesita como secuela la prestación del consentimiento por aquellos que ostentan la *representación de los derechos* de los no nacidos, hay consustancial con él, una razón, un móvil poderoso, que hay que *justificar* para que la enajenación no sea un despojo, pero que fuerza o constriñe a todos a aceptar la enajenación antes de que se causen mayores males y perjuicios. Tal es el caso de un edificio objeto de un fideicomiso condicional de los que nos ocupan, que estuviera cayéndose o amenazara ruina y existiera la *necesidad* de venderlo antes de que cayera totalmente, con la pérdida de capital que ello representaría. Realmente, la casa puede no ser vendida, y por ello la iniciativa de la venta es un acto de voluntariedad, pero hay motivos que, apreciados por quienes puedan hacerlo, justifican la autorización de la venta.

Y en este punto la jurisprudencia hipotecaria marca una nueva ruta con la importantísima Resolución de 5 de Mayo de 1931, que si bien en definitiva no autorizó la inscripción de una enajenación de bienes sujetos a un fideicomiso condicional, lo fué por no constar inscrito el derecho de los presuntos herederos transferentes, inscripción necesaria para que no se rompa el trato sucesivo formal y, en cambio, sí estimó que inscrito ese derecho, podría lograrse la inscripción pretendida.

Ofrece de novedad esta Resolución : *a*), que en ella se trata de una enajenación de las que calificamos de necesarias o convenientes, por existir motivos que aconsejen la venta ; *b*), que en ella comparecieron los herederos presuntos o con derecho sujeto a condición suspensiva (aunque representados por su padre por ser menores) y un administrador nombrado para el caso de institución de heredero con condición suspensiva ; *c*), que medió una autorización judicial expresa para la enajenación ; *d*), y que, en definitiva, se estimó posible la inscripción, si el derecho de los que transfieren constare inscrito y no simplemente mencionado.

La cuestión al parecer resuelta, se agrava, si tenemos en cuenta

que, según hemos dicho antes al tratar de la inscripción de estos derechos, la inscripción sólo es posible respecto de los derechos objeto del fideicomiso condicional que se atribuyan a personas *determinadas* instituídas en segundo lugar, pero no cuando se trate de personas no nacidas y en las que, por tanto, no es dable admitir la posibilidad de inscribir a su nombre, sino sólo la de que su derecho sea mencionado, mención que constituye una limitación negativa impuesta a los llamados al goce inmediato de los bienes, pero no un asiento positivo que faculte para transmitir.

Y si no se puede transferir sin inscribir primero, y si la inscripción no es posible, lógicamente hay que concluir afirmando que los derechos de esos herederos no nacidos no son transferibles, en enajenación necesaria, aunque sí los de los herederos llamados en segundo lugar y que existan, con la condición suspensiva aneja.

Estimamos que aunque la cuestión es de las más discutidas en derecho, hay elementos suficientes para distinguir claramente el *acto* en sí de la enajenación, de los *efectos* de esa enajenación.

Trátase de bienes sujetos a una condición especial con un horizonte limitado por la posibilidad del cumplimiento de una condición. La enajenación puede realizarse, lo que ocurre es que en realidad la enajenación no la verifican los hijos no nacidos incapaces por razón de su inexistencia, sino la *representación de los derechos* de esos hijos no nacidos confiada al administrador judicial (con facultades similares a las del administrador de bienes del ausente) con los herederos condicionales que viven, *todos los cuales* representan la *totalidad* de los derechos sobre los bienes enajenados y cuya inscripción previa para la enajenación puede lograrse, en cuanto a los herederos condicionales nacidos, porque si bien tienen un derecho sujeto a condición suspensiva, éste es inscribible y enajenable con tal condición, y en cuanto a los derechos que corresponderían a los no nacidos, aparecen inscritos todavía a nombre del común causante, *en nombre de cuya herencia yacente* y sujeta al fideicomiso condicional se verifica la enajenación por el administrador judicial, sin que sea precisa la determinación de partes intelectuales, por tratarse de la totalización de derechos sobre una masa relictiva en la que se conoce el conjunto, pero no las partes que lo integran.

Y apoya más aún una teoría autorizadora de la enajenación ne-

cesaria o conveniente el examen de las disposiciones relativas a los bienes de los ausentes, cuyos administradores tienen facultades análogas a las del administrador en el caso propuesto. Si los artículos 188 y 194 del Código civil, regulan la enajenación de dichos bienes y hablan del «precio de los enajenados» hay que reconocer que la enajenación será posible en el caso de mediar autorización judicial, puesto que la autoridad judicial será la que, por analogía con el artículo 182 del Código civil, señalará las facultades del administrador nombrado, y, por tanto, fijará los requisitos que, en cada caso, deben mediar para la enajenación, que, en lo posible, se asimilará a la hecha por los tutores, según el repetido artículo.

En cuanto a los derechos de esos herederos no nacidos que después nazcan y lleguen a ser herederos, están claros: adquirirán los bienes en el estado que tengan, y *el precio de los enajenados* o adquiridos, pero no podrán reclamar frutos ni rentas, todo ello por analogía con lo dispuesto en el artículo 194 del Código civil.

Claro es que ello será aplicable sólo en el caso de que en la escritura de venta, no se optare *por dejar a salvo los derechos eventuales que correspondan a los herederos no nacidos*, pues en este caso la reserva hecha constituye una verdadera condición resolutoria de las que, con arreglo al artículo 37, número 1º de la ley Hipotecaria, constan taxativamente en el mismo Registro, y, por tanto, el cumplimiento de la condición resolvería la venta.

Enajenación forzosa.—Distinguimos la enajenación necesaria o conveniente de la forzosa. En la primera, la enajenación tiene por punto inicial un acto de voluntariedad, en la segunda la enajenación es independiente de la voluntad y nace del interés del Estado o de la sociedad misma, y tiene su origen en las limitaciones legales del dominio (1) principalmente la expropiación forzosa. Además puede motivar enajenación forzosa las ejecuciones promovidas por particulares o por el Estado, Región, Provincia o Municipio, para hacer efectivos sus impuestos y contribuciones. Pretender en estos casos admitir la imposibilidad de enajenar, sería impedir, en franca colisión con el derecho privado, el ejercicio de derechos nacidos del derecho público.

(1) Véase Castán: *Derecho civil*, tomo I, página 239.

Unicamente para hacer honor al principio: *Nemo condemnat nisi auditus vel vocalus* (Dig., lib. LXVIII, tít. XVII, ley 1.^a párrafo inicial) precisa saber qué personas deben ser oídas en el expediente o procedimiento que se tramite al efecto, para privar del dominio de esos bienes sujetos al fideicomiso condicional, a los a él llamados por voluntad del testador.

Basándonos en cuanto llevamos expuesto, deben ser citados y oídos en el expediente o juicio: 1.^o El heredero usufructuario instituído en primer lugar. 2.^o Los herederos fideicomisarios instituidos en segundo lugar, con condición suspensiva, *que vivan al promoverse el expediente o juicio*, si fueran conocidos. 3.^o El administrador judicial si estuviere nombrado, para administrar la nuda propiedad hasta que fueren conocidos los herederos fideicomisarios, el cual, para actuar, necesita moverse siempre dentro de las facultades que le hayan sido conferidas por el Juez, y en todo caso, solicitar la autorización judicial para transigir, aceptar valoraciones, oponerse, hacerse cargo del precio, etc., etc. 4.^o Si no hubiere nombrado administrador judicial, el Ministerio fiscal, por analogía con lo dispuesto en el artículo 838, núm. 6.^o de la ley Orgánica del Poder judicial, que establece corresponde al Ministerio fiscal, el representar y defender a los menores, incapacitados, ausentes o impedidos para administrar sus bienes, hasta que se les provea de tutores o curadores para la defensa de sus propiedades y derechos.

La jurisprudencia, asimismo, permite la enajenación forzosa de bienes de fideicomisos condicionales, siempre que sean citadas las personas que puedan ser perjudicadas, y así la Resolución de 9 de Noviembre de 1916 admite la venta por agente ejecutivo en expediente de apremio para hacer efectivos débitos a un Ayuntamiento, si bien no se puede inscribir la venta por no haber sido citados los legatarios de la nuda propiedad mencionados en el Registro; la de 22 de Septiembre de 1924, que también admite la posibilidad de una venta por agente ejecutivo para hacer efectivo un débito de derechos reales, sobre fincas sujetas a fideicomiso condicional, y, si bien tampoco se pudo inscribir la venta, lo fué por no haberse citado en el expediente de apremio las personas, a quienes, en su caso, podrían pasar los bienes en usufructo.

Gravamen.—En realidad, toda la doctrina expuesta, relativa a las enajenaciones, será aplicable al gravamen de los bienes suje-

tos al fideicomiso condicional y, por ello, quien pueda enajenar, podrá gravar con las mismas limitaciones y condiciones que tenga para aquello. Así la Resolución de 30 de Abril de 1904 permite al instituído con cláusula de sustitución pendiente, hipotecar, pero quedando pendiente su eficacia, del cumplimiento de la condición, lo cual no es sino una aplicación del artículo 109 de la ley Hipotecaria.

Embargo.—La anotación de embargo es el paso obligado para la enajenación forzosa en procedimiento de apremio en el que se traban bienes sujetos al fideicomiso condicional; por ello, permitida la venta, hay que permitir la anotación del embargo, siempre que el mandamiento vaya dirigido contra *todas las personas* que deban ser citadas, según las reglas anteriores. Como cita de la jurisprudencia, hay que traer a colación la Resolución de 20 de Noviembre de 1906, que permite, existiendo deudas hereditarias, se embarguen los bienes de un fideicomiso y la de 21 de Noviembre de 1930, que admitió se pueda anotar preventivamente un mandamiento judicial aunque la nuda propiedad embargada aparezca inscrita con determinadas limitaciones, ya que ha de aplicarse el párrafo 1.º del artículo 109 de la ley Hipotecaria, interpretado en el sentido de que no es necesario que la expresa reserva del derecho se haga en la escritura o mandamiento, bastando que conste en el Registro.

Cancelación.—Puede pesar el fideicomiso condicional sobre un derecho real cancelable, por ejemplo el de *hipoteca*, y, en ese caso, no puede detenerse el derecho del deudor a que se le otorgue la escritura correspondiente de cancelación, por la posibilidad o imposibilidad del cumplimiento de una condición suspensiva a que esté afecto el mismo derecho cancelado. Pagado el crédito garantizado con la hipoteca, no debe ésta subsistir y debe ser cancelada a tenor de los artículos 79 (párrafo 2.º) y párrafo final del artículo 83 de la ley Hipotecaria. Por ello, es importante el camino que para la cancelación en estos casos marca la Resolución de 9 de Enero de 1923, que establece en su último considerando, la posibilidad de cancelar una hipoteca por la heredera usufructuaria instituída en primer lugar, por los medios que directamente se pueden derivar del artículo 507 del Código civil, esto es, intervención del propie-

tario o del Juez, en su defecto, en la forma que para la enajenación hemos marcado.

Citaremos, para concluir, la doctrina sentada por la Resolución de 25 de Abril de 1931, que permite la cancelación de un crédito hipotecario, por título de herencia, en la que el causante instituyó herederos, en usufructo vitalicio, a una hermana y meros propietarios a varios sobrinos, con la condición de que los bienes del que falleciese sin descendencia pasaran a los que sobrevivieren e hijo que los representen, y al que premuriese a la testadora le sustituirían los hijos que dejase el fallecido.

Y con ello finalizamos la exposición de la materia expuesta, árida de por sí, llena de lagunas y dudas, y respecto de la cual no hemos visto ni oído, en realidad, una opinión clara. Es innegable que el criterio general se pronuncia por una norma de franca restricción, respetuosos, sin duda, con el principio *in dubio, quod minimum est sequitur*, pero no basta, a nuestro pobre modo de ver, una cautelosa negativa a admitir la enajenación y gravamen de bienes afectos a fideicomisos condicionales, sino que se debe meditar seriamente antes de oponer una negativa, si no se quiere desvirtuar uno de los tres fines que se esperan de las disposiciones formales del régimen inmobiliario moderno, según la exposición de motivos del Código civil suizo, o sea una mayor movilización de los derechos reales (1).

ANTONIO VENTURA Y GONZÁLEZ,
Registrador de la Propiedad.

(1) Exposé des Motif. Berne, Büchler & C.ª, 1903, página 711.

