

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XI

Junio de 1935

Núm. 126

Hipoteca “a non domino”

Decían los redactores de la primitiva ley Hipotecaria que «puede ocurrir que el que no aparezca en el Registro con derecho para hipotecar *constituya* una hipoteca, y que *después* adquiera el derecho de que antes carecía». Y se preguntaban: «¿Convalecerá en este caso la hipoteca?» «La Comisión ha resuelto esta cuestión en sentido negativo; ni podría hacerlo de otro modo, a no ser inconsecuente...»

Este criterio de los autores de la Ley se plasmaba en el artículo 126 de la misma, hoy suprimido.

En nuestro derecho, con arreglo a los artículos 146 de la vigente ley Hipotecaria y 1.875, en relación con el 1.857 del Código civil, la hipoteca es un acto o contrato formal y solemne que, para que sea válido, ha de constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. No mediando estos dos requisitos es nulo *ab initium* (no simplemente anulable), y, por tanto, no puede convalecer, pues tales requisitos se exigen *ad solemnitatem*, no *ad probationem*.

El artículo 146 de la ley Hipotecaria derogada decía: «Para que las hipotecas voluntarias *puedan perjudicar a tercero* se requiere», etcétera...; pero actualmente, apartándose del sistema general, se exige forzosamente su inscripción, no tan sólo para perjudicar a tercero, sino *para que queden válidamente establecidas*. Es de notar, sin embargo, que el Código civil dice que, para que la hipoteca quede válidamente *constituída*, es necesario que el documento

en que se *constituya sea inscrito* en el Registro, y, en cambio, la ley Hipotecaria habla de que, para que queden válidamente *establecidas*, se requiere que se hayan constituido en escritura pública, y que ésta *se haya* inscrito en el Registro de la Propiedad. Prescindiendo ahora de la sustitución de la palabra *escritura pública* por la de *documento* que emplea el Código—y que para nuestro actual comentario no nos interesa—, existe una patente confusión en cuanto al momento en que la hipoteca queda válidamente *constituída o establecida*. ¿Qué sentido ha de darse a esta diferente terminología del Código y de la Ley? ¿Expresan lo mismo las palabras *constituída y establecida*? Dicen lo mismo las expresiones *sea inscrita*, del Código, y *se haya inscrito*, de la Ley. Los requisitos que una y otro exigen, ¿son *simultáneos* o son *sucesivos*? ¿Puede un Notario otorgar válidamente una escritura de hipoteca *constituída* por quien no tiene título *inscrito* en el momento del otorgamiento, o, por el contrario, deberá negarse a otorgarla, en tal supuesto, conforme al artículo 255 del Reglamento notarial?...

De aquella confusión provienen algunas otras, como la que, a nuestro juicio, padece Campuzano, quien sostiene que la hipoteca *queda constituída entre partes* sólo con el otorgamiento de la escritura; pero no surtirá sus plenos efectos *erga omnes* sino cuando se inscriba. Esta distinción nos parece absurda, aunque lleva el aval de Escosura. La Ley y el Código exigen dos requisitos esenciales para la validez de la hipoteca; si falta cualquiera de ellos, el acto, por carencia de su forma esencial, es nulo, en el sentido de inexistente (como tal hipoteca), no sólo *inter partes*, sino *erga omnes*. Desaparecido del artículo 146 el concepto de tercero, a la *hipoteca no inscrita*—como dice Beraud—le falta el *modo*; a lo sumo, será un compromiso o promesa de hipotecar.

Y es que actualmente, en nuestro sistema inmobiliario, basado en un principio ecléctico (el de beneficio o perjuicio a tercero), la inscripción de la hipoteca representa la única excepción a aquél, y es sustantiva, en el sentido de obligatoria o necesaria para la adquisición perfecta del derecho, tanto entre partes como en cuanto a terceros; o sea la inscripción de la hipoteca es—como afirma Jerónimo González—*constitutiva* de derechos, no *declarativa*. Y, por otra parte, nuestro sistema civil de contratación es espiritualista, y, aun dentro de la forma solemne exigida en determinados contratos (hi-

poteca, censo, capitulaciones, donación de inmuebles), cabe distinguir, como hace De Buen; la eficacia del contrato entre las partes o con vista de los terceros... ¡Siempre los terceros!

Tampoco nos parece admisible este criterio. La carencia de forma esencial, *ad solemnitatem*, en los contratos en que la Ley la requiere provoca su nulidad plena, y lo que es nulo (inexistente) no puede confirmarse ni convalencer. Con este principio, y con el de *sustantividad* de la inscripción de hipoteca, eran, ciertamente, *consecuentes* los redactores de la primitiva Ley.

Vimos que, según el artículo 1.875 del Código civil, es indispensable que el documento en que se constituya la hipoteca *sea inscrito*. ¿Cuándo? Siempre ha de ser, naturalmente, *a posteriori* del otorgamiento; pero, como decían los expositores de la Ley, si el que hipoteca no tiene el dominio o la posesión inscrita en el momento de constituirla, puede adquirirlo después; y, en tal caso, ¿convalencerá o no convalencerá tal acto?

Según Morell, el espíritu del suprimido artículo 126 de la primitiva Ley era el mismo del actual artículo 1.857 del Código civil; y así sostiene este tratadista que para inscribir la hipoteca será necesario que las fincas o derechos hipotecados se hallen inscritos o *puedan inscribirse* a favor de la persona que constituye el gravamen, citando en su apoyo las resoluciones de la Dirección general de los Registros de 23 de Mayo y 1.º de Octubre de 1874. Pero es el caso que posteriores resoluciones (las de 18 de Noviembre de 1876 y 25 de Febrero de 1878) establecen que «sólo pueden constituir hipoteca los que, *según el Registro*, tengan derecho para establecer esta clase de gravámenes sobre la propiedad inmueble, de tal suerte que la constituida por el que carezca de ese derecho *no convalencerá*, aunque el constituyente lo adquiriera con posterioridad»... Y, claro está, dado el contexto de los artículos 146, en relación con los 139 y 140 de la ley Hipotecaria, y 1.875, en relación con el 1.857 del Código civil, puede suscitarse, aun hoy, la duda que resolvieron los redactores de la primitiva Ley.

Mas, en contra del principio absoluto del tracto sucesivo *sustantivo*, la doctrina fué desviándose, introduciendo excepciones y alteraciones, y en nuestro actual sistema inmobiliario—como dice Jerónimo González—ni se establece de modo rotundo *quién y cuándo* puede disponer, ni se centra *exclusivamente* en el *titular*

inscrita el poder de disposición o poderío de disponer (*verfügungsmacht*) de los alemanes. «Yo vendo hoy—continúa el ilustre tratadista—el palacio del duque de Alba, y para inscribir este título el adquirente no necesita, en su día, más que una inscripción a mi nombre por cualquier causa y en cualquier tiempo.»

Y así surge el problema de las disposiciones *a non domino* y sus efectos retroactivos. «En la técnica alemana—sigue exponiendo el mismo tratadista—, si el que enajenó una cosa o un derecho cuando **no era dueño**, adquiere una u otro por herencia, legado, compra, donación o cualquier otra causa, se subsana la falta de facultades dispositivas y se confirma el acto jurídico defectuoso. Caso de haber enajenado sucesivamente a varias personas, solamente se confirmará la primera enajenación si reunía los elementos necesarios (fuera del poder dispositivo) para provocar la transferencia. En el momento en que el enajenante adquiere la propiedad de la cosa, ya transferida por él, pasa la totalidad del derecho al adquirente *ipso jure*. Se llega al sorprendente resultado de que el disponente *no ha sido nunca verdadero dueño* del objeto que ha enajenado; es un intermediario, según la lógica jurídica, más bien que un titular cierto y temporal.»

Afirma el mismo Jerónimo González que nuestros comentaristas «desenfocan el problema». A y B—dice Morell—convienen en la enajenación de un inmueble tomando B posesión de él y vendiendo o constituyendo un censo a favor de C. Aunque la escritura de B a C se otorgue antes que la de A a B, no hay inconveniente en que aquélla se inscriba con posterioridad, y así ha de ser con arreglo al artículo 20 (de la ley Hipotecaria), sin que en realidad se oponga a ello el 17. En el fondo del ejemplo late la presuposición de que B, en virtud del *convenio* y de la *posesión*, es un dueño extrahipotecario (o al menos tiene facultades dispositivas), porque de otro modo faltaría la preexistencia del derecho en el patrimonio del transferente, a que nuestro Sánchez Román da un valor decisivo, y el simple acreedor B tan sólo podría transmitir a C un derecho de crédito (*jus ad rem* de nuestra técnica) que se consumaría mediante la escritura de transferencia de A a C.»

Con fundamento en esta teoría, y para nuestra posición en el caso de hipoteca *a non domino*, a fin de obviar las confusiones a que antes aludimos, nacidas de los términos absolutos en que apa-

recen redactados los artículos 1.875 del Código y 146 de la Ley y de las contradictorias resoluciones antes citadas, podríamos aceptar que el *dueño* a que se refieren los artículos 138 y 139 de aquella no ha de ser, precisamente, el titular *inscrito*, sino el que tenga ese poder dispositivo *extrahipotecario*; no, como dice Morell, el *que tenga la esperanza* de adquirir un inmueble. En efecto, los distingos de Morell no nos convencen. A lo sumo puede admitirse que, en vista de la confusión que existe entre los momentos de *constitución* de la hipoteca y su *establecimiento* en el Registro, y de acuerdo con el principio general informador de nuestra legislación civil sobre adquisición y pérdida de derechos, no sólo *es dueño* el titular *inscrito*, no sólo puede disponer o gravar el titular *inscrito*, sino también el titular *no inscrito*, el dueño *extrahipotecario*, el *titular aparente civil*, ya que, si hay preexistencia del derecho en el patrimonio de un titular, título adecuado para transmitir y tradición (aunque sea simbólica), la transmisión se realiza en nuestro derecho *erga omnes*. Sólo así puede concebirse que los Notarios autoricen contratos de hipoteca otorgados por quien no aparece como titular *inscrito* o por quien no consta sea dueño *inscrito* en el momento de otorgarlos, en contra de la prohibición terminante que, en tal supuesto, establece el artículo 255 del Reglamento Notarial.

Mas si nos fijamos en que la hipoteca es un acto o contrato formal y solemne y que la inscripción de la misma es *constitutiva* (no declarativa) del derecho, la fuerza de esas premisas nos llevará a la extrema consecuencia de que, si se constituye hipoteca por quien no es dueño, será nula y no puede convalecer, conforme al pensamiento de la Comisión redactora de la Ley primitiva y al suprimido artículo 126 de la misma.

Supongamos que A, *que se titula poseedor de una finca*, la hipoteca en escritura pública a favor de B, que la acepta; pero, no constando previamente inscrita a nombre de A, solicita B, y se extiende a su favor, anotación preventiva de su título. Durante la vigencia de tal anotación, y, en su caso, de sus prórrogas, A acredita su dominio sobre la finca y lo inscribe, y B, subsanado el defecto, convierte en inscripción definitiva su anotación, con perjuicio de otro acreedor de A, que anotó preventivamente un em-

bargo *después* de la anotación de B, pero *antes* de que A inscribiese su título.

Dos cuestiones se plantean en este supuesto: ¿Debió practicarse la anotación en favor de B? ¿Puede dársele a esta anotación efecto retroactivo?

La primera cuestión podría resolverse en sentido negativo si se tienen en cuenta los términos absolutos de los artículos 146 de la Ley y 1.875 del Código y las consideraciones antes expuestas sobre el carácter de solemne que reviste el contrato de hipoteca y el de sustantiva o *constitutiva*, que por excepción tiene su inscripción en el Registro, ya que, siendo inexistente y no pudiendo convaler, y habiendo de calificar el Registrador sobre la nulidad o validez de las obligaciones, con arreglo al artículo 18, en relación con el 65 de la ley Hipotecaria, el defecto devendría insubsanable en el caso de hipoteca *a non domino* y no procedería entonces la anotación preventiva.

Sin embargo, el simple otorgamiento de la hipoteca por el no dueño puede implicar una vocación al derecho real, un *jus ad rem*, que más tarde, al ser inscrito, se convertirá en verdadero derecho real; y como, por otra parte, la falta de previa inscripción se conceptúa como defecto subsanable y en este caso la Ley autoriza se extienda, a instancia del interesado, anotación preventiva, puede sostenerse la opinión contraria y practicarse la anotación referida. A reforzar esta opinión acude el artículo 398 de la ley Hipotecaria, que permite que cualquier *poseedor* de algún derecho real solicite y obtenga anotación preventiva de su derecho en tanto no logra la previa inscripción del dominio (o de la posesión) por los trámites y en la forma que el mismo señala. Pero; si bien dicho artículo no excluye el caso de la hipoteca, es discutible también si podrá aplicarse o no en tal supuesto, porque realmente no puede afirmarse que la hipoteca *no inscrita* sea un *derecho real*, ni que el acreedor de hipoteca no inscrita *posea* un derecho real. No obstante, es práctica constante incluir la hipoteca dentro del precepto general del referido artículo 398.

También puede alegarse, en defensa de esta última opinión, el artículo 265 del Reglamento hipotecario, que prevé el caso de que el primer asiento que se pida se refiera a un derecho real (que, precisamente, y por exclusión en el caso de este artículo, ha de ser

el de hipoteca). Pero, si bien dicho precepto no exige una inscripción previa al titular del dominio—previa, se sobreentiende, al momento del otorgamiento de la hipoteca—, cuando menos, por la fuerza del principio general del artículo 228 de la ley Hipotecaria, la exige como *simultánea* de la inscripción del segundo asiento que ha de practicarse (el de hipoteca).

En cuanto a la segunda cuestión (la de los efectos retroactivos de tal anotación preventiva), creemos debe resolverse con un criterio de analogía con el precepto del artículo 141 de la ley Hipotecaria, que regula los efectos de la hipoteca constituida por un tercero sin poder bastante para evitar los perjuicios a que los expositores de la antigua Ley se referían.

Así—siguiendo el ejemplo propuesto—la anotación de B, una vez subsanado dentro del plazo de su vigencia el defecto de falta de previa inscripción del dominio del hipotecante, *se convertirá* en inscripción *definitiva* de hipoteca a su favor; y si se admite la teoría general de la retroactividad de efectos establecida en el artículo 70 de la ley Hipotecaria, como los de la anotación convertida ya se logran desde el momento en que se extendió el asiento de presentación del título anotado, C saldrá perjudicado en su rango hipotecario, con perjuicio irreparable, porque si la hipoteca sin inscripción gana, *a posteriori*, los efectos del artículo 70 de la Ley, o sea si se admite que la hipoteca *a non domino* es acto confirmable, con arreglo a la doctrina civil y al artículo 1.313 del Código, C será defraudado en sus derechos, acaso por la mala fe de A y de B.

Para evitarlo, no habría inconveniente en aplicar al caso el mismo precepto del artículo 141 de la Ley, pues aunque en él supone absurdamente el legislador que una hipoteca otorgada por quien carece de poder bastante puede inscribirse, y que (aunque no se inscriba) puede solicitar el interesado, y practicar el Registrador, una anotación que aseguraría... *la nada*, tal precepto es reflejo de aquel criterio justo y equitativo de los expositores al no conceder, en este caso, efectos retroactivos a la confirmación, en contra de los citados artículos 1.313 del Código civil y 70 de la ley Hipotecaria.

SERGIO SAAVEDRA LASTRA,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de intereses

I

Haya o no existido en la vida de Ihering el cambio radical que hacia 1862 orienta sus trabajos en un sentido finalista, no puede negarse que, en el fondo, siempre ha sido un entusiasta de la jurisprudencia de conceptos. Aun en la fantasía que, con una gracia completamente germánica, compuso bajo el título «En el Paraíso de los conceptos jurídicos» (1), hay párrafos que lo traicionan: «Como tú eres un romanista, dícele su conductor, vas destinado al cielo de los conceptos jurídicos. En él encontrarás de nuevo todos aquellos que durante tu existencia terrenal tanto te han preocupado. Pero no en su configuración incompleta, con las deformaciones que el legislador y los prácticos les imprimen, sino en su plena e inmaculada pureza, con toda su ideal hermosura. Aquí son premiados los teóricos de la jurisprudencia por los servicios que les han prestado en la tierra; aquí ellos, que solamente los vieron en una forma velada, los descubren con entera claridad, los contemplan cara a cara y tratan con ellos como con sus iguales. Las cuestiones para las que en vano buscaron una solución durante la existencia terrenal, son contestadas aquí y resueltas por los propios conceptos. No hay ya enigmas en el Derecho civil; la construcción de la *hereditas jacens*, o de la obligación correal, los derechos sobre derechos, la naturaleza de la posesión, la diferencia entre precario y comodato, la prenda en cosas propias y cualesquiera otros problemas que puedan ocurrirse y que a los hijos de la ciencia tanto han dado que hacer en su peregrinación por la tierra, están aquí resueltos.»

(1) Véase al final de *Jurisprudencia en broma y en serio*, traducción de Ríaza. Editorial *Revista de Derecho Privado*.

Sin embargo, la primera «Carta familiar», tan galanamente traducida por Riaza, es un ataque a fondo, si no contra las construcciones jurídicas, contra la manía de construir. Como Asmodeo, levanta el jurista los techos para que se contemple a los depositarios de la ciencia del Derecho común profundamente embebidos. ¿En qué se ocupan? Apostaría a que la mitad de ellos, por lo menos los más jóvenes, la esperanza de Alemania, *construye* en aquellos momentos. ¿Y qué es construir? Hace cincuenta años (*la Carta se publicó en 1861*) no se sabía nada de esto, se «vivía en estado de inocencia, alegremente, y los tiros iban dirigidos solamente a los pasajes de las Pandectas». Pero esto ha cambiado rotundamente. Quien no entienda hoy de *construcción civilista*, ya puede ver cómo se las compondrá para andar por el mundo; así como ninguna señora se arriesga a salir a la calle sin crinolina, ningún moderno civilista puede presentarse sin construcción.

No quiero privar al lector, con un frío extracto, del placer de leer o releer la aguda y ática crítica de la augusta misión de construir, «digna de los sudores de una aristocracia», ni desflorar las observaciones que sugieren al ilustre romanista la testarudez de los autores para configurar la obligación correal (¿hay una sola obligación con varios sujetos o tantas obligaciones como personas?), la subsistencia de la personalidad en la *hereditas jacens*, a pesar de los golpes de azadón del sepulturero, la posibilidad de que un tejado, como verdadera persona jurídica más que como servidumbre activa, haga aguas sobre el predio vecino, la colocación de la vida individual (o de todo ser humano) entre dos personas jurídicas: el *nascituus* y la *hereditas*, la concepción de la prenda como obligación de una cosa, etc... Tampoco ha de olvidar el lector aquel principio de la Carta segunda que perfila con rasgos velazquianos el apartamiento del romanista que, aislado en su cuarto, busca sus goces en las estipulaciones, testamentos o demandas de Ticio, Mevio, Aulo Agecio y demás dramáticas figuras de los casos jurídicos del Digesto y de Gayo. «Las fuentes en que yo bebía y apagaba mi sed eran jurídicas; en lugar de ir a los jardines de invierno de Kroll, asistía a la biblioteca; los camaradas con los que yo regresaba a casa eran *Ulpiani fragmenta*, *Gaji Institutiones* y otros varios, personajes, como se ve, de clara 'estirpe.»

La preocupación de Ihering sobre la cuestión de métodos va

avanzando a medida que se engolfa en las discusiones sobre la posesión con la escuela de Savigny, y en el prólogo de «La voluntad en la posesión» (1) confiesa que, si se ha decidido a elaborar esta teoría, era sólo con el propósito de hacer resaltar la diferencia que existe entre el método *formalista* o *dialéctico*, y el método *realista* o *teleológico*. «Para acabar (son sus palabras) con el apriorismo de los conceptos en la jurisprudencia, nada he encontrado mejor que presentar la prueba de que, en el derecho, la idea de fin es la única potencia creadora y el imperio que se atribuye a la lógica es usurpado.»

