

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año VII

Octubre de 1931

Núm. 82

Obligaciones naturales

INTRODUCCIÓN

Vamos a hacer un ligero estudio de las obligaciones naturales, sin limitar nuestro objeto a lograr un concepto de las mismas, pues lo que hemos de estudiar no es tal concepto, sino aquel trozo de la realidad viva que encuadramos, que evocamos en nosotros con el nombre de obligación natural.

El hombre, ante el fluir eterno de la realidad que le penetra, y de la que forma parte, aísla, uniéndola en un concepto, síntesis lógica de un conjunto de impresiones, una parte de esta realidad, inaprehensible, ilumina a la luz de un concepto un trozo del oscuro cauce de las cosas. Cada uno de estos conceptos, que responden a una posición del ser pensante en el tiempo, encerrado en la prisión de las palabras, en el nombre, nos es comunicado, y cada uno de nosotros intenta llenarlo con aquello que nos es propio. Con conocimientos personales llenamos de contenido el nombre, por el que creemos asir la realidad.

Cada concepto a su vez es unido en agrupaciones lógicamente organizadas de los mismos y formamos las construcciones que llamamos ciencias, teniendo cada una por objeto un aspecto de los fenómenos complejos que forman la realidad viva.

Respondiendo a esta realidad, vamos a estudiar las obligaciones naturales, es decir, no a investigar un concepto y creer haber triunfado con una definición, sino siempre estudiándolas como algo vivo y sin perder nunca de vista la relatividad de nuestras clasificaciones y que para concentrar la atención ha de empezar el hombre por limitarla. La realidad desborda siempre nuestras

construcciones. No olvidemos que es nuestro sino trágico enfrentarnos con la realidad y no confundamos nunca ésta y su independencia con los útiles que para captarla empleamos.

El objeto de nuestro estudio exige imperiosamente esta previa actitud mental. La vida real es una, nuestros conceptos aislan aspectos de ella y hablamos de una vida moral, física, económica... sin que tales distinciones sean más que construcciones mentales nuestras. Difícil es imaginar un hecho que sólo responda a una de las clases de fenómenos que distinguimos. Por ello, al estudiar un concepto, que está colocado por nosotros en los límites de una disciplina científica, debemos, ante todo, sentar la afirmación previa de la unidad de lo real y la unidad de la ciencia, con lo cual pierde mucho de su importancia, la que atribuimos a nuestras clasificaciones.

No es esto, en modo alguno, negar la necesidad de éstas, sin las que la construcción científica es imposible. Nuestras clasificaciones responden siempre a conceptos típicos formados, pero en la realidad están casi siempre, en sus bases extremas, superpuestas unas a otras. No dejan los que estudian ciencias naturales, de separar, por ejemplo en los seres vivos, los animales de las plantas, aunque bien saben la imposibilidad de cortar la realidad de los seres vivos, que les presenta formas que parecen responder a ambos conceptos; no dejan los que estudian ciencias sociales de distinguir hechos morales, jurídicos, económicos... aunque bien saben la imposibilidad de cortar la realidad marcando límites tajantes entre unos y otros.

El derecho tiene sus cuestiones de límites y hoy precisamente se ve más que nunca penetrado por cuestiones morales, políticas y económicas, que no debemos concebir como colocadas realmente en capas superpuestas. No creo debamos hablar de un ascenso de obligaciones morales al campo jurídico, sino con la relatividad, antes dicha, creer en la unión íntima de uno y otro (1), aun-

(1) Niemeyer: «Derecho int. público», pág. 35. «La frontera histórica entre la moral, que evoluciona hacia el derecho consuetudinario y el derecho consuetudinario ya perfecto está envuelta en el misterio. Sólo se sabe cuándo no se ha llegado aún a esta frontera y cuándo ha sido ya rebasada; pero nadie es capaz de descubrir el punto por donde se traspasa dicha frontera. El mismo misterio impide trazar un límite entre el derecho y la moral.»

que los distingamos y evitemos también el confundir el derecho en su totalidad con el derecho promulgado, admitiendo una idea amplia del derecho positivo (1), sin olvidar que el objeto propio del derecho estricto es el acto externo y perceptible (2).

Vamos, hechas estas aclaraciones, a estudiar las obligaciones naturales, deteniéndonos en su origen, por ser de gran importancia el fijar su aparición en el campo jurídico y si ésta es, según la creencia general, anterior al de las obligaciones civiles o no. Estudiaremos ligeramente su evolución en el derecho romano, casos y efectos de las mismas y algo de la posterior hasta el moderno derecho, deteniéndonos en la doctrina francesa, en la que tanto se han estudiado al plantearse con la codificación el problema de su existencia y con la llamada escuela romántica del derecho, el de su naturaleza.

I

Dada la importancia que tiene el problema de la relación del derecho con la moral y con la economía, dado el criterio moderno contra la opinión de la inmoralidad del derecho de obligaciones (3), creemos de interés nuestro estudio, aunque sea creencia general, compartida por un jurista de la talla de Savigny (4) la de la poca importancia práctica de las obligaciones naturales.

La palabra *natural* se usa en el derecho en un sentido general y en particular. Se habla en general de un derecho natural, unas veces como razón última del derecho, como expresión de la existencia de un fundamento intrínseco del derecho en la naturaleza

(1) Hegel: «Grundlinien der Ph. des Rechts», § 211. «Was an sich Recht ist, ist in seinem objektiven Dasein Gesetz, d. i. durch den Gedanken für das Bewusstsein bestimmt und als das, was Recht ist und gilt, bekannt, das Gesetz; und das Recht ist durch Bestimmung positives Recht überhaupt.»

(2) Kant: «Sämtliche Werke», tomo V, pág. 337. «Das Recht überhaupt nur das zum Objekte hat, was in Handlungen äusserlich ist.» Id., pág. 523. «Die Ethik gibt nicht Gesetze für die Handlungen (denn das tut das *ius*) sondern nur für die Maximen der Handlungen.»

(3) Planiol: «Traité élémentaire de Droit civil», tomo 2.º, pág. 58.

(4) Savigny: «Sistema de Derecho romano actual», tomo 4.º, pág. 241, nota; habla de la «rareza y poca importancia práctica de las obligaciones naturales», y en pág. 255 «son tan raras, ocupan un lugar tan secundario en las relaciones de la vida real».

de las cosas (Ahrens), otras como ideal del derecho imperfectamente traducido por los hombres que lo encarnan (1), otras como proyección idealizada de las aspiraciones no realizadas de un pueblo, siendo realmente un derecho histórico (2). En este sentido se distinguen leyes naturales (del ser), de leyes de derecho natural (del deber ser) (3).

En sentido restringido se emplea la palabra *natural* en derecho como adjetivo para indicar una figura jurídica realmente tal, a pesar del no reconocimiento positivo con plenos efectos. Muchas veces tal palabra implica para el término opuesto del derecho una velada inculpación de artificial, como cuando se contraponen las incapacidades jurídicas a capacidades naturales.