El Derecho agrario y sus modernas orientaciones

La elaboración del Derecho agrario, tan avanzada en otros países, se halla en estado incipiente en España, donde, no obstante la exuberante legislación agraria, promulgada principalmente desde el advenimiento del régimen republicano, son poco numerosos los trabajos a aquél dedicados y solamente un ensayo de sistematización, notable por cierto, se ha hecho de la nueva rama jurídica, y ha sido debido al maestro D. Fernando Campuzano. Nuestro objeto es mucho más restringido. Queremos simple y modestamente aportar algunas ideas sobre el concepto del Derecho agrario y poner de relieve las predominantes tendencias de éste.

Todos sentimos la existencia del Derecho agrario, y por impresión atribuimos el carácter de agrarias a ciertas leyes, costumbres o contratos. Mas cuando se trata de dar expresión gráfica al concepto del Derecho agrario surgen a cada paso dificultades.

Podemos observar que, tanto en su origen como en importantes facetas de su desarrollo, el Derecho agrario sigue una ruta paralela al Derecho mercantil, y ese paralelismo ha querido ser acentuado por algunos hasta límites inaceptables. El fenómeno de partenogénesis, que en el seno del Derecho civil se reitera de tiempo en tiempo, dió origen al Derecho mercantil y ahora ha dado nacimiento al Derecho agrario. Y así como los criterios básicos de definición del Derecho mercantil se han seguido también para la del Derecho agrario, la estructura de la teoría general del Derecho agrario ha querido ser asimilada a la del Derecho mercantil, y aun se ha llegado a propugnar la aplicación de las leyes mercantiles a la agricultura.

Pero ¿qué es el Derecho agrario? En dos grupos pueden clasificarse las concepciones doctrinales del Derecho agrario: abstractas y políticas o episódicas. Las primeras, que son las más frecuentes, radican en criterios subjetivos, objetivos o complejos de definición; las segundas atienden a una función modificativa de una situación agraria y de conservación de la sustitutiva establecida.

Alguien ha pretendido que el Derecho agrario se puede definir como el Derecho de los agricultores, a la manera como el Derecho mercantil se tituló Derecho de los comerciantes. Mas tal concepto de la nueva rama jurídica como Derecho de clase resulta de una rudimentaria noción del criterio subjetivo en la demarcación del Derecho mercantil y de una comparación superficial de la naturaleza y contenido de los Derechos mercantil y agrario. Precísase recalcar que el Derecho mercantil es y ha sido siempre el Derecho propio de los actos de comercio. «Cuando se habla de sistema subjetivo para la delimitación del Derecho mercantil—dice Garrigues—, no quiere decirse que se considere este Derecho como el Derecho propio de una clase de personas: los comerciantes. Tanto en el sistema objetivo como en el subjetivo, el Derecho mercantil es el Derecho propio de una clase de actos: los actos de comercio. La diferencia entre uno y otro sistema consiste sólo en que mientras en el sistema subjetivo actos de comercio son sólo los realizados por comerciantes, en el sistema objetivo son actos de comercio no sólo los realizados por comerciantes, sino también los que sin ser ejecutados por comerciantes se definen como mercantiles atendiendo a su sustantiva naturaleza» (1). Pero, además, mientras que el Derecho mercantil encuentra su contenido propio y con él el elemento delimitativo de su ámbito de aplicación en el acto de comercio, el Derecho agrario carece de un acto típico análogo; y, por otra parte, el concepto de agricultor, como veremos, no agota la titularidad de las relaciones reguladas por el Derecho agrario, estableciéndose así otra divergencia entre éste y el mercantil, el cual puede ser constituido como Derecho de empresa, aunque se respete por excepción el carácter mercantil de ciertos actos que son mercantiles no intrínsecamente, sino por calificación legal, aunque los realicen sujetos no comerciantes.

(1) GARRIGUES: Prólogo a la edición española de la obra de Rocco *Principios de Derecho mercantil*, pág. 12.

Siguiendo un criterio objetivo, se ha podido creer que el Derecho agrario es el Derecho de la agricultura. Pero si eso fuera sería inadecuado el nombre al objeto por él designado. El Derecho agrario, en ese supuesto, debería llamarse Derecho agrícola, de la misma manera que la ley de Crédito Agrícola se llamó así y no de Crédito Agrario. La agricultura, técnicamente, es el arte del cultivo de la tierra, del agro; económicamente es, en su sentido amplio, la industria rural. En estos conceptos elementales resalta la idea de parcialidad en cuanto a la totalidad de situaciones en que pueda hallarse la tierra. La tierra puede estar inculta y, sin embargo, ser objeto del Derecho agrario, y precisamente uno de los fines de éste es la puesta en cultivo de los yermos susceptibles de él. Entonces habrá Derecho agrario y no habrá agricultura, ni aun dando a ésta su más extenso significado, comprensivo por un lado de la industria fundiaria, y la industria cultivadora (prácticamente y agricultura en estricto sentido) y por otro de la industria forestal e incluso de la cría del ganado.

He ahí por qué no nos parece aceptable la definición que del Derecho agrario da Arcangeli al decir que «por Derecho agrario se entiende el complejo de normas, sean de Derecho privado o de Derecho público, que regulan los sujetos, los bienes, los actos y las relaciones jurídicas pertinentes a la agricultura. Es decir, de las normas que tienen por objeto inmediato y directo la regulación jurídica de la agricultura» (1).

Se ha dicho también que el Derecho agrario es «el conjunto de normas jurídicas relativas a la producción agrícola» (Campuzano) (2) o «el complejo de normas que disciplinan las relaciones que se constituyen en el ejercicio de la actividad agraria» (Carrara) (3). Pero sólo dando a las frases «producción agrícola» y «actividad agraria» un sentido tan amplio como el que precisan para abarcar las situaciones de no producción y de inactividad de los predios, pueden ser exactas.

Sánchez Román aporta un nuevo criterio de determinación del

(1) Agoe ARCANGELI: *Nozioni generali sul diritto agrario*, en la *Rivista di Diritto Agrario*. Gennaio, Marzo 1935, página 1.

(2) Fernando CAMPUZANO: *El Derecho agrario en España. Essay de sistematización*. En la *Revista de Derecho Privado*, año 1933, pág. 362.

(3) Giovanni CARRARA: *Corso di diritto agrario*, volume primo, pág. 35.

concepto del Derecho agrario. Se basa en un elemento político y en un fin u objeto contingente y episódico. Para él el Derecho agrario es la representación de una política agraria (1). El Derecho agrario es el Derecho de la redistribución de la tierra, y donde no hay redistribución no hay Derecho agrario (2).

Este concepto aun completado, como lo completa, con el reconocimiento de que el Derecho agrario tiene además otro objetivo que cumplir: «crear las instituciones necesarias del funcionamiento, defensa y conservación del nuevo orden establecido», y, por consiguiente, dos funciones: distributiva y orgánica de la nueva empresa, restringe innecesariamente las posibilidades de existencia del Derecho agrario, el cual puede desenvolverse independientemente de una redistribución del suelo.

Por todo ello me atrevo a basar el concepto del Derecho agrario en dos puntos de apoyo: uno real, otro funcional. El Derecho agrario es el Derecho de los predios rústicos y de la empresa agrícola, o sea el conjunto de normas jurídicas que regulan la pertenencia, uso y disfrute de las fincas rústicas y el desenvolvimiento de la empresa agrícola.

Sería largo razonar esta definición, cuyos fundamentos resultan, por otra parte, de la crítica hecha a las anteriores expuestas. Baste in-

(1) Siempre que el concepto del Derecho agrario sale al paso, hay que preguntarse: ¿En relación a cuándo y en relación a dónde? ¿Cuál era la situación constituida? ¿Qué pretensión, qué dirección política quería seguirse en orden a esa situación hecha? ¿Qué formas concretas de legislación, siguiendo esa política y en un momento determinado un país, una sociedad, emprende sobre la materia?», dice Sánchez Román. (Interesantísima es la doctrina vertida por el profesor Sánchez Román en el cursillo que sobre Derecho agrario explicó en la Universidad Central en la primavera de 1934. No sabemos que se hayan publicado de él sino los extractos que aparecieron en el diario de Madrid *Luz* en los días 10 y siguientes de Abril de 1934. Al texto de dichos extractos, a falta de algo más completo, que sería de desear se publicase, me atengo en las citas que del señor Sánchez Román hago.)

(2) «Hay que distribuir—dice Sánchez Román—la tierra, y siempre que la legislación ha ido al sistema de redistribuir la propiedad de la tierra, ha hecho derecho agrario; cuando se ha eludido, se ha hecho una legislación de tipo intervencionista, económica, pero no una legislación agraria. «Derecho agrario—añade—es, ante todo, una legislación que expresa una política; ésta, a su vez, determinada por una necesidad, y cuyo objetivo es distribuir la tierra, organizar, por tanto, sobre planta distinta, la propiedad del suelo.»

dicar que en dicha definición se abarca tanto al Derecho agrario reformador o Derecho de la reforma agraria, como al Derecho agrario regulador de las relaciones jurídicas que recaigan sobre las fincas rústicas o afecten a las empresas agrícolas.

En ella se da a entender ya cuál sea la materia propia del Derecho agrario: está constituida por las fincas rústicas y la empresa agraria. Es un objeto complejo, por consiguiente. Con esto me aproximo a aquellos que «distinguen dentro del Derecho agrario un objeto estático (la propiedad rústica) y un objeto dinámico (la empresa agrícola)». Pero con el léxico arriba empleado, que expresa ideas no coincidentes en absoluto, como se ve, con las de estos autores (hablamos de fincas rústicas y no de propiedad rústica), queda rehusada la acertada crítica que a la opinión de los últimos hace Campuzano (1) al decir que la propiedad rústica, mejor que objeto, debe calificarse como institución del Derecho agrario.

Nos parecen inciertas, pues, las opiniones de los que sostienen que el objeto del Derecho agrario es la empresa o explotación agrícola, y más las de los que lo constriñen a las cosas y los derechos sobre las cosas atinentes al ejercicio de la industria agraria, como hace Carrara (2), que llega a esta conclusión por entender que la hacienda agraria, supuesto objeto del Derecho agrario, tras un superficial examen, refleja el mismo sistema de aquel Derecho, puesto que comprende personas, cosas y convenciones, lo que haría contrario a las exigencias sistemáticas encerrar el concepto de hacienda en la parte dedicada al objeto del Derecho agrario.

Nos hemos enfrentado con una institución nueva cuyo concepto conviene dibujar: la hacienda agraria. He ahí otro punto de coincidencia del Derecho agrario con el Derecho mercantil. Al estudiar el objeto de la relación jurídica mercantil se perfila con contornos precisos la hacienda mercantil. Al tratarse del objeto o materia del Derecho agrario se habla de la hacienda agraria. Pero la homonimia no implica una identidad de contenido diversificado simplemente por su calidad de agrario o mercantil. En Derecho agrario «la hacienda es un concepto dinámico que comprende no sólo las co-

(1) CAMPUZANO: Loc. cit., pág. 368.

(2) Loc. cit., pág. 149.

sas, sino también la energía humana y acuerdos contractuales. La hacienda del agricultor comprende, por lo tanto, no sólo las cosas (ganado, máquinas, instrumentos, simientes, abonos, anticriptogámicos, etc.), sino también la energía de trabajo del mismo agricultor que dirige la hacienda, de sus factores, de sus empleados y de sus obreros, y, si se trata de un arrendatario, también el mismo contrato de arrendamiento», dice Carrara (1).

No es equivalente el concepto de hacienda comercial. El establecimiento o hacienda mercantil es sólo una modalidad de cosa compleja, una universalidad de cosas objeto de la relación jurídica mercantil. Rocco (2) estudia el establecimiento o hacienda mercantil desde el punto de vista económico y desde el punto de vista jurídico, y dice: «Económicamente, la hacienda no es otra cosa que una empresa en sentido económico, o sea la reunión de varios factores de la producción organizados por ésta, cuyos elementos, como sabemos, son capital y trabajo, y al igual que en toda forma de empresa, en ésta no importa cuál sea la procedencia y pertenencia de los elementos que la constituyen, pudiendo ser, tanto el capital como el trabajo, propiedad del mismo empresario (organizador de la producción) o de otras personas, o como puede ser en parte del empresario y en parte ajeno.» «La hacienda, jurídicamente, es el conjunto de cosas (bienes y servicios) reunidos u organizados para ejercer el comercio.»

Las diferencias que separan esta noción de la de Carrara son, como se ve, de gran relieve.