Cundió el ejemplo del maestro, y Bekker, en el prólogo del segundo volumen de su Sistema de Pandectas (Weimar, 1889), hace notar que Ihering expone sus ideas con afiladas aristas, sin claroscuro, y frecuentemente bordea la caricatura, por lo que no es maravilla que los jóvenes encuentren allí lo que particularmente piensan. La vida es algo más que los conceptos, indudablemente, y los **conceptos son para la vida, pero hay que dar su valor a la intuición natural**, y si los maestros y los tribunales rechazaban la fuerza vinculante de la oferta, la vindicación de los títulos al portador y el establecimiento de Fundaciones por testamento, creyéndolos inconciliables con los conceptos recibidos, era porque, en confusión de lo fijo con lo mudable, tenían por intransformable el *concepto*, que nunca puede asumir otro valor que el de una hipótesis y se atrevían a contradecir las indespreciables exigencias de la vida. Echar fuera de la jurisprudencia, como algo inútil, los conceptos y su manejo, vale tanto como arrojar el niño con el agua del baño.

Pero el siglo que destronó los reyes por decenas, provocó por lustros las revoluciones y lanzó a la ley de sus altares, temía la tiranía de los conceptos cuando hubieran dejado de ser los siervos del legislador. Los censores ponían de relieve que las construcciones, de índole provisional y de carácter subjetivo, aparecían dotadas de realidad ontológica, como en las célebres discusiones del realismo medieval, y que el sistema todo se apoyaba en ciertas categorías lógicas, de esencia predeterminada y fundamentos inmutables, tan sujetas a dogmas inflexibles que no podían ajustarse a

(1) Hay una traducción española del señor Posada. Véase XCVI de la Biblioteca de Reus. La obra original se publicó en 1889.

las exigencias de la vida. Como demostración e ilustración del tema, Geny examina la aplicación de las teorías relativas a las personas, sujetos únicos de derecho, a la distinción entre los derechos reales y los de crédito y a la noción jurídica del patrimonio (1) y alude a las teorías sobre los modos de adquirir, nulidad de los actos jurídicos, derecho de retención, colación de créditos, dación en pago, mandato incrustado en la solidaridad..., y a las ideas casi metafísicas, como la de *indivisibilidad*, que un prurito inmoderado de sistematización introduce en las teorías.

Contra la jurisprudencia de conceptos enfilan sus tiros (sobre todo después que el Código civil suizo autorizó al Juez, en caso de laguna del derecho, para decidir según las reglas que establecería si fuera legislador), no sólo la escuela científica francesa y sociológica belga, a pesar de las templadas interpretaciones de su casación, sino los partidarios de la escuela del derecho libre (*Frei-recht*), y en especial la revista alemana *Die Justiz*, publicada desde 1925, en donde Ernst Fuchs abruma a la *Begriffsjurisprudenz* con todos los pecados de Israel (2), censura su inspiración escolástica, la supone contaminada de un abominable romanismo, anatematiza el procedimiento deductivo, en que se apoya con un completo desconocimiento de la moderna orientación social, la acusa de sutilizar sin tregua y entregarse a discusiones bizantinas, de inestable e insegura, de formar Jueces pedantes que saben de todo sin estar enterados de nada... y propone que se añada al B. G. B. el siguiente articulado: «En la interpretación de la ley no se atenderá el Juez a su sentido literal, sino que investigará su voluntad y espíritu. Para ello tendrá en cuenta, tanto su significado económico y social, como el desarrollo de las relaciones.»

«Si la ley permite diversas interpretaciones, preferirá las que vayan mejor dirigidas al progreso de la vida y del tráfico.»

«Donde la finalidad de la ley o un apremiante interés del comercio o de la vida jurídica lo exijan, el Juez perfeccionará el texto legal mediante normas jurídicas que lo restrinjan, extiendan, corrijan o completen.»

Como la posibilidad de distintas construcciones permite al Juez

(1) *Método de interpretación*, página 223 y siguientes.

(2) Es frase de Du Pasquier, *Modernisme judiciaire*, página 6.

escoger la que cree más ajustada a la justicia ideal, Bendix, uno de los colaboradores de Fuchs, pone de relieve en una obra reciente que los magistrados alemanes, cuando creen aplicar las normas lógicas, fallan, en realidad, según su mentalidad, concepciones y deseos, y se dedica a la tarea de buscar, bajo los conceptos empleados, los móviles psicológicos que han provocado la sentencia: las fuerzas irracionales de las decisiones civiles (*Die irrationalen Kräfte der zivilrichterlichen Urteilstätigkeit*).

Exageraciones aparte... Las escuelas modernistas alemanas coinciden en afirmar que la jurisprudencia constructiva invierte el proceso cognoscitivo, o, mejor, adquisitivo del derecho (*Inversionsverfahren*) y comete el imperdonable pecado contra el Espíritu Santo (*die eingenliche Sünde wider den heiligen Geist*, según frase de Max Rümelin). Veamos cómo desenvuelve estas acusaciones el indiscutible representante de la jurisprudencia de intereses.

II

En un cortés trabajo de huésped (*Gastvorlesung*) leído en la Universidad de Francfort s/M., el 15 de Diciembre de 1932, Philipp Heck, cuyas publicaciones e ideas serán más tarde objeto detenido de nuestras reflexiones, expuso rápidamente, y en términos a la altura de los estudiantes, la antítesis o contraposición existente entre la jurisprudencia de conceptos y las nuevas doctrinas (1). A esta exposición del profesor de Tubinga, que reputamos suficiente para quienes sólo deseen adquirir un superficial conocimiento del asunto, ceñiremos las indicaciones que siguen.

La antigua dirección metódica centraba el peso sobre los conceptos generales de naturaleza científica, base principal de las normas jurídicas y objeto capital de las investigaciones; mientras las modernas orientaciones afirman con energía las influencias de y sobre la vida, ya se llamen teleológicas, realistas o sociológicas o jurisprudencia de intereses. Si desechamos la escuela del derecho libre que absuelve al Juez del vínculo legal, podemos designar como

(1) *Interessenjurisprudenz-Gastvorlesung*. Publicada en 1933 por Mohr. Tubinga.

jurisprudencia de intereses *stricto sensu* la que se apoya en la conjugación (1) de intereses o en la teoría de los conflictos. En tres sentidos, o como tres problemas, cabe estudiar las diferencias: el primero toca a la relación causal de los elementos jurídicos; el segundo, a la actividad del Juez que decide los pleitos, y el tercero, a la elaboración de la ciencia jurídica.

1.º Para el plantamiento de este problema hay que tener en cuenta los mandatos legales, los intereses vitales y los conceptos ordenadores de la ciencia.

El derecho es un imperativo, aunque casi todos los artículos de un Código sean, aisladamente considerados, meras exposiciones o enunciaciones que solamente adquieren significado jurídico cuando se refieren a lo mandado (por ejemplo, la definición de frutos del artículo 355 del Código civil español entra en juego con el 354 y otros). Pero los mandatos jurídicos se hallan subordinados a la representación mental de sus efectos sobre la vida humana, a su función específica, como la de un órgano en la fisiología del derecho. Los preceptos actúan sobre la vida apasionada, movida y exigente, donde los intereses (científicos, artísticos, económicos, religiosos) riñen encarnizada lucha alrededor de los bienes y de los ideales. Por último, el tercer grupo de elementos jurídicos está constituido por los conceptos científicos, a los cuales la inteligencia somete las representaciones de mandatos e intereses para elaborarlas y clasificarlas. Estos conceptos generales, o mejor ordenadores, surgen de la ley o de construcciones del lenguaje (por ejemplo, negocios abstractos, derechos subjetivos) y su número crece con el progreso de la ciencia.

¿Cómo se relacionan estos tres elementos en la antigua y en la nueva doctrina?

La jurisprudencia de conceptos los concibe como causa fundamental del derecho, como representaciones que engendran normas jurídicas y provocan indirectamente efectos en la vida. La doctrina de la causalidad de los conceptos adquirió preponderancia gracias a la escuela histórica, que veía la fuente primordial del derecho en la conciencia social y en sus representantes los juristas y

(1) Empleamos la palabra «conjugación» en el sentido de enlace por ley o relación entre valores o cantidades.

la jurisprudencia. Como producciones del alma nacional surgen, no sólo los valores y los ideales, sino los conceptos por la ciencia formados, que engendran las normas o preceptos jurídicos. De la representación que estima ser la obligación un vínculo personal, deriva inmediatamente la impermisibilidad de su cesión. En la conceptualización del negocio jurídico (teoría de la voluntad real, o de la declarada) van comprendidas las normas jurídicas sobre los vicios del consentimiento. De la manera de configurar el nacimiento de la obligación en los títulos a la orden o al portador, bien como contrato o como promesa unilateral, saldrá la situación del adquirente; de la concepción de los censos o cargas inmobiliarias, como derechos reales o personales, sus consecuencias jurídicas. Toda esta doctrina causal se halla abandonada en los momentos actuales, puesto que hay unanimidad en admitir que la norma es anterior a su inclusión en el concepto y es engendrada por las necesidades vitales y por la valoración de las mismas. Las cargas reales deben su existencia, en el derecho germánico, a la necesidad de asegurar las prestaciones constantes, periódicas y duraderas de una relación jurídica, no a las reflexiones hechas sobre su carácter real o personal cuando no se conocía esta contraposición. Se han adoptado los preceptos sobre los títulos al portador, en atención a los intereses de los coparticipantes, no por tomar partido en una discusión constructiva que entonces principiaba. Conocemos el origen de las modernas legislaciones y las fuerzas que las impulsan: se trata de satisfacer intereses, no de la exactitud de un concepto o de seguir consecuentemente las deducciones de una definición cerrada.

Todo precepto jurídico decide un conflicto de intereses, descansa en su actuación recíproca y aparece como una componente de fuerzas. La protección de intereses no se lleva a cabo en un espacio vacío, sino en un mundo pletórico de anhelos. El fin de la Ley apunta hacia el interés vencedor, su contenido pondera las energías de los combatientes. Pero la jurisprudencia de finalidades, preconizada por Ihering, no es satisfactoria y debe ser profundizada con arreglo a los principios de organización de los intereses que forman la teoría denominada de los conflictos. Para la inteligencia de cualquier norma hay que elaborar el conflicto de intereses que resuelve, proyectar la explicación en el mandato y apre-

ciar el alcance de la disposición. Hay que acostumbrar el entendimiento y disciplinarlo en la tarea de conjugar intereses mediante una investigación profunda y microscópica.

Hegler, que en un trabajo académico había puesto de relieve las ventajas del *fin* como concepto instrumental y puesto en duda que la ponderación de intereses tuviera el significado que le atribuimos, en un reciente discurso sobre la reforma penal (1932) se apoya exclusivamente sobre los conflictos de intereses. La finura en la clasificación de los conceptos instrumentales o de trabajo, que tan extraordinarios progresos ha impreso a la química, con la descomposición del átomo en electrones, dará seguramente grandes resultados en el desenvolvimiento de nuestras tareas.

III

2.º El segundo de los planteados problemas, la decisión o fallo de casos judiciales, tiene una capital importancia en el derecho privado, como transformación de la regla abstracta en derecho vivo.

La antigua doctrina aparecía centrada sobre lo que podemos denominar el dogma del conocimiento: el Juez desarrolla una actividad cognoscitiva, dirigida al conocimiento de la norma jurídica y a la subsunción lógica. No tenía que valorar nada ni configurar la norma, le bastaba *calcular con los conceptos*. El cálculo, tipo del conocimiento puro, excluye el juicio emocional, y el Magistrado, como un autómatas movido no por leyes mecánicas, sino por las de la lógica objetiva, en cuanto se le echaba a modo de moneda la situación *de facto*, pronunciaba la sentencia, sin preocuparse ni responder de su encaje en la vida.

Si la ley presenta huecos o lagunas, las llena por medio de la construcción de conceptos. Para mostrar la diferencia entre los procedimientos clásicos y los finalistas, o, mejor, el de intereses, alude Heck al paradigma de la restauración, que en otro lugar desenvuelve. Supongamos que se trata de restaurar un antiguo y deteriorado cuadro que represente el rapto de Elena: el *pintor de conceptos* determinará las ecuaciones de las líneas interrumpidas e interpolará matemáticamente los puntos intermedios; en cam-

bio, el *pintor de intereses* se inspirará en la vida y en la realidad para rellenar los huecos. Desde el punto de vista de la teoría causal, el antiguo procedimiento es exacto; puesto que los mandatos jurídicos son corolarios de los conceptos básicos, el conocimiento de éstos puede suministrar nuevas normas. La creación de normas por medio de construcciones transforma un sencillo *realismo conceptual* en una artificiosa doctrina jurídica. Se intenta con una fusión de normas la adquisición de un concepto, y se deducen de él nuevas normas (*Inversions-methode*) para solucionar los casos que no se hallaban previstos cuando se hizo aquella determinación.

Como hemos indicado, el sistema de conceptos, estudiado por Ihering, constituía una fuente inagotable de nuevos preceptos.

Por grande que fuera el imperio de esta manera de investigar lo justo, todavía se encuentran a su lado la analogía de ley y de derecho que la completan con un ambiente de vida. De igual modo, cuando hay posibilidad de diversas construcciones, cabe elegir, entre ellas, la más conforme a las necesidades sociales (criptosociología).

Pero el método de llenar las lagunas del derecho por medio de construcciones es incorrecto, porque la reunión de varias normas bajo una sola fórmula no autoriza para extraer de ésta otra norma nueva. De tal modo se podría siempre, con el empleo de una superior abstracción, obtener una serie de soluciones, aunque en realidad el concepto jugase con distinto valor en la primitiva. La jurisprudencia superior de Ihering no es más que una falacia vulgar, *quaternio terminorum*, o trueque de significados (1). Lo chocante es que se haya extendido, como si se tratara de un modo científico, no obstante su carencia de valor lógico y su alejamiento de la vida. Ni siquiera la seguridad jurídica puede alegarse en su apoyo, como lo prueban las infinitas discusiones sobre cualquier construcción. La objetividad en el juicio que pudiera esperarse del procedimiento es una ilusión que únicamente alimentará el Juez que no se haga cargo de la falacia, de este medio mágico que tan sólo protege al que cree en encantamientos. Aun

(1) Por ejemplo: Todos los *tinerfeños* son españoles. James Brown es *tinerfeño*. Luego James Brown es español. En la premisa mayor, llamo *tinerfeño* al ciudadano de Tenerife; en la menor, al natural de Tenerife o nacido allí. Si es hijo de ingleses, la conclusión es falsa.

la indicada forma sociológica, fundada aparentemente en los conceptos y orientada según las necesidades de la vida, se halla limitada por el número de conceptos posibles y por las dificultades de la construcción. Por otra parte, el fundar en apariencias los juicios va directamente contra el deber de veracidad y contra la dignidad del Juez, debilita su conciencia y esfuma su responsabilidad. Aunque vea con claridad la laguna de la Ley, aunque reconozca que el legislador no ha querido aplicar la norma deducida, y aunque tenga plena conciencia de los perjuicios consecuentes a su aplicación, el Juez concluirá por lavarse las manos y decirse tranquilamente: «No soy culpable; la culpa es de los conceptos.»

Las nuevas direcciones del pensamiento van contra la limitación de la actividad judicial a la pura tarea cognoscitiva y contra lo que signifique colmar las lagunas del derecho por medio de la construcción de conceptos ordenadores. Ante todo, deben enderezarse los resultados hacia los sectores vitales, cualesquiera que sean las dificultades y opiniones en materia de interpretación y adquisición del derecho.

Por lo que toca a la jurisprudencia de intereses, debemos advertir que si el Juez se halla obligado a observar la Ley, tiene, como el legislador, intereses que deslindar y conflictos que resolver. La lucha entre las partes los pone de relieve, y, al decidirla, debe aplicar la ponderación fijada por el legislador. Además ha de tenerse en cuenta que nuestras leyes son escasas en comparación con los innumerables problemas de la vida, imperfectas y no exentas de contradicciones. El legislador moderno se hace cargo de todo ello; y no espera del Juez una servil y literal sumisión, sino una obediencia racional que atienda a los intereses en juego; ni solamente la subsunción lógica bajo los mandatos promulgados, sino el complemento de los defectuosos y la rectificación de los equivocados. En resumen: el Juez no debe circunscribirse a la aplicación de lo mandado; ha de custodiar los intereses protegidos por la Ley.

Para salvar las lagunas se hará uso del principio de conjugación de intereses y de la teoría de conflictos, poniendo de relieve los ventilados en el pleito e inquiriendo si no se hallan resueltos bajo otras formas típicas. Caso afirmativo, debe el Juez decidir con igual criterio los conflictos iguales. Ciertamente este procedimiento ha sido utilizado bajo la denominación de analogía de ley o de derecho;

pero la jurisprudencia de intereses, al fundamentarlo con más justicia y delimitarlo con más precisión, garantiza la seguridad de las operaciones y resultados.

El Juez aplicará, en primer término, las valoraciones legales; pero también puede decidir el conflicto según la valoración que por sí mismo haga de los intereses vitales, si la Ley los deja a su propio arbitrio, o le autoriza para apreciar motivos poderosos y también cuando lo exija la armónica contextura del derecho. En tales casos debe adoptar la resolución que impondría si hiciese de legislador (artículo 1.º del Código civil suizo, que Heck cree aplicable en Alemania).

Esta función no es meramente cognoscitiva, ni se limita a la determinación de la norma y a la subsunción lógica, porque, a veces, el Juez, en lugar de forjar el precepto, ha de crearlo. Sus decisiones no equivaldrán al texto legal ni obligarán a otros Jueces; estarán subordinadas a los valores legales y tendrán carácter subsidiario. Pero no será un autómatas, sino un auxiliar del legislador, dotado de una elevada libertad y gravado con la responsabilidad consiguiente.

Como ilustración de la doctrina, escoge Heck, dentro de los contratos *mortis causa* a favor de tercero, el caso de que un rentista con varias sobrinas haya hecho legados iguales, olvidando a una de ellas. Por no modificar su testamento, consigna la suma correspondiente en un Banco, con la estipulación de que podrá por sí solo disponer de la cantidad libremente durante su vida, y, caso de no disponer, se ha de adjudicar, después de su muerte, a la sobrina últimamente agraciada. Fallece el tío, y resultan las deudas hereditarias mayores que la masa relictas. Quién gozará de prelación, ¿los acreedores o la sobrina? En la Ley existe la solución de un conflicto análogo: caso de concurrir legatarios y acreedores, éstos serán preferidos. Aquí todas las sobrinas (legatarias y favorecida) carecen, mientras viva el testador, de un derecho subjetivo; son meras portadoras de una expectativa. Los acreedores *post mortem* son, pues, preferidos, por virtud de una disposición coactiva, no por una sustitución, según ley, de la voluntad del difunto, y la igual ponderación de los intereses que entran en juego impone un tratamiento igual de los conflictos.

Frente a esta solución, el Tribunal del Imperio mantiene una

construcción conceptual sobre el artículo 328 del Código civil alemán, a cuyo tenor puede estipularse por contrato una prestación a favor de tercero, con el efecto de que éste adquiriera inmediatamente la facultad de exigir la prestación. La sobrina—se arguye—adquiere inmediatamente, no de la masa hereditaria, y ha de ser preferente su derecho al de los acreedores. Ahora bien: el adverbio *inmediatamente*, como lo demuestra la discutida redacción del artículo, hacía referencia a la *no necesidad* de la aceptación o de la colaboración del tercero adquirente, y a los conflictos entre promitente y agraciado, pero de ningún modo a los intereses de los acreedores de una sucesión hereditaria. Respecto de éstos, hay que tener en cuenta, ante todo, que son preferidos precisamente a los legatarios, los cuales no colaboran en la formación del testamento. El Tribunal del Imperio comete, pues, pecado contra el Espíritu Santo, máxime cuando de la misma «inmediata adquisición» deduce la prelación del favorecido frente a otro adquirente por cesión *intervivos*, si no se ha revocado el nombramiento hecho (por ejemplo, la sobrina, cuya designación no ha sido revocada, será preferida a un cesionario del crédito contra el Banco).

Cierto que el Tribunal, en otras ocasiones, reconoce las necesidades y exigencias de la vida; pero éste es un programa demasiado vago. Solamente la fundamental consideración de los intereses puede protegernos contra la jurisprudencia de conceptos.

IV

3.º El tercer capítulo, en donde se realza la antítesis de los sistemas, es el relativo a la elaboración de la ciencia jurídica, disciplina de carácter práctico, como la Medicina, que prepara las soluciones judiciales con la propuesta de las normas atinentes al conflicto, con la adquisición o captación de preceptos y, en fin, con la elaboración y ordenamiento científicos de los materiales normativos. La prelación y relaciones de estas tareas quedan alteradas por el cambio de los ejes del sistema.