En las fuentes encontramos los términos de razón natural (*naturalis ratio*) (ley 2, Inst., II, 1-1, pr. Dig., XLI, 1) de ser natural (35, Dig., L, 17), *status* natural, frente a estados civiles (*libertatis, civilis*), elementos naturales de los contratos (*naturalia*

(1) Gans: «Zusat» 1.º a la obra de Hegel citada: «Es gibt zweierlei Arten von Gesetzen, Gesetze der Natur und des Recht ... Um zu wissen, was das Gesetz der Natur ist, müssen wir diese kennen lernen, denn diese Gesetze sind richtig: nur unsere Vorstellungen davon können falsch sein ... Die Rechtsgesetze sind Gesetzes, von Menschen Herkommendes Mit diesen kann notwendig die innere Stimme in Kollision treten oder sich ihm anschliessen. Der Mensch bleibt bei dem Daseienden nicht stehen, sondern behauptet in sich den Massstab zu haben von dem, was Recht ist: er kann der Notwendigkeit und der Gewalt äusserer Autorität unterworfen sein, aber niemals wie es sein sollte, und in sich selbst findet er die Bewährung oder Nichtbewährung dessen, was gilt.»

(2) Lassalle: «Théorie systematique des droits acquis», tomo 1.º, páginas 81-82.

Consentini: «La reforme de la législation civile», cap. 2.º «Les survivances du droit naturel».

Recaséns: «Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico», página 167.

(3) Kant: Prólogo de «Grundlegung zur Metaphysik der Sitten»: «... die materiale Philosophie, welche es mit bestimmten Gegenständen und den Gesetzen zu tun hat, denen sie unterworfen sind, ist wiederum (de la Filosofía formal unitaria) zweifach. Denn diese Gesetze sind entweder Gesetze der Natur, oder der Freiheit. Die Wissenschaft von der ersten heisst Physik, die der andern ist Ethyk; jene wird auch Naturlehre, diese Sittenlehre, genannt.»

Recaséns: Obra citada, pág. 44 y 111 y siguientes.

negoti) modos naturales de adquirir (54, Dig., XLI, 1), posesión natural (1, § 9, Dig., XLIII, 16), prestación natural en dote (*naturalis prestatio*) dominio natural en bienes dotales (1), delito natural (6, Dig., XLVI, 1). Hoy decimos incapacidad natural, persona natural, hijo natural...

Veamos la obligación natural (16, § 4, Dig., XLVI, 1). Podemos adelantar que su concepto general responde a la idea, no de dos modos distintos de obligarse, sino de dos intensidades diferentes del nexo obligatorio, del modo de quedar obligado, respondiendo el natural, más que a un estado primitivo, a un posterior desarrollo del derecho que acoge en su ámbito relaciones antes extrajurídicas (2) y cuyas características principales son el carecer de acción el acreedor y el nacer para el derecho al extinguirse por su cumplimiento voluntario.

En Roma la acción determina una clasificación de las obligaciones: a), obligaciones con acción civil perpetua en sus orígenes = obligaciones civiles (3); b), obligaciones con acción temporal = obligación honoraria o pretoria (4), y c), obligaciones sin acción = obligaciones naturales (5). Distinción que responde a derechos diferentes: al derecho civil estricto, obligación civil; al derecho pretorio, obligación honoraria, y al derecho de gentes, obligación natural (6).

(1) 30 Cod. V. 12: «cum eadem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio.»

(2) Jonsco: «Les obligations naturelles», tesis, pág. 7. «En el Derecho romano primitivo, que era un Derecho rígido, no se admitían más obligaciones que aquellas que habían sido creadas con las formalidades legales; pero más tarde, cuando la Filosofía hubo ejercido su influencia sobre las concepciones morales, se admitieron diversos casos de obligaciones naturales en aquellos en que eran compatibles con las costumbres y las instituciones jurídicas y sociales de la época.»

(3) 4, § 3, Dig., XII, 5.

(4) 1, Inst., III, 13. «Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut pretoriae, civiles sunt quae aut legibus constituuntur aut certo iure civili comprobatae sunt. Pretoriae sunt quae pretor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur.»

(5) Serafini: «Instituciones de Derecho romano», tomo 2.º, pág. 42.

Savigny: Obra citada, tomo 4.º, pág. 241.

(6) 47, Dig., XII, 6.

126 § 2. Dig. XLV. 1.

Origen histórico.—El criterio general, quizá influido por la errónea creencia en un supuesto estado de naturaleza, es que la obligación natural es la forma primitiva de las obligaciones; que la ley ha introducido una escisión artificial y una limitación. Son, pues, para los que así piensan, las obligaciones naturales, la pura representación del derecho primitivo, supervivencias de un estado de derecho vivo en el pueblo, producto natural y espontáneo del mismo, que excluye toda creación o al menos declaración reflexiva.

Así dice Toullier (1): «la obligación natural es una supervivencia de un estado primitivo, en el que todas las obligaciones eran naturales. Hoy no son tales más que las que no han sido sancionadas por las leyes».

La obligación natural es, para nosotros, ante todo, una obligación jurídica (2); como tal no podemos asentir en modo alguno a dicha afirmación. La cuestión para nosotros es si las relaciones de fuerza de los hombres primitivos pueden llamarse obligaciones jurídicas (3).

El hombre primitivo no puede sentir la obligación jurídica, sólo siente la fuerza; su derecho es su fuerza o la de su horda; las relaciones jurídicas primeras son todas reales y de cumplimiento inmediato (4), posteriormente la obligación del derecho primitivo es, ante todo, la acción (5).

84 § 1. Dig. L. 17. «Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.»

Savigny: Obra citada, tomo 4.º, pág. 247. «*Naturalis obligatio* es, en general, la obligación fundada en el *jus gentium*.»

(1) «Droit civil», tomo VI, núm. 377.

(2) De acuerdo con la doctrina clásica, como veremos.

(3) Mayr: «Historia del Derecho romano», tomo 1.º, pág. 103. «Este estado de organización (del Estado) es precedido siempre en los tiempos primitivos por un período de autoayuda en que los derechos reales o pretendidos se imponen mediante la propia fuerza, sin intervención del Estado, y las transgresiones supuestas o reales, se persiguen por medio de la venganza privada.»

(4) Letelier: «Génesis del Derecho y de las instituciones civiles fundamentales», págs. 199 y siguientes, pág. 266: «Para llegar a esta noción que a nosotros nos parece elementalísima: que el acuerdo de dos voluntades basta a producir obligaciones, se necesita un desarrollo social de largos siglos.»

(5) Véase Schulze: «Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung», 1883.

¿Cómo conciliar este estado con un desarrollo de la conciencia jurídica que pueda concebir la obligación natural y la equidad correctora de la ley, que es su fundamento? La obligación natural es necesariamente posterior a la civil (1).

Esta afirmación ha de chocar con la creencia general, pues es mucho más fácil para el hombre moderno el imaginar un estado jurídico, en cierto sentido, corrector del actual y proyectarlo en el pasado, que el lograr la difícil operación mental de situarse en el mismo despojándose de todos aquellos conceptos e ideas que él cree innatos y que sólo son fruto de una larga y penosa evolución. Mucho más fácil es creer con Rousseau y los románticos en las virtudes del salvaje y en la perfección natural del hombre primitivo que imaginarse su situación real de promiscuidad y su lamentable estado de lucha y miseria.