* * *

Obsérvese a primera vista que el Derecho privado agrario tiene una orientación decidida a constituirse preponderantemente como Derecho de orden público. Algunos autores hablan de la intensificación de las interferencias del Derecho público en el privado cuando de materias agrarias se trata. Sin embargo, conviene precisar los términos para evitar la confusión en que algunos han incidido de hacer sinónimos el Derecho público y el Derecho necesario o de orden público, siguiendo un criterio funcional o un criterio teleológico de distinción entre el público y el privado, hoy abando-

(1) Loc. cit., pág. 149.

(2) *Principios de Derecho mercantil*, pág. 236.

nados por la ciencia, que atiende al sujeto y al fin de la relación jurídica regulada para determinar el carácter de la norma, que será de Derecho público sólo cuando en aquella relación intervenga un ente público en funciones de tal y no como persona jurídica privada. Por esto decíamos que el Derecho agrario privado se nutre preponderantemente de normas de orden público o de Derecho necesario, ya que limitan la autonomía de la voluntad individual, tanto en el ejercicio de los derechos reales como en el de los de obligación, estableciendo la inderogabilidad de los preceptos legales por pactos entre partes y prohibiendo, por consiguiente, la renuncia de los beneficios que a alguno de los interesados en la relación jurídica agraria se conceden.

Ello es debido a que gran parte de los preceptos del Derecho agrario son la concreción jurídica de los deberes morales que hasta ahora se habían reconocido a la propiedad, o sea la regulación de la función social de la propiedad. Con esto no se subvierten los principios básicos del Derecho de propiedad. No hay inconveniente en afirmar que «poseer no es un vicio, sino un talento del que son capaces los menos» como dice Spengler (1); pero precisamente el talento está en enderezar el uso de la propiedad a los fines de todo orden que está llamada a llenar. Realmente es cierto que de la propiedad individual debemos tener el culto y no la superstición, como dice Luzzati (2), y superstición es el principio de la intangibilidad de la propiedad, defendido ya por muy pocos.

Las cuatro tendencias directrices que orientan el nuevo Derecho privado, según Castán, a saber: la democrática, la socializadora, la espiritualista y la dinamista, señalan también el rumbo del Derecho agrario, como parte de aquél que es, aunque con varia intensidad. La tendencia democrática se manifiesta en el aspecto que adopta el Derecho agrario de derecho de los débiles, protegiendo al cultivador no propietario frente al propietario y abriendo a aquél nuevos cauces de acceso a la propiedad. La socializadora aparece en el afán de llevar a sus últimas aplicaciones la función social de la propiedad, haciéndola trascender desde la reorganización de la propiedad rústica o redistribución de la tierra hasta el control de

(1) *Años decisivos*, pág. 89.

(2) Citado por Giangastone Bolla: *Opere di Luigi Luzzati. I problemi della terra*, en la *Rivista di Diritto Agrario*, año 1934, pág. 346.

la producción y tutela de la empresa agraria. La tendencia espiritualista resulta del fundamento ético y anhelo humanitario que informa muchas disposiciones, preconizadas o adoptadas ya, que hallan su raíz jurídica en la teoría del abuso del Derecho, bien que es de reconocer que la mayor parte del Derecho agrario persigue un fin económico concordante por fortuna, casi siempre, con los principios morales, salvo desviaciones producidas por los objetivos políticos propuestos en cada país, cuya trayectoria hay que separar de las líneas jurídicas. Menos diáfana es la tendencia dinamista en el Derecho agrario, y se requiere para señalarla una previa determinación conceptual de aquélla. Dice Castán (1) que, «aunque el concepto de dinamicidad del Derecho, a pesar de la boga que ha alcanzado, sobre todo en Alemania, no tiene todavía un contenido claro, admitido unánimemente, puede afirmarse que una de las exigencias primordiales de un derecho construído dinámicamente será el establecer las condiciones adecuadas para un extensivo movimiento de los bienes». Pues bien, siendo esto así en el Derecho agrario, puede decirse que se manifiesta una corriente en cierto sentido antidinamista, porque, después del movimiento efervescente de la redistribución de la tierra, se trata de paralizar en buen grado las transferencias de fincas mediante restricciones a la facultad de disposición de sus titulares. Mas si se concibe el dinamismo en el sentido de funcionalismo, entonces cabría señalar una orientación dinamista en el Derecho agrario, ya que, a diferencia del civil, que regula los bienes y los derechos sobre éstos considerándolos en sí mismos, el Derecho agrario los contempla vivificados como fuentes actuales o en potencia de riqueza, interviniendo no sólo su función productiva, sino también la distribución de los productos cuando varias personas cooperan en la industria rural. De la misma manera puede señalarse la corriente dinamista en el Derecho agrario, si por aquélla se entiende la de «creación de una seguridad dinámica jurídica», que cita Castán.

Ahora bien: ¿cómo se concretan estas directrices? Podemos separar las tendencias concretas del Derecho agrario en tres grupos referentes: 1.º, a la organización de la propiedad rural; 2.º, al fun-

(1) *Hacia un nuevo Derecho civil*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo CLXII, 1 de 1933, pág. 35.

cionamiento de la propiedad, y 3.^º, a instituciones que afectan a la organización y al funcionamiento de la propiedad.

En cuanto a la organización de la propiedad, tres tendencias sobresalen con arraigo profundo y se refieren: a la restauración parcial de la propiedad colectiva, a la instauración de fincas típicas y a la concentración en el agricultor de la titularidad o titularidad útil de los derechos sobre las fincas.

Después de largo tiempo de crítica de la propiedad de los entes públicos, se ha generalizado la opinión, distanciada por otra parte de las doctrinas socialistas, de considerar necesaria la coexistencia y coordinación de la propiedad pública y la privada; la propiedad pública representada por la propiedad del Estado—y dentro de ella, con particular importancia, por el patrimonio forestal de la nación—y por la propiedad de las Corporaciones, de la que destacan los bienes de los Municipios, en su forma de bienes comunales principalmente.

Para examinar la tendencia a instaurar las fincas típicas debemos empezar por fijar el concepto de éstas. La finca típica puede decirse que es un predio de superficie continua suficiente para una explotación racional ajustada a las exigencias económicas y sociales y sujeto a normas jurídicas específicas. La vaguedad de este concepto en algunos puntos es notoria, pero ineludible. Es una ampliación del concepto de unidad agraria, unidad de cultivo o unidad fundiaria, que de esta forma resulta siempre especie o forma de finca típica. Obsérvese que hoy se propugna la formación de fincas de extensión superior a la de las unidades fundiarias, fincas que deben constituirse con arreglo a ciertos tipos regulados por las leyes. Por esta razón hemos creído conveniente fijar una noción amplia de las nuevas fincas que tiende a crear el Derecho agrario como base de verdaderas instituciones agrarias, fincas que hemos denominado típicas, y de las que viene a ser una modalidad minimalista la unidad de cultivo. Así, dentro del concepto de finca típica, cabe lo mismo la «heredad» alemana (1), que el patrimonio familiar, mientras que aquélla no puede estar comprendida en el

(1) Sobre esta institución véase: Ramón de la RICA Y ARENAL: *Evolución legislativa del Derecho de propiedad. La nueva ley del Reich sobre el derecho de sucesión en las heredades*, en el Boletín del Instituto de Reforma Agraria, año 1934, pág. 5; Vicente GAY: *El Derecho agrario de la revolución nacional-*

concepto de unidad de cultivo. En efecto, la unidad de cultivo puede ser definida, dice Carrara (1), «como el trozo mínimo de terreno provisto o no de casa, suficiente al trabajo y mantenimiento de una familia». Arcangeli (2), por su parte, dice que es unidad de cultivo «aquella porción de tierra que con arreglo a su ubicación, destino y fertilidad es suficiente para el trabajo y mantenimiento de una familia de cultivadores». Y en análogos términos define la unidad fundiaria Giuseppe Dato (3).

La tendencia a la instauración de la finca típica se manifiesta en dos series de normas (promulgadas, proyectadas o simplemente demandadas por la opinión), que atanen unas a la constitución de dichas fincas y otras a su conservación. Las primeras se resuelven en medidas de parcelación de los latifundios, de agrupación de parcelas minifundieras, de recomposición predial por concentración parcelaria y de reintegración del dominio, que tratan, respectivamente, de combatir las excesivas extensiones de algunas fincas, la pulverización de la propiedad, la dispersión de la propiedad por la discontinuidad de las distintas piezas de terreno que constituyen una sola finca y la concurrencia de titulares sobre un fundo con derecho a productos diferentes del mismo. Con esto ya hemos apuntado las diferentes situaciones antieconómicas en que la propiedad puede encontrarse. Para aclarar un poco más las ideas apuntadas podemos decir con Tassinari (4) que la fragmentación (o pulverización) «se refiere a una división extremada de la propiedad, por la cual ésta asume proporciones mínimas, aunque esté constituida por un solo trozo; la dispersión, por otro lado, tiene lugar cuando el predio se desmembra en fracciones separadas de terreno», y, en este caso, «el predio, unidad técnica de cultivo, no se presenta como un cuerpo único, sino constituido por muchos trozos, separados y distintos, intercalados entre otros de distintas personas». La terminología en

socialista, en el *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, año 1934, página 69.

(1) *Bases jurídicas y líneas constructivas de un plan de reforma agraria integral*, en la *Revista de Derecho Privado*, año 1932, pág. 139.

(2) *Loc. cit.*, pág. 5.

(3) *L'attuale questione delle promiscuità private*, en la *Rivista di Diritto Agrario*, año 1934, pág. 387.

(4) *La reconstrucción de la unidad fundiaria*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo CLVI, I de 1930, pág. 497.

esta materia no es muy segura, ya que con las palabras «fragmentación», «dispersión» y «distribución irregular» de la propiedad se expresan a veces ideas diferentes por los distintos autores. Por eso nos parece menos dada a confusiones la distinción que hace Chauveau (1) entre «le morcellement du sol» y «le morcellement des propriétés», que aluden, respectivamente, a lo que antes hemos denominado fragmentación y dispersión de la propiedad.

El medio más eficaz e indispensable en toda reforma agraria para combatir una situación agraria perniciosa es la expropiación forzosa, pero también hay otros, de entre los coactivos, que pueden contribuir al mismo fin, y entre éstos se destacan los derechos de prelación a favor del Estado y a favor de los particulares para la adquisición de fincas que se enajenen, bien que en cuanto a estos últimos sólo para remediar su caso concreto de distribución inconveniente por defecto de extensión continua e íntegra jurídicamente de su fundo. La expropiación forzosa, a su vez, puede ser realizada en favor del Estado o en favor directa e inmediatamente de determinado individuo, como ocurre con el procedimiento llamado en Italia de *ingrossazione* y el seguido para el remembrete en Francia. Se aspira también por algunos a que se declaren obligatorias ciertas permutes para luchar contra la irregular distribución de la tierra. Una variedad de estas permutes, aunque tiene ciertas características diferenciales, viene a ser el sistema de «compenso per accantonamento» propuesto por Giuseppé Dato para conseguir la disolución de los casos de «promiscuità di dominio privato», con cuya denominación se alude a la mencionada concurrencia de titulares sobre una misma finca.

Los principios de conservación afectan al Derecho sucesorio y al Derecho de obligaciones, y algunas disposiciones afectan a varios tratados del Derecho civil, como ocurre con las que regulan la institución del patrimonio familiar. Estas medidas de conservación funcionan también como preventivas contra la creación de estados como los que tratan de combatir. Así ocurre con las correcciones que en el sistema legitimario se introducen, estableciendo una sucesión especial para las fincas constituidas en unidad de cultivo o al menos prescribiendo la indivisibilidad de los predios hasta cierta

(1) Citado por Tassinari, loc. cit.

medida o de ciertas explotaciones agrícolas. Coadyuvan al mismo fin las restricciones a la libertad de contratación o de disposición por actos intervivos de las fincas rústicas, respecto de las que se pueden impedir hasta cierto grado las enajenaciones parciales (actos de segregación de porciones de unidades fundiarias, por ejemplo), y respecto de las que se establecen a veces verdaderas vinculaciones. Una institución típica de este orden es el patrimonio familiar inembargable, inalienable e indivisible, por cuya implantación tantos claman, y en el Derecho alemán el mismo carácter tiene la institución llamada «heredad», creada por la Ley de 29 de Septiembre de 1933.