La antigua doctrina no tenía ocasión de diferenciarlas, obsesionada como estaba con la exacta determinación de los conceptos que servían para la contemplación sinóptica, al mismo tiempo que

para el causal esclarecimiento de las normas existentes, y más tarde, para fijar las bases de su complemento con otras nuevas. La colección piramidal de conceptos, en un sistema deductivo, era el objeto de la ciencia jurídica, y la alemana ofrecía una riqueza de investigaciones que asombraba a los juristas extranjeros. Los problemas eran tratados como gnoseológicos o de conocimiento, como cuestiones de realidad objetiva, y, en su virtud, se buscaba el concepto perfecto y se discutía sobre las definiciones, o, como se decía, sobre la *naturaleza jurídica* de los elementos o instituciones (derecho subjetivo, persona jurídica, cargas reales, nacimiento de las obligaciones al portador y a la orden). Las más célebres discusiones de otro tiempo se referían a las construcciones y existía un verdadero culto del concepto (*Begriffskultus*). Sin embargo, estas investigaciones perseguían, en el fondo, un fin práctico, porque la definición llevaba en su seno la posibilidad de resolver todas las cuestiones jurídicas.

Pero las investigaciones dejaban en segundo plano las relaciones y necesidades vitales. La vida era el campo de aplicación, no el manantial del derecho. La comparación con el derecho extranjero carecía de valor, y los juicios de *lege ferenda* quedaban fuera de la ciencia.

Los nuevos métodos deben separar con energía la adquisición del ordenamiento de normas. Aquella descansa en las formas y necesidades de la vida, que pasan a ocupar el primer lugar, como investigación de intereses, sociología jurídica, etc. De la contemplación de la vida concreta, real, densa y variada ha de surgir el mandato jurídico que ha de informar la decisión del Juez. Los tratados doctrinales han de separarse en su conformación del sistema conceptual de Windscheid, y no se limitarán a construir conceptos para aplicarlos parcialmente a la vida, sino que tendrán por objeto la vida misma, con sus exigencias y problemas. Los mandatos y las valoraciones en ellos contenidas serán medios para resolver o fallar; la comparación de legislaciones y las apreciaciones de *lege ferenda*, instrumentos auxiliares.

Naturalmente, los nuevos métodos necesitarán también de la refundición sinóptica y del ordenamiento científico, y los partidarios de la jurisprudencia de intereses no desprecian los conceptos ordenadores. La coordinación de los mismos, el sistema de dere-

cho, es indispensable para la vista panorámica y para la presentación doctrinal. Pero estas labores *de formulación* no deben ser transformadas en problemas de conocimiento y causalidad, sino que han de seguir a la tarea de fijar y completar las normas. Su inclusión en el sistema, en vez de iniciar la investigación, la cierra con una recolección de lo adquirido. Así los conceptos «derecho subjetivo», «negocio jurídico» no serán nociones fundamentales para aclarar o completar las normas, sino etiquetas o rótulos que ponemos en los cajones de preceptos para tenerlos más a mano. De aquí la posibilidad de varias definiciones o de construcciones equivalentes, y de aquí también que las más célebres controversias pierdan su objetivo. El sistema jurídico presenta un nuevo cuño: de deductivo pasa a inductivo.

Constituye un craso error la afirmación de que la jurisprudencia de intereses deniega la necesidad de un trabajo científico, porque viene más bien a ampliar nuestras disciplinas con la indefinida investigación de la vida social y el interminable trabajo de la catalogación y valoración de ideales.

El acoplamiento de normas jurídicas y necesidades vitales no es tan difícil, como podría suponerse, aunque no está libre de obstáculos; porque nuestras legislaciones, lejos de ser enigmas u oráculos de misterioso sentido, nacen y viven en ambientes de publicidad y discusión. Finalmente, el reconducir el derecho por los canales de la vida es tarea que presenta para los estudiantes e investigadores mayores atractivos que la árida y fría técnica de la jurisprudencia conceptual.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

ANA E L E R S

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 derecha.—Teléfono 13906.

Derecho agrario español

PROPIEDAD FAMILIAR

Planteamiento del tema.—Síntesis histórica : tiempos antiguos ; feudalismo.

En el campo del Derecho agrario español ha entrado en viza, con exaltada apariencia innovadora, propia del momento político en que nace, la afirmación de una nueva ordenación económica y social del agro español en beneficio del campesino, para la que promete la fórmula jurídica adecuada en un nuevo Instituto, que bautiza con los nombres «patrimonio familiar inembargable», «bien de familia» y «hogar campesino».

Así el artículo 47 de la Constitución de la República anuncia : «la República protegerá al campesino, y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos».

Por su parte, la base 12 de la ley de Reforma Agraria señala, entre las aplicaciones de los inmuebles objeto de la misma ley, las siguientes : «d) Para la creación de nuevos núcleos urbanos en terrenos fértiles distantes de las poblaciones, mediante distribución de parcelas constitutivas de «bienes de familia». e) Para la creación, en los ensanches de las poblaciones, de «hogares campesinos», compuestos de casa y huerto contiguos.»

Ha de ser, por tanto, interesante y de actualidad descubrir lo que se encubre bajo la rúbrica «patrimonio familiar».

Lo intentaremos seguidamente, aprovechando la campaña de estudios agrarios que inició el señor Campuzano en REVISTA CRÍTICA, que alentó el señor Barahona con la llamada a los titulares de Registros y Notarías (laboratorios forzosos, dice), y para la que han sido brindadas estas columnas a cuantos se interesen en estos estudios.

A nuestro juicio, es éste uno de tantos casos en que una fórmula nueva encubre una idea tan antigua como el mundo.

La fórmula *patrimonio familiar* ha de sintetizar la idea de adscripción del patrimonio a la familia mediante la relación jurídica de propiedad; significará una forma especial de propiedad en sus reglas de disfrute, uso y disposición, diferente de la propiedad individual y de la común, que se concretarán particularizándose en un grupo de bienes; se moldeará basándose, como término objetivo de la relación jurídica, en un patrimonio. Y prescindiendo ahora de él, como término común necesario de todas las formas de propiedad, quedaría tan sólo la idea, tan antigua como la vida misma: *propiedad familiar*.

Y es tan antigua porque siempre el hombre ha sido célula primaria de la vida de la humanidad y ésta ha sido, y es para el hombre, como el Derecho ha sido y es para el hombre.

Ahora bien: el hombre, elemento complejo, no sólo se encarna a sí mismo como individualidad independiente, autónoma y libre, sino que es, a la par, familia, como es también miembro de un todo mayor o comunidad de hombres y familias.

De aquí que en la propiedad, relación jurídica del hombre con las cosas, se proyecten los diversos aspectos de la complejidad humana, originando los tipos de propiedad individual, familiar y común, netamente diferenciados en ocasiones e imprecisos y confusos en otras, debido a ser siempre el hombre sujeto único del derecho; y de aquí, también, que sea posible afirmar que, cualesquiera que sean las apariencias legales, han existido y existirán siempre las tres categorías de propiedad que nacen de la misma naturaleza humana, y que la proyección y el influjo de cada una de ellas sobre las otras originará, en ocasiones, errores y confusiones.

La propiedad común o social es, como su nombre indica, algo que excede del individuo para formar una categoría más amplia o categoría de comunidad.

Como la comunidad es tal comunidad en cuanto sus elementos, hombres y familia, ostentan una relación que inexorablemente se identifica, cualquiera que sea su naturaleza, con una organización de jefatura, de soberanía, de poder mayor, sin la que no existiría relación de comunidad posible, sino separación.

Se identifica en su origen, necesariamente, todo concepto de co-

munidad, con un concepto político, de poder, de organización, de soberanía, de jefatura. En consecuencia, la propiedad común es necesariamente de carácter público. No es Derecho privado.

Por el contrario, la propiedad privada es autónoma y libre, como el individuo, en sí mismo considerado, es autónomo en su voluntad libre e incoercible.

Han de existir contactos y rozamientos en la transformación de la propiedad común en propiedad libre e individual, y un espíritu de oposición, antinomia y lucha, entre una y otra propiedad, así como habrá de llegarse a un justo punto de coincidencia en el concierto de las esferas pública y privada en que se originan y viven, a través del hombre o sujeto común de una y otra.

Pero la propiedad privada será individualista ; será derecho privado, no público.

La familia, en sí misma, está en contacto con las órbitas de ambas categorías y esferas. Es comunidad en relación al individuo, y es autónoma e individual en relación a la comunidad mayor de que forme parte, tribu, Estado.

Esta doble naturaleza provocará confusiones en el correr de los siglos, hasta que encuentre su justa posición en la organización jurídica total, con categoría propia en el lugar que le corresponda.

La historia nos mostrará la confusión provocada por el influjo y juego de los elementos dispares que la integran.

Veremos estas confusiones : en el «estado-familia», en que, por coincidir las jefaturas política y familiar, se identifican la propiedad común y la familiar ; en el desenvolvimiento coincidente de la personalidad y la propiedad ; en la propiedad, desorbitada en función de soberanía ; en la destrucción de la libertad del individuo al peso abrumador de la familia y la propiedad soberanas, en régimen de castas. Y la veremos después, al preponderar la concepción individualista, acogiendo a las formas en que se desenvuelve la propiedad privada, en el empeño estéril de adaptarla a los fines familiares.

Sin exigir nunca campo propio para desenvolverse, campo que habrá de estar tan alejado de la órbita común y pública como de la individual y privada.

Así jugarán todos estos conceptos : soberanía, libertad, familia, individuo y comunidad, desplazándose de uno a otro campo, pero siempre prestos a la liza, en orden de batalla, como fuerzas únicas,

tanto cuando concibamos la humanidad integrada por individuos aislados, como por familias autónomas, como cuando la concibamos como una gran familia total o como una máxima y única sociedad de individuos.

¡ Ampliación universal de los elementos de la célula vital—hombre—, en lucha y contradicción eterna dentro de sí mismo !

En el caminar constante hacia la perfección, el camino recorrido hasta ahora, en una gran síntesis histórica, es el siguiente :

En los tiempos primitivos, la propiedad comienza siendo colectiva o social, entendiéndose por colectividad el grupo social formado por la agrupación de familias o de tribus bajo la dirección de un jefe, cuya sola existencia es prueba de una relación de autoridad.

Frente a esta propiedad, sólo es posible hablar todavía de un disfrute de las cosas por los individuos o familias, pero rechazando la idea de propiedad familiar e individual.

Surgirá la familiar cuando se emancipe la familia, en sus relaciones de propiedad, del jefe de la tribu, como surgirá el individuo cuando se emancipe, en cuanto a las trabas de la propiedad de que disfruta, de la influencia de la familia originaria.

Tan pronto como se reparta la tierra entre las familias componentes de la tribu, se dibujará la propiedad familiar de la tierra con características que eternamente han de configurar su tipo jurídico, porque son consustanciales con el fin perseguido : el jefe de familia, como antes el de la tribu, no puede enajenar los bienes comunes, que igualmente son indivisibles y aparecen adscritos a la familia con carácter permanente. Esta adscripción permanente invierte los términos de la sucesión : no pasan los bienes de individuo a individuo, de familia a familia, de una dominación a otra dominación, sino que, por el contrario, son los individuos, son los jefes de familia, los que pasan por los bienes, permaneciendo inmutables, a través de las sucesiones ; los dos elementos eternos de la relación jurídica : familia y bienes.

Se sucede un jefe de familia a otro jefe de familia, como se sucede un jefe de tribu a otro jefe de tribu, y subsiste el patrimonio de la familia como subsistía el de la tribu. No hay propiamente sucesión del patrimonio. Hay tan sólo sucesión en la jefatura de la familia a la cual pertenece el patrimonio. El individuo que ostenta la jefatura no ha sucedido a su antecesor en la propiedad del patri-

monio; le ha sucedido en sus funciones religiosas, patrimoniales, de potestad, etc.; en una función de jefatura de carácter marcadamente social aún.

Seguidamente, como afines a este carácter, surgen las ideas de primogenitura, masculinidad y ausencia de testamento.

Estos caracteres se revelan en el *Código de Manú*, que fundamenta la primogenitura diciendo: «el mayor toma posesión del patrimonio entero y los demás hermanos viven bajo su autoridad como vivieron bajo la del padre; el mayor paga la deuda debida a sus antepasados y debe, por tanto, tenerlo todo»; como existía entre los hebreos, tanto el principio de primogenitura como el de masculinidad (este último hasta Moisés); y como, con más o menos relieve, se muestran en Grecia, en la prohibición de testar y en la inalienabilidad de la ley de Zaleuco; y se supone que también en Egipto, Asiria y Babilonia.

Como todo el Derecho moderno se deriva de las concepciones jurídicas de Roma y Germania, nos interesa examinar su evolución.

En Roma, el *ager privatus* pasa a ser familiar mediante la distribución de las treinta porciones del suelo romano a cada una de las treinta curias o asociaciones de familias, y de éstas posteriormente a las familias, conservando siempre su carácter de inalienable; y todo induce a suponer que en los tiempos primeros regían los principios de primogenitura y masculinidad y que se desconocía la sucesión testamentaria.

Evoluciona la propiedad familiar hasta su conversión en individual, y los peculios, el testamento, la libertad de testar, la alienabilidad, etc., coadyuvan a la formación del tipo individualista de la propiedad, que culmina durante el imperio en la total exaltación de la personalidad y de la libertad del individuo, con la debilitación gradual de la patria potestad, que reasumió el influjo de la tribu y de la curia, hasta dejar frente a frente al individuo y al Estado, enfrentando la propiedad individual, plena y absoluta, y el dominio eminente del emperador y el Estado.

Se llega así a la regla jurídica de propiedad individual, que en Roma adquiere su más alto grado de perfección, quedando de modelo para la posteridad.

No hay ahora regla de propiedad familiar, que vivió como función social y murió, aparentemente al menos, al extinguirse tal fun-

ción. Sin embargo, la propiedad familiar subsiste en Roma aun en pleno reinado individualista.

Utiliza, para ello, los medios que le brinda este sistema, único que posee reglas específicas de propiedad: mediante la combinación del fideicomiso y de la sustitución, que origina la sustitución fideicomisaria, con cuyo sistema, a todas luces empírico, logra adscribir el patrimonio a la familia en reglas sucesorias de vinculación.

Se invierten los términos del fenómeno sucesorio que vimos en la propiedad familiar: no es ya que la familia tenga un jefe y que a éste, por serlo, le corresponda la administración del patrimonio, sino que se establece un orden de suceder en este patrimonio, y su titular, por serlo, ostenta la jefatura de la familia, que se encarna y determina supeditada al orden sucesorio y a la misma propiedad.

Pueblos germanos.—Así como los romanos encarnan en su última época el tipo absoluto de propiedad individualista, así, por el contrario, en los pueblos germanos late la concepción familiar de la misma, que trasciende a través de la historia hasta nuestros días, siendo, en realidad, la evolución del derecho de propiedad el reflejo del choque, influencia y combinación de uno y de otro.

Entre los germanos, toda la tierra es al principio común de la tribu, pasando luego a desintegrarse: *a*), en el campo común, *allmend*, que sigue siendo de la tribu; *b*), en la *hova*, de las familias, de reparto periódico y propiamente en posesión de cultivo, y *c*), en la *hof*, o casa y terreno anejo, verdadero patrimonio familiar.

Es desconocida la propiedad individual de la tierra, que, por el contrario, tiene un carácter eminentemente público y social.

En consecuencia, la *hof* es inalienable (sin consentimiento de los hijos) y se desconoce el testamento, suplido por la primogenitura y masculinidad.

Cuando en Roma muere la propiedad familiar e impera la individual, vive en Germania, con esplendor y pujanza, la propiedad familiar.

Durante la invasión se encuentran frente a frente ambas concepciones y su choque se produce principalmente en los alodios o tierras libres, donde es fácil observar que, si los romanos imponen el tipo individual (aun en los esencialmente familiares adop-

tan la forma individualista del fideicomiso), los bárbaros imprimen en ellos el sello familiar primitivo, si bien al exceder la tierra poseída, mediante los repartos de la primitiva *hof*, tiende a hacerse libre e independiente a influjo del seductor ejemplo individualista romano.

En aquellos repartos influye la concepción germana imponiendo los principios de inalienabilidad, masculinidad, retracto, etcétera, pero originan que, junto a los bienes propios o familiares, aparezcan los adquiridos, que, a no tardar, quedan exentos de trabas y retractos, repartiéndose por igual entre los coherederos, sin distinción de sexo, tendiendo a asimilarse a la propiedad individual y libre.

Es necesario hacer resaltar aquí que la nota más destacada del tipo de propiedad familiar es el carácter económicosocial que ostenta en su origen, pues pretende esencialmente lograr la igualdad económica de las familias, alejar el pauperismo e imponer una justa distribución de la tierra.

Bien se ve que, para lograr estos fines, se impone como premisa la inalienabilidad, que, de no existir, excluiría a la familia vendedora; y, como consecuencia, la inacumulabilidad de patrimonios en una misma familia, que desvirtuaría el fin económico y el orden jurídico esenciales de la institución.

En definitiva, responde a una bella idea en que la propiedad de la tierra pertenece al que la posee y trabaja (familia).

Esta idea se hace patente en la *hof* germana, casa y anejo, que repugna tanto su venta libre como la acumulación.

Hemos de ver esta naturaleza económica de la propiedad familiar en los tiempos modernos, surgiendo del fondo de las cosas y por eso la señalamos aquí.

No es otro el fin del *jubileo* del pueblo hebreo, que establece Moisés, que, por partir de la alienabilidad de los bienes, hace necesario su retorno, cada cincuenta años, a la familia de su procedencia, para llegar con ello a la primitiva igualdad económica.

En Esparta, nos dice Plutarco que la reforma de Licurgo pretende evitar la acumulación de la tierra en pocas manos y el contraste de la opulencia y la pobreza mediante la distribución de 39.000 lotes de tierra iguales.

Y es sabido que la permisión de enajenarlos, la facultad de tes-

tar y la acumulación por dotes y herencias, truncaron el fin económico propuesto, originando un verdadero latifundismo y una cruenta guerra social.

Por el contrario, en Atenas el sabio Solón prohíbe y castiga la enajenación y división de las tierras y patrimonios, conserva la masculinidad, siquiera suprima la primogenitura, admite el testamento sólo a falta de hijos, y con ello evita las querellas entre pobres y ricos, igualando, en lo posible, estas dos clases sociales en una propiedad repartidísima, modesta y suficiente, de tipo familiar.

En Roma la distribución del *ager privatus*, que hemos indicado, corrobora la misma idea de igualdad.

En cuanto al *ager publicus*, en cuya distribución se muestra con preferencia el carácter económicosocial, vemos que, acumuladas las tierras en poder de los patricios, primero, mediante las *possessiones*, se distribuyen luego a los plebeyos en las famosas leyes agrarias, cada una de las cuales nos muestra que el afán igualitario de justicia distributiva (final de revueltas, premio de victorias y origen de guerras y luchas) tiene íntimas conexiones con el concepto familiar de la propiedad y ha de hallar en este tipo su más acabado medio de expresión.

Y es la ley Licinia, limitando a los patricios su propiedad en quinientas jugadas de tierra; y luego la ley Sempronia, que, señalando el mismo límite que la ley Licinia, la declara inalienable, logrando que la clase media, nacida en un medio económico adecuado al amparo de esta ley, sea la base de la estabilidad y grandeza de Roma.

Rota esta inalienabilidad por la influencia de los patricios, se precipita el *ager publicus* en la acumulación y en la desigualdad, con su secuela de terribles guerras civiles de ricos y pobres, en las que se suceden leyes agrarias y nuevos repartos, que culminan en la concentración máxima de la propiedad, en el latifundismo absoluto, en la exaltación del capitalismo y en el más descarnado individualismo.

Feudalismo.—Se caracteriza el feudalismo por la confusión de los conceptos de soberanía, jerarquía y propiedad, originando, con ello, tal influjo en la personalidad humana, que llega a producir un régimen de castas.

Se enfeuda y subenfeuda la tierra, dando su uso y disfrute ma-

terial a un titular mediante reservas a favor del enfeudador y sub-enfeudador, de prestaciones personales y reales en compensación de beneficios y obligaciones.

Estas prestaciones originan un orden de soberanía en principio, de jerarquía siempre.