Limitándonos al derecho romano, podemos afirmar que éste no llegó a admitir las obligaciones naturales sino en un período relativamente avanzado de su evolución (2), que quizá nunca llegó a una teoría unitaria de las mismas (3), y en su desarrollo podemos señalar tres períodos: primitivo, clásico (desde que el procedimiento formulario se generaliza) y bizantino, y que sólo en este último, por la influencia de la filosofía griega, se empezó a buscar una sistematización de los casos distintos en que había sido reconocida una obligación natural, y se planteó el problema de su naturaleza (*fisis*).

Consecuentes con nuestro criterio de que para que surja el concepto de la obligación natural en el campo jurídico precisa un derecho muy desarrollado y que su admisión responde a una mayor amplitud del espíritu jurídico y una mayor sensibilidad en el pueblo, al plantearnos el problema de la causa remota de las mismas, hemos también de disentir de la opinión más general.

Para la mayoría de los juristas, la causa última de la admi-

(1) Jonesco: Obra citada, pág. 13. «En el Derecho primitivo, en que la acción constituye el derecho, en que no puede concebirse el derecho sin la acción, la obligación natural no se encuentra.»

(2) Tras un largo período, en que parece haber existido como forma única la «obligatio naturalis servii». (Sohm: «Instituciones de Derecho privado romano», nota, pág. 353.)

(3) Accarias: «Précis de Droit romain», tomo 2.º, pág. 778.

sión de las obligaciones naturales está en la limitación del derecho primitivo y en los casos que se presentaban de oposición entre las consecuencias estrictas de sus principios y el sentimiento de equidad del pueblo (1). Para ellos, la obligación natural es la resultante de una oposición entre el derecho y la equidad, que fuerza a aquél, cuerpo muerto, sin el espíritu vivificador de ésta, a romper su formalismo, admitiendo en su seno, con formas jurídicas, las exigencias imperativas de una mayor moralidad.

No es que neguemos nosotros que sea ésta una de las causas de admisión de las obligaciones naturales, pero sí que sea la primera. Un sentimiento de equidad en el pueblo o en sus magistraturas, corrector del derecho estricto, será siempre la causa más fecunda de las llamadas obligaciones naturales; pero nunca será su causa primera. No comprendo cómo los que tal sostienen no se dan cuenta de que su opinión es inconciliable con su creencia en un estado primitivo de derecho de obligaciones natural, pues si, según ellos, la causa de la admisión de la obligación natural es una crisis de superación de las normas jurídicas, tal opinión implica un previo largo período en que las normas jurídicas estrictas eran plenamente soberanas y en que, por lo tanto, no podía ni imaginarse una figura jurídica que no encuadrarse plenamente en su formalismo.

(1) Sabatier: «Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devans la jurisprudence», pág. 268, dice del Derecho romano que: «De una parte, era un principio que ninguna obligación podía nacer, sino a través de las formas especiales, creadoras de tal obligación. De otra parte, no se permitía ser acreedor o deudor más que a ciertas personas determinadas, los *pater familias*, los propietarios de patrimonios, que sólo eran una minoría en el conjunto de la población romana. Tales eran los principios fundamentales de ese derecho, y, por consiguiente, fuera de ciertas condiciones estrechas y fijadas con limitación, no podía nacer obligación alguna.

«La equidad protestaba violentamente contra tal estado de cosas, y a medida que las costumbres romanas se dulcificaron y perfeccionaron, una corriente civilizadora fué paulatinamente corrigiéndolo. El modo más natural e importante de manifestarse tal corriente fué la reforma legislativa o pretoriana del derecho positivo, la reducción y simplificación de las formalidades solemnes, la atenuación de las arbitrarias incapacidades de la mujer, del hijo de familia, del esclavo. Pero ni el pretor, ni las leyes y constituciones cambian el carácter fundamental del Derecho romano. Sólo aportan mejoras parciales, correcciones aisladas.»

Para nosotros, la obligación natural aparece, en su origen remoto, como producto de una distinción básica para el derecho, que revela la especial vocación del pueblo jurista por excelencia, el romano, y esta distinción no es entre derecho y moral, que es muy posterior, sino entre derecho y hecho, entre el mundo jurídico y el natural; por algo se la llama obligación natural. Dice Ihering: «En la expresión puramente gramatical de la distinción entre *civilis* y *naturalis*... el pensamiento se había apoderado de una distinción doctrinal de la mayor importancia para la manera de ver el derecho; tal es la distinción de lo jurídico (*Rechtlichen*): esto es, el derecho, y el hecho (*Factischen*); trátase, en efecto, de una distinción colocada a modo de presente jurídico en la cuna del derecho y acomodable desde los primeros momentos al pensamiento jurídico. Bajo la fórmula, poco aparente, *civilis* y *naturalis*, ocúltase una de las obras más preciosas del pueblo romano» (1).

Solamente comprendiendo que el derecho tiene sus leyes especiales y que no toda la realidad es jurídica, sino que el mundo del derecho ha de operar con sus conceptos, cribando la inmensidad de los hechos reales, puede el hombre plantearse el problema jurídico científicamente; sólo limitándose puede el pensamiento elevarse en grado. Limitándonos, nos hemos planteado el problema del origen jurídico de las obligaciones naturales, del advenimiento al campo jurídico de esta especial figura, y, aparte de causas remotas, cuyo estudio pertenecía a otras disciplinas, para nosotros la causa primera es la distinción entre el hecho y el derecho y que en el campo de éste haya algún obstáculo que impida el acceso del hecho a lo jurídico.

El mundo en que de hecho aparece la obligación natural es la casa romana, esa atalaya del derecho, como la llama Ihering, desde la que el romano contempla el mundo con ojos de jurista, de la que dice: «Imagínense, de un lado, los casos extremadamente raros e insignificantes de la *obligatio naturalis*, parte de los cuales no han sido señalados por los juristas, sino tan sólo con el

(1) Ihering: «La posesión, pág. 351: y «no era un producto del arte de los juristas, sino una noción completamente popular y una de las nociones jurídicas originarias del pueblo romano», pág. 349.

objeto de agotar todo lo que puede decirse de esta materia, y de otro, su aparición incesante, diaria, absolutamente inevitable, en la casa romana, y no se vacilará en admitir que allí tuvo que ser donde pudo formarse por primera vez una idea de ellas y darles su nombre. Así como la *possessio naturalis* contiene el reflejo del derecho de las cosas, así la *obligatio naturalis* contiene el del derecho de las obligaciones dentro de la casa romana. «Si no podemos concebir la casa romana sin la tenencia de las personas que estaban bajo el poder doméstico, tampoco podemos concebirla sin actos jurídicos de dichas personas. Entre los miembros de la casa romana, sometidos al jefe de familia (*domesticus iudex*), tanto entre sí como respecto a éste, establecíase una corriente de obligaciones, en que todos tenían que conceptuarse comprometidos» (1).