La tercera tendencia se refiere a la concentración en el cultivador de la titularidad o titularidad útil de los derechos sobre las fincas rústicas. Es beneficioso, desde el punto de vista económico y del de la estabilidad social, la popularización de la propiedad, y en particular el aumento del número de propietarios rurales. Hacer muchos propietarios es la aspiración de muchos reformadores agrarios. Algunos, sin embargo, no quieren llegar a tanto, y así Sánchez Román dice que la redistribución de la tierra se resuelve en dos operaciones: expropiación e impropiación; pero da a estas palabras «significaciones distintas a como figuran en el Derecho viejo». «No hay en la redistribución de la tierra una finalidad atributiva de propiedad. Lo que persiguen las leyes de redistribución de la tierra es quizá distinto. No se trata de crear la propiedad a favor de un titular nuevo. Se trata de establecer la posesión. Y la posesión, en definitiva, como causa que adquiere a favor del poseedor la plena disposición de los frutos. El hecho posesorio, causa adquisitiva de la propiedad de los frutos, no se complica así con la propiedad de las cosas que los producen. Pero yo llego a más—sigue diciendo Sánchez Román—. En mi recelo a deslindar claramente los campos del Derecho común y del Derecho agrario, llego a esta proposición, cuyo desarrollo y consecuencias ya tendremos oportunidad de apreciar: tan peligroso me parece a mí—si no tanto, bastante peligroso—llevar la impropiación al extremo de conceder investidura de propiedad al que se le da la tierra, como me parece también técnicamente imperfecto reducir todo el proceso a una situación de investidura posesoria meramente. Porque también la posesión como forma del Derecho común trae sus conflic-

tos. También trae sus consecuencias, y en esas consecuencias no siempre se encuentra la debida compatibilidad con los fines de una ley de distribución agraria.» «Hay un modo de proveer a la situación, de tomar a los nuevos titulares sin ser propietarios, pero como si lo fueran; sin ser poseedores, pero como si lo fueran. Con una situación que el Derecho conoce, mejor dicho, que el Derecho establece, pero que los juristas no conocen demasiado y que se llama precario. Formas de precario son las que habilitan rápidamente soluciones... He aquí la condicional: la condicional, que cuando la impone el Estado es una condicional de bien público. Mientras la producción, la empresa agraria, se lleve con arreglo a su destino...» Claro que antes ha advertido el profesor a que nos referimos: «estamos en una situación redistribuidora, no estamos en las posiciones ulteriores que hay que ir llenando en la nueva fase del Derecho agrario».

Entre los sostenedores de la primera opinión, o sea entre los que quieren que se aumente el número de propietarios, se va cada día extendiendo más la idea de que el acceso a la propiedad por los cultivadores debe hacerse por grados. «Es ya opinión generalizada —dice Leal Ramos (1)— que el acceso del bracero a la propiedad de la tierra se haga por etapas que sirvan de ensayo a las aptitudes del obrero para cultivar por su cuenta, como propietario de la heredad o patrimonio que le haya correspondido y a la vez de preparación o aprendizaje del nuevo oficio de cultivador propietario. Y adviértase que, como dice Henry Brun en su libro sobre *Le domaine rural*, «la parte comercial de una explotación agrícola es frecuentemente más delicada que la producción.»

Enfilada en esa dirección una reforma agraria, se arbitran dos reglas para conseguir una rápida y segura estructuración nueva del campo: preferencia para ser convertidos en propietarios de los que tengan acreditadas sus facultades de empresario, que son los agricultores, entendiendo por agricultor, con Carrara (2), «aquel que ejercita por cuenta propia la industria rural o la cría del ganado» (antiguos arrendatarios, colonos y aparceros); establecimiento de etapas transitorias entre la situación de bracero y la de propietario. La situación de transición debe ser de tenencia en

(1) *Factores jurídicos y sociales del problema agrario* (en prensa).

(2) *Corso...*, pág. 73.

precario, situación cristalizada en la figura jurídica creada por la Reforma agraria española llamada «asentamiento» (1), que a algún escritor le parece mucho que sea el escalón inmediato a la propiedad, y que debe ser solamente «el primer grado de la actuación autónoma del campesino, tránsito para otras etapas de mayor perseverancia en la tierra y de más complejos derechos que le aproximen a lo que ha de ser el ideal de todos los asentados, la posesión de la tierra en pleno dominio, aunque con la protección y condición privilegiada que ha de corresponder siempre a la pequeña propiedad» (2).

Para la conversión de los arrendatarios, colonos o aparceros en propietarios, se trata de conceder a éstos acciones expropiatorias y de retracto.

En cuanto al funcionamiento de la propiedad, el Derecho agrario tiende a controlar la producción y a proteger a la empresa agraria. El control de la producción tiene por finalidad, generalmente, el aumento de la producción agrícola, pero también puede buscar una restricción en la producción mediante una política que se ha llamado de malthusianismo agrario. Lo corriente y normal es que pretenda la intensificación de cultivos, la extensión de la superficie cultivada y la coordinación de la producción a las necesidades de la economía nacional. Dentro de las medidas que tienen la primera pretensión pueden incluirse las que fomentan la ejecución de mejoras en las fincas y las que prescriben la indemnización al arrendatario de las que éste hubiera realizado en el predio arrendado.

Todas estas medidas pueden tener un fin económico, y de ordinario lo tienen. Mas el control aludido puede tener fines extraeconómicos, y ello ocurrirá cuando el aumento de producción por intensificación o extensión de cultivos sea antieconómico, en el sentido que esta palabra tiene en la economía política, y no obstante sean aquellas operaciones prescritas por el Poder público. Es el

(1) Sobre el concepto y naturaleza jurídica del asentamiento puede verse: SÁNCHEZ ROMÁN: loc. cit.; CAMPUZANO: *La riforma agraria spagnuola*, en la *Rivista di Diritto Agrario*, año 1934, pág. 54; Aurelio RODRÍGUEZ MOLINA: *De la reforma agraria: El Derecho de asentamiento*, en el *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núms. 29 y 30 de 1934; Alfonso MADRID: *Constitución agraria de España*; León LEAL RAMOS: loc. cit.

(2) LEAL RAMOS: loc. cit.

caso del laboreo forzoso de tierras que producen mayor beneficio económico dedicándolas a la ganadería. El laboreo entonces no tiene un fin económico, porque no produce aumento de valores para el propietario ni para la sociedad, pero tiende al mantenimiento de población, fin primero de la propiedad que ha de sostener a todos, y no sólo a una minoría.

La protección de la empresa agrícola aparece en cuanto se regulan las condiciones de viabilidad de la misma y su estabilidad. Sirven a la viabilidad las disposiciones relativas al régimen de rentas en los arrendamientos y aparcerías y, en general, en las cesiones contractuales del disfrute de predios por tiempo determinado, bien prefijándose la renta máxima que puede percibir el propietario, o bien reglamentándose un sistema de revisión de las rentas pactadas. La misma finalidad tienen las prohibiciones de subarriendos y la declaración de nulidad de ciertas cláusulas leoninas. La estabilidad se trata de obtener mediante la fijación de largos plazos a los arrendamientos, la prórroga de los contratos a voluntad del arrendatario y la indemnización por despido al arrendatario o colono.

Finalmente se trata de facilitar la reorganización y el funcionamiento de la propiedad con normas referentes al crédito agrario, ya en sí mismo considerado, ya en cuanto se procura darle una más amplia base de garantías (como cuando se propugnan medios de liberar las fincas de gravámenes antiguos, subsistentes hipotecaria o registralmente, pero no en la realidad). También notable es, en este respecto, la preponderancia que va alcanzando el convencimiento de la necesidad del acogimiento de las instituciones y relaciones jurídicas agrarias al Derecho legitimador, notarial y registral.

El esbozo, no ya de cada uno de los puntos enunciados, sino solamente del desenvolvimiento jurídico positivo y doctrinal de las líneas generales apuntadas, invertiría largo espacio. He procurado reflejar solamente una visión esquemática de lo que el Derecho agrario es y tiende a ser. De ella quizás resalte el interés de dedicar a los estudios jurídicoagrarios una atención creciente.

ALEJO LEAL GARCÍA,
Registrador de la Propiedad

Revista de revistas jurídicas

LA TEORÍA DEL NEGOCIO ABSTRACTO, por Simone Malvagna. (*Rivista di Diritto Civile*, año 1935, página 43 y siguientes.)

No se ha estudiado la doctrina del negocio abstracto independientemente de la causa, sino sólo como una consecuencia de la letra de cambio. Hay casos en que no es posible la separación entre actos causales y materiales, y otros en que la relación entre voluntad y causa falta, no porque carezcan de ella, sino porque el negocio no la exprese y la voluntad «per se» es suficiente para producir el efecto a que se dirija (Ruggiero). Y aunque se pruebe la falta de causa o su ilicitud, no impide la producción de efectos jurídicos y sólo sirve de fundamento a una acción para anular los mismos (*condictio indebiti*, acción de enriquecimiento) (Coviello).

Para unos autores el negocio abstracto carece de causa jurídica, *causa de vendi*, y si excepcionalmente se investiga sobre la causa es sólo por razón de *equidad*, como la «*exceptio dolí*» de la estipulación romana. El autor no admite este criterio, pues desde el momento—afirma—en que la promesa abstracta puede ser destruida por excepción causal, la consecuencia es la misma: el negocio abstracto funciona sólo como un aspecto exterior, formal, del negocio causal.

Otros autores (Wieland) colocan el fundamento de la protección de la ley a la deuda abstracta, en consideración a la causa, y, por consecuencia, no se puede prescindir de ella, pero la ley puede permitir que para *el ejercicio de la acción* no se precise probar el consentimiento sobre la misma. El darle límites procesales—dice el autor—reduce a bien poca cosa el negocio abstracto.

Otros tratadistas (La Lumia), que siguen en términos absolutos esta doctrina, llegan a la conclusión de que la causa queda absorbida por la naturaleza formal del negocio, el cual encontrará su garantía en aquella formal expresión de la auténtica voluntad de las partes. Pero se critica esta orientación (Wieland), porque

se viene a admitir la posibilidad de un doble juicio sobre el mismo objeto, que no admite ningún ordenamiento jurídico procesal. Así sucedería en el caso de un deudor de un préstamo que dejase a su acreedor el reconocimiento jurídico de una deuda, documento abstracto por excelencia y capaz «per se» de fundar el derecho o la acción. Si el préstamo no se ha realizado, el deudor podrá oponer una excepción al acreedor. Pero si la relación es *absolutamente abstracta*, es evidente que la relación causal, no puede existir en el nexo de la «Resjudicata» siendo extraña a la relación del actor y sólo admisible basado en la economía del juicio. Y la «Resjudicata» no mira a la relación del préstamo, sino sólo a la *abstracta* que es la discutida en el juicio; y el acreedor podría intentar una acción de préstamo, pues la excepción de cosa juzgada no aprovecha al deudor.

Pero esta objeción es refutada en el sentido de que la acción está íntimamente ligada al derecho sustancial, y no puede hablarse de acciones abstractas sin correlativos derechos de créditos abstractos también. Si bien—dice Chiovenda—que la acción se concibe como un derecho autónomo y existente por sí y no tiene más que un ligamen ocasional con el derecho material a cuya práctica corresponde.

La doctrina se sumió en un laberinto del cual no era fácil salir, porque se había estudiado la «*stipulatio*» sin tener en cuenta su evolución histórica. Se distinguieron tres categorías: 1.^º la promesa de delegación, 2.^º el reconocimiento de deuda y 3.^º el contrato puramente abstracto; categorías que representan grados distintos de abstracción. En el contrato puramente abstracto se obra sólo en vía procesal formal, es decir, que la eficacia jurídica subsiste independiente de la validez o invalidez de la causa, aunque ésta pueda tener influencia por vía de excepción o de «condiciones».

La abstracción nace para unos autores (Adler) de la voluntad de las partes que acuerdan dar vida a una relación independiente de la causa, ya a los efectos procesales (de privación de prueba de la misma), ya en absoluto por carecer de causa. Se critica esta doctrina porque no es posible dependa de la exclusiva voluntad de las partes la suerte del total negocio jurídico (La Lumia); y además el paso de la abstracción procesal a la material no está justificado: es—dice Bonelli—improvisado y brusco.

¿Qué se entiende por abstracción procesal relativa? Para unos (Neubecker) se concreta el negocio abstracto en el derecho a la acción abstracta, o sea un derecho no subordinado a la prueba de la causa. El concepto se reduce a una simple inversión procesal de la carga de la prueba que es la noción del Código italiano en sus artículos 1.119 y 1.120, para el cual la causa se presume (artículo 1.277 del Código civil español); esta doctrina—a juicio del autor—deja siempre el influjo del elemento causal, y no se descuida si no provisionalmente, dando al actor una simple apariencia de acción autónoma e independiente de la causa.