En su origen han podido diferenciarse las que implican sumisión y soberanía de las que son prestaciones reales de tipo jurídico privado ; luego la distinción se hace imposible : a) Porque la soberanía va unida a la tierra, y no es fácil señalar cuándo la prestación se debe a la cesión de la tierra y cuándo, aun existiendo cesión, prepondera en la prestación el tipo señorial de reconocimiento del poder del señor cedente de la tierra: b) Porque junto a la enfeudación de la tierra aparecen los feudos de honores, de impuestos, de oficios, los *feudos en el aire*, de tipo netamente de soberanía, caréntes de la base tierra ; pero que, al concederse a los señores feudales, por razón de la tierra que ya poseen, acrecienta la confusión al proyectar aquellos privilegios sobre el feudo territorial que recae en su misma mano ; y c) Por ser, por último, asimilados y confundidos con el feudo los tipos censuales, de neto carácter jurídico, así como los alodios o tierras libres, que, ante la crepitante hoguera feudal, son arrastrados a su órbita, como *feudos de «re-prisse»* o asimilados a la tierra noble.

Pues bien : las concesiones feudales, temporales en su origen, tienden a hacerse perpetuas (hereditarias) en toda la escala de concesionarios, enajenables y libres, en una evolución secular, no terminada aún.

Ahora bien : en la entraña de esta tremenda confusión, ¿ a qué tipo jurídico de propiedad corresponde el feudo ?

Para nosotros no ofrece duda la contestación : es el desarrollo monstruoso, elefantiásico, anormal del espíritu familiar.

A medida que vayan desapareciendo las confusiones de soberanía y propiedad, iremos percibiendo con más claridad el tipo de esta última, encuadrado en la órbita familiar.

Mientras tanto, hemos de guiarnos por deducciones : es evidente, en primer término, que aquel conglomerado feudal, aquel régimen político, precisa necesariamente y responde adecuadamente a una exaltación familiar, en todas sus consecuencias, la pri-

mera de las cuales es la función social y política de la propiedad familiar.

Por otra parte, esto es palmario en los feudos llamados familiares, en los que la concesión se declara hecha hereditariamente, con el fin de conservación del poder de las familias.

En los que no lo fueron en su origen, su división habría de quebrantar el poder familiar, y de aquí las restricciones y prohibiciones de enajenar, y, en su evolución racional, su conversión en hereditarios y familiares.

Y, por último, la existencia indiscutible de la primogenitura y de la masculinidad (con la excepción de los feudos impropios, femeninos, etc.) y de la troncalidad corroboran la idea anterior.

Así vemos aplicados estos tres principios en el Norte de Francia, no sólo a la propiedad noble, sino incluso a la villana y a la alodial, llegando en el Mediodía, donde el feudo es excepcional y el alodio general, a idéntica organización familiar por medio de la testamentifacción libre, de tipo romano; y en Alemania vemos que la ausencia de la primogenitura es sustituida por la elección que el Emperador hace de uno solo de los hijos entre los varios del poseedor, para continuar el feudo, y que, cuando se relaja esta práctica, una vez convertido en hereditario, y se divide el feudo entre los herederos, se hace necesaria la Bula de Oro, de Carlos IV, que impone la primogenitura y la indivisión.

En forma análoga se desenvuelven los feudos en Lombardía, Sicilia y Nápoles.

JOSÉ URIARTE,

Notario.

El fideicomiso condicional según el Derecho positivo español y la jurisprudencia

4.º—TITULARES DEL USUFRUCTO, NUDA PROPIEDAD Y PLENO DOMINIO.

En cuanto al heredero usufructuario, no hay duda: adquiere su derecho a la muerte del testador, lo conserva durante su vida, tiene derecho a intervenir personalmente en las operaciones divisorias que se practiquen y su derecho se extinguirá a su muerte.

Con respecto a los herederos llamados en segundo lugar, aun los que vivan al fallecimiento del testador, la cuestión está más confusa. Pueden considerarse dos grupos: el constituido por los herederos que viven al fallecimiento del testador y el formado por los que nazcan después. En el caso de la sustitución fideicomisaria pura, la cuestión no ofrece duda ante el terminante precepto del artículo 784 del Código civil: El fideicomisario adquiere su derecho desde la muerte del testador y transmite su derecho a sus herederos; adquiere, en realidad, la nuda propiedad, si hay un primer heredero fiduciario usufructuario. Pero en el caso propuesto del fideicomiso condicional, la cuestión se complica, y, al efecto, el comentarista Manresa dice (1): «Cuando existe condición de la que depende el hecho de la entrega o pase de los bienes a otra persona, la sustitución queda afectada por ella, por lo que pueda llegar o no a existir.» La mayor parte de los autores entienden que el artículo 784 se refiere sólo al fideicomiso puro, pero no al condicionado, al que le es aplicable el precepto del artículo 759 del mismo Cuerpo legal,

(1) *Comentarios al Código civil*, tomo VI, página 151, sexta edición.

según estimó la sentencia de 9 de Julio de 1910, que estableció que el citado artículo 784 se refiere al fideicomisario designado sin condición; a lo que agregó la de 1 de Febrero de 1910, que es aplicable al caso de sustitución lo dispuesto en el párrafo final del artículo 758 (1) y en el artículo 759. La sentencia de 29 de Diciembre de 1917 añade que es condición precisa que el sustituto sobreviva al primer instituido, puesto que debe tener capacidad, para suceder, no sólo al morir el testador, sino al cumplirse la condición.

Es incuestionable, como resumen de lo expuesto, que, llegado el momento de morir el usufructuario instituido heredero en primer lugar, extinguido el usufructo, el pleno dominio de los bienes pasa a los herederos que vivan en aquella fecha (D, E, si viven, y los demás hijos de C que hayan nacido y vivan en ese momento). El problema se va aclarando al eliminar de los titulares de ese pleno dominio existente al cumplirse la condición a los fideicomisarios que, viviendo al fallecimiento del testador, hayan premuerto al usufructuario (D y E si hubieren muerto antes de cumplirse la condición), y a los demás fideicomisarios nacidos después de la muerte del causante, pero que no hayan sobrevivido al usufructuario (los demás hijos de C que estén en esas condiciones).

Sólo queda, por tanto, por fijar el titular del derecho complementario del de usufructo, que pertenece al fiduciario. Y bueno será traer aquí a colación la doctrina sentada en diversas sentencias por el Tribunal Supremo de que no hay derechos sin sujeto, pues, de lo contrario, «faltaría el término preciso para la relación jurídica» si, frente al deber, no existiera el derecho con su titular (sentencia de 1 de Abril de 1914). En otra de 20 de Marzo de 1916 establece, en un caso análogo al propuesto, que los derechos a la sucesión de una persona arrancan desde su muerte y desde ella existen herederos nudo propietarios, aunque su derecho pudiera resolverse por su fallecimiento anterior al del usufructuario. Así lo entiende también la sentencia de 14 de Junio de 1916 del Tribunal Contencioso-administrativo, que entiende existen efectivamente, en los casos que nos ocupan, dos llamamientos simultáneos, y existiendo en realidad nuda propiedad desde la muerte del testador. La Direc-

(1) «Si la sustitución o legado fuere condicional, se atenderá, además, al tiempo en que se cumpla la condición....» «para calificar la capacidad del heredero o legatario.»

ción también viene a reconocer la existencia de esa nuda propiedad (1).

El Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central de 25 de junio de 1929 estima que, hasta que ocurra el fallecimiento del usufructuario, se ignora quiénes serán los adquirentes de la nuda propiedad legada, y por este motivo no debe girarse liquidación por la nuda propiedad, debiendo aplazarse el hacerlo para cuando el adquirente sea conocido. En términos análogos se expresa el Acuerdo del propio Tribunal de 30 de Junio de 1926, pues resuelve que, entre la muerte del testador y la del usufructuario, los hijos de éste no adquieren el derecho de gozar de la cosa, ni disponer de ella hasta la muerte de aquél, y no desde la muerte del primitivo causante, y entre ambas fechas no tienen sino una esperanza de derecho de contenido jurídico y aun económico, pero no equiparable con el dominio o usufructo, ni aun con el de nuda propiedad.

No andan muy acordes, como puede verse, la jurisprudencia jurídica representada por el Tribunal Supremo y la Dirección de los Registros, con la fiscal, encarnada en el Tribunal Económico Administrativo Central; pero, a nuestro modo de ver el problema, el verdadero fundamento de esta jurisprudencia fiscal está en la equidad que repugna la exigencia del impuesto de derechos reales, ante una situación jurídica no clara y condicionada por múltiples contingencias, pues si bien el precepto del párrafo segundo del artículo 57 del Reglamento del Impuesto impide el aplazamiento de la liquidación cuando media una condición que suspenda la ejecución de la disposición testamentaria, conforme al artículo 799 del Código civil, el aludido precepto reglamentario se ha querido referir más a las instituciones a plazo o término (acontecimiento futuro que necesariamente ha de llegar, aunque se ignore cuándo), que a las con condición suspensiva (acontecimiento futuro e incierto que los interesados ignoren y que puede ocurrir o no), pues el artículo 799 que cita, se estima aplicable a las primeras y no a las segundas instituciones hereditarias (2), y de esta forma los párrafos primero y quin-

(1) Resolución de 29 de Marzo de 1916, antes expuesta, y resolución de 9 de Enero de 1918.

(2) Véase Manresa: *Comentarios al Código civil*, tomo VI, página 199, sexta edición.

to del mismo artículo 57 citado dan base, más que sobrada; para el aplazamiento de la liquidación, sin tener que llegar a negar la existencia de una nuda propiedad que realmente existe, siquiera sea condicionada con condición suspensiva o resolutoria, según los casos.

Concluimos afirmando que, a nuestra opinión, existe una verdadera nuda propiedad al fallecimiento del testador, nuda propiedad condicionada en la forma que sea, pero existente y de realidad innegable. En efecto, si consideramos que la nuda propiedad no es la mera contemplación de la llegada de un derecho, que el papel del nudo propietario no es meramente pasivo, como se creó generalmente, sino que tiene funciones que cumplir y derechos que exigir durante la vigencia del usufructo, fácilmente llegaremos al convencimiento de que esa nuda propiedad es algo real y vivo que existe desde la muerte del causante.

Un examen rápido del Código civil nos confirma lo expuesto: Durante la vigencia del usufructo el nudo propietario tiene derecho:

- a) A que se conserve la forma y sustancia de los bienes usufructuados (artículo 467 del Código civil).
- b) A que se observen las disposiciones del Código (artículo 470 del Código civil).
- c) A vigilar las mejoras que se hagan (artículo 487 *ídem íd.*).
- d) A transmitir su derecho, pero condicionado por el cumplimiento de la condición (artículos 489, 1.531 y 1.114 *ídem íd.*) (1).
- e) A pedir la formación de inventario y la prestación de fianza (artículo 491 *ídem íd.*).
- f) A exigir el cumplimiento de las obligaciones del artículo 494 del Código civil.
- g) A cuidar de que las cosas usufructuadas sean conservadas debidamente (artículo 497 del Código civil).
- h) A exigir se hagan las reparaciones ordinarias (artículo 500 *ídem íd.*).
- i) A exigir el interés del capital invertido en reparaciones extraordinarias (artículo 502 *ídem íd.*).
- j) A realizar las obras y mejoras necesarias (artículo 503 *ídem ídem*).

(1) El derecho de los hijos D y E y demás que nazcan no es herencia futura, sino ya causada.

k) A exigir se le dé cuenta de los actos de tercero que lesionen el de propiedad (artículo 511 ídem íd.).

l) Y, por último, a exigir las demás obligaciones y cumplir los deberes que le impone dicho Cuerpo legal.

Y estos derechos y estas obligaciones que rápidamente se han examinado, ¿no tienen su titular durante el período de tiempo que media entre la muerte del testador y el fallecimiento de la usufructuaria? Indudablemente, sí. Y con ello llegamos al punto culminante de la cuestión, esto es: la determinación del sujeto en quien radica esa nuda propiedad.

Decíamos al final del apartado anterior que los principios de derecho nos habrían de dar la solución y sentábamos como tales la necesidad de buscar la igualdad y la afirmación de que a casos iguales corresponde igual derecho. Y ello nos lleva como de la mano a afirmar la paridad de los herederos nudo propietarios, nacidos o no nacidos, pero instituídos bajo condición suspensiva, con el heredero condicional a que se refiere el artículo 801 del Código civil.

Que la institución a favor de los herederos fideicomisarios, en el caso que nos ocupa, lo es bajo condición suspensiva está fuera de toda duda; así lo reconoce la jurisprudencia que hasta ahora hemos citado, la designación de fideicomiso *condicional* y el análisis de la institución.

En efecto, la adquisición del derecho a los bienes objeto del fideicomiso, por los herederos fideicomisarios que viven al tiempo de fallecer el testador (D y E), depende del acontecimiento futuro e incierto de que sobrevivan a la usufructuaria; en cuanto a los demás herederos no nacidos al fallecer aquel causante (los demás hijos que tenga C), su adquisición depende del acontecimiento futuro e incierto de que nazcan, con figura humana y vivan veinticuatro horas enteramente desprendidos del seno materno (1), y, además, que vivan al tiempo de morir la usufructuaria. La adquisición del derecho de unos y otros está pendiente de una *condición suspensiva*. Cabe, por tanto, distinguir los momentos que las escuelas llaman *conditio pendet* (desde la muerte del testador hasta la de la usufructuaria) y *conditio existit* (cuando ocurre la muerte de la usufructuaria y viven todos o algunos de los hijos de C); pudiendo también ser llegado el

(1) Arts. 29, 30 y 745 del Código civil.

momento en que haya certeza absoluta de que no puede cumplirse la condición, *conditio deficit* (si a la muerte de la usufructuaria no viviera ninguno de los hijos de C).

Hasta el cumplimiento de la condición, los fideicomisarios no adquieren, ni por consiguiente transmiten, derecho alguno; el derecho no existe perfecto y definitivo, sólo existe una esperanza, tienen un derecho probable, pero no seguro, algo que puede llegar, aunque no de modo seguro (1).

Si, pues, aplicamos las disposiciones relativas a la institución de heredero condicional, al caso objeto de nuestro estudio, el Código brinda, a nuestra opinión, campo sobrado en el que desenvolvemos y soluciones adecuadas a los problemas planteados.

Como soluciones prácticas y por analogía a los preceptos que oportunamente vamos citando, podrían establecerse las siguientes reglas:

I. Si el heredero fideicomisario fuere instituido bajo condición suspensiva y el fiduciario puramente y sin condición, pero en usufructo vitalicio solamente, se pondrá la *nuda propiedad* de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse (2).

II. La administración se confiará al fideicomisario, condicional, dando fianza (3).

III. Si no la diere, se conferirá la administración al heredero presunto, también bajo fianza, y si ni uno ni otro afianzaren, los Tribunales nombrarán tercera persona, que se hará cargo de ella, también bajo fianza, la cual se prestará con intervención del heredero (4).

IV. Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente (5).

V. A este efecto, el Juez señalará las facultades, obligaciones y

(1) Véase un notable trabajo de D. Manuel Lezón: «Institución conjunta de herederos en usufructo y nuda propiedad, según el artículo 787 del Código civil». Número de Mayo de 1928. REVISTA CRÍTICA.

(2) Art. 801 del Código civil.

(3) Art. 803 del Código civil.

(4) Art. 803 del Código civil.

(5) Art. 804 del Código civil.

remuneración del administrador, regulándolas según las circunstancias, por lo que está dispuesto respecto de los tutores (1).

Queda por lo expuesto, como solución práctica, la de considerar la nuda propiedad en administración hasta que se cumpla la condición o haya seguridad de que no pueda cumplirse. El administrador será el representante de esa nuda propiedad en ese período de tiempo, sus facultades estarán fijadas por el arbitrio judicial y la intervención judicial será la garantía de esas personas no nacidas.

Con ello puede ahora contestarse a la pregunta que nos formulábamos, al final del apartado anterior, acerca de quiénes deben intervenir en la partición de bienes en la que sea preciso determinar los bienes objeto del fideicomiso condicional, y que serán a nuestra opinión: los herederos llamados sin condición (A y B), el instituído en usufructo (C), los nudo propietarios condicionales (D, E y demás hijos de C nacidos en el momento de hacerse la partición), y el administrador nombrado judicialmente y facultado especialmente para intervenir en ese acto.

La partición cuando haya fideicomisarios condicionales no nacidos, cuyo derecho (de admitirse nuestra tesis) queda equiparado a un ausente (2), debe ser aprobado judicialmente.

La intervención de la autoridad judicial dimana, según opinamos, no de que los no nacidos puedan ser representados como los ausentes, puesto que el estado de ausencia supone una existencia anterior que, en realidad, no se da en el no nacido, sino de que equiparados a un heredero condicional, el administrador de los bienes que pueden pertenecer a los que pueden nacer tiene facultades iguales al administrador de bienes de ausente, y es de rigor observar idénticos trámites.

5.º—MODALIDADES QUE PUEDEN ADMITIRSE.

Es preciso, para la total comprensión del problema, plantear las diversas modalidades que pueden ocurrir, desde que se establece el fideicomiso condicional por el testador.

Desde luego desechamos la exposición de aquellos casos en que

(1) Art. 182 del Código civil.

(2) Ved artículo 196 del Código civil; artículo 838, número sexto ley Orgánica del Poder judicial, y artículo 1.049 ley de Enjuiciamiento civil.

premueran al testador alguno de los fideicomisarios (D, E o algún otro hijo de C), pues en tal caso nada adquirirían (1).

Si el que premuriera al testador fuere el usufructuario, se fundirían en un solo momento la muerte del causante y el cumplimiento o incumplimiento de la condición, puesto que o quedaban hijos de C, y en tal caso la adquisición sería en pleno dominio y sin limitación, o no quedaba ningún hijo del usufructuario, y en ese caso se abriría la sucesión intestada, o se daría el derecho de acrecer, según los casos.

El juego de la institución se produce cuando a la muerte del testador vive el instituido en usufructo y alguno de los hijos o hay posibilidad de que los tenga. En este caso los hijos que vayan naciendo irán equiparándose a los existentes al morir el testador, los que premueran al usufructuario (vivieran o no al morir el testador) nada han adquirido y nada transmiten, según anteriormente quedó expuesto; los que vivan a dicho fallecimiento (vivieran o no a la muerte del testador) son los que, en realidad, adquieren y tienen derecho a heredar, consolidándose en ellos la nuda propiedad, condicionada con el usufructo, y quedando ya dueños de pleno derecho.

Un último caso cabe admitir: el de que al fallecimiento del usufructuario no dejare hijos; la solución es clara: se abriría la sucesión intestada o se daría el derecho de acrecer.

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Noviembre de 1932 confirma lo expuesto al declarar que la premoriencia de los herederos fideicomisarios determina la extinción del fideicomiso condicional y que en la palabra «sobrinos» deben entenderse sólo los hijos de hermanos.

Hay que dar aquí por reproducida toda la jurisprudencia citada en el apartado anterior (4.º), confirmativa de que la adquisición de los herederos fideicomisarios condicionales no tiene lugar hasta el fallecimiento del heredero instituido en primer lugar en usufructo y, por tanto, sólo los que vivan en ese momento adquirirán.

ANTONIO VENTURA GONZÁLEZ,

Registrador de la Propiedad.

(1) Artículo 766 del Código civil.

La Hacienda pública y el Registro de la Propiedad

Embargos ineficaces sobre derechos imaginarios. Inscripciones adquisitivas de derechos desconocidos. Necesidad de urgentes remedios en beneficio de la Hacienda pública y para salvar el prestigio de la Administración y el del Registro de la Propiedad

De ignorante y mal avenida con sus intereses tildaríamos a la persona que, pretendiendo conocer la titulación o estado de dominio de una finca, para contratar sobre el mismo, o para proceder contra él o contra su titular, acudiese a tal fin al Catastro u otros Registros fiscales, prescindiendo de la fuente natural en que consta o en que se publica el estado jurídico de los inmuebles. Si lo que antecede no ocurre nunca cuando de particulares se trata, sí les sucede, en cambio, y en muchos casos, a las entidades oficiales, personas jurídicas, y especialmente a una, la más importante y privilegiada de todas: al Estado. Aunque esto parezca a primera vista absurdo, ya que el Estado tiene a su servicio, y para su representación y defensa en todos los órdenes, tantos organismos o cuerpos técnicos, es así en realidad. Para demostrarlo concretamente, aunque lo sea en un aspecto parcial, vamos a tomar los datos precisos del vigente Estatuto de Recaudación en la parte relativa al llamado expediente, procedimiento ejecutivo o procedimiento administrativo de apremio; pero limitándonos sólo, en honor a la brevedad, al cobro forzoso de la contribución territorial. Con ello no sólo quedará demostrado nuestro aserto, sino que, al mismo tiempo, verán la luz pública algunas de las «pintorescas» conse-

cuencias que la práctica nos muestra con tan harta frecuencia. Advertimos que los artículos que citemos sin más aditamentos, son del aludido Estatuto.