En un todo aceptamos la opinión del eminente jurista sobre la distinción básica entre hecho y derecho, y que ésta es la fundamental y fecunda nos lo demuestra plenamente, y con ello cae por su base la opinión que combatimos: el que, si como ésta cree, la causa de la aparición de la obligación natural fuese el formalismo y la supuesta estrechez de espíritu del derecho romano primitivo, necesariamente las etapas de desarrollo de éste y las posteriores de influencia canonista y de espiritualismo y libertad en el derecho nos hubieran debido mostrar un florecimiento gigantesco de las obligaciones naturales; y, por el contrario, si consideramos el derecho moderno, vemos que sólo ha llegado a una idea más general, que pueda servir de base a los fallos judiciales, y, so pena de dejar de ser, sigue admitiéndolas con dificultad y en casos aislados, prueba plena de que existía para la formación del concepto algo más que una causa romana, una causa jurídica; y si atendemos al derecho romano, éste nos muestra en su evolución más bien una restricción que una mayor amplitud del criterio jurídico sobre las mismas, pues «ofrece en el derecho justiniano un aspecto enteramente distinto del que presentaba en el derecho clásico, en que nació; en éste los jurisconsultos podían, dentro de ciertos límites, crear nuevas formas de obligaciones naturales, interpretando el riguroso *ius civile* en sen-

(1) Ihering: Obra citada, págs. 351 y 349.

tido amplio, *supplendi vel corrigendi gratia*; no sucede lo mismo en la legislación de Justiniano, en que la obligación natural es una institución de *ius singulare*, aplicable taxativamente a casos especiales y rigurosamente determinados» (16, §§ 3 y 4, Dig., XLVI, 1; 94, § 3, Dig., XLVI, 3) (1).

Por ello, para nosotros, la causa remota de la aparición de la obligación natural es la antes dicha, y posteriormente, cuando el nuevo espíritu del derecho pretorio hubo triunfado y cuando con el procedimiento formulario el magistrado tuvo en su mano el poderoso instrumento de la *exceptio* (2), mucho más flexible que la antigua *denegatio actionis*, para amparar por equidad los intereses lesionados por el juego inflexible del derecho estricto, sólo entonces, cuando hay ya un derecho adelantado en un pueblo al que sus conquistas materiales han hecho ampliar su criterio jurídico, puede decirse que la equidad es el fundamento de la obligación natural (3) y causa de ésta.

El pretor ejerce una doble acción en el desarrollo de las obligaciones naturales a), de una parte, para la protección del acreedor natural, a quien rigurosamente no se había hecho un pago de una deuda exigible y contra el cual se pedía la restitución. Con esto el pretor no altera en nada el camino normal seguido por la obligación natural en el campo jurídico; pero b), de otra parte, el pretor actúa en sentido completamente opuesto. Primeramente, la obligación natural que se reconoce por el magistrado, por haber sido cumplida, y su existencia y cumplimiento, ale-

(1) Savigny: Obra citada, tomo III, pág. 42.

(2) Mayr: Obra citada, tomo I, pág. 383. «La gran antigüedad de las excepciones y el hecho de que el magistrado, en ciertos casos, se hallase obligado por imperio de la ley a servirse de ellas, no quita nada a la misión que los juristas les atribuyen reiteradamente: de venir en auxilio de la equidad, ayudándola a triunfar contra el derecho estricto. Por el contrario, en esa historia de las excepciones se refleja el desarrollo gradual de la equidad en la vida jurídica. La *denegatio actionis* sólo libraba al demandado del proceso, por el momento, de un modo provisional. Sólo la *exceptio* del procedimiento formulario, paralela en un principio a la *denegatio*, y que luego la suplantó, si se llevaba a la *litis contestatio*, cerraba definitivamente el paso a los derechos contrarios a la equidad reconocida por el pretor. El procedimiento formulario dejaba un gran margen al *index* para que tuviese en cuenta la equidad...»

(3) 95, Dig., XLVI, 3. «Vinculum oequitatis quo solo sustinebatur.»

gada por el acreedor-cobrador, produce efectos civiles; en el otro caso, el camino es inverso. Una obligación civil existe plenamente, pero la acción no puede ser admitida por un obstáculo civil; la *exceptio* que antes nos reveló que existía una obligación natural, amparada por el pretor, ahora, a pesar de existir una obligación civil, por consideraciones generalmente de conveniencia e interés público, por una *exceptio*, por una *praescriptio* de la fórmula, el pretor impide que la acción prospere. Mas, a veces, los mismos motivos de equidad obligan al Magistrado a corregir su obra y a reconocer como debido el cumplimiento de aquella obligación, cuya ejecución él mismo había impedido. Se ha hablado por los juristas, en este caso, de obligaciones naturales, que son civiles degeneradas; resto de obligaciones civiles, como tales muertas jurídicamente, al ser paralizada su acción, pero vivas también jurídicamente como naturales, al no poderse repetir su pago.

En el primer caso, la obligación natural tiene una vida extra-jurídica hasta que su cumplimiento o reconocimiento por el deudor la revela al derecho, y es, en cierto modo, reconocida por éste con efecto retroactivo, dado que el admitir el pago como válido implica reconocer la previa existencia del delito, y, por tanto, de la obligación. En el segundo caso, la obligación nació y vivió con plenos efectos jurídicos; pero al paralizarse el principal, la acción queda, en cierto modo, excluida, no del campo jurídico, pero sí del de las normales obligaciones civiles, con plenos efectos; por ello se le llama obligación civil degenerada; pero no debemos olvidar que esta palabra se usa en sentido figurado, pues las obligaciones naturales en sí ni son imperfectas, ni degeneradas: son una categoría jurídica, con sus características especiales, perfectas como tales; sólo comparativamente puede llamárselas imperfectas (Huc, De Diego), y sólo de algunas, por su origen, cabe decir que son civiles degeneradas (Aubry et Rau, Planiol), sin que nunca proceda tomar al pie de la letra tales denominaciones, que pueden originar confusiones, como veremos, tanto respecto a su origen en general como respecto a su naturaleza.

La causa de que en los dos casos de origen distinto de la obligación natural que hemos indicado no sea admitida una obliga-

ción civil plena es una serie de obstáculos legales: primeramente, la constitución de la casa romana, que para el derecho aparece como cuerpo impenetrable en su férrea unidad ante el mundo exterior, después el formalismo del derecho primitivo, incapaz de comprender como jurídico lo que no sea físicamente perceptible, y más tarde es la *exceptio* misma la que muestra que también el derecho pretorio puede herir el sentimiento de justicia. Las causas primeras cooperan al mismo efecto al implicar, de un lado, una sensible diferencia entre las personas naturalmente capaces y las civilmente capaces; de otra parte, entre formas naturales de obligarse y formas civiles de quedar, ante el derecho, obligado. Responde, pues, en este sentido, la palabra *natural* a la distinción entre natural y legal, habiendo en este aspecto una causa legal de las obligaciones naturales.