Otros autores, partiendo de la base de que el negocio abstracto crea una presunción de deuda, creen que ante todo se debe precisar en qué consiste. Según unos (Munch-Petersen), debe ser subjetiva: si se ha hecho una promesa sin referirse a la causa, se presume que los contratantes han renunciado a hacer valer la excepción de causa frente a la otra parte. Según otros (Canstein)—y es la opinión dominante—debe ser objetiva, o sea que existe una relación material de deuda.

Pero, en realidad, lo fundamental de la distinción entre el negocio abstracto y el negocio material, está en los límites de la presunción. El criterio dominante en la técnica alemana es el que se deriva del *contenido material del negocio abstracto*. O sea si la excepción causal aparece en el documento o escritura en que consta el negocio abstracto, es oponible y en caso contrario no puede ser invocado por el tercero. Esta orientación es censurada por la doctrina italiana por aparentar que se deja al arbitrio de los particulares la determinación de la naturaleza del negocio jurídico, puesto que depende de la mención o no de la causa en la escritura (La Lumia).

La doctrina italiana se basa en la «buena fe», pero en el sentido de admitir la excepción causal, cuando el no ser realizable constituiría un grave atentado al orden público o a los principios de la equidad (Messina). El autor critica esta orientación por fundarse en un concepto metafísico e impreciso cual es el de la «buena fe».

Una reciente teoría de la escuela alemana (Cohn) cree que dado lo nebuloso y oscuro del concepto de causa, ha de prescindirse de ella para fijar la naturaleza del negocio abstracto. La ley exige dos clases de elementos al negocio jurídico, independientes entre sí. Un grupo de ellos forman el negocio abstracto, y otro el material,

que si no tiene ninguna conexión jurídica, al menos la tienen económica. La característica de los elementos del negocio abstracto están en ser fijos, inmutables a los acuerdos de los contratantes y en los del negocio concreto la ley deja amplia libertad a las partes que intervienen en el contrato. De manera que, mientras el negocio se agota en la relación jurídica querida por las partes, el negocio abstracto puede servir para diversas relaciones económicas, porque más que ser un contenido, es un *continente*, en el cual la ley amalgama diversas relaciones económicas y las presenta en la unidad del sistema.

Para el autor esta teoría tiene el mérito de eliminar todas aquellas contradicciones que eran la característica de las ideas dominantes, pero que se fundamentan más en esfuerzos de dialéctica que en la realidad jurídica. Puesto que en sustancia la separación entre negocios concretos y abstractos se reduce a la *forma*; y esta es—dice—(siguiendo a Ruggiero) un «quid» que se añade al negocio ya formado, es una condición esencial para su vitalidad jurídica, no para su vida material.

Se examina a continuación la posición de los que niegan la existencia del negocio abstracto en el Derecho italiano, basados en que se caracteriza por la ausencia total de la *causa* y exigiendo la Ley como requisito esencial la causa lícita, la voluntad de las partes no puede dispensar de dicho elemento. Otra razón es que el Derecho italiano en ningún caso reconoce aquellos remedios de las *condicione*s del Derecho romano y de las *Bereicherungsklagen* del Derecho germano, para eliminar las consecuencias injustas que derivan de la rigurosa aplicación del principio de la abstracción; pues aunque existe la acción «repetitoria», cuyo efecto es el mismo, es distinta de las *condicione*s. Rescindían el negocio formalmente válido y anulaban el enriquecimiento injusto, mientras que en el Derecho romano la acción de repetición es la consecuencia de la nulidad del negocio, el restablecimiento del estado de hecho de acuerdo con el estado jurídico (Ferrara).

El autor se muestra contra esta posición (ya abandonada por Ferrara, su principal sostenedor) fundándose en que, como dice Rocco, el negocio abstracto no supone que carezca de causa, sino que para su validez no se tiene en cuenta la misma; y en cuanto a la existencia en el Derecho italiano de las *condicione*s romanas, en

la práctica tiene el mismo objeto que la repetición de lo indebido (Dernburg), y después de conceder tal remedio el artículo 1.237 del Código italiano (artículo 1.895 del Código civil español), es más claro entender la *conditio indebiti* en el sentido de destruir la existencia de un negocio inválido, que de eliminar un estado de hecho contrario al Derecho.

Para la determinación del concepto del negocio abstracto considera el autor preciso partir del concepto de la *causa*, porque la Ley la considera como uno de los elementos esenciales del negocio jurídico. Causa—dice—es el motivo determinante o el fundamento jurídico del negocio, que tiene un gran valor lógico o metafísico, pero ninguno jurídico, y no teniendo la causa valor, tampoco lo tiene la *abstracción*. Ahora bien, no existe ningún hecho humano sin causa, y siendo la *causa jurídica* la causa material mirando al Derecho, ésta existe en todos los negocios jurídicos.

¿Qué es el negocio abstracto? Son aquellas clases de negocios a los cuales la Ley, por la seguridad del comercio jurídico, la buena fe de los terceros, no toma en consideración los motivos, los cuales no pueden ejercer ninguna influencia sobre la vida del mismo. De ello se deriva: 1.º, que el negocio abstracto no puede ser *condicional*, pues siendo formal, si así fuera, perdería su carácter de certidumbre y de uniformidad; 2.º, no puede ser invalidado, por basarse en un motivo ilícito, v. gr.: juego, prostitución, etc.; 3.º, las excepciones personales le pueden ser opuestas, porque frente a los contratos *inmediatos* es conexa otra relación (relación de crédito), la cual, no siendo abstracta, puede dar motivo a excepciones personales; 4.º, la prohibición de tener en cuenta los motivos está subordinada a la *buena fe*. ¿Existe en el Derecho positivo? Salvo la letra de cambio, el autor cree que no existe. Lo cree así porque el negocio jurídico se basa sobre la *voluntad* como eje fundamental y no parece que la Ley pueda autolimitar la investigación sobre la real voluntad de los contratantes; una declaración de voluntad, que puede conseguir sus efectos *sic et sempliciter*, es algo extraño a nuestro Derecho, que no protege a aquellos actos que puedan producir consecuencias ilícitas o dañosas a la sociedad.

Donde puede tener importancia el negocio abstracto es en el Derecho procesal, puesto que la ley Procesal señala que las consecuencias de la omisión de las partes las sufren cada una, y los

efectos de la acción se determinan, no según la voluntad, sino según la *declaración* de la misma (Messina). Y estos principios se desarrollan en las causas de restitución, todos objetivos (impedimentos legítimos, fuerza mayor), la responsabilidad objetiva del reembolso de los gastos judiciales, la necesidad de expresar la *causa petendi* en la demanda judicial, etc. (Chiovenda).

LAS UNIONES DE EMPRESAS, por Tullio Ascarelli, Profesor de la Universidad de Padova. (*Rivista del Diritto Commerciale*, año 1935, página 153 y siguientes.)

Se muestra contrario a la opinión de Salandra (en su «Il Diritto delle unioni di imprese», 1934), de compendiar en un concepto jurídico las diversas modalidades de grupos, consorcios y Empresas. Se funda, para ello, en las diferencias notables que existen y en la mayor o menor complejidad de la organización; así, de una parte, unos tienen como contenido disciplinar la competencia recíproca, quedando frente a los mismos contratos de sociedad, de locación, etc.

¿Cuál es su naturaleza jurídica? Disiente de Salandra, que los considera como una sociedad irregular. Se basa en que no reúnen los requisitos esenciales de la Sociedad (que examina detenidamente), y, por lo tanto, no son personas jurídicas. Los consorciados, por eso, responden ilimitadamente de las deudas adquiridas en nombre del Consorcio, porque se trata de obligaciones asumidas en su nombre y responden solidariamente en virtud del artículo 40 del Código de Comercio. No siendo personas jurídicas, no constituyen patrimonio separado, pues no son, en realidad, obligaciones del Consorcio, sino de los *consorciados*. Además, la razón de protección a los terceros contratantes (que alega Salandra), no es decisiva, toda vez que, no considerándose como Sociedad, pueden los acreedores actuar directamente contra los consorciados, sin ejecutar previamente al Consorcio, mientras que, según la Jurisprudencia dominante, los terceros, para obrar contra los socios que no han operado en nombre de la Sociedad, deben previamente ejecutar a esta última. Considera que el Consorcio es un contrato plurilateral, caracterizado por ser de ejecución continuada, en los cu-

les colaboran más de dos partes para un fin común y que asumen derechos y obligaciones frente a los otros.

- Examina diversos problemas relacionados con los mismos, tales como las relaciones internas de los consorciados, la función de los árbitros en los Consorcios, etc. Pone de relieve su importancia en la vida económica moderna, y si bien es cierto que sobre ellos se presentan pocas controversias judiciales, es debido a que las partes prefieren resolver sus litigios mediante el arbitraje.

Dogmáticamente, los Consorcios entran dentro del derecho de categorías (en que se basa el Derecho mercantil, por considerarlo preferible al concepto de Empresa defendido por Mossa), que la doctrina mercantilista debe investigar y sistematizar, superando la posición individualista del Derecho mercantil tradicional.

Considera que la distinta posición que sostiene en contra de Salandra, con respecto a diversas conclusiones en materia de Consorcios, se deriva de los diferentes puntos de vista de cada uno con respecto a la teoría de la tutela de la apariencia del Derecho. Y cree que la tesis de Salandra es vulnerable a causa de que no se traduce en una mayor protección para los terceros en la realidad, que es el fundamento de la misma.

La tutela de la apariencia jurídica, ¿constituye una exigencia y una dirección fundamental de política jurídica (Riezler, D'Ameilio) y se traduce en instituciones técnicamente diferentes, y por eso inspiradas dogmáticamente en principios diversos o en un principio dogmático único? ¿Puede ser invocada sólo, cual exigencia tenida presente por la Ley, en la interpretación de determinadas normas, o se trata de un principio dogmático fundamental al cual se debe recurrir en una serie de instituciones y problemas, prescindiendo de la diversidad de disciplinas y de soluciones que se derivan de los conceptos de la publicidad, de la tutela, de la buena fe? Estas preguntas surgen con carácter imperativo, cuanto más frecuente se hace la aplicación del antedicho principio, invocado en cada problema como «una de aquellas medicinas milagrosas que curan todas las enfermedades, pero que por ello despiertan las sospechas de los médicos de conciencia».

HERMENEGILDO GÓMEZ,
Abogado.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

21. *Procedimiento judicial sumario de la ley Hipotecaria.—Contra el auto de instancia que decreta la continuación del procedimiento, no procede el recurso de casación por infracción de ley.* Sentencia de 15 de Marzo de 1935.

En autos seguidos por don F. contra el Banco Hipotecario, dictado en apelación auto por la Audiencia, se preparó por la parte demandada recurso de casación, y mandados traer los autos a la vista para su admisión el Supremo la rechaza por considerar que el artículo 129 de la Ley de 16 de Diciembre de 1909 autoriza el ejercicio directo de la acción hipotecaria contra los bienes hipotecados, con aplicación estricta a los trámites que establece el 131 de la misma Ley, originándose así una categoría u ordenamiento rápido de índole o información genéricamente procesal para conseguir una pronta realización del contenido económico implicado en el negocio jurídico de hipoteca, sin que la decisión judicial afecte las características propias de una sentencia declarativa, constitutiva o condenatoria, sino que la interposición del Juez está acantonada dentro de los límites precisos al objeto de regular un procedimiento sumario de tutela rápida, mediante el cual se hagan efectivos por la vía directa los derechos creados merced a la voluntad de las partes en el título ejecutivo correspondiente; es decir, que la naturaleza de dicha regulación procesal es meramente ejecutoria o no definitiva, porque deja intactas las cuestiones fundamentales

de fondo y las consecuencias a ellas inherentes, por su enlace directo con la relación causal, por los efectos mediatos que la presunta irregularidad del procedimiento sumario ocasiona al interés patrimonial de terceros, cuya discriminación rigurosa es materia del juicio ordinario competente; entendido lo cual resulta evidente que el recurso de casación por infracción de ley, propuesto contra un acto de instancia que decreta la continuación del procedimiento sumario autorizado por las disposiciones citadas del Código hipotecario, carece de viabilidad por no tener carácter definitivo a tenor de los artículos 1.689, 1.690 y, análogamente, el 1.964, caso tercero, y 1.905, todos de la ley de Enjuiciamiento civil; y a virtud de lo expuesto debe ser desestimada su admisión.