I

EMBARGO DE BIENES INMUEBLES (1)

Llegado el caso de que un Recaudador de Hacienda tenga que proceder al embargo del dominio o posesión de tales bienes, se darán forzosamente (artículo 92, párrafo 2.º) una de estas dos hipótesis: O que aquél conozca o le conste la existencia de dichos bienes con sus precisas circunstancias descriptivas, o que no posea tales datos, y, por tanto, tenga que procurárselos.

El primer supuesto es el menos frecuente, ya que no es de presumir que el Recaudador posea un archivo de las fincas de su zona, si bien conozco algún que otro caso de Recaudadores que, para desdicha del Fisco por cierto, tienen de antemano, y utilizan, copias del catastro de rústica. De ordinario sólo se presenta este supuesto en contados casos, de que pueden servir como ejemplo estos: En el del deudor que señala los bienes que hayan de embargarse (artículo 87), ya que es de creer que, al usar de tal derecho, tan desconocido como poco utilizado, facilite los datos descriptivos. Con más frecuencia ocurre en los llamados piadosamente «expedientes convenidos» (expedientes simulados, si es que las cosas deben designarse por sus propios nombres), cuyo abuso, por cierto, con la secuela de daños para el Tesoro público, no se ha podido cortar aún ni con la novedad de las subastas ante los Jueces municipales.

De ordinario, refiriéndonos ya sólo al procedimiento «auténtico», se está en el caso de la segunda de las hipótesis apuntadas, y por ello el instructor del procedimiento ha de cumplir la exigencia, y derecho al mismo tiempo (artículo 92 citado), de requerir a las Comisiones de Evaluación, Conservadores de los Catastros, etcétera, para que expidan certificación de los bienes que posean (sic) los deudores con todas sus características.

(1) Sólo nos referimos a los que lo son en sentido estricto: edificios y solares, heredades o parcelas.

Con estos datos, que completan a los demás que ya obran en poder del Recaudador (relativos al deudor, causa y cuantía del débito, etc.), éste practica el embargo, y como la única forma del mismo, cuando de inmuebles se trata, es su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, ha de librar para ello el correspondiente mandamiento al Registrador respectivo.

Se ha de ajustar en tal menester (artículos 92 y 156, letra D.) al modelo número 19 de los que acompañan al citado Estatuto, y en aquél existe la casilla sexta con este epígrafe: «derecho del deudor sobre el inmueble». Si el Recaudador fuese un jurisperito que quisiera cumplir escrupulosamente su cometido, no le sería posible, en el supuesto tan frecuente en que estamos, rellenar ese hueco o casilla, pero, como no sucede así, y como además ha de salir del mal paso de algún modo, inserta pomposamente, bajo el indicado epígrafe, la palabra «dueño» o la de «dominio». En algunos casos se emplean impresos que carecen de ese encasillado, pero siempre proceden del mismo modo los Recaudadores.

Preséntanse los mandamientos en el Registro de la Propiedad y son contadísimos los casos en que las fincas embargadas pueden identificarse con alguna de las de aquellas oficinas. Unicamente si se trata de edificios sitos en poblado, la identificación se hace en algún que otro caso, aunque nunca de un modo perfecto, y por cierto que la pista, para ello, nos la da un dato al que la legislación hipotecaria concede bien poca importancia: el número de la casa. Lo normal o corriente, especialmente si los datos se tomaron del Catastro de rústica, es que la identificación no sea posible, a pesar del cuidado, cautela y hasta paciencia (que hay que tenerla para buscar lo que de antemano se sabe no se ha de encontrar) del Registrador. Este, en el caso de no parecerse la finca a ninguna de las de su Registro (es el único supuesto a que nos seguiremos refiriendo, por ser el que interesa a nuestro estudio), suspende la anotación preventiva de embargo ordenada, por el defecto subsanable de no encontrarse inscrito el dominio o posesión de la finca, al menos tal como se describe (acostumbra a añadir la lógica prudencia de tal funcionario) en favor del deudor ni de otra persona. En su lugar se extiende la llamada anotación de o por suspensión en el libro especial destinado a tal fin y por el plazo de duración de sesenta días hábiles, y al pie del mandamiento se inserta la corres-

pondiente nota. A continuación de ésta ha de librarse la certificación del estado de cargas e hipotecas de la finca, tan innecesaria como es de suponer en estos casos.

Si por la calidad de los materiales que se emplearon es posible colegir la poca o mucha consistencia de una edificación, por esos embargos, primera piedra de una posible venta o adjudicación, podremos adivinar lo que sucederá después.

SUBASTA DE LAS FINCAS

Como especie de diligencia preparatoria de la misma se ordena al Recaudador (artículo 112) que requiera al deudor para que aporte el título de propiedad. Si éste no se presenta, aquel funcionario ha de librar al Registro de la Propiedad un nuevo mandamiento para que se expida certificación en relación «de lo que respecto a los bienes resulte».

Aquí ya, por lo visto, el autor del Estatuto (lo mismo que el de la anterior Instrucción de Apremios) se dió cabal cuenta de qué se estaba construyendo sobre cimientos falsos y para reforzar el armazón procesal se acude al Registro de la Propiedad en demanda de auxilio; pero esto ya es tardío e inútil, pues en dicha oficina, salvo en el caso de que después del embargo se haya inscrito el dominio o posesión de las fincas de que se trate, no constará, en relación a las mismas, más antecedentes que aquella enteca anotación de suspensión, y esto si para tal fecha no está ya caducada. Prueba palmaria de la inutilidad de tal certificación es la de que de ordinario no se reclama.

La falta de título inscrito de dominio (o de posesión debe entenderse también) ha de ser suplida, si hemos de creer lo que ordena el último precepto citado, por los medios establecidos en el título XIV de la ley Hipotecaria (Informaciones judiciales de dominio o de posesión). Esta medida, de realizarse, la recibiría con alegría el deudor, ya que para él, en realidad, sería una prueba de altruismo en todo caso, y especialmente en aquel en que no fuese el verdadero dueño o poseedor de las fincas; pero no suceden así las cosas, pues el mismo Estatuto, contradiciéndose a sí propio, dispone después en contrario, esto es (artículo 157, letra D), que

hay que continuar, hasta ultimarlos, el expediente sin solucionar esa falta de titulación, y lo ratifica, además, en otro precepto (artículo 204), en que establece que la adjudicación de fincas a la Hacienda pueda inscribirse aunque carezcan en absoluto de inscripción previa.

Es visto, por cuanto antecede, que el dominio o posesión sobre que gira tal procedimiento no tiene más fundamento jurídico que el de figurar las fincas a que se refiere, amillaradas o catastradas, a nombre del deudor en un Registro netamente fiscal y con base tan desmoronable, se sacan a subasta. Publícanse los edictos para la misma, y con tal profusión, que en muchos casos se envían hasta a los casinos, bares y cafés. En los anuncios se consigna que los títulos de las fincas o las certificaciones supletorias estarán de manifiesto en la oficina recaudatoria hasta el día de la subasta y se advierte que los licitadores han de conformarse con ellos sin que tengan, por tanto, derecho a exigir ningunos otros.

Con estos antecedentes, en los casos a que nos seguimos refiriendo no es difícil pronosticar el resultado de tales subastas: ausencia absoluta de licitadores. Es natural y lógico que así suceda. «Quien tiene un tío en Granada—dice un refrán andaluz—, no tiene nada»; pues quien hubiese una finca en esas condiciones, tendría aún menos, ya que, después de pagar precio, impuestos, honorarios y demás gastos, si lograba identificar la finca sobre el terreno, que no es empresa fácil, tendría que pleitear para desahuciar al poseedor de la misma, que es muy posible no fuera el mismo ejecutado, todo ello por su cuenta y riesgo, ya que la Administración le abandona a sus propias fuerzas una vez que le otorgó la escritura de venta.

ADJUDICACIÓN DE «FINCAS» A LA HACIENDA

Desierta la subasta por falta de licitadores o de posturas admisibles, el ejecutor (artículo 125) dicta providencia en que se declara hecha la adjudicación a la Hacienda; hace entrega después del expediente a Tesorería (artículo 203), la que con la mayor actividad y minuciosidad lo examina y subsana los defectos, si los hay, lo aprueba, y a su vez lo pasa para su censura a la Intervención, quien,

con su conformidad, lo devuelve a Tesorería y ya ésta expide una certificación en que se han de contener estos particulares: la providencia íntegra de adjudicación, que fué la que vimos tenía que dictar el Recaudador; nombre y apellidos del deudor y la descripción de las fincas. Esta certificación es el título inscribible en el Registro de la Propiedad y tiene (artículo 204) la eficacia suficiente para producir la inscripción de «los inmuebles» adjudicados, tanto respecto de los inscritos a nombre del antiguo «tenedor» (sic), cuanto de los que no lo estén a nombre de persona alguna.

El Registrador de la Propiedad (artículo 205), así que reciba la expresada certificación, inscribirá a favor del Estado «la finca o fincas» de que se trate y la devolverá diligenciada a la Delegación de Hacienda; ésta la une al expediente respectivo, el cual ha de pasarlo ya a la Administración de Rentas públicas. Aquí puede decirse termina el expediente ejecutivo propiamente dicho; pero es preciso añadir que la citada Administración ha de proceder inmediatamente a la incautación de las fincas, a inventariarlas, a atender a su administración hasta el momento de su venta en subasta pública (¡otra subasta!), y además ha de cuidar se amillaren a nombre del Estado (artículo 206). La incautación material corre a cargo del respectivo Recaudador, asistido de un concejal delegado del Alcalde, y ambos han de extender y suscribir el acta correspondiente.

II

Quedan expuestas brevemente las partes fundamentales del procedimiento de apremio administrativo en el aspecto que a nuestro estudio interesa. Hemos visto la interminable serie de diligencias, providencias, mandamientos, certificaciones que se han de extender, expedir o cumplir, y el trasiego de esos expedientes de unas a otras oficinas y funcionarios. ¿Cuál es el resultado, preguntamos ahora y en relación a los casos a que nos hemos concretado, de tantas idas y venidas y de tantas vueltas y revueltas? Positivamente, y hablando en términos generales, ninguno.

A la Hacienda pública sólo perjuicios le reportan tales ejecuciones. Una vez hecha la adjudicación de fincas, deja de percibir el importe de los recibos, no sólo de los que son base de la ejecu-

ción, sino los de vencimiento posterior (artículos 203 y 207). Ha de abonar directamente el importe de los recargos, dietas y los demás gastos de expediente (artículo 206), y si bien, al parecer, se reintegra de ellos, puesto que, como dice el mismo precepto, los recibe por medio de las fincas adjudicadas a su favor, esto, como dice un personaje de una célebre comedia, es «poesía» o pura ficción. En efecto: cuando en la práctica se intenta, que no siempre sucede, la incautación material de las fincas, se observa, de ordinario, al menos tratándose de rústicas descritas por el Catastro, que es un hecho de imposible realización. Cuando llega esa hora, los encargados de realizarla se encuentran con la sorpresa, que ya va dejando de serlo por la repetición de casos, de que no es posible descubrir la finca en el pago o sitio de que se trate, y, por tanto, que es una finca fantástica e imaginaria; que no tiene realidad más que en el papel de los planos y cédulas catastrales. Como son miles y miles las adjudicaciones de esa índole que anualmente se practican, es fácil suponer el enorme perjuicio que sufre el Tesoro y con él el ridículo en que queda la Administración pública.

Los aludidos expedientes, además, trastornan por completo nuestro régimen hipotecario. Prescindamos de la oposición entre el Estatuto (lo mismo que las anteriores instrucciones de apremios) y el artículo 20 de la ley Hipotecaria, y en la que ha prevalecido el primero a pesar de la previsión del artículo 38 del Reglamento hipotecario. Prescindamos también de que en las aludidas certificaciones de adjudicación a la Hacienda se omite también el título de adquisición del deudor apremiado, cuyo requisito es preciso, y más cuando se trata de una inscripción primera o primordial, sea de dominio o de posesión. Tratemos sólo de precisar, en los casos estudiados, la naturaleza del derecho que se gravó con la anotación de embargo y que después se adjudica a la Hacienda.

Vimos que los Recaudadores, en los mandamientos, le llaman dominio; pero esto será una afirmación gratuita si no viene en su apoyo un precepto legal.

También observamos que el Estatuto de Recaudación llama a los deudores «poseedores» y «tenedores» de las fincas.

La ley del Catastro de 23 de Marzo de 1906 (artículo 37) dispone que, cuando transcurran diez años de la aprobación del catastro parcelario, la cédula de inscripción en el mismo tendrá todo el va-

lor real y jurídico de un título real. Ante esto debemos tener en cuenta :

1.º Que, a pesar del tono enfático del precepto, no tendrá aplicación nunca en cuanto contradiga al Registro de la Propiedad, ya que de otro modo quedaría éste desbordado, al menos en cuanto al dominio y posesión, que no es poco, y sustituida una institución netamente jurídica por otra fiscal, que en el aspecto de los derechos inmobiliarios no ofrece garantía alguna, ya que en ella no existe la calificación jurídica para la admisión de los derechos, sus altas y sus bajas, en las que sólo se exige la justificación, a lo sumo, del pago de derechos reales.

2.º Que tampoco se deduce del precepto si ese título, de tanta realeza y juricidad, es de dominio, posesión o de qué derecho se trata.

3.º Y que no siempre es de aplicación el repetido precepto.

Acudamos a la jurisprudencia de nuestro Centro directivo a ver si nos da alguna luz sobre este asunto. La única doctrina que conozco aplicable al caso es la de la resolución de 18 de Septiembre de 1926, cuyos fundamentos y decisión se dan por reproducidos en las de 22 y 23 de los mismos mes y año. Aunque el caso discutido en dichas resoluciones fué el de si era precisa la previa inscripción en las adjudicaciones, tantas veces repetidas, en favor de la Hacienda, se desvió la cuestión y se resolvió en definitiva sobre la naturaleza del derecho inscribible. La primera de dichas resoluciones sienta, en cuanto a este punto, esta doctrina: En su último considerando sostiene que del conjunto de preceptos que regulan esta especial materia (que entre otros que se citarán eran los de la anterior Instrucción de Apremios análogos a los del vigente Estatuto) se desprende que, si están inscritos los bienes, se sobreentendiéndose solicitada la inscripción de la adjudicación como transferencia de la propiedad, y, en el caso contrario, pedida la inscripción del certificado suscrito por el Tesorero, en el concepto de *titulus possessionis*, es decir, como documento capaz de producir una inscripción primordial de posesión. En el considerando anterior se afirma que cabe perfectamente, dentro de las ficciones jurídicas, la declaración de que el Estado, por el solo hecho de la adjudicación formalmente decretada, ha entrado en posesión de los bienes que hubiesen sido objeto del procedimiento de apremio. Apoya la Di-

rección ese su raro criterio (a más de en la Instrucción citada) en los artículos 24 y 38 del vigente Reglamento hipotecario; pero resulta: que el primero no se refiere a las repetidas adjudicaciones, sino al medio privilegiado de que disfrutaban el Estado y otras entidades para inscribir la posesión de sus bienes por una simple certificación posesoria y sin tener que recurrir a la información judicial, y precisamente entre los artículos que dedica el citado Reglamento, entre los cuales está el antes aludido, se encuentran el 26 y el 28, que exigen, como es lógico, se exprese la especie legal y condiciones del derecho que haya de inscribirse, y su omisión la consideran como defecto, y, en cambio, ese requisito se omite siempre en las certificaciones de adjudicación de que nos ocupamos. El otro artículo que se cita, el 38, si bien se refiere a las tan repetidas adjudicaciones, no resuelve nada sobre ese punto, sino que sólo pretendió, según dijimos, no fuesen vulneradas por las disposiciones recaudatorias las hipotecarias.

Este es uno de los contados casos, dicho sea en su honor, que la doctrina de nuestro Centro directivo no trae el pleno convencimiento a nuestro ánimo. El Registrador, para calificar e inscribir, ha de valerse de estos elementos: del título cuya inscripción se pretende, de los antecedentes del Registro y de los preceptos legales aplicables. Y si bien en el asunto que estudiamos falta el segundo, hay que buscar el apoyo de los otros. En el título-certificación de la adjudicación a la Hacienda no se hace siquiera la más pequeña alusión al derecho de que se trata, porque no es exigido ese dato ni por el Estatuto ni por sus modelos oficiales y sólo se habla de adjudicación de «fincas» o de «inmuebles». Tampoco existen disposiciones hipotecarias especiales para el caso. Y, en cambio, nos encontramos que las de carácter general (artículos 9.º y 21 de la ley Hipotecaria) exigen, con el mismo carácter y sin excusa alguna, que en todo título y en toda inscripción, que no es más que un extracto de aquél, se expresen la naturaleza, extensión y condiciones del derecho de que se trate. Por ello, y dada la importancia de tales certificaciones de adjudicación, que son el vehículo para producir en el Registro una primera o primordial inscripción, primera piedra o base, a su vez, del historial jurídico-hipotecario de las fincas, pudiera, o mejor, debiera el Registrador negarse a practicar tales inscripciones. No sucede así de ordinario,

y ante las nebulosidades que la cuestión presenta es frecuente observar en nuestras oficinas: que unas veces se inscribió en favor de la Hacienda el dominio, tal vez porque se tuvo en cuenta que el dominio fué lo que se gravó con la anotación del embargo, y que por ello sobre tal derecho giró todo el procedimiento; que otras veces, por estas o aquellas causas, sólo se inscribió la posesión, y que, en otras ocasiones, ya porque se soslayara la cuestión, por querer ceñirse simplemente al título, o ya por descuido, se limitó el Registrador a inscribir «la finca». Por cierto que en cuanto a esté último caso he conocido una de sus célebres consecuencias. Pedida certificación para acreditar si era dominio o posesión lo que un particular, que había adquirido de la Hacienda, tenía inscrito, el Registrador se vió en el grave apuro que es de suponer; pues si se atenía a los términos de la inscripción, como es obligado, tenía que dejar malparada nuestra institución y en otro caso se exponía al error. ¿Deben permitirse estas cosas en una institución de la seriedad del Registro? Bueno que en las anotaciones de que se trata se dé poca importancia a la cuestión citada de si es dominio o es posesión el derecho que ha de ser gravado, entre otras razones, porque no hay que consignarlo en el libro especial de embargos, pero en las inscripciones es absurdo que no se sepa, cuando menos, qué es lo que se inscribe. Claro que de cualquier forma las fincas que ingresan en el Registro en esas condiciones no son viables para el crédito. El régimen de nuestras oficinas sufre también con tales expedientes un grave quebranto. En muchas llega hasta la tercera parte el trabajo que proporcionan, y, por tanto, a la tercera parte también los gastos por personal y material. Hay que hacer varias búsquas de fincas por los índices de las mismas, mas como en éstos no puede tenerse absoluta confianza, por falta de planos ó de un buen catastro; es preciso también acudir a los índices de personas, con lo que se duplica un trabajo que a la postre resulta infructuoso. Añádase a ello el que los mandamientos y adjudicaciones no suelen presentarse espaciadamente, sino por centenares (lo que por cierto es un verdadero abuso) y se tendrá una idea aproximada del trastorno y daño que con esos expedientes sufrimos los Registradores en nuestra cotidiana función.

Para terminar, y puesto que estamos anotando hechos raros, señalemos otro tan anómalo que quizá por él y otros semejantes

haya que dar la razón a los que sostienen que nuestro país es el de los viceversas. Es frecuente que, en tales ejecuciones, el único que salga beneficiado sea el mismo ejecutado o deudor a la Hacienda. La anotación de embargo, especialmente si se trata de fincas rústicas descritas por el Catastro, es muy corriente que no cause alarma siquiera en el ánimo del deudor, porque éste sabe de antemano que, en caso de adjudicarse las fincas a la Hacienda, la incautación de ellas no llegará a intentarse, o que, si se intenta, no habrá posibilidad material de que se lleve a cabo. He conocido varios casos en que el deudor apremiado tenía inscrito en el Registro de la Propiedad el dominio o posesión de varias fincas y ninguna de ellas eran las comprendidas o gravadas con el embargo. Este, por tal causa, era completamente ineficaz para dicho deudor, quien podía seguir disponiendo de sus derechos reales inscritos sin que la anotación de tal embargo le afectase ni a él ni a los terceros adquirentes. La adjudicación de fincas a la Hacienda, en tales casos y en otros parecidos, la recibe el deudor, no con indiferencia, sino con verdadera fruición, pues le libra o le alivia de la carga fiscal, ya que queda dispensado del pago de los recibos de contribución, tanto de los que son causa del expediente de apremio, como de los de vencimiento posterior. Claro que esto va en perjuicio de los demás contribuyentes, que tenemos que sufrir por fuerza las consecuencias en el reparto de las cargas fiscales.