Sólo mucho después, quizá fuera ya del genuino derecho romano, es cuando puede plantearse con toda amplitud la cuestión de la causa de las mismas en otro sentido, o sea como causa de su fuerza obligatoria, pues es doble el sentido en que se pueda hablar de la causa de las obligaciones naturales: A) como causa de que no sean civiles; B) como causa de su fuerza obligatoria en el concepto de naturales. No debe decirse, confundiendo ambos sentidos, que la causa, en el primer sentido de la existencia de las obligaciones naturales, sea la falta de causa jurídica de su plena efectividad como civiles. *Ab initio*, la obligación natural no tiene en sí ninguna falta que explique el que no alcance la normal efectividad jurídica (1) la causa de que no obtenga el pleno reconocimiento jurídico, al negársele la acción, es externa a la misma, es un obstáculo legal. Ihering, que, como hemos visto, sigue un paralelismo entre la obligación y la posesión natural, dice: «En la *possessio naturalis* de las personas bajo potestad, la noción de posesión, y en la *obligatio naturalis*, la noción de obligación, se estrellan contra el obstáculo que implica la constitución de la casa romana, nuestra *n* (obstáculo legal) es quien quita aquí a

(1) Capitant: «De la cause des obligations», pág. 25: «la cause se rencontre dans toute obligation volontaire».

las condiciones de la obligación, como más arriba a las de la posesión, la eficacia que de otro modo hubieran tenido (1).

La causa es un obstáculo legal. Existe para el derecho una posesión natural por una *Besitzhinderniss*; existe una obligación natural (podemos decir siguiendo a Ihering), porque un lazo obligatorio encuentra en el camino de sus efectos jurídicos una *Schulds-hinderniss*; aunque no es este el término apropiado, no es un impedimento de obligación, pues aunque con efectos limitados, la obligación se reconoce por el derecho. Para encontrar el término preciso, relacionemos nuestro objeto con los resultados recientes de los investigadores de los derechos primitivos (Von Amira, Cornil, Mitteis, Partsch, Koschaker, Pacchioni, etc.) (2), y la escisión del concepto unitario, de obligación en los dos, de débito y responsabilidad, y en vez de un impedimento de deuda, puesto que el débito se reconoce, diremos que existe una *Haftungshinderniss*, un obstáculo a la admisión de la responsabilidad, que impide que la acción que ha de darle efectividad le sea atribuída por el derecho.

ANTONIO MARÍN MONROY,

Notario.

(Continuará.)

(1) Ihering: Obra citada, pág. 349.

(2) Y los trabajos sobre el *nexum* de Savigny, Bachofen Scheurl, Huphke y Giraud. Véase Sohm, obra citada, pág. 53; Mayr, obra citada, 1.º, páginas 196-203.

LA "USUCAPIO PRO HEREDE"

Al desarrollar en números precedentes de esta Revista mi información sobre el heredero aparente pensé haber tratado en toda su amplitud la curiosa institución que sirve de título a este trabajo; pero me detuvo la consideración de que, al hacerlo, hubiera roto la proporcionada extensión de las partes de aquel estudio con la interpolación de una tarea semejante, cosa que voy a intentar hacer en los renglones que van a seguir.

Vamos a tratar, pues, de la *usucapio pro herede*, de aquella que, como decía Poilane (1), ninguna, entre las instituciones jurídicas de los romanos, presenta un carácter tan original como ella.

Sí, en efecto, la contemplamos, sobre todo en la época de su pleno desenvolvimiento en el derecho clásico—hecha abstracción de su origen y de su desenvolvimiento histórico—, parece, a primera vista, por sus elementos y sus condiciones especiales, con un campo de aplicación bien determinado, y tener una vida absolutamente propia, independiente de la *usucapio* ordinaria, o, cuando menos, ser una descendiente de ésta muy desfigurada: veremos, sin embargo, que el lazo que une claramente, desde el punto de vista histórico, la *usucapio pro herede* a la *usucapio* ordinaria es mucho más estrecho del que aparece a primera vista.

Después del descubrimiento del manuscrito de Gayo en 1820, los verdaderos caracteres de la *usucapio pro herede* nos son mucho más conocidos.

Antes de este descubrimiento, algunos textos esparcidos en la compilación de Justiniano que mencionaban la existencia de una *usucapio pro herede* no habían llevado la luz al espíritu de nuestros antiguos comentadores, y la mayoría de ellos estaban completamente equivocados sobre el sentido de estos textos.

El heredero real, decían, puede usucapir por título *pro herede* las cosas que no forman parte de la herencia; por consecuencia,

(1) Alexis Poilane: «Droit romain. De l'usucapio pro herede. Droit français. De l'effet des actes passés par l'héritier apparent.» *Thèse*. Año 1893. Rousseau, París.

decían también, el heredero aparente, que tiene el título putativo *pro herede*, puede igualmente usucapir, pero no puede usucapir más que las cosas no hereditarias, pues si fuera heredero real no tendría necesidad de usucapir las cosas hereditarias.

Voët, Cujas, Dabelow (1), habían comprendido la singularidad de esta teoría, y, en fuerza de ingeniosos argumentos, llegaron muy cerca de la verdad; pero no teniendo en sus manos sino muy pocos textos, y equivocados, no pudieron llegar a formarse una idea exacta de la *usucapio pro herede*, y hoy, a pesar de las investigaciones extremadamente interesantes que nos suministran las *Institutas*, de Gayo, y especialmente después de las dos revisiones hechas del manuscrito por M. Studemund y publicadas en 1874 y 1884, todavía quedan puntos oscuros sobre esta cuestión, y especialmente sobre el origen de la *usucapio pro herede*, sobre sus motivos y sus condiciones.

En los párrafos 52 a 59 de su segundo *Comentario* es donde Gayo trata de la *usucapio pro herede*.

Resulta de este texto que la *usucapio pro herede* es una institución dirigida contra el heredero real, y que permite a cualquier tercero el poder, por la usucapición, apoderarse sea del título hereditario mismo, sea de las cosas hereditarias solamente, según las épocas, y esta *usucapio* presenta carácter tan extraordinario, que la buena fe no se exige al poseedor, derogando con ello los principios más elementales de la usucapición romana.

Se ha visto, en efecto, durante largo tiempo, y tal es todavía la opinión de algunos autores, no exigirse la buena fe en la *usucapio pro herede*, y en ciertos casos de usucapición, casos indicados por Gayo como simples excepciones a la regla de la necesidad de la buena fe, admitidas en todos los tiempos, y cuyas excepciones, poco conformes a los hábitos de los romanos, respetuosos con los principios establecidos, se justificarían por consideraciones muy especiales. Esta opinión podría apoyarse sobre el párrafo 42 del segundo *Comentario*, de Gayo, en cuyo texto el jurisconsulto nos presenta el caso de una *usucapio pro herede* de mala fe, a la que califica de lucrativa, de *improba*, como siendo una derogación a los principios de la *usucapio*.

(1) Voët ad Pandectas, liv. 41, t. V. & 2. Cujas, ad tít., Dig., pro herede, XLI, 5.—Dabelow: *Verjährung*, 1805, Halle, I, p. 341.

Pero al lado de esta explicación, que no es tal, puesto que se limita a constatar los hechos, sin investigar los motivos, se ve surgir una nueva teoría infinitamente más verosímil; lejos de considerar la *usucapio pro herede* y los otros casos de usucapión de que no se exige la buena fe como excepciones especiales arbitrariamente creadas en una época para salvaguardar intereses particulares, se admite, por contra, que la usucapión ordinaria en su origen no habría exigido más que la posesión prolongada durante un cierto tiempo sin ninguna otra condición de buena fe y de justo título y que, por consecuencia, los diversos casos de usucapión de mala fe encontrados en el Derecho clásico no serían más que los restos, los vestigios de la antigua teoría, restos que habían sido conservados por motivos especiales. Esta teoría, elaborada por M. Stinzing (1), y adoptada por muchos sabios alemanes, fué por primera vez presentada y admitida en Francia por el Decano de la Facultad de Derecho de París, M. Esmein, en la *Nouvelle Revue Historique*, en el año 1885.