Dada la naturaleza y la finalidad del llamado procedimiento sumario que introdujo la ley de 1909, es natural la declaración hecha en la sentencia anterior. Los redactores de la ley quisieron que los resortes del mal enjuiciamiento no pudieran ser esgrimidos en este procedimiento y marcaron taxativamente (en el artículo 132) las causas de suspensión, pero dejaron un portillo abierto, y es éste, el del número 1.^º (justificación documental de la existencia de un procedimiento criminal por falsedad del título), con el cual los buenos deseos de los legisladores han quedado malogrados, por cuanto hay Juzgados que con la simple presentación de una querella por falsedad de la escritura suspenden el procedimiento.

Véase, sobre procedimiento judicial sumario, la sentencia de 6 de Abril de 1933 (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, pág. 548), que declara la esencialidad de los requisitos para la celebración de la subasta; consultese, igualmente, la sentencia de 1 de Marzo de 1934 (REVISTA CRÍTICA, tomo X, pág. 458), que se ocupa de la nulidad del procedimiento, requerimiento de pago y otros interesantes extremos, llevando al final una breve nota bibliográfica.

22. *Sustitución fideicomisaria.—La protección del derecho objetivo sólo se concede a la voluntad, expresión y vehículo de relaciones plasmadas en una forma jurídica.—La voluntad del testador en el derecho de sucesiones.—¿Pueden prevalecer contra ella los actos realizados por los herederos?—El albacea*

contador-partidor no es mandatario del testador. Sentencia de 2 de Marzo de 1935.

El Supremo rechaza el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por don J. H. contra sentencia de la Audiencia de Barcelona, que declaró no haber lugar al ejercicio de una acción reivindicatoria.

Considerando que son hechos que han de tenerse presentes para la resolución del presente recurso y que están reconocidos como ciertos por el Tribunal de instancia: 1.^º Que don L. H. falleció bajo el testamento otorgado en 1904, en el que instituyó herederos por partes iguales a sus cinco hijos L., M., L., J. y J. H. P., adjudicando al primero, tercero y quinto de dichos hijos una finca a cada uno a cuenta de su participación hereditaria, y disponiendo que si el día de su fallecimiento existiesen en su herencia otras de valor aproximado de 250.000 pesetas cada una, fuesen adjudicadas a sus otros hijos M. y J. también a cuenta de su respectiva participación hereditaria, y si no existiesen, se comprarían, de la parte de herencia correspondiente a dichos hijos, por todos los herederos o, a falta de acuerdo entre ellos si no se realizase por los mismos la adquisición dentro del plazo de cuatro meses, por los albaceas, otras casas sitas en Barcelona de valor igualmente de unas 250.000 pesetas. 2.^º Que impuso el testador, en la cláusula duodécima, sustitución fideicomisaria con prohibición de enajenar a cada uno de sus hijos L., L. y J., respecto sólo de las casas que les adjudicaba, y a los otros dos hijos, respecto a las que se les adjudicasen o que comprasen para ellos, a favor de sus respectivos hijos legítimos, y en defecto de ello, a favor de todos sus hermanos. 3.^º Que en la herencia de don L. H. no existieron casas de un valor aproximado de 250.000 pesetas cada una, para ser adjudicadas a M. y J. a cuenta de su participación. 4.^º Que los herederos del citado causante don L. H. practicaron las operaciones de avalúo, división y adjudicación de los bienes, pactándose, por acuerdo unánime de los interesados, que se adjudicaran a don M. y don J. valores del Estado y otros similares para completo pago de sus haberes, con la salvedad de que, aunque el total del importe de la adjudicación se les haría en pleno dominio sin restricción alguna, pudiendo, por tanto, disponer libremente de todo, deberían ellos, si alguno de los

otros tres hermanos lo exigiere, realizar o vender parte de esos valores y adquirir cada uno una casa en Barcelona de valor de 190.000 a 200.000 pesetas, que quedarían sometidas a la recíproca sustitución fideicomisaria en los mismos términos impuestos a las casas adjudicadas a los otros tres hermanos. 5.^o Que estas operaciones se realizaron dentro del plazo de cuatro meses señalado por el testador, sin que desde esa fecha, 25 de Noviembre de 1905, se haya probado que fuesen normal y legalmente requeridos don M. y don J. H. P. para la adquisición de casas en Barcelona. 6.^o Que la casa que en una cuarta parte se pretende reivindicar en este pleito, fué y sigue estando inscrita como libre en el Registro de la Propiedad, tanto en favor de don M. H. P. como en el de sus herederos, los demandados.

Considerando que ante tales hechos, y presupuesto el contenido muy limitado que el actor dió a su demanda (en la que, ejercitando la acción reivindicatoria pedía sencillamente que se declarase que una casa de la calle de Córcega, de Barcelona, pertenecía en una cuarta parte indivisa a don J. H. y P., en virtud del cumplimiento de las disposiciones testamentarias de don L. H.), queda circunscrita la cuestión objeto de la litis y que anima el presente recurso, a la de si el citado testador concedió al actor por vía de sustitución fideicomisaria de tipo particular esa cuarta parte de la aludida casa (tesis del actor y hoy recurrente), o si, por el contrario, no ha llegado a tener existencia jurídica la sustitución fideicomisaria en relación a la finca que parcialmente se quiere reivindicar (tesis del fallo recurrido).

Considerando que para una acertada solución del caso y para la adecuada valoración de los motivos que fundamentan el recurso, conviene tener muy en cuenta estos postulados doctrinales: 1.^o Que la protección del derecho objetivo no se concede a la voluntad como estado psicológico del individuo, sino a la voluntad como expresión y vehículo de relaciones plasmadas en una forma jurídica. 2.^o Que por muy grande que sea el juego de la voluntad del testador en el régimen de las sucesiones, ni en éste ni en ningún otro orden del Derecho puede admitirse la eficacia decisiva del interés de un solo individuo, en detrimento de las necesidades prácticas y de los intereses colectivos, que exigen un mínimo de seriedad, formalidad y siveza, sin el cual sería imposible la vida jurídica. 3.^o Que, en de-

finitiva, no basta, para reclamar bienes hereditarios, invocar la voluntad del testador incumplida en el convenio particional, pues aun cuando los herederos deban atenerse a lo que el testador haya querido y prescrito, es obvio que, si de común acuerdo prescinden de sus disposiciones, podrá la situación jurídica que así creen llegar a tener plena e indestructible eficacia, en defecto de personas interesadas que puedan válidamente atacarla.

Considerando que, analizando en concreto el primero y más fundamental de los motivos de este recurso, es de observar, en primer término, la poca eficiencia que puede tener un fundamento de casación reducido a recoger y dar como infringidas, con vaga generalidad, aquellas normas legales y de jurisprudencia que consagran el principio jurídico, base y fundamento del régimen sucesorio, del respeto debido a la voluntad del testador, pues es bien notorio que esa obligatoriedad de la voluntad del causante que inspira los preceptos de los artículos 658, 667 y 665 del Código sustantivo, y que corrientemente se condensa en el aforismo, no muy correcto, según el cual la voluntad del testador es la ley de la sucesión, no es otra cosa que un primer principio de escasa virtualidad para agitar una acción o para fundamentar un recurso de casación, si no se pone de relieve la confirmación que cuadre a las disposiciones del testador, toda vez que no cualquier voluntad puede tener plena resonancia en el mundo jurídico, y sí sólo aquella que se contenga dentro de los moldes y de los límites materiales y formales que en el ordenamiento jurídico establece, a través del complejo de reglas que disciplinan las diversas instituciones sucesorias.

Considerando que, en segundo lugar, es gratuito el supuesto de que en el testamento de don L. H. se hubiese creado el verdadero y puro fideicomiso, cuya existencia sirve de base a la acción ejercitada por el demandante y hoy recurrente don J. H. P., pues la sustitución fideicomisaria, de acuerdo con lo que establecen de consumo la doctrina científica y el Código civil (en su art. 781 en relación con el 789), exige como requisitos indispensables la doble disposición de una misma herencia o de un legado, la obligación de conservar y restituir el orden sucesivo; y, por consiguiente, lo primero que había que demostrar en el presente caso para que pudiera hablarse de sustitución fideicomisaria, era que la cosa determinada que ahora se reclama fué objeto de un legado o prelegado que el

causante estableciera haciendo uso de la facultad que la ley concede al testador para disponer en ciertos casos (y con la limitación que, al lado de otras, impone el segundo apartado del art. 875) de cosas que no estén en su patrimonio al tiempo de la apertura de la sucesión, puesto que si no hubiera propio legado no habría tampoco sustitución ni vínculo real, y al tratarse simplemente de un juego de obligaciones modales atribuídas a los herederos, el actor tendría no un derecho real sobre la supuesta cosa objeto de la disposición, sino, en todo caso, un mero derecho de crédito.

Considerando que, en realidad, las cláusulas del testamento de don L. H., algo menos sencillas de lo que la interesada interpretación de la parte recurrente supone, acusan una curiosa urdimbre de disposiciones, en la que destacan: *a)* Una institución de herederos a favor de los cinco hijos, L., M., J., L. y J. *b)* Una partición de los bienes hereditarios hecha parcialmente y complementada con la obligación impuesta a los herederos y albaceas de comprar para don M. y don J. sendas casas de un valor aproximado de 250.000 pesetas, en el caso de que no las hubiera en la herencia; vínculo éste cuya naturaleza jurídica no ha sido puntualizada en el pleito, pero que no parece encierre otra cosa que una mera obligación accesoria o modal, ya que no se ve clara la atribución patrimonial directa que podía dar a la disposición el carácter de un prelegado. *c)* Una sustitución fideicomisaria impuesta a don L., don L. y don J. sobre las casas que el testador especialmente les asignaba. *d)* Una eventual y paralela sustitución fideicomisaria impuesta a don M. y don J. sobre las casas que se les adjudicases o comprasen para ellos y que, sea cualquiera su naturaleza jurídica en cada uno de esos dos supuestos, estaba supeditada a la hipótesis de que esas casas existiesen en la herencia o fuesen adquiridas por los herederos cumpliendo lo ordenado por el testador.

Considerando que, como este último y alternativo evento no se ha realizado, pues ni existían en la herencia las casas que habían de ser adjudicadas a don M. y a don J. ni se hizo su adquisición en los términos que el testador dispuso, ni siquiera el demandante ni los demás herederos la exigieron, es patente la justicia con que la Sala sentenciadora, sin abordar cuestiones que no le habían sido planteadas, ha proclamado la inexistencia de sustitución fideicomisaria alguna en relación a la finca que parcialmente pretende

reivindicar la parte actora, ya que, en efecto, si tal sustitución pudo aletear en la mente del testador, es lo cierto que no ha llegado a tener realidad jurídica objetiva.

Considerando que no vale aducir, cual lo hace el recurrente, que la voluntad del testador debe prevalecer sobre los actos de los herederos realizados en contra de ella, pues a esto se ha de oponer:

1.^º Que ni el actor se ha preocupado de demostrar y precisar la forma jurídica válida en la que haya podido plasmar esa voluntad del testador que se supone desobedecida, ni tampoco se ha cuidado de impugnar el convenio particional, por el que se adjudicaron a don M. y a don J., como libres y sin restricción alguna, por razón de fideicomiso los bienes correspondientes a sus lotes hereditarios;

2.^º Que habiendo el actor suscrito ese convenio y consentido, con posterioridad, que don M. disfrutase durante su vida como libres los bienes del patrimonio heredado de su padre don L. sin hacer uso del derecho que el propio convenio reconocía al actor para exigir de don M. la realización de bienes y subsiguiente adquisición de la casa que había de ser sometida a la sustitución fideicomisaria, no puede ahora, sin contradecir sus propios actos, pretender que se reconozca un estado de derecho distinto y que se afirmen en su favor situaciones jurídicas que, en todo caso, habrían de ser reclamadas no a virtud de una acción real reivindicatoria, derivada de una disposición testamentaria que no llegó a atribuir al actor un derecho hereditario perfecto, sino a través de las acciones, de índole diferente, que pudieran garantizar la efectividad de las obligaciones que para los herederos hubiesen emanado, ya de las disposiciones del testador, ya de su propio contrato particional.