III

Por todo lo expuesto se advertirá la urgente necesidad de poner remedio a tal estado de cosas, no sólo en beneficio de la Hacienda, sino por prestigio de la Administración pública y hasta del Registro de la Propiedad.

No es solución adecuada la de prescindir de los Registros fiscales y atenerse sólo al contenido de nuestro Registro de la Propiedad; de un lado, porque no es misión de éste dar a conocer las fincas en su aspecto físico y a fines fiscales y económicos, y de otro, porque siendo voluntaria la inscripción, no figuran en él todas las fincas. Además, con ello quedaría desnaturalizado el carácter peculiar de nuestra institución, pues, como dijeron los notables

autores de la Exposición de motivos de nuestra ley Hipotecaria del 61, si bien los Registros de la Propiedad deben ser un auxiliar de la acción fiscal, no debían nunca ser absorbidos por ella.

El ideal sería una revisión a fondo de los Registros fiscales, especialmente del Catastro, para ponerlos en primer lugar de acuerdo con la realidad física de las fincas, y después, o al mismo tiempo, reconciliarlos con el Registro de la Propiedad, con el que siguen por completo divorciados; pero esta empresa, de la que tanto se ha hablado y escrito ya, deberá ser de tal envergadura, como ahora está de moda decir, que cada vez se ve más lejos la posibilidad de su realización. ¿Qué medidas provisionales, pero eficaces y de inmediata realización, pudieran y debieran adoptarse para remediar los males apuntados? Los altos organismos administrativos de la Hacienda pública son los encargados de contestar y resolver, con la urgencia que la importancia del caso requiere y con el apoyo de nuestro flamante Colegio de Registradores, en el aspecto hipotecario del problema.

J. RUIZ ARTACHO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

RECURSO GUBERNATIVO. NO PUEDE SER OBJETO DE ÉL LA IMPUGNACIÓN DE LA FORMA EN QUE EL REGISTRADOR HIZO LA INSCRIPCIÓN PARA LA SOCIEDAD CONYUGAL DE FINCA ADQUIRIDA POR LOS CÓNYUGES CON LA INTENCIÓN DE QUE FUESE CONSIDERADA E INSCRITA COMO PARAFERNAL DE LA MUJER, POR HALLARSE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES Y SURTIR TODOS SUS EFECTOS MIENTRAS NO SE DECLARE SU NULIDAD, SIN PERJUICIO DE LAS FACULTADES DE RECTIFICACIÓN, ADEMÁS DE QUE EL NOTARIO HACE PEDIMENTOS PARA LOS QUE CARECE DE FACULTAD.

Resolución de 11 de Abril de 1935. (Gaceta de 23 de Abril.)

El Notario de Córdoba D. Domingo Barber y Lloret autorizó escritura de venta a una señora, con el consentimiento de su esposo, en la que consta lo siguiente :

«Don Antonio Alférez Ruiz declara que la compra que antecede no se considerará como bienes gananciales, porque el metálico que ha servido de precio para adquirirla es parte de la venta de tres fincas que por 35.000 pesetas realizó su esposa por escritura ante el Notario que fué de Córdoba D. Francisco Rodríguez y Gonzalo en 29 de Abril de 1929, las cuales había adquirido por herencia de doña Rosario Alvarez Aguilar, según partición de bienes que en 27 de Junio de 1925 autorizó el mismo Notario. Por consiguiente se inscribirá exclusivamente a nombre de la señora compradora.»

El Registrador de la Propiedad de la misma ciudad puso en el documento nota de inscripción, «pero a favor de la sociedad conyugal que forman doña Angeles Delgado Alvarez y D. Antonio Alferez Ruiz, de la cual es único representante el D. Antonio Alferez Ruiz por no acreditarse la procedencia del dinero».

El Notario interesó del Presidente de la Audiencia la declaración de que en la escritura se habían cumplido todas las formalidades y prescripciones legales, y en su consecuencia «acordar se deje sin efecto la nota de inscripción puesta al pie de la primera copia de la misma» por el Registrador de la Propiedad de Córdoba, por haber inscrito la finca objeto del contrato como bienes gananciales a pesar de haberse justificado plenamente en ella la procedencia del precio, y ordenar a dicho Registrador «que la inscriba exclusivamente a nombre de la compradora», en cumplimiento del párrafo cuarto del artículo 1.396 del Código civil y de las Resoluciones de 30 de Junio de 1888 y 22 de Marzo de 1895.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general acuerda, con revocación del auto apelado, que no ha lugar a resolver la solicitud formulada en este expediente por el Notario por las siguientes razones :

Que la cuestión planteada por el Notario recurrente acerca de la forma en que fué inscrita la finca de que se trata es ajena a la naturaleza y objeto del recurso gubernativo, porque inscrita aquélla del modo que el Registrador estimó ajustado a Derecho, no se puede prescindir del asiento verificado y del concepto jurídico que contiene respecto a la pertenencia del inmueble—aunque sea muy discutible la operación por la necesidad de atenerse al título y a lo que en el mismo se solicite—, ya que una vez extendidos los asientos, dentro de las normas que les dieron vida, quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad, sin perjuicio de las facultades concedidas a los Registradores y a los interesados en el título VII de la Ley.

Y, por otra parte, que la facultad notarial de entablar el recurso gubernativo en defensa del crédito profesional, sólo puede usarse al efecto de obtener la declaración de hallarse extendido el documento autorizado con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, con la consecuencia, en su caso, de ser inscribible

por dicho concepto, supuestos que no se dan ni pueden darse en el presente recurso, por haber sido inscrita la escritura y porque el Notario hace pedimentos que de ningún modo están comprendidos en aquella facultad.

* * *

Es muy de sentir que la Dirección general no haya podido entrar en el fondo del asunto que motivó la discusión a que aquélla pone término, porque se hace, a nuestro juicio, necesario para una perfecta unanimidad—que desgraciadamente no existe—en la práctica registral, suplir, como lo hubiera hecho el Centro directivo con su innegable competencia, la sensible falta de preceptos reglamentarios que se echa de ver al examinar las distintas cuestiones que surgen del tema que el Notario recurrente inicia, relativo a la inscripción de bienes comprados constante matrimonio para la mujer. Veamos algunas de ellas.

Se presenta en el Registro una escritura de compra por matrimonio, en la que se solicita se practique inscripción de finca en favor de la mujer en concepto de parafernál. Si la petición se formula sólo por el marido es imperfecta, puesto que falta el consentimiento de la mujer. Si se hace por ambos, es preciso examinar la veracidad de la afirmación que hagan en cuanto a la procedencia del dinero, ya que no puede admitirse la simple manifestación hecha en tal sentido como prueba plena en contra de la presunción que establece el Código civil. Hace falta una demostración clara, toda vez que se trata de prejuzgar en el Registro la naturaleza del derecho que sobre la finca ha de ostentar la presunta propietaria: de practicar un asiento conteniendo un concepto jurídico sobre la propiedad de un inmueble que ha de ser respetado por el Registrador al calificar documentos y asientos que de aquél dimanen o que con él se relacionen, del que no pueden hacer abstracción ni los Tribunales ni las Autoridades gubernativas; de evitar confusionismos de lamentables consecuencias, pactos de posible simulación que redundarían en perjuicio de la misma mujer, de los herederos, acreedores y contratantes. De donde se infiere que si dicha prueba no es plena, y de ella no queda constancia en la escritura, en el Registro y en el título o documento con que se justifique, no pueda ni deba quedar al arbitrio del Re-

gistrador prejuzgar en la inscripción la naturaleza del carácter de parafernial que en la finca se atribuye a la mujer.

Si no se justifica la procedencia del dinero, no obstante lo cual se solicita la inscripción a favor de la mujer, la práctica corriente, apoyada en la jurisprudencia, es la de inscribir la finca en favor de la mujer casada, haciendo constar en el asiento, y no siempre en la nota al pie del título, con lo que la confusión sube de punto, que la inscripción se practica no en la forma que se solicita, sino en favor de la sociedad conyugal, sin perjuicio de negarle a la mujer la facultad de vender ni aun con autorización del marido lo que se halla inscrito a su nombre. Estimamos que esta práctica no es procedente, por carecer el Registrador de facultades para practicar una operación que no se ha pedido a cambio de otra, que es la que de una manera expresa se solicita. Y ello porque, entre otras razones, cabe la posibilidad de que los compradores justifiquen a posteriori la procedencia del dinero al exigirles el Registrador la prueba. Dicho funcionario, en uso de su facultad calificadora, ha emitido un dictamen disconforme con la petición que se hace en la escritura. Y este parecer opuesto debe comunicarlo a los cónyuges interesados para que recurran contra él, si lo estiman conveniente o, por el contrario, comparezcan, en una u otra forma, a manifestar su conformidad con la nueva inscripción que se pretende hacer. Además, el Notario tiene, dentro de nuestro sistema hipotecario, derecho a sostener el criterio seguido en la redacción de la escritura, y sería privarle de él no advertirle la dificultad que se presenta para hacer la inscripción pretendida.

Lo que procede, siempre a nuestro modesto entender, es suspender la inscripción por el defecto subsanable de no acreditarse la procedencia del dinero, notificándolo a los interesados y al Notario. Y, o lo acreditan, en cuyo caso se practica la inscripción como parafernial de la mujer, o no lo justifican. Y entonces, pasado cierto plazo, se hace la inscripción, no a nombre de la mujer, sino al de la sociedad conyugal y mejor al del marido, que es quien la representa y quien únicamente tiene capacidad para vender los bienes así adquiridos mientras subsista el matrimonio.

* * *

La procedencia del dinero se justifica, además de por otros me-

dios, muy pocos, casi exclusivamente con la presentación de los documentos de los que resulte que ha habido entrega o adjudicación de metálico a la mujer. Al Notario, en los documentos que autoriza, sólo le incumbe dar forma al acto y dar fe de su contenido. Pero el Registrador tiene un innegable derecho, que puede hacerse obligatorio, de pedir tales documentos para comprobar la exactitud de lo que se le afirme en la escritura de compra. Y si practica la inscripción como parafernalia hará bien en poner notas en los títulos haciendo constar la cantidad que de la en ellos consignada se dedica a la adquisición de que se trata. La razón de esta medida es tan clara que no necesita ni enunciarse. Y de esta razón brota la conveniencia y necesidad de ponerla en práctica.

RECURSO GUBERNATIVO. SÓLO PODRÁN SER DISCUTIDAS EN ÉL LAS CUESTIONES QUE MÁS O MENOS DIRECTAMENTE SE RELACIONEN CON LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR, CARECIENDO LOS PRESIDENTES DE AUDIENCIA Y LA MISMA DIRECCIÓN GENERAL DE ATRIBUCIONES PARA RESOLVER, A BASE DE DOCUMENTOS QUE, POR NO HABERSE PRESENTADO EN EL REGISTRO, Y SÍ ACOMPAÑADO AL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO, NO HAN PODIDO SER EXAMINADOS POR EL REGISTRADOR.

Resolución de 30 de Abril de 1935. (Gaceta de 23 de Mayo.)

El Registrador de la Propiedad de Vitoria denegó la inscripción de una escritura otorgada en 17 de Junio de 1931 ante el Notario de dicha ciudad D. Angel de Ayala, por la que el Superior de la Residencia de la Compañía de Jesús en Vitoria vendió unas fincas urbanas, inscrita en favor de la misma, por los motivos siguientes:

«Primero. Haberse otorgado la escritura de venta de las cuatro fincas que comprende sin la autorización del Sumo Pontífice, exigida por el canon 534 del Código de Derecho canónico, sin que sea suficiente para estimarse cumplido aquel ineludible requisito la nota presentada de la Secretaría de la Sagrada Congregación de Religiosos, fechada en Roma a 7 de Noviembre del corriente año, por no ser el documento pertinente para justificar que con anterioridad al otorgamiento de la escritura, o sea en 26 de Marzo de 1931,

se había concedido la autorización pontificia, faltando además en dicha nota, escrita en latín, su traducción al castellano y las diligencias de legitimidad de su firma y de legalización.

»Segundo. Aun en el supuesto de que el anterior defecto fuera subsanado, tampoco sería inscribible el documento por virtud de las disposiciones legislativas y ministeriales que decretaron la disolución de la Compañía de Jesús y la incautación de sus bienes por el Estado, y singularmente por el Decreto de 19 de Agosto de este año—inserto en la *Gaceta* del 24—, por el que se cedieron al Ministerio de la Gobernación, para el Instituto Provincial de Higiene de Alava, las cuatro fincas enajenadas en la escritura meritada; cesión que, si bien no ha sido inscrita en el Registro, ha creado un estado de derecho en cuanto a dichas cuatro fincas, que impide la inscripción de cualquier título de dominio respecto de las mismas. Este último defecto es insubsanable, sin que proceda tomar anotación preventiva si fuese solicitada.»

Se interpuso recurso a nombre del comprador, acompañándose al escrito certificación de la traducción de dicho documento, pruebas de legitimidad y legalización y otros documentos. El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador, y la Dirección general, confirmando en parte el auto apelado, desestima el recurso, sin perjuicio del derecho del interesado a presentar de nuevo en el Registro los documentos calificados en unión de los omitidos para nueva calificación si el Registrador la estima procedente, con las siguientes razones y la cita de los artículos 48, 86 y 124 del Reglamento hipotecario:

En los recursos gubernativos que se promuevan contra las calificaciones hechas por los Registradores de la Propiedad sólo cabe tener en cuenta, para su decisión, los documentos presentados «en tiempo y forma», según ordena el tercero de los preceptos reglamentarios citados, que recogió la reiterada doctrina de este Centro, con arreglo a la cual los Presidentes de las Audiencias y la Dirección general carecen de atribuciones para dictar una resolución a base de documentos que no hayan sido calificados por el Registrador, sin perjuicio de que los interesados vuelvan a presentar en el Registro los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso.

La doctrina y el precepto indicado son aplicables a las certificaciones que se acompañaron al escrito de interposición del presente recurso, fundadas en lo prevenido en el mencionado artículo 48 y extendidas al efecto de subsanar las faltas de que adolecía un documento—con el cual pretendió la Compañía vendedora acreditar la observancia de determinado requisito para la enajenación de las fincas—, redactado en latín, fechado en Roma, sin legalización ni traducción y, por lo tanto, sin las garantías de autenticidad y de eficacia probatoria que exige el principio hipotecario de legalidad, toda vez que tales certificaciones fueron presentadas en la Presidencia de la Audiencia, con infracción de lo dispuesto en dicho artículo 124, y no pudieron ser calificadas oportunamente por el Registrador, siendo, por consiguiente, extemporáneo, dada al índole de los defectos y hasta que se cumpla esta indispensable formalidad procesal, examinar el fondo del recurso.

* * *

No entra el Centro directivo en el examen de la cuestión que motivó el recurso que precede, porque el artículo 124 del Reglamento hipotecario, dictado en virtud de constante jurisprudencia de la Dirección, ordena rechazar de plano las peticiones que se hagan en documentos que no hayan sido presentados al Registrador. Se limita a dejar al interesado expedito el camino para que vuelva a presentar en el Registro la escritura calificada y las certificaciones que primero omitió, que luego acompañó en el recurso entablado y que fueron indebidamente admitidas por la Presidencia, ya que a ella alcanza también la orden de no resolver sobre documentos no presentados en tiempo y forma.

En cuanto al fondo del asunto, juegan en él distintos factores, que harán muy interesante la resolución que en su día se dicte. De un lado, unas fincas inscritas en favor de la Compañía de Jesús, que esta entidad, debidamente autorizada por la Sagrada Congregación de Religiosos, vende el 17 de Junio de 1931, o sea con anterioridad a todas las disposiciones de disolución de aquélla, incautación de sus bienes y prohibición de enajenar, venta que el comprador no se cuida de inscribir, dejando por ello de obtener la corroboración y garantía de su derecho que supone la inscripción

frente al tercero de que habla el tan fundamental artículo 23 de la ley Hipotecaria. De otro, el Decreto dictado el 23 de Enero de 1932 (*Gaceta* del 24), o sea siete meses después de realizarse la venta, por el que se disuelve dicha Compañía de Jesús, se prohíbe a sus miembros la libre disposición de los bienes de la Comunidad, de los que se incauta el Estado, nacionalizándolos y nombrando un Patronato, uno de cuyos deberes es comprobar la condición jurídica de los bienes que, sin aparecer a nombre de la citada Compañía, se hallen en posesión de la misma y proceder a su reivindicación e incautación; la Ley de 21 de Abril de 1932 (*Gaceta* del 22) por la que—artículo 1.º—se declaran en suspenso todos los procedimientos judiciales que se sigan contra los bienes incautados o de que se incaute el Estado pertenecientes a la extinguida Compañía de Jesús, se admiten —artículo 3.º—todo género de reclamaciones por término de seis meses, contados desde la publicación de esta Ley, de los que se crean con derecho sobre los bienes incautados como de la propiedad de dicha entidad. Y en su artículo 4.º se dice: «el Patronato examinará las instancias presentadas y practicará las diligencias e investigaciones que estime pertinentes... y elevará al Consejo de Ministros una propuesta antes de transcurrir los dos meses siguientes al plazo señalado en el artículo 3.º, que será resuelta por Decreto.» Y añade el artículo 5.º: «Dictado el Decreto resolutorio o transcurrido un año desde la publicación de esta Ley, quedará sin efecto la suspensión decretada... y tanto el Estado como los interesados podrán hacer valer ante la jurisdicción competente los derechos y excepciones de que se crean asistidos.»

A lo expuesto hay que añadir la Orden de 19 de Agosto de 1933 (*Gaceta* del 24) dictada, como puede apreciarse, fuera del plazo que señala el citado artículo 4.º, por la que, sin elevar el Patronato propuesta alguna al Consejo de Ministros sobre la reclamación formulada por el comprador de las fincas, sin resolver nada ni por Decreto ni en ninguna otra forma legal y jurídica, pasado el año de la publicación de la Ley antes mencionada, sin efecto ya la suspensión de los procedimientos, debiendo tanto el Estado como los particulares acudir—artículo 5.º de la Ley anterior—ante la jurisdicción ordinaria y competente, se ceden al Ministerio de la Gobernación los inmuebles inscritos pero no propios de la Compañía

de Jesús, a que nos venimos refiriendo, para la instalación de los servicios de Higiene.

Completa estas disposiciones, que no hacemos más que enumerar porque no es esta la ocasión de entrar en su examen y crítica, la Ley de 12 de Septiembre de 1932 (*Gaceta* del 14), la que en su artículo 2.º dispone que cuando, en virtud de reclamación gubernativa, tramitada con arreglo a la Ley de 21 de Abril último o por sentencia judicial, se reconozca o declare que los bienes de que el Estado se haya incautado o se incaute en virtud del Decreto de 23 de Enero citado pertenecían en todo o en parte a personas distintas de la Compañía de Jesús, tales personas serán indemnizadas. Se reputará, para este efecto, que se ha realizado una expropiación por causa de utilidad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

17. *Desahucio.—Presunción posesoria del artículo 41 de la ley Hipotecaria.* Sentencia de 5 de Febrero de 1935.

Un Banco adjudicatario de un inmueble, habitado por X., sin celebrar contrato con aquél y sin pagar merced de ninguna especie, le requirió notarialmente para que abandonara el inmueble, y al no acceder al requerimiento, entabló contra él demanda de desahucio, a lo que opuso el demandado que venía poseyendo la finca por título de herencia, teniendo la posesión real y efectiva del inmueble; el Juzgado y la Audiencia dieron lugar al desahucio, e interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo.