Esta concepción de la usucapión, tal como la ha presentado Esmein, aunque parezca natural y lógica, cuidaremos mucho de creerla verdadera. Nos contentaremos con rechazar brevemente algunos de los argumentos empleados por el sabio profesor:

1.º Esta concepción está en conformidad exacta con el espíritu del Derecho romano, el que completamente materialista y brutal en sus principios, fué en el curso de las edades dulcificándose poco a poco hasta llegar a hacerse espiritualista, por decirlo así. ¿Cómo admitir que un pueblo grosero y todavía en su infancia hubiera podido edificar esta teoría tan delicada, tan refinada y tan sutil del justo título y de la buena fe tal, sobre todo, como la habían comprendido los jurisconsultos romanos? Como dice muy bien Esmein, «el Derecho antiguo evita por instinto la investigación de las intenciones, ignora el pensamiento individual en los actos jurídicos hasta que aquél no se afirma en una forma precisa y conocida de antemano».

2.º Los fragmentos que no son conocidos de la Ley de las XII tablas sobre la usucapión no mencionan nunca las condiciones de justo título y de buena fe. Es de notar que los autores

(1) Stinzing: «Das weren von Bona fides und titulus in der roemischen Usucapionslehre.»

clásicos en sus definiciones generales de la usucapición no dejan de suponer la necesidad de estas dos condiciones. lo que daría a pensar que estas definiciones no eran más que la copia o, cuando menos, el reflejo de antiguas definiciones que se daban a la usucapición, y se llega más aún a esa consecuencia por la cuasi similitud de las dos definiciones que nos dieron Ulpiano y Modestino: *Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis annis vel bienni.* (Ulpiano, XIX, 3.) *Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.* (L. 3, Dig., XLI, 3.)

3.º La Ley de las XII tablas prohíbe la usucapición de las cosas robadas (Gaius, II, & 5), y esta prohibición parece dirigida no solamente contra los terceros adquirentes, sino también contra el ladrón mismo. ¿Cómo explicar la prohibición a este último si en Derecho común la usucapición exigía la condición de buena fe de la que no podía prevaleerse ciertamente el ladrón?

4.º La regla según la cual se prohíbe a un detentador precario el que no puede prescribir a causa de esta precariedad ni aun *per mille annos*, de invertir su título, regla condensada en la célebre máxima *Nemo sibi causam possessionis mutare potest*, cuya regla no puede concebirse en un sistema de legislación que sólo admitiera la *usucapio* de buena fe, pues evidentemente, la detentación precaria que intervierte la causa de su posesión es de mala fe y, por consecuencia, no podrá conducir jamás a la usucapición. ¿Cómo explicar que esta regla tuviera nacimiento en el Derecho romano? ¿Es preciso admitir que ha sido creada especialmente para los casos extremadamente raros de usucapición de mala fe? Esto no es admisible, como ha dicho muy bien Esmein: «tal como nos ha sido presentada la vieja fórmula, tiene un carácter evidente de generalidad: nada puede hacer suponer que hubiere sido inventado para el caso especial de la *usucapio pro herede*. Ella debía considerar no solamente los casos de *usurephiones* a las cuales se aplica con las restricciones conformes a estas situaciones excepcionales, sino también a la usucapición en general. Esto resalta de los textos cuyo sentido se discute sin restringirlo, a una hipótesis aislada en lo que no encontramos aplicación útil, creyendo deber descartar las falsas consecuencias que podríamos estar tentados de sacar.

Pero si, en suma, la regla tiene una utilidad general, resultará que hasta en la usucapion se cumple en todos los casos sin justo título y sin buena fe.

Tales son, en sustancia, algunas de las pruebas suministradas por Esmein, y esta concepcion rudimentaria de la usucapion no podía subsistir. La ciencia jurídica deviene poco a poco más afinada, más sutil, y llegará insensiblemente en una buena hora a construir la teoría práctica de la usucapion del derecho común, y Esmein mismo indica cómo ha debido hacerse esta evolución, cuál fué la marcha ascendente de los jurisconsultos sobre este punto, y cómo, por fin, se deja subsistir la teoría primitiva para ciertos casos más particularmente interesantes y especialmente para la *usucapio pro herede*.

Si se admite la tesis de Esmein, se ve que la *usucapio pro herede* pierde su carácter enigmático y bizarro que parece tener en medio de los principios romanos sobre la usucapion.

Digamos todavía que hay que guardarse mucho de confundir la *usucapio pro herede* de que vamos a ocuparnos, es decir, la *usucapio* del heredero aparente con otra especie de *usucapio pro herede* a la cual parecen referirse ciertos textos.

Nosotros queremos hablar de la *usucapio* con título *pro herede*, de la cual puede prevaleerse el heredero real respecto a las cosas no hereditarias que ha creído equivocadamente formaban parte de la herencia. Esta usucapion entra en la teoría general de la usucapion del Derecho común y está sometida, por consecuencia, a las condiciones de justo título y de buena fe: el justo título es aquí la cualidad de heredero, y de ahí la denominación de *usucapio pro herede*. Ciertos comentaristas han pretendido que esta denominación es inexacta y que en la especie hay simplemente una *usucapio* a título *pro suo*: esto no es más que una discusión de palabras, y todo el mundo está de acuerdo sobre las condiciones y las consecuencias de esta especie de usucapion.

Trataremos la cuestión en dos partes: la primera, la *usucapio pro herede* de mala fe, tal como nos la hizo conocer Gayo, que la designa con el nombre de *usucapio* lucrativa *pro herede*; en la segunda hablaremos de la *usucapio pro herede* de buena fe.

La primera parte será la fundamental, pues, efectivamente, en

el supuesto de la *usucapio pro herede* de mala fe es donde se presenta el carácter original y excepcional de que hemos hablado.

En la segunda nos preguntaremos si la *usucapio* de buena fe está sometida a las reglas especiales de la de mala fe o si es preciso aplicarle los principios generales de la *usucapio* de derecho común, lo que constituye un punto poco conocido y estudiado.

LA «USUCAPIO PRO HEREDE» DE MALA FE.

Hemos explicado cómo la idea de *usucapio pro herede* de mala fe puede conciliarse históricamente con la condición de justo título y de buena fe exigida en la usucapión ordinaria de la época clásica, pero aun admitiendo, como lo hemos hecho, con Esmein, que en su origen esta usucapión ordinaria no exigía nunca la condición de justo título y buena fe, nos parece cierto que más adelante se había perdido la noción de lo que había sido la teoría general y que, por consecuencia, en la época de su pleno desarrollo la *usucapio pro herede* constituía a los ojos de los jurisconsultos una verdadera anomalía, inexplicable desde el punto de vista de los principios y que se justificaba solamente por consideraciones especiales, y así en este aspecto nos la presenta Gayo, indicándonos de manera muy clara las razones que se la hacían admitir, cuyos motivos eran suficientes a Gayo para dar nacimiento a una institución que estaba en contradicción manifiesta con los principios del Derecho común.