Considerando que el motivo segundo, que, penetrando en el campo de la apreciación de la prueba, atribuye al fallo error de hecho, acreditado por la certificación del Registro de la Propiedad del Norte de Barcelona y por la copia de la escritura de inventario de los bienes dejados por don M. H., no logra demostrar la equivocación evidente en que haya podido incurrir la Sala al negar existencia al inmueble que el testador don L. H. quiso que fuese afectado a una sustitución fideicomisaria, pues aparte de que no demuestra que la finca a que se alude y que es objeto de la litis reúna las condiciones que asignaba el testador a la que había de ser objeto del fideicomiso, esos dos documentos prueban precisa-

mente lo contrario de lo que el recurrente pretende, puesto que la certificación aludida del Registro de la Propiedad demuestra que la casa que se pretende reivindicar está inscrita como libre, y, por consiguiente, no ha sido en ningún momento afectada a la sustitución fideicomisaria, y la referida escritura de inventario comprueba que esa finca, en una o en otra forma, pertenecía ya al causante don L. H., lo que parece revelar que no estuvo en la intención de éste gravarla de restitución, seguramente porque en aquella época, y antes de ser hechas las mejoras de que después fué objeto, no alcanzaba el valor que había fijado a las que debían quedar sometidas al fideicomiso.

Considerando que el motivo tercero, que aduce infracción de los artículos 781, 783 y 784 del Código civil por haber negado la Sala validez y efectividad a la sustitución fideicomisaria ordenada por don L. H., y a la que quiso afectar el inmueble de la calle de Córcega, de Barcelona, no precisa de especial y nuevo examen ni puede en modo alguno ser acogido, toda vez que descansa sobre premisas ya impugnadas en las consideraciones anteriores.

Considerando que el motivo cuarto agita la infracción de los artículos 901 y 902 del tan citado Código sustantivo, argumentando que el albacea contador-partidor tiene el carácter de mandatario del testador y ha de ajustarse a las normas contenidas en el testamento, por lo que son ineficaces las operaciones que realice en contradicción a las mismas, y no cabe, en el caso de autos, atribuir efectos a los actos del albacea contador, por los que se dejó en libertad al heredero don M. H. para que dispusiera de los bienes que se le adjudicaban; mas todo el razonamiento cae por tierra si se tiene en cuenta: 1.º Que la tesis de que el albacea sea un mandatario del testador no es rigurosamente exacta y está hoy abandonada o muy atenuada por la doctrina científica y por la jurisprudencia misma de este Supremo Tribunal. 2.º Que aunque sea cierto que los herederos pueden impugnar las particiones hechas por los albaceas contadores si no se adaptan a lo expresamente mandado por el testador, en el caso presente no aparece que se haya impugnado en forma la escritura particional. 3.º Que, por añadidura, la alegación en que el motivo descansa es totalmente impertinente, puesto que, según resulta de la exposición de hechos probados que formu-

la el juzgador de instancia, la partición de la herencia, base de este pleito, la practicaron los propios herederos.

Considerando que los motivos quinto y sexto son de todo punto inaceptables, pues al alegar la infracción de los artículos 609, 657 y 661 de nuestro tan repetido Código, se limitan a hacer supuesto a la cuestión que se debate, dando por sentado, contra lo que fundamentalmente estimó la Sala sentenciadora, que el actor tiene derecho de propiedad sobre la cuarta parte indivisa de la finca objeto de la reclamación por haber adquirido el derecho a la sustitución fideicomisaria desde la muerte del testador don L. H.

Considerando que el motivo séptimo supone que ha infringido la Audiencia de Barcelona, por interpretación errónea, el principio consagrado con la jurisprudencia de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos al haber hecho uso del mismo para proteger actos que carecen de validez y eficacia, desde el momento que van contra la voluntad del testador, ley de la sucesión; pero es lo cierto que ese socorrido y vago axioma jurídico, del que en el foro se hace un uso tan inconsciente y exagerado, fué en el presente caso, interpretado por el Tribunal de instancia con arreglo a la más pura ortodoxia, pues es innegable que dicho aforismo, y el principio que late en él, de la fuerza de obligar de las convenciones, vedan que ejercite demanda reivindicatoria para la entrega de parte de una casa a virtud de título de herencia quien celebró con sus coherederos el convenio por virtud del cual se adjudicó dicha casa a uno de ellos como libre, sin que valga alegar, cual el recurrente lo hace, que para que pueda tener beligerancia el principio de contradicción de actos propios, es preciso que los realizados sean jurídicamente eficaces, pues aun cuando ello es obvio y lo tiene reconocido este Tribunal, entre otras sentencias en la de 21 de Enero de 1922, no es menos incuestionable que, existiendo un negocio jurídico perfectamente concluído, cual lo es el convenio particional, mientras el heredero no pida la nulidad del mismo están paralizadas, por la fuerza del contrato que suscribió, las acciones que intente derivar del testamento; y sin que tampoco se oponga a esta doctrina la de la reciente sentencia de esta misma Sala de 12 de Noviembre de 1934, que rechazó la aplicación del principio de los actos propios a una sustitución de residuo, ya que su caso era muy diferente al supuesto actual, en el que el actor no lleva la represen-

tación de otros fideicomisarios que no hubieran concurrido al acto partícional, y sí únicamente la suya propia.

Considerando que el motivo 8.^º y último, agotando las posibilidades de impugnación del fallo recurrido, achaca a éste, aunque en vano, la infracción de los artículos 657 al 661 y el 763 del propio Cuerpo legal sustantivo, por haber admitido que don M. H. pudiera disponer, en favor de los demandados y recurridos, de bienes sustraídos a su libre disposición, como sujetos a una sustitución fideicomisaria, sin tener en cuenta, al razonar así, que nuevamente se incurre en una petición de principio y se olvida que los demandados, lo mismo que su causante, están amparados por título de propiedad que no ha sido debidamente atacado.

Ved para un estudio complementario de las sustituciones, la Sentencia de 30 de Noviembre de 1932 (REV. CRÍTICA, tomo IX, pág. 630) y la de 5 de Abril de 1934 (Alcance de la prohibición de enajenar impuesta en testamento; REV. CRÍTICA, tomo X, pág. 461) al final de la cual damos una nota bibliográfica relativa a esta materia.

La sentencia anterior, dictada bajo la ponencia del Maestro Castán, contiene una serie de declaraciones de vitalísimo interés, de las que no es posible ocuparse en estas breves notas que siguen a las sentencias, pero no debemos omitir el ofrecer a los estudiantes las declaraciones del tercer considerando y sobre todo el espíritu de la sentencia que tiende a destruir la omnívoda potestad del testador frente a la voluntad de los herederos; con esta corriente saludable de la doctrina del Supremo, caerán para no levantarse más, todos los prejuicios de «la ley de la sucesión» y del injustificado respeto a las prohibiciones de disponer impuestas en testamento (la voluntad del vivo no es respetada, decíamos en otro sitio) (1) que entorpecen y dificultan la circulación de la riqueza y amortizan, caprichosamente, una gran parte de la propiedad.

No debemos omitir el excelente trabajo de Ventura González «El fideicomiso condicional según el Derecho positivo español y la jurisprudencia», cuya publicación comienza en el número de Mayo de esta misma Revista (página 335), sigue en el de Junio (página 432) y termina en el presente número.

(1) Comentario a la Sentencia de 1 de Marzo de 1932, sobre prohibición de enajenar (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, pág. 64).

23. *Juicio voluntario de testamentaría.—Las sentencias resolutivas de incidentes de nulidad de actuaciones no son definitivas.*
Sentencia de 30 de Marzo de 1935.

En operaciones particionales de determinado causante, un heredero voluntario intentó promover un juicio voluntario de testamentaría habiendo contador nombrado, lo que rechazaron el Juzgado y la Audiencia, que declararon que el heredero voluntario no era parte legítima, que era nulo todo lo actuado, que la partición correspondía efectuarla a las personas designadas por la testadora, «extrajudicialmente», y que eran de cuenta del heredero voluntario las costas causadas.

Considerando que procesalmente tienen el concepto de resoluciones definitivas a los efectos del recurso de casación, las sentencias que terminan el juicio y las recaídas en un incidente o artículo que pongan fin al pleito principal en que aquél se hubiese promovido, haciendo imposible la continuación de éste, y en el presente caso se trata de sentencia dictada en un incidente de nulidad de actuaciones formulado en juicio voluntario de testamentaría por un albacea contador, fundado en haberse tenido como parte legítima para promover aquel juicio a un heredero voluntario, cuyo causante había prohibido en su testamento la intervención judicial, y según constante doctrina de esta Sala, las sentencias que resuelven incidentes de nulidad de actuaciones, sea afirmativa o negativamente no son definitivas, máxime cuando, como en el presente caso el fallo recurrido no se limita a negar al heredero voluntario su cualidad de parte legítima para iniciar aquel juicio, con la consecuente nulidad de actuaciones practicadas, sino que indica y declara que la partición de bienes, objeto primordial del juicio, corresponde hacerla extrajudicialmente a las personas designadas por la testadora, lo que no impide la posibilidad ya de que el juicio continúe a instancia de quien ostente título legal para ello, o ya de que se promueva nuevamente con arreglo a derecho.

Considerando que cuando la sentencia no tenga el concepto de definitiva, conforme al artículo 1.690 de la ley de Enjuiciamiento civil debe declararse no haber lugar a la admisión del recurso, condenando en las costas a la parte recurrente, con arreglo a los artículos 1.728 y número 3.^º del 1.729 de la misma Ley.

De la sentencia anterior, sólo nos interesa recoger el extremo relativo a que la partición debe efectuarse extrajudicialmente, cuando hay contador nombrado por el testador; de tal suerte es el Supremo partidario de esta doctrina que en sentencia de 18 de Mayo de 1933 (extractada por nosotros en el tomo IX, página 631 de esta Revista) ha llegado a decir, que verificadas las operaciones divisorias, huelga el juicio universal de testamentaría, que es innecesario e inútil, aunque aquéllas no hubiesen comenzado. Esta doctrina se opone a la práctica viciosa de algunos juzgados que recogen el despecho de herederos no favorecidos, para iniciar unos interminables autos de testamentaría, habiendo Contador y Comisario nombrado.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas:

Glorieta de Bilbao, 6, Glorieta de Atocha y Conde Romanones, 6

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas

Capital desembolsado 51.355.500 —

Reservas 67.621.926,17 —

400 Sucursales en España y Marruecos

Correspondencia en las principales ciudades del mundo

Este Banco realiza toda clase de operaciones bancarias.—Compra y venta de valores—Descuento y cobro de cupones y títulos amortizados.—Custodia de valores.—Giros, transferencias, cartas de crédito, órdenes telegráficas sobre todos los países del mundo.—Aceptaciones, domiciliaciones, créditos comerciales simples y documentarios, etc., etc...

TIPOS DE INTERES

I.—Cuentas corrientes.

A la vista 2 por 100 anual.

II.—Operaciones de ahorro.

A) Libretas ordinarias de ahorro de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas 3 1/2 por 100 anual.

B) Imposiciones.

Imposiciones a plazo de tres meses 3 por 100 anual.

Idem a seis meses 3,60 — —

Idem a doce meses o más 4 — —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de correos, núm. 297

Jurisprudencia administrativa del impuesto de derechos reales

XLII

Personas jurídicas.—Bienes de propios.—Excepciones.—1.º No es motivo para eximir del impuesto de personas jurídicas el que se hallen determinados bienes exceptuados de la contribución territorial por estar legalmente suprimida esa excepción.—2.º Debe rebajarse, para fijar la base de los bienes de propios, el 20 por 100 del valor de los mismos.

Presentada a liquidación del impuesto de personas jurídicas una lista de bienes que comprendían: 1.º Edificio consistorial y escuelas. 2.º Edificio para albergue de pobres. 3.º Fragua. 4.º Corral del concejo. 5.º Cementerio. 6.º Dehesa Boyal. 7.º Otra dehesa titulada Llanos. 8.º Otra titulada Peralejos. 9.º Eras comunales. Agregadas por el Liquidador las inscripciones intransferibles de propios, se dedujeron, como exceptuadas, antes de liquidar el número 1.º, por estar comprendido en el número 5.º del artículo 261 del Reglamento del impuesto; la dehesa boyal por estar justificado ese carácter y comprendido en la exención del número 3 de ese artículo, y las inscripciones intransferibles por pagarse directamente el impuesto en la Tesorería de Hacienda. El Ayuntamiento reclamó, pretendiendo la exención del corral del concejo, de las eras comunales y del cementerio, por estar exceptuadas de la contribución territorial y alcanzarles la reconocida en el artículo 193 del Reglamento de 20 de Abril de 1911; y deducirse el 20 por 100 de las de Los Llanos y Peralejos por ser bienes de propios.

El Tribunal Central rechaza la primera pretensión y admite la segunda.