Considerando que contra la apreciación hecha en la sentencia recurrida de que, por hallarse inscrita la propiedad de la casa de autos a nombre del actor con anterioridad a la demanda y habitarla el demandado a virtud de tolerancia de aquél, procedía el desahucio, se alega en los cinco primeros motivos del recurso, apoyados en el número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, una serie de razonamientos sobre la entrega de la cosa vendida, la imposibilidad de transmitir lo que no se tiene, la diferencia entre la tradición ficticia y la real, la naturaleza de la posesión y el concepto jurídico de precarista, que en nada debilitan los capitales supuestos, de hecho admitidos por el Tribunal para fundamentar su fallo, por lo que aquellos motivos deben ser rechazados.

Considerando que en el sexto se aduce el error de hecho y de derecho, sin ampararlo en el número séptimo del artículo 1.692, ni citar, por lo que a la doctrina de la reglamentación de la prueba se refiere, otros artículos que el 1.215 del Código civil, relativo a la clasi-

ficación de los medios probatorios, el 1.244, del mismo cuerpo legal, atinente a la prueba de testigos, y el apartado séptimo del artículo 578 de la ley Rituaria, que los admite en tal concepto ; sin mencionar siquiera el documento auténtico que pone de relieve el error de hecho cometido, circunstancias todas que impiden tomar en consideración el motivo de casación con tanta vaguedad redactado.

Considerando, en fin, que también debe ser desechado el último motivo, que acusa como infringido el artículo 41 de la ley Hipotecaria, por ser inaplicables al procedimiento de desahucio, cuando su aplicación en el mismo es de indiscutible oportunidad : primero, porque en dicho artículo se extiende la presunción legitimadora desde la propiedad a la posesión ; segundo, porque la jurisprudencia y la práctica cotidiana así lo han entendido en todo momento, y tercero, porque de la exposición de motivos del Real decreto de 13 de Junio de 1927 y de las disposiciones en que se ha tratado de poner de relieve la finalidad perseguida por la modificación de la Ley aparece con evidencia.

Para un estudio completo de la eficacia y trascendencia de la reforma llevada a cabo en la ley Hipotecaria de 1909 y de la posterior reforma del artículo 41 de la misma Ley, véase : Jerónimo González : «La reforma de la ley Hipotecaria» (REVISTA CRÍTICA, III, página 425). López de Haro : «La reforma del artículo 41...» (Revista de Derecho Privado, 1927, pág. 267). Mon Pascual : «La nueva reforma de la ley Hipotecaria» (REVISTA CRÍTICA, 1927 ; pág. 502). Navarro Carbonell : «Reforma del artículo 41» (REVISTA CRÍTICA, 1927, pág. 401). Romero Cerdeiría : «La inscripción de la posesión y la inmatriculación registral» (REVISTA CRÍTICA, tomo X, pág. 189). Hay folleto aparte.

18. *Aparcería y desahucio.—Naturaleza de la aparcería ; evolución de la legislación agraria, Ley de 27 de Julio de 1933 y su subordinación a la futura de Arrendamientos rústicos. Sentencia de 7 de Febrero de 1935.*

Don J. demandó a don R., en relación con cierta finca rústica, alegando que era dueño de la misma, y llevada en aparcería por el demandado, que ya en fecha anterior había intentado el desahucio,

que no prosperó ; y como el demandado llevaba la finca en aparcería y no había plazo marcado, con arreglo al que regía en la localidad, por contravención, por parte del demandado, de sus obligaciones, solicitaba el desahucio.

El Juzgado dió lugar al desahucio ; pero la Audiencia declaró no haber lugar al mismo, e interpuesto recurso, el Supremo declara :

Que para valorar la densidad jurídica del primero y principal de los motivos en que este recurso se apoya y la infracción, en el mismo alegada, por aplicación indebida de la Ley de 27 de Julio de 1933, en la totalidad de sus artículos, que, según se afirma, sólo hacen referencia a los desahucios promovidos en los contratos de arrendamiento de fincas rústicas y no a las aparcerías, es necesario examinar con la brevedad y precisión exigidas por estos trámites procesales la naturaleza legal de la aparcería, la evolución de la legislación agraria en los últimos años, la finalidad de la citada Ley y la subordinación de sus preceptos a la futura de Arrendamientos rústicos.

Considerando que, a tenor del artículo 1.579 del Código civil, el *arrendamiento* por aparcería de tierras de labor se regirá por las disposiciones relativas al contrato de *sociedad* y por las estipulaciones de las partes, con lo cual se pone de relieve el carácter mixto de explotación asociada y laboreo por renta, que tantas esperanzas ha hecho concebir respecto de su empleo, como medio de resolver los conflictos agrarios, y aun en el supuesto de que nuestro derecho tradicional permitiera la aplicación a esta situación jurídica de las modalidades de un enjuiciamiento sencillo y rápido, como oficialmente se ha asegurado después de haber oído a la Comisión de Códigos ; ni la letra del artículo en cuestión, ni las sentencias dictadas por este Supremo Tribunal desde principio de siglo, ponen en duda que la aparcería es un tipo contractual privilegiado, respecto al arrendamiento, que concibe en forma armónica las relaciones de capital y trabajo, y al cual, en principio, no es aplicable el procedimiento sumario de desahucio más que cuando, por equiparación con el contrato de arrendamiento, y por la sencillez de las cuestiones litigiosas, sea innecesario discutir las en un juicio declarativo ordinario antes de lanzar al llevador o colono.

Considerando que, a partir del Decreto de 29 de Abril de 1931,

que prohibió el ejercicio de la acción de desahucio en los contratos de arrendamiento, aparcerías y tipos similares hasta que por los Poderes públicos se resolviese sobre el régimen de la propiedad inmueble, viene tutelando la legislación agraria de la República el *statu quo* de las relaciones jurídicas en que a su advenimiento se encontraban propietarios y labradores; con una equiparación constante a tal objeto de los contratos que regulan la tenencia de fincas rústicas, para su laboreo o explotación, mediante retribución, merced, renta o contraprestación onerosa, llegando la base 22 de las promulgadas en 15 de Septiembre de 1932, para la aplicación de la Reforma Agraria, a preceptuar que los arrendamientos y las aparcerías han de ser objeto de una ley que se articularía con sujeción a varios preceptos comunes, y en la cual serían considerados como arrendamientos los contratos en que el propietario no aporte más que el uso de la tierra y menos del 20 por 100 del capital de explotación.

Considerando que la Comisión de Agricultura encargada de formular en las Cortes Constituyentes el dictamen acerca de las proposiciones de ley sobre desahucio de fincas rústicas por falta de pago, examinó, según reconoce (apéndice noveno al número 324 del *Diario de Sesiones*), las suscritas en 22 y 24 de Marzo de 1933, respectivamente, y tomando en consideración una y otra recogió de la primera los artículos que hoy llevan los números 1.º y 2.º, e incorporó de la segunda, con la variante de suprimir el límite de 6.000 pesetas anuales, el párrafo primero del artículo 4.º, que hace extensiva la prohibición de desahucio por causas distintas a la falta de pago que entonces regía para arrendamientos menores de 1.500 pesetas a todos los contratos de esta clase, cualquiera que fuese su cuantía; pero como esta última proposición se refería al contrato de arrendamiento, al de aparcería y a cualquier otro de análoga contextura jurídica (extracto oficial número 321, página 2), y como en el debate subsiguiente no sólo se citó por los defensores del dictamen la llevanza a medias, sino que se rechazó una enmienda (apéndice segundo al número 353) proponiendo un artículo adicional del cuarto que dijera: «esta ley no será aplicable a los contratos de aparcería que el propietario aporte; además del uso de la tierra, el 20 por 100 o más de los gastos de cultivo», ha de concluirse, con el Tribunal *a quo*, que el legislador, al redactar la ley de 27 de Julio

de 1933, se ha mantenido en su propósito de garantizar los derechos del colono, estrechar los vínculos entre la tierra y el que trabaja y ordenar, consecuentemente, el agro español.

Considerando que no hay, por lo tanto, razón jurídica, precepto escrito ni precedente legislativo que aconseje la distinción que el recurrente trata de fundamentar en las innegables diferencias existentes entre el arrendamiento y la aparcería, desde el momento en que las características comunes de ambos contratos han sido tenidas presentes por el legislador para suspender los desahucios hasta que sea aprobada la anunciada ley de Arrendamientos agrícolas, que, como lo demuestran los proyectos presentados, no se ha de limitar al arrendamiento *stricto sensu* de las fincas rústicas, por lo que ha de ser desechado el motivo primero del recurso.

Considerando que, una vez adoptado este criterio, pierde todo su valor el motivo segundo, en que se aduce, al amparo del número séptimo del artículo 1.692, error de hecho y de derecho, toda vez que aun cuando se admitan como probados los supuestos capitales para el recurrente de ser la aparcería a medias, terminar el año agrícola en 1932 y resultar el beneficio superior a 1.500 pesetas, conservan su vigor los anteriores razonamientos; así como también carecen de eficacia la alusión que se hace en el último motivo a la incongruencia del fallo, sin desenvolverla en forma procesal ni apoyarla en los números segundo y tercero del repetido artículo de la ley de Enjuiciamiento civil y el intento de cobijar el recurso bajo otros preceptos, de este mismo cuerpo legal, inadecuados para solicitar la casación de un fallo.

Véase el trabajo de Cañas y Mañé: «Del desahucio en la aparcería», en Revista Jurídica de Cataluña, tomo IX, pág. 11 (con motivo de la sentencia de 29 de Julio de 1902, que declaró no aplicable el desahucio a la aparcería). El mismo autor se ocupa de nuevos fallos del Supremo en la propia Revista, tomo XIII, pág. 101. Pedro Estasén, en su estudio «Instituciones económicas y jurídicas de Cataluña que resuelven el problema social del campo», se ocupa en el tomo XII de la misma Revista de la aparcería a perpetuidad (pág. 164), insertando al final un curioso modelo de contrato; consúltese Martí Miralle: «La cuestión de la aparcería», en la misma Revista, tomo X, pág. 217, y Victorino Santamaria: «Estudios

acerca de la aplicación del desahucio a los contratos de aparcería», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo CIII, página 441.

Para un estudio de la moderna legislación de arrendamientos rústicos véanse las obras siguientes: Alvarez Jusué: Arrendamientos rústicos», Madrid, 1935. Vellando: «Los arrendamientos rústicos», Madrid, 1935. Vázquez Gundín: «Arriendos y desahucios», La Coruña, 1935. Esta legislación de arrendamientos nace sin vida, y, como todo lo que innecesariamente se hace obligatorio, no será cumplido por nadie; son inconvenientes de dictar leyes para toda España, sin tener en cuenta que España no es Madrid.

19. *Ausencia.*—*El derecho sucesorio se funda en la existencia real de la persona llamada a obtenerlo.—Abierta la sucesión del presunto muerto, ésta ha de referirse a los bienes y derechos adquiridos por el ausente, al tener lugar la ausencia, y no a los derechos originados con posterioridad.—No es obstáculo a la aplicación del artículo 195 del Código civil la falta de declaración judicial de ausencia.* Sentencia de 9 de Febrero de 1935.

Al rechazar el Supremo el recurso interpuesto por don J. y don L. en reclamación de determinados bienes de un ausente, sienta la siguiente doctrina:

Considerando que son hechos que han de tenerse presentes para la resolución del presente recurso y que están reconocidos como ciertos por la Sala sentenciadora: Primero, que en el año 1885 se realizaron las operaciones divisorias de los bienes quedados al óbito de M. P., entre su viuda R. G., su hijo J., padre de los accionantes en el juicio de que dimana este recurso, y J. P., como nieta del causante, en representación y como única heredera, aparte de su madre, de su padre, el presunto muerto E. P., hijo a su vez del referido M., por haberse admitido como verdad indudable y supuesto básico de tales particiones el fallecimiento de aquél, según también se afirmó en documentos posteriores por ellos otorgados. Segundo. Que dicha J. P., fallecida sin descendencia en el año 1907, y después su madre y heredera D. C., muerta a su vez en 1912, dispusieron de los bienes que hubieran podido corresponder al mencionado ausente y que, a virtud de diversas transmisiones,

llegaron a recaer en las personas contra las cuales formulan su reclamación los actuales demandantes, hijos del citado J. P. G. Tercero. Que a instancia de estos mismos demandantes se declaró judicialmente en 1922 la presunción de muerte de E. P., fundada en haber transcurrido más de treinta años desde que se recibieron sus últimas noticias, y que es base principal de la demanda de estos autos, dirigida a obtener que se declarasen comprendidos en la herencia de E. P. los bienes que debieron corresponderle en la sucesión de sus ascendientes, más los de la herencia de su hija J. y la mitad de los gananciales obtenidos por su mujer D. C.

Considerando que tiene dicho esta Sala, en su sentencia de 25 de Noviembre de 1927, que fundado el derecho sucesorio en la existencia real de la persona llamada a obtenerlo, pues que sólo así tiene una explicación admisible el orden de suceder que la ley señala, es evidente que para que aquel derecho pueda tener la debida efectividad se requiere inexcusablemente que el llamado a ser heredero viva, lo que no puede afirmarse en relación al ausente, cuya situación de hecho indiscutiblemente no es de existencia ni de inexistencia y así propiamente indefinida.

Considerando que la doctrina del citado artículo 195, que no es, en realidad, más que una aplicación al estado de ausencia de los principios del derecho común, conforme a los cuales para adquirir derechos es precisa la existencia de quien ha de ser sujeto de ellos, y la prueba de esta circunstancia incumbe a quien reclama y afirma (*onus probandi incumbit actori*), ha de entenderse que rige para toda persona que haya desaparecido de su domicilio y se ignore su paradero, siempre que el estado de ausencia haya sido objeto de constatación judicial, en cualquiera de sus grados o momentos, como así lo confirma la amplia frase «persona cuya existencia no estuviese reconocida» que nuestro Código ha tomado del modelo francés, pues es obvio que la incertidumbre sobre la existencia del ausente, que caracteriza esencialmente su estado, nace legalmente y de hecho el día de su desaparición o de sus últimas noticias.

Considerando que la sentencia recurrida, al absolver a los demandados, fundada entre otras razones en la aplicabilidad del artículo 195 del Código civil, no ha podido incidir en las infracciones del artículo 193 del mismo cuerpo legal y sentencias de esta Sala de 8 de Marzo de 1899, 9 de Julio de 1902 y 5 de Diciembre de 1908,

a que alude el primer motivo del recurso, pues aunque, de acuerdo con tales normas de ley y de jurisprudencia haya de considerarse abierta la sucesión del declarado presunto muerto el día en que transcurrieron los treinta años de su desaparición o de sus últimas noticias, es incuestionable que esa doctrina sólo rige la sucesión en los derechos y bienes que el ausente tuviese adquiridos o incorporados a su patrimonio al tener lugar la ausencia, y no puede ser extendida a los derechos que pudieran originarse con posterioridad, los cuales se rigen no por dicho artículo, sino por lo estatuido en el capítulo 15 del título 8.º, libro 1.º del Código, que regula lo concerniente a los efectos de la ausencia relativamente a los derechos eventuales del ausente, y especialmente por el artículo 195 antes analizado.

Considerando que en nada embaraza la obligada aplicación de este artículo 195 la circunstancia que se alega en el motivo 5.º, de que no haya sido declarada judicialmente la ausencia, ni la aducida repetidamente en diversos lugares del recurso, de no haber sido declarada la presunción de muerte de E. P. hasta el año 1922, cuando ya habían fallecido su hija J. y su mujer D. C., pues para el efecto de los derechos eventuales que puedan corresponder al ausente desde su desaparición o sus últimas noticias, es indiferente la gradación progresiva que atraviesa o pueda atravesar la situación legal del ausente y que tanto papel juega en la suerte del patrimonio que haya dejado, no pudiendo aceptarse, en buena lógica, que el hecho de no haber solicitado previamente a la declaración de presunción de muerte las medidas conservativas del patrimonio y la declaración de ausencia (que se establecen por la Ley, no sólo en beneficio de los presuntos herederos, sino también, y sobre todo, en favor del ausente mismo), tenga trascendencia suficiente para modificar el régimen de los derechos sucesorios en provecho exclusivo de quienes han omitido el cumplimiento de esas normales diligencias, ni siendo tampoco admisible que los actores, después de haber logrado que sea declarada la presunción de muerte, fundada precisamente en la prolongación del estado de ausencia durante más de treinta años, pretendan ampararse en una supuesta presunción de vida durante el transcurso de ese mismo plazo.

Considerando que todavía tienen menos realidad las infracciones

que se apuntan en los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso, de los artículos 609, 657, 659, 661, 989 y 999, del Código, los cuales no hacen otra cosa que regular el funcionamiento de la transmisión hereditaria en los casos generales, y no son de pertinente aplicación al problema jurídico debatido en este pleito.

Considerando que, al apreciar la Sala sentenciadora que, realizadas en el año 1885 las particiones del caudal dejado por M. P. E., y aprobadas éstas explícitamente por J. P. G. (quien, no obstante haber fallecido en el año 1910, o sea veinticinco años después de firmadas, no consta las hubiese impugnado en forma legal alguna), no pueden hoy atacarlas sus herederos, los demandantes, dado el principio legal de que el que contrata lo hace para sí y sus herederos, lejos de incidir en la infracción del artículo 1.257 del Código civil, que el motivo sexto del recurso le atribuye, se ajusta estrictamente a lo que dicho precepto dispone; sin que valga aducir que dicho contrato adolecía de un vicio de nulidad, porque no puede contratarse en nombre de otro, pues ni J. P. aprobó las particiones en nombre del ausente, a quien precisamente se le reputaba muerto, ni tampoco los demandantes han esgrimido en el tiempo y forma debidos la correspondiente acción de nulidad del aludido convenio.

Considerando que, finalmente, no cabe reconocer eficacia alguna al motivo séptimo, que supone haber violado el fallo los artículos 1.950, 1.952 y 1.957, del propio cuerpo legal, al estimar en beneficio de los demandados y hoy recurridos la prescripción adquisitiva, sin tener la Sala en cuenta que, refiriéndose ésta a bienes de un ausente en ignorado paradero, no podía empezar a contarse el plazo de la misma, sino a partir del año en que se declaró su muerte; razonamiento que, aun limitado a los bienes que ya fueran del ausente al tiempo de sus últimas noticias, carece de esta solidez, pues el plazo de la usucapión empieza a correr en el momento en que comience a tenerse la posesión con los caracteres requeridos, y que alude el artículo 1.941, y es indudable que haya que reputar como posesión en concepto de dueño, sin vicio de precariedad, a la que adquirieron los demandados, por virtud de títulos que sirven normalmente para transmitir el dominio.

ENRIQUE TAULET;

Notario de Valencia.

BIBLIOGRAFIA

Metodología jurídico-penal, por Goldschmidt (James). Curso hecho en la Universidad de Madrid en los meses de Febrero, Marzo y Abril de 1934. *Guía para la solución de casos prácticos de Derecho penal*. Volumen LX de la Biblioteca de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 79 páginas. Madrid, 1935. Editorial Reus.

Es ya conocido entre nosotros el Profesor James Goldschmidt, no sólo por su intensa labor docente y publicitaria, que descuella en sus *Verwaltungsstrafrecht*, *Zivilprozessrecht* y en su originalísima obra *Der Prozess als Rechtslage*, sino también por sus conferencias de estos últimos meses en las Universidades de Madrid, Barcelona, Sevilla y Zaragoza. Objeto de ellas ha sido las más de las veces el Derecho procesal. Pero en Madrid trató el ilustre Profesor, Catedrático de Derecho penal y procesal, civil y criminal, en Berlín, estas cuestiones de metodología del Derecho penal durante los meses de Febrero, Marzo y Abril de 1934.

Aquellas conferencias, pronunciadas en español, son hoy recogidas en este volumen, que viene a completar la bibliografía jurídico-penal en nuestra lengua, y cuyo mérito principal consiste en ser el primer trabajo de un investigador alemán sobre fuentes españolas. Al mismo tiempo sigue la corriente, ya iniciada entre nosotros por Profesores nacionales, de dar un carácter práctico a la enseñanza, aplicando a la resolución de casos de laboratorio los más finos avances teóricos del Derecho punitivo.

El Profesor Goldschmidt divide su trabajo en tres partes principales. Llama a la primera *exegética*, por ser éste el método empleado, y trata en ella de la Ley (colisión territorial y temporal de

leyes) y de su interpretación. En la segunda parte, que llama *lógica*, aborda la averiguación del tipo y sus características (tipicidad, acción y omisión y problemas conexos, antijuricidad y culpabilidad). En la tercera parte, *técnica*, la más original quizás, se ocupa de la manera de exponer un caso jurídico-penal. Completa el volumen un apéndice de tres casos prácticos, con la crítica de los trabajos de los alumnos del curso y su correcta solución.