Como ya dijimos, Gayo trata de la *usucapio pro herede* en los parágrafos 52 y 59 de su segundo comentario, en los que nos indica los motivos a que había obedecido al crear la *usucapio pro herede*.

He aquí cómo se expresa: § 52. *Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, veluti si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere, su modo ea res quae recipit usucapionem; quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.* § 53. *Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res quae solo continentur, anno usucapiantur.* § 54. *Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. Lex enim XII Ta-*

bularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno. Ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est: et quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit. § 55. Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. § 56. Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur; nam sciens quisque rem alienam lucri facit. § 57. Sed hoc tempore, etc.

La razones que da Gayo para justificar la existencia de la *usucapio pro herede* de mala fe son dos: 1.ª, el interés del culto de los sacra; 2.ª, el interés de dar a los acreedores del difunto algo a que perseguir. Este segundo motivo, que nos parece más serio y mucho más plausible que el primero, no puede ser, sin embargo, aquel que a los ojos de los romanos justificara mejor la *usucapio pro herede*.

En cuanto al motivo sacado del culto de los sacra, para comprender bien el interés que los romanos tenían por este culto, es preciso remontarse al origen mismo de la sociedad romana (1).

En los orígenes de Roma, lo mismo que en Grecia y en todos los pueblos de la raza arya, mucho antes de la aparición del culto rendido a la divinidad, se ve practicar el culto de los muertos, o culto de los sacra. «Las más antiguas generaciones, mucho antes que los filósofos, creyeron en una segunda existencia después de la presente. Ellos consideraron la muerte, no como una disolución del ser, sino como un simple cambio de vida.» ¿Dónde iba el alma después de la muerte? En Italia, como en Grecia, se pensaba que ella continuaba viviendo sobre la tierra: *Sub terra censeban reliquiam vitam agi mortuorum* (2). Esto es lo que nos explica las costumbres tan originales de los funerales; encerrando el cuerpo en un sepulcro se creía que al mismo tiempo se encerraba el alma, que al final de la ceremonia fúnebre se llamaba tres veces el alma del muerto por el nombre que en vida había tenido

(1) Fustel de Coulanges: ob. cit., p. 7.

(2) Cicerón: *Tusc.*, I, 16.

y se le deseaba que viviere felizmente sobre la tierra, y por tres veces se le decía: «Páselo bien», y se añadía: «Que la tierra te sea ligera», y de esta creencia primitiva de que el alma habitaba con el cuerpo cuando éste era enterrado, deriva la necesidad de la sepultura. El alma que no tenía su tumba vivía errante y podía importunar a los vivos; de desgraciada ella devenía en malhechora. Así, considerada como la más espantable desgracia la falta de sepultura, para castigar a los grandes culpables se les infligía la pena de la privación de sepultura. El ser que vivía así sobre la tierra, cuando el cuerpo era inhumado no había roto todos sus lazos con la humanidad de que había formado parte; tenía todavía, bajo ciertos aspectos, relaciones con los vivos, y, como ellos, tenía ciertas necesidades que había de satisfacer, y especialmente la necesidad de alimentarse. De aquí la costumbre de llevar en ciertos días del año una comida a cada tumba; se colocaba encima de los túmulos frutos, sal y pasteles y se extendía sobre la tierra leche y vino; dadas estas creencias, se deducían, naturalmente, todo un conjunto de reglas y de costumbres. Puesto que el muerto tenía necesidad de alimentarse y de beber, se concedía que era un deber para los vivientes el satisfacer esa necesidad, deber que incumbía sobre todo a la familia del difunto, a sus hijos y a todos sus descendientes. Cuando estos deberes eran cumplidos de una manera regular a los ancestrales muertos, éstos eran considerados como genios bienhechores, como seres bienaventurados y sagrados. Se tenía para ellos la misma veneración que para la divinidad; cada muerto era un dios; toda la serie de ascendientes y parientes muertos constituían los Dioses Manes, los Dioses Lares; los *Di inferi* eran los dioses protectores de la familia. En cada casa, cuando menos en su origen, había una parte reservada para sepultura de los miembros de la familia para mejor cumplir los deberes respecto a los mismos, y a la vez estos muertos podían ejercer una influencia más eficaz y más directa sobre la salud, la dicha y la prosperidad de la familia.

Poco a poco el culto de los *sacra* se complica, y había ritos, fórmulas de ruego y de invocación e himnos que variaban según las familias; era un verdadero culto doméstico y privado, que presidía de una manera casi soberana el *pater familias*.

Los dioses de cada familia, siendo los Dioses Lares o los Dio-

ses Manes, y el Estado, no siendo más que la agregación de todas las familias, resultaba que los verdaderos dioses protectores del Estado eran el conjunto de todos los Dioses Manes y, por consecuencia, se consideraba el buen funcionamiento y la permanencia de todos los cultos domésticos como indispensables a la felicidad del Estado y la cesación o desaparición del culto familiar era una verdadera calamidad pública (1).

Los que tenían un heredero suyo y necesario o un heredero necesario naturalmente y sin dificultad, el culto de los *sacra* lo tenían asegurado y el heredero no podía sustraerse a las cargas de la sucesión.

Para los casos en que se carecía de tales continuadores, se había organizado toda una clasificación de personas obligadas a la continuación del culto de los *sacra*.

Según Cicerón (2), había tres clases de personas obligadas a este culto: *Tribus modis sacris adstringi: hereditate, aut si maior pars pecuniae legata est si inde quippiam ceperit.*

Scaevola, que había sido a la vez pontífice y jurisconsulto, había hecho cinco clases: estaban obligados a los *sacras*, en primer lugar, los herederos; después, aquellos que *tantumdem capiat quantum omnes heredes*; en tercer lugar, si no hay herederos, aquel que usucapia la mayor parte de los bienes del difunto; en cuarto lugar, el acreedor que obtenía más que los otros, y en quinto lugar, si no hubiera acreedores, el deudor que, debiendo alguna cosa al difunto, por consecuencia de su muerte no la hubiere pagado.

Se ve la importancia del culto de los *sacra* y se comprende por qué se quería por un medio enérgico obligar al heredero que no era ni un heredero suyo ni un heredero necesario, y que, por consecuencia, no llegaba a ser verdaderamente heredero, hasta que se efectuaba la adición de la herencia, a hacer lo más fácil posible esta adición, pues hasta que ésta se efectuaba, el culto de los *sacra* permanecía en sufrimiento; la posibilidad de verse arrebatado de esta cualidad de heredero cuando tardaba tanto a confirmarse por su adición en el caso de un poseedor de mala fe apoderado de la herencia y que se conducía como el verdadero heredero durante

(1) Cicerón: *De legib.*, II, 9.

(2) Cicerón: *De legib.*, II, 20.

un cierto tiempo, esto era un estimulante enérgico destinado a apresurar su resolución, y se explica así igualmente que la *usucapio pro herede* hubiera sido conservada y organizada fuera de los principios que formaban el derecho común de la usucapición.

Al lado de este interés sacado del culto de los *sacra*, y que es la verdadera razón determinante de la admisión de la *usucapio pro herede* de mala fe, hubo otro motivo igualmente indicado por Gayo y paralelo del primero.

En los mismos casos en que hemos visto el culto de los *sacra* en peligro de desaparecer o de ser interrumpido durante un cierto tiempo, los acreedores del difunto estaban también expuestos a ver su derecho de persecución desaparecer si ninguno efectuaba la adición, o, cuando menos, suspendido hasta la época, quizá muy lejana, de esta adición. Se sabe, en efecto, que primitivamente los acreedores del difunto no tenían ningún derecho sobre los bienes de éste y no podían cobrar persiguiendo la realización de estos bienes; ellos no podían más que apoderarse de la persona del sucesor del difunto que hacía la adición.

Tales son los dos motivos indicados por Gayo como las causas generatrices de esta institución, y se comprende fácilmente dada la importancia que los romanos concedían a estos dos intereses, que se hubiese derogado aquí la condición de buena fe exigida a todo *usucapiens*. Si se va al mismo fondo de las cosas, se llega al convencimiento que si la buena fe no existía en el sentido técnico de la palabra para los romanos de la antigua república, la idea de una verdadera mala fe no puede ser concebible en una hipótesis donde, como ha dicho muy bien Huschke, cuando alguien toma la posesión de un patrimonio hereditario con la intención de salvar el renombre y el honor del difunto ante los dioses y ante los hombres, tomaba el cuidado de los *sacra* y pagaba a los acreedores (1).

La buena fe y el título encontraban para los antiguos romanos una sustitución en la honestidad de intenciones del *usucapiens*, que aun sabiendo cometer una usurpación, la cometía con el fin noble y sano de no dejar la memoria del difunto expuesta al grave daño moral que resultaba del hecho de no tener al punto un here-

(1) Huschke: «Ueber die usucapio pro herede, fiduciae und ex proedictura», en la *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. XIV, página 205. Ver igual Scheurl: «Beitrag zur Bearbeitung der Röem.

dero. Sobre el fundamento de estas ideas, los romanos admitieron una regla, sobre la que tendremos ocasión de volver: que las cosas hereditarias, en tanto que no son poseídas por el heredero, no pueden ser el objeto de un robo, y este principio venía a reforzar la *usucapio pro herede*, pues los mismos poseedores de mala fe, seguros de no poder ser castigados con las penas del *furtum*, estaban alentados para usucapir las herencias.

Tal es, según Gayo, el origen de la *usucapio pro herede*, pero ciertos comentadores modernos han querido asignarle otro origen.

Según Van Vetter (1), la *usucapio pro herede* fué un medio dado a los cognados para llegar a la sucesión en defecto de los agnados.

Esta opinión parece poco verosímil, pues olvida que el Derecho romano en los orígenes no favorecía nada a los cognados, a los que consideraba poco menos que como extranjeros, y, además, aunque esta opinión fuera cierta, no hay más que un caso de aplicación de nuestra institución, en que el dominio debía ciertamente ser mucho más largo.

M. Mainz (2) separa los motivos dados por Gayo representando la *usucapio pro herede* como una creación artificial inventada con el fin de constreñir a los herederos a adquirir sin dilación la sucesión que les ha sido deferida; ellos no podrían ser tomados en serio; no es por un simple motivo de utilidad que un pueblo crea una institución *improba* y legitima el robo. Según Mainz, el único modo de delación de la herencia en los orígenes era el testamento, y la sucesión *ab intestato* no era todavía conocida; si no había testamento no había heredero y, por consecuencia, los bienes permanecían sin dueño: eran *res nullius*, y el primer ocupante podía apoderarse de ellos y usucapirlos, y, en efecto, este primer ocupante era casi siempre un miembro de la familia del difunto; la *usucapio pro herede* había sido, por así decirlo, una especie de camino, de medio hacia la sucesión abintestada. Aun admitiendo, lo que es muy dudoso, que en el antiguo Derecho el testamento hubiese existido, esta teoría, por ingeniosa que sea,

Rechts.» También demuestra la compatibilidad de la existencia de nuestra usucapio con el justo título y la buena fe.

(1) Van Vetter: *Cours de Dr. rom.*, Gant et Paris, 1875, t. I, p. 265.

(2) Mainz: *Cours de Dr. rom.*, t. III, p. 493.

no se concuerda con el texto de Gayo, y no tiene más valor que una pura conjetura.

De otra parte, si es verdad que las cosas hereditarias no poseídas por el heredero son *res nullius*, no es de una usucapión de lo que es preciso hablar, sino de un modo inmediato de adquirir la propiedad, de la ocupación.

Por último, más recientemente, la *usucapio pro herede* ha sido presentada bajo un aspecto completamente nuevo por M. Cuq (1).

Se sabe que las formas originarias del testamento eran poco cómodas en la práctica; no se podía testar en tiempo de paz más que en pleno foro en el momento de la reunión de los comicios; era el testamento *calatis comitiis*. Más tarde apareció el testamento *per mancipationem*, que podía hacerse en cualquier época con el concurso de siete ciudadanos. El testador mancipaba su patrimonio o *familia* a un amigo, *familiae emptor*, el cual no era más que una especie de persona interpuesta o fiduciario, que no debía guardar los bienes para él. Después de muerto el testador, si aquél era honrado, los transmitía al verdadero beneficiario, y si, por el contrario, era de mala fe, se guardaba los bienes, pero el beneficiario tenía un recurso extremo para apoderarse de los objetos hereditarios y los usucapía con título *pro herede*. Esta especie de *usucapio pro herede* ofrecería así una gran analogía con los tres casos de *usureptiones* indicados por Gayo.

Por seductora que parezca la tesis de Cuq, es sólo, como la precedente, una simple conjetura, y se concilia difícilmente con el texto de Gayo.

Nuestra conclusión es, pues, adherirse a lo que nos dice Gayo: viviente en una época en que la *usucapio pro herede* existía todavía bajo una forma desnaturalizada, pero que guardaba aún el empuje del pasado y estaba mejor que nosotros la imaginamos, de acuerdo con los motivos que se daban a nuestra institución.

PRIMERA FORMA DE LA «USUCAPIO PRO HEREDE» DE MALA FE.—SU EXTENSIÓN.—CONDICIONES A LAS CUALES ESTÁ SOMETIDA.

Dada la importancia que tenía a los ojos de los romanos los dos motivos de que hemos hablado, interés de los *sacra* e interés

(1) M. Cuq: *Nouv. Rev. de Dr. Fr. et Etr.*, Nov-Déc. 1886.

de los acreedores, se comprende sin dificultad que se hubiese dado a nuestra institución una extensión proporcionada a su importancia misma, y así vemos cómo nos dice Gayo que la *usucapio* lucrativa *pro herede*, bajo su primera forma, se aplicaba a todo el conjunto del patrimonio hereditario; puesto que se consideraba al *usucapiens* como haber rendido un verdadero servicio público, era preciso recompensarlo largamente haciendo de él un verdadero heredero, declarándolo propietario de todo el patrimonio hereditario.

De otra parte, si nos colocamos en el origen del Derecho romano, la palabra *patrimonio hereditario* no tenía el sentido que hoy le atribuimos de comprender no solamente los bienes corporales, sino también los créditos y las deudas.

En esta época primitiva, los créditos constituían un elemento poco importante de la riqueza pública.

En un pueblo de agricultores, como eran los romanos