La primera exención no puede admitirse porque, si bien fué establecida por la Ley de 29 de Diciembre de 1910 y artículo 193 del Reglamento invocado, fué suprimida por la Ley de 24 de Diciembre de 1912, que no enumera entre las excepciones del impuesto de personas jurídicas las fincas que gocen de ella para la contribución territorial; tampoco está incluida tal exención en el artículo 261 del Reglamento de 1927—aplicable a este caso—y, por lo tanto, han de estimarse sujetos al impuesto conforme al artículo 259 del mismo Reglamento.

De la segunda petición debe ser admitida la deducción del 20 por 100, por cuanto constando en el Registro de la Propiedad y en el Ayuntamiento que al Estado corresponde el 20 por 100 y al Ayuntamiento el 80 por 100 de los bienes de propios, y dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Ley de 11 de Julio de 1856 que corresponde al Estado el 20 por 100 y a los Ayuntamientos el 80 por 100 de la venta de esos bienes y en igual proporción las rentas de los mismos, debe deducirse del valor total de los bienes el 20 por 100 al efecto de liquidar el impuesto de personas jurídicas, ya que se trata de gastos y prestaciones a que está obligado el Ayuntamiento propietario de ellos, criterio aplicado ya por el Tribunal Central en acuerdo de 17 de Marzo de 1932 y 27 de Noviembre de 1934 en los expedientes números 218-1-1931; 552-2-1934, y 553-3-1934. (Acuerdo del Tribunal Central de 23 de Abril de 1935.)¹⁵⁴ de 1934.

XLIII

Fianzas. Se halla sujeta al impuesto la constitución y la cancelación de la que, para asegurar las responsabilidades de un agente ferroviario en causa seguida por lesiones y daños, constituyó la Compañía X, a que aquél pertenecía, debiendo abonar multa y demora por el retraso de presentación del documento de constitución.

La Compañía alegó contra la exacción del impuesto que éste, según el artículo 59 del Reglamento, se satisface por el que adquiere los bienes o derechos, sin que entre las excepciones a tal regla figure la constitución o cancelación de fianzas, como la del caso actual, y como en éste no se ha constituido a favor de la Compañía de Ferrocarriles de X tal fianza, sino a disposición del Juzgado de Z para ga-

rantir las responsabilidades del agente a favor del perjudicado, esa fianza no favorece nunca a la Compañía, pues aunque en hipótesis pudiera resultar obligada al pago de las indemnizaciones, no podría imponérsele las costas procesales ; que si la Compañía no hubiera impuesto la fianza que se le exigió, se hubiere trabado sobre sus bienes embargo para cubrir las responsabilidades, el cual se hubiera anotado en el Registro de la Propiedad, y éste no hubiera estado sujeto al impuesto, de donde es lógico inferir que la fianza prestada en sustitución del embargo tampoco lo está ; que no es, en realidad, una fianza a favor de éste se halla exenta, según el apartado 2.^º del arponsable directo o el subsidiario, queda sin efecto el depósito sin acudir a él ; y, finalmente, que los Ferrocarriles son propiedad del Estado, teniendo las Compañías sólo el usufructo, por lo que siendo la fianza a favor de éste se halla exenta, según el apartado 2.^º del artículo 17 del Reglamento.

El Tribunal Central desestima el recurso.

Según el número 10 del artículo 2.^º de la ley del Impuesto y 17 del Reglamento, tributan al 0,60 por 100 la constitución y cancelación de fianzas, cualquiera que sea su objeto, la obligación que garanticen y el documento en que consten, bien sean judiciales, legales o administrativas, incluso las de los funcionarios y contratistas en favor del Estado, exceptuando sólo las de los tutores para su cargo ; la de que se trata en este caso es, jurídicamente, una fianza pignoraticia, como se deduce de la propia naturaleza del acto, ya que con el depósito garantiza la Cónmpañía las responsabilidades que pudieran imponerse a su agente, y evitó a su vez el embargo de sus bienes, estando hasta su devolución surtiendo el efecto propio de toda fianza, o sea cubrir la obligación garantizada ; por lo que era procedente exigir el impuesto por la constitución de la misma, y como no se hizo cuando se constituyó había que hacerlo a su devolución, exigiendo el impuesto por ambos actos y además la multa por haberse presentado el documento fuera de plazo e intereses de demora, según el artículo 214 del Reglamento. La persona obligada a pagar el impuesto era aquella cuya responsabilidad resulta garantizada con la fianza, por ser la favorecida con ella, o sea el agente sometido al procedimiento ; pero como de esas posibles responsabilidades se hacía cargo la Compañía garantizándolas con el depósito constituido por ella, a nombre de la misma procedía

girar, como se giró, la liquidación. La cancelación de fianza es igualmente acto sujeto al impuesto; y siendo la Compañía la que adquiere o recobra los bienes gravados con aquélla, a su nombre debe girarse la liquidación de la cancelación. Las demás alegaciones de la Compañía no son aplicables al caso actual, porque no se ha decretado embargo alguno de bienes y no se pueden aplicar las disposiciones referentes a los embargos; y porque el hecho de que no haya habido ocasión para hacer efectivas sobre los bienes depositados las responsabilidades que garantizaban, no exime del pago del impuesto sobre la fianza, pues ello no quiere decir que ésta no haya surtido efecto desde que se constituyó hasta que se canceló, garantizando, como todas las fianzas, la obligación para que se dió, hagáse o no efectivas las responsabilidades existentes sobre los bienes gravados; las disposiciones que eximen al Estado no son aplicables a las Compañías de ferrocarriles, pues éstas notoriamente no constituyen un organismo del Estado. (Acuerdo del Tribunal Central de 12 de Junio de 1934.) 80 de 1934.

XLIV

Promesa de venta. El contrato por el que una Sociedad arrienda a una Asociación Escolar una finca por el precio y condiciones, y entre ellas la de que la Asociación tiene el derecho de adquirir el predio mientras dure el contrato por el precio que se indica, constituyéndose hipoteca en garantía del precio aplazado «desde ahora para entonces», no es promesa de venta sujeta al impuesto por requerirse en el contrato mismo otro contrato posterior en que se realice la opción de compra.

Caso.—En escritura pública una Sociedad y una Asociación Escolar convinieron en arrendar aquélla a ésta una finca por seis años prorrogables por precio pagado por trimestres anticipados, fijándose la siguiente condición: el arrendatario tiene derecho a adquirir el predio durante el período del contrato por el precio de 1.000.000 de pesetas, pagadero en diez plazos anuales con interés de 6 por 100, constituyéndose hipoteca sobre el inmueble en garantía de ese precio estipulado, intereses y gastos «desde ahora para entonces»; la compradora tendrá derecho a anticipar las cantidades que le parezca a cuenta del precio de la venta; *para la efectividad de ese contrato*

de compraventa, caso de realizarse, la Sociedad propietaria se obliga a otorgar la correspondiente escritura en los treinta días de ser requerida, y si énterin se presenta otro comprador, debe notificarlo a la arrendataria notarialmente, la que puede efectuar la compra dentro de los noventa días, pasados los que sin hacerlo queda rescindido el contrato y sin efecto la promesa de venta; y la arrendadora promete mediante esos pactos entregar la plena posesión de la finca, y para mayor efectividad se constituye, desde luego, para cuando deba empezar en poseedora en nombre de la arrendataria, por medio de la cláusula de constituto expresamente convenido, facultándose a ésta para que se posesione de la finca en caso de venta.

Según el artículo 41 del Reglamento del impuesto de 16 de Julio de 1932, éste debe exigirse conforme a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidado, cualquiera que sea la denominación que las partes le den y prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos que puedan afectar a su validez y eficacia. Por ello, la cuestión fundamental que aquí se debate es la de precisar la naturaleza de las estipulaciones de la escritura liquidada en cuanto se refiere a los derechos que se reserva la Asociación arrendataria de adquirir el inmueble arrendado.

Del sentido de la escritura se infiere claramente que tal Asociación arrendataria no adquiere de presente obligación alguna de compra la finca arrendada, sino que únicamente se la concede el derecho de adquirirla durante el período de duración del contrato de arrendamiento por el precio y condiciones que se fijan para el caso de realizarse la venta; es decir, que si bien la Sociedad arrendadora se obliga a vender en el caso de que ejercite su derecho la Asociación arrendataria, ésta, en cambio, no contrae por la citada escritura obligación de comprar, ni del pago consiguiente del precio, estableciéndose la forma de abonarlo y la hipoteca de garantía del precio aplazado, solamente para el caso de que llegue a efectuarse la venta, por lo que falta la reciprocidad de obligaciones que sería necesaria para estimar celebrado un contrato de promesa de venta que surtiera efectos adecuados a la naturaleza del de compraventa, a tenor del artículo 1.451 del Código civil. Por ello no puede estimarse transmitida la finca a la Asociación por la sola virtualidad de la escritura liquidada, sino que para ello es indispens-

sable un contrato posterior, con eficacia bastante en derecho para producir la transmisión del dominio, lo cual impide se atribuya al celebrado los efectos del de compraventa.

Negado el carácter de contrato de promesa de venta perfecto al de que se trata, no existe precio especial convenido para la promesa de venta, puesto que el fijado en la escritura es el que había de abonarse en el caso de que se formalice la compraventa; así, como tampoco puede hacerse derivar el carácter oneroso que se atribuye a la supuesta promesa de venta de la cuantía del precio del arrendamiento de la finca, toda vez que no está justificado que tal renta sea excesiva atendiendo a la extensión y condiciones del predio, y porque, aun en caso afirmativo, no podría determinarse con exactitud la parte proporcional de exceso que hubiera de constituir la prestación recíproca de la promesa de venta. La cláusula de constituto por la que, para efectividad de lo convenido, se constituye desde luego para cuando deba empezar a la Asociación en poseedora de la finca por cuya cláusula se dispone adquirida la posesión por la Asociación al facultarla para que tome en posesión por sí misma en caso de otorgarse la venta, no modifica la calificación antedicha, puesto que esa posesión sólo significa, en el caso actual, una situación de hecho en favor del arrendatario mientras llega, si así se conviene, el momento de formalizar la compraventa previo cumplimiento de las obligaciones estipuladas para ese caso.

Según el artículo 23 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, cada acto administrativo da lugar a una reclamación separada, por lo que en este recurso no puede tratarse sino la de derechos reales, aunque el interesado haya interpuesto juntamente éste y la de timbre. (Acuerdo del Tribunal Central de 3 de Abril de 1934.)
58 de 1934.

XLV

Fraccionamiento de pago.—1.º No procede otorgarle a quien no lo pide por sí o por medio de otros herederos o apoderados.—2.º Sólo puede otorgarse si no hay metalico o bienes muebles de fácil realización, si se hipotecan los bienes del causante en garantía del pago de las cuotas liquidadas y si el valor de los bienes capitalizados cubren al menos dos veces el valor de las cuo-

tas.—3.º No procede nunca si la liquidación se ha girado al 2 por 100, porque ello no permite girar liquidaciones al 5 por 100 de la base liquidada.

Según el artículo 20 del Reglamento del impuesto, el recurso de alzada o la reclamación económicoadministrativa somete a la autoridad competente, para que decida en cualquier instancia todas las cuestiones que ofrezca el expediente, hayan sido o no planteadas por el interesado.

El fraccionamiento del pago, según el Reglamento (artículo 135) y la ley (artículo 18), se solicitará por los interesados que lo deseen, debiendo tratarse de liquidación definitiva y no existir en la porción del heredero metálico o bienes muebles de fácil realización. Solicitado sólo por uno de los herederos sin expresar que lo haga en nombre de los demás, no puede otorgarse a éstos que no lo pidan, sino sólo al que lo ha solicitado, además de no existir metálico o muebles de fácil realización y de quedar hipotecados a favor del Estado los bienes que figuren inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre del causante, es indispensable, según el artículo citado, cuando se trate de liquidación definitiva, que los bienes que hayan de quedar hipotecados cubran, deducidas las cargas que los gravan, dos veces al menos el importe de las liquidaciones fraccionadas que se solicitan; por lo que si valorada la casa capitalizando el líquido imponible con que figure en el Registro fiscal, valor que es el que ha de tenerse en cuenta según el Reglamento, no da la participación de la heredera que ha solicitado el fraccionamiento de pago lo suficiente para cubrir la cuota liquidada, no puede otorgarse aquél.

Por último, en ningún caso procede conceder el fraccionamiento si la liquidación se ha girado al 2 por 100, ya que tal tipo no permite, según el artículo 135 aludido, practicar liquidaciones anuales de cantidad igual al 5 por 100 de la base liquidada. (Acuerdo del Tribunal Central de 21 de Mayo de 1935.) 39 de 1935.

GABRIEL MAÑUECO,
Abogado del Estado.