Como pasajes interesantes de la obra podemos citar: En la colisión temporal de estatutos, según Goldschmidt, como el artículo 24 del Código penal restringe expresamente el efecto retroactivo de las leyes penales, carecerá del mismo una ley civil, aunque su aplicación hiciera desaparecer la punibilidad de una conducta (página 20). Sobre la interpretación opina que toda teoría jurídica ha de ser *sencilla, congruente y fecunda*, y por esto último carece de trascendencia práctica el retorno al libre albedrío, porque nadie—sea determinista o no—piensa dejar impune al malhechor (pág. 23). Sobre la tipicidad dice que no se emplea un método lógico para buscar la figura de delito en cada caso concreto, sino que se recurre a la intuición. «La ciencia llega a ser aquí arte.» «La actividad del abogado se puede comparar con la del médico en la diagnosis» (págs. 24-25). El delito se define por sus características generales, que son las que se encuentran en todos los tipos legales, como una *conducta antijurídica y culpable, conminada con una pena por la Ley.*» «Pero en la práctica—dice—hay que preferir otra definición, a saber, que *el delito es un tipo de la ley penal, no justificado y culpable*» (pág. 41). Critica la doctrina de Beling, por contener la teoría de la tipicidad el germen de una falta metodológica, consistente en elevar las características especiales a generales, lo que trae consigo la absorción de la parte especial por la general. Preconiza el examen de las características subjetivas especiales con la culpabilidad (págs. 25-26). Critica también los llamados *elementos subjetivos de la antijuricidad y de la justificación* (a estos últimos, con un ejemplo muy hábil). En cuanto a los *elementos normativos* del tipo, se muestra partidario de la doctrina de Erik Wolf, según el cual, «todas las características del tipo representan conceptos valorativos, contruidos teleológicamente» (págs. 26-29).

Al tratar de los *delitos de omisión y de comisión omisiva*, los diferencia, porque los primeros infringen una norma *preceptiva* de

la ley penal, y los segundos vulneran, al mismo tiempo, una norma *prohibitiva* de carácter penal y otra *preceptiva extrapenal*. «Los delitos de simple omisión no pertenecen al Derecho penal, en sentido propio..., sino al Derecho penal administrativo. Aquél se limita a *prohibir* lesiones de los intereses protegidos por la Ley, mientras que el poder de *ordenar* acciones bajo señalamiento de pena es un terreno reservado a la Administración» (págs. 31-32). Para Goldschmidt, en los delitos de omisión la falta de manifestación de voluntad parece estar suplida por una avanzada de la antijuridicidad, por la Ley, que en aquel punto exige una actuación del sujeto y castiga su inactividad (pág. 32). Siguen sagaces comentarios de las eximentes en nuestro Código y de los problemas de la culpabilidad en el mismo (págs. 41-54). Por último, el libro termina con una serie de reglas técnicas para la exposición de casos, referidas a los requisitos del delito, a sus formas de presentación y a la medición de la pena, sin olvidar la posibilidad de decisiones eventuales ni la observancia de ciertos detalles, fáciles de descuidar (págs. 53-59). Siguen, en apéndice, los tres casos estudiados por el Profesor con los alumnos durante el curso, en la resolución de los cuales pone de manifiesto el autor de la obra su sólida preparación respecto al derecho español junto con una rara sagacidad jurídica. VÍCTOR CONDE.

Anerkennung ausländischer Ehescheidungsurteile im internationalen Privat-und Prozessrecht, por Rosenberger (Rita). Würzburg, Triltsch, 1935. 86 páginas.

La autora aborda en la primera parte de su libro el derecho de divorcio y las normas de colisión respecto al divorcio en los diferentes países, para poner de relieve lo complicado de esta materia. En el derecho de divorcio nos encontramos con los principios de la indisolubilidad y de la disolubilidad del matrimonio, el último de los cuales se presenta en muchas variedades. Las normas de colisión respecto al divorcio hacen uso del domicilio conyugal o de la nacionalidad de los cónyuges como punto de conexión, lo que conduce a dificultades, si el domicilio o la nacionalidad de los cónyuges no coinciden. En la parte segunda trata la autora de la cuestión

de saber ¿bajo qué condiciones las sentencias de divorcio extranjeras tienen fuerza para los tribunales indígenas? Otra cuestión completamente distinta de la referente a la fuerza de una sentencia extranjera es la relativa a la ejecución de una sentencia extranjera, que no se plantea en el libro presente por la sencilla razón de que la sentencia de divorcio representa una sentencia constitutiva, que no necesita la ejecución. Se considerarán las sentencias extranjeras de divorcio de modo distinto según se trate de ciudadanos del propio país o de extranjeros. Desempeñarán también un papel importante otros puntos de vista: competencia de los Tribunales, reciprocidad, orden público, etc. El libro se distingue por su trascendencia práctica y por su buena documentación. No ha podido hacer referencia al libro de Lucien Chéron, «Les causes de divorce et de séparation du corps en droit international privé comparé». París, Dalloz, 1934, 387 páginas.—WERNER GOLDSCHMIDT.

La ley de Arrendamientos de fincas rústicas, por D. Calixto Valverde.

Empieza el Sr. Valverde su folleto manifestando que va a examinar en su primer párrafo, de los en que divide su obra, el aspecto sociológico del problema, pero lo que en realidad hace es exponer su juicio sobre la ley de Arrendamientos, y ciertamente no muy favorable ni encomiástico para ella, porque después de estimarla poco imparcial, tendenciosa e inclinada hacia el colono, la juzga de orientación semejante a la de la ley Agraria, con normas o criterios de parcialidad que, sin llegar a los radicalismos de la ley de Cultivos de Cataluña, señalan el camino que ha de conducir a la abolición del arrendamiento individual de renta fija, abolición que, si bien cree el autor imposible de conseguir, teme que con las dificultades y riesgos en el arriendo, el capital huya de la tierra y ésta se desvalorece. Comparando su espíritu con el de la ley Agraria, afirma que mientras ésta favorecía a los obreros, la de Arrendamientos se propone favorecer a los colonos, que en muchos casos «forman una burguesía más odiosa que los propietarios mismos», y opina que si bien es indispensable crear la pequeña propiedad

como base de una burguesía modesta, antídoto del socialismo, ello no se hará con la nueva Ley, sino con la Agraria reformada.

En resumen, en su primer párrafo no ve en la nueva Ley más que recelos y temores, defectos e inconvenientes; pero examinando imparcialmente y en conjunto la nueva Ley y teniendo en cuenta el estado jurídico social anterior del arrendamiento rústico, hay que reconocer que si alguno sale favorecido en aquélla es el arrendador, el propietario, a quien se le conceden derechos que en la anterior legislación no tenía, y el mismo autor, en las páginas 31 y 32, hace notar que a pesar de que, a su juicio, se protege al colono mucho más que al propietario, la Ley limita la libertad de aquél en la explotación de la finca arrendada, asunto de suma importancia y en el que el autor pone de manifiesto el criterio restrictivo de la Ley, que obliga al arrendatario, en su artículo 13, número 2.º, a usar de la finca «de acuerdo con lo prevenido en el contrato», al cual somete la actividad productora de aquél, pudiendo ser desahuciado—artículo 28—si no destina la finca al cultivo previamente pactado, con facultad además en el arrendador de «oponerse» a toda clase de operaciones de corta o poda del arrendatario en los árboles—artículo 13—; y al tratar de las causas de desahucio, página 43, reconoce paladinamente que la nueva Ley favorece al arrendador más que el propio Código civil, así como al tratar de la aparcería—página 57—confiesa que la repartición de ganancias y riesgos es desigual, resultando favorecido el propietario.

En el párrafo 2.º analiza, según dice, el aspecto jurídico civil de la Ley. Aplaude que sea aplicable por su artículo 1.º a toda la nación. Señala la derogación que hace en su segunda disposición final de disposiciones anteriores de fecha reciente, y en cuanto al Código civil, sólo de aquellos preceptos que se opongan a lo por ella estatuido, siendo el Código civil ley supletoria, y estima que por este Código se registrarán los contratos exceptuados expresamente por la Ley en el párrafo último de su artículo 1.º, o sea los traslativos de uso, mejor cesión de disfrute, de finca rústica por precio, canon o renta que se concierten entre ascendientes o descendientes por consanguinidad, afinidad o adopción o entre colaterales del segundo grado, y termina transcribiendo el artículo 1.º de la Ley, que señala su objeto, regula el arrendamiento de fincas rús-

ticas individual y colectivo y los actos y contratos de cesión de disfrute de las mismas o de algunos de sus aprovechamientos, mediante renta y con destino a explotación agrícola o ganadera, sin que los contratantes puedan modificarla por pactos contrarios.

Señala que las modificaciones jurídicas importantes que esta Ley ha introducido en el Código civil en cuanto a aquel contrato son: 1.^a, que ya no es consensual, puesto que no se perfecciona por el consentimiento, sino por la forma, de lo cual se infiere que es un contrato formal; 2.^a, que si hasta aquí producía efectos personales y sólo por excepción reales, hoy los produce siempre reales, puesto que afecta a terceros; 3.^a, que no es contrato a renta fija, sino revisable; 4.^a que es un contrato de duración mínima y puede llegar a ser de duración indefinida por voluntad del arrendatario, y 5.^a, que es transformable en aparcería por la sola voluntad de un contratante.

En el párrafo 3.º establece que los requisitos esenciales del contrato de arrendamiento, según la Ley, son cuatro: consentimiento, capacidad, renta y forma, aunque después no olvida «la cosa» y prescinde del consentimiento.

En cuanto a la capacidad del arrendador, copia el artículo 3.º de la Ley en relación con el 9.º, que regulan la de los padres en cuanto a las fincas de sus hijos menores, la de los tutores respecto a la de los pupilos, la de las mujeres casadas en cuanto a sus fincas parafernales, la de los menores emancipados y la de los usufructuarios, y en cuanto a la capacidad del arrendatario, se establece la regla general de que pueden serlo, como dice la Ley, todos los que tengan capacidad para contratar. Señala la diferencia entre el Código civil y esta Ley, en cuanto a la capacidad para arrendar en nombre de otro, pues mientras en el Código la restricción de tal capacidad es con miras a los arrendamientos inscribibles en el Registro—artículo 1.548—, en la Ley la capacidad es determinada por el plazo de duración, el que falte a los menores o pupilos para llegar a mayor edad, y opina que el administrador o apoderado sin poder especial no puede arrendar, porque el arrendamiento de la Ley nueva es un contrato con efectos reales.

En cuanto a «la cosa» u objeto del contrato, se atiene al artículo 2.º de la Ley, que copia, y respecto a la renta, señala dos principios que la nueva Ley acepta: uno el de revisión de las rentas,

y otro el del arbitrio judicial para fijarla en el procedimiento que señala. Principios ambos recogidos en los artículos 7.º y 8.º de la Ley, de lo que se deduce que la renta es la fijada en el contrato, pero revisable a instancia de cualquiera de las partes contratantes. Y en cuanto a la reducción de la renta, se agrava la responsabilidad del arrendador, porque puede perder parcialmente la renta hasta el 50 por 100 en casos fortuitos ordinarios que el Código civil elimina para rebaja de renta en su artículo 1.575; distinguiendo la Ley los casos fortuitos en asegurables y no asegurables: en los primeros no concede rebaja de renta, resultando menos favorecido en este extremo el arrendatario que en el Código civil.

Tratando de «la forma» del arriendo, opina que es la Ley tan casuística y detallista que el contrato deja de ser consensual para ser formal, y para acreditarlo copia los artículos 5.º y 6.º, de los que se deduce, a mi juicio: 1.º, que todo contrato-arrendamiento debe estar escrito; 2.º, que aquellos cuya renta exceda de 5.000 pesetas deben constar en escritura pública; 3.º, que aquellos cuya renta sea superior a 500 pesetas deben inscribirse en el Registro de Arrendamientos, sito en el Registro de la Propiedad, y 4.º, que si no se inscriben no hay derechos ni acciones. Cree que para ser consecuente, el legislador debió dejar en libertad a las partes para utilizar el documento público o el privado, pero no imponer el primero para los de renta superior a 5.000 pesetas, máxime cuando unos y otros documentos se han de ajustar a modelos oficiales e impresos, aunque con una inexplicable diferencia, cual es que en cuanto a las escrituras dice la Ley «podrán» ser impresas, y en cuanto a los documentos privados dice «se extenderán» en ejemplares impresos.

En cuanto al «Registro especial de arrendamientos», creación de la nueva Ley e independiente, según el artículo 59, del Registro que se creó por lo dispuesto en la ley Hipotecaria, copia los artículos 56 a 64 que lo regulan; señala los distintos efectos de una y otra inscripción, pues mientras en los arriendos inscritos en el Registro de la Propiedad conforme a la ley Hipotecaria el adquirente de la finca tiene que respetarlos hasta su extinción, sin excepción alguna, el arriendo inscrito sólo en el libro especial de arrendamientos puede ser rescindido en el caso excepcional del párrafo segundo del artículo 27, o sea cuando el comprador adquiere

la finca para cultivarla directamente por sí o por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

«Contenido del arrendamiento» conforme a los últimos párrafos del artículo 2.º y prohibición de subarrendar según su artículo 4.º, castigando en este caso con el desahucio al subarrendador: aplaude el autor estas medidas por los abusos a que dió lugar el subarriendo, y opina que aunque la Ley ni el Código hablan de cesión de arrendamientos, prohibido el subarriendo queda prohibida la cesión, a no ser con el asentimiento del arrendador, y que mientras la Ley no lo diga, el derecho de arrendamiento no es enajenable ni hipotecable, pudiendo sólo cederse los aprovechamientos de los párrafos 3.º y 4.º, que la Ley no estima arriendos ni subarriendos.

En cuanto a la «duración del contrato», transcribe los artículos 9.º, 10 y 11. La Ley fija un *mínimum* de cuatro años—o de tres cuando el aprovechamiento principal es pecuario—susceptible de prórrogas a instancia del arrendatario. Duración mínima y tiempo indefinido; ni se puede pactar un arriendo inferior a cuatro años, ni renunciar la prórroga por el arrendatario; no se autoriza el libre juego de la voluntad en los contratos por razón del interés público. Sin embargo, admite la Ley contratos de arrendamiento de corta duración, que son de ensayo o de prueba para el arrendatario en cultivos parciales o de temporada; pero a éstos la Ley les niega expresamente la consideración de arriendos y los califica de cesión de disfrute.

Estima como un privilegio al arrendatario la prórroga, a su voluntad, del arriendo, y opina que debía concederse al arrendador el derecho de pedir la revisión cuando la prórroga se utilizara por el arrendatario, porque si no se hace el contrato de duración ilimitada por voluntad de un solo contratante; siendo otro privilegio el creado a favor del Estado, la provincia y el Municipio, en el artículo 15, a quienes excluye de la prórroga obligatoria.

«Obligaciones del arrendador»: las señala el artículo 12, así como las del arrendatario el artículo 13. Son similares a las del Código civil, con la variación del pago proporcional de seguros de cosechas, cuando exista este seguro.

«Derechos del arrendador»: de desahucio, regulado en el artículo 28, y de rescisión del contrato en los casos y condiciones legales.

«Derechos del arrendatario»: el de retracto en la forma y condiciones del artículo 16; el de reparaciones indispensables para mantener el uso de la finca, del artículo 19; el de mejoras, del artículo 20 y siguientes; el de pedir la rescisión del contrato; el de prórroga del arrendamiento y el de que se respete éste en caso de enajenación, artículo 27. En materia de «mejoras», opina que la Ley es tímida y confusa, confusión que deduce del artículo 22, que se refiere a las mejoras útiles que pueden realizarse por iniciativa del arrendador o del arrendatario; pero como el artículo añade «nunca se llevarán a cabo sin la autorización previa de ambas partes», cree bastar que una se oponga para que la mejora no se haga, olvidando que el artículo sigue diciendo «o en su caso—esto es, cuando no hay acuerdo—sin que hubiera recaído la oportuna resolución del Juez o Tribunal competente», y sin que de las frases del último párrafo del mismo artículo, «en ningún caso ni el arrendador ni el arrendatario podrán compelerse recíprocamente a realizar mejoras útiles», pueda deducirse que no pueden ya acudir al Juez para la resolución de la cuestión, porque termina diciendo: «todas las cuestiones sobre mejoras útiles serán resueltas por el Juez».

En el párrafo 5.º analiza la «extinción de los arrendamientos», expresando que en el Código civil—artículo 1.571—la venta de la finca por el arrendador a un tercero extingue el arrendamiento; y en el artículo 27 de la nueva Ley se establece que la transmisión o enajenación por cualquier título de una finca rústica no será causa de rescisión del arriendo, excepto el caso de que el comprador la adquiera para cultivarla y demás limitaciones que establece aquel artículo, y ello será causa, según el autor, de que el capital se retraiga de comprar fincas con tales obstáculos.

En cuanto a la muerte del arrendador o arrendatario, si fallece el primero no se extingue el arriendo, pues no diciendo nada la Ley, el que contrata para sí contrata para sus herederos; pero si muere el arrendatario, según el artículo 18, se extingue el arrendamiento, salvo el caso en que los herederos sean el cónyuge, parientes en línea directa en cualquier grado o segundo de la colateral, los cuales podrán optar por la rescisión del contrato o su continuación. Las causas de extinción las fija la Ley en sus artículos 24, 25, 30 y 31, tratando del desahucio en el 28, donde señala las causas que a él dan lugar. Opina que así como el derecho anterior res-

tringió exageradamente el desahucio, al extremo de no admitir más causa que la falta de pago, la nueva Ley peca por lo contrario, señalando tantas, que darán lugar a muchas cuestiones y que confunde las de desahucio con las de rescisión, pues las causas 4.^a a 8.^a son propiamente de rescisión, y por ello la misma Ley señala en su artículo 29 distintos trámites procesales para el desahucio, según las causas que lo motivan.

En el párrafo 6.º trata de los «arrendamientos colectivos», afirmando que el criterio de la nueva Ley es mezcla de un espíritu corporativo y socializante, porque los beneficios de la Ley en cuanto al arrendamiento colectivo no se dan sólo a los jornaleros del campo, como sucedía en el Decreto de 14 de Mayo de 1931, sino también a los Sindicatos Agrícolas y Asociaciones de Arrendatarios o de pequeños propietarios, lo cual es de tendencia corporativa, y al mismo tiempo, como impone el arriendo colectivo, dándole preferencia sobre el individual, desplaza al arrendatario y le sustituye por la Asociación en el arrendamiento, sin contar con el arrendador, atacando al derecho de propiedad, siendo por ello socializante. Transcribe el artículo 32 de la Ley, que define aquellos arriendos, y estima que en esencia el arriendo colectivo es de la misma naturaleza jurídica que el individual: no consensual, sino formal y de efectos reales.

En cuanto a la «Aparcería», recuerda que sólo consagra a ella el Código civil un artículo, el 1.579, supliendo la nueva Ley tal vacío; que ésta considera a la aparcería como una variedad del arrendamiento o como un arrendamiento *sui generis*, separándose de los que la conceptúan como una Sociedad, y tiene idea de fomentarla por considerarla más ventajosa que el arrendamiento individual, como lo prueba su artículo 11, último párrafo, que niega el derecho de prórroga al arrendatario que se oponga a transformar en arriendo la aparcería. Reproduce el artículo 43, que la define, y deduce que la Ley restringe el concepto de aparcería en relación con el Código civil, porque sólo se refiere aquélla a la aparcería de una finca rústica o de alguno de sus aprovechamientos, mientras que el Código civil la extiende a tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles o industriales, que seguirán regulándose por el Código civil. Lamenta que la Ley no dé reglas concretas sobre el reparto de los productos, limitándose a mani-

festar que se repartirán en partes alicuotas, equitativamente, en relación a sus respectivas aportaciones, resultando con ello favorecido el propietario, si bien el artículo 45 atenúa tales efectos, ya que ordena que en los contratos de aparcería se consignará la proporción en que los contratantes acuerden participar en los productos y la intervención del cedente en la recolección de los frutos.

«Jurisdicción»: se limita a aplaudir la supresión de los Jurados mixtos y su sustitución por los Tribunales ordinarios, y el procedimiento abreviado y económico en la tramitación de los juicios. DIMAS CAMARERO.

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

Corresponsales 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 — —

Regitrán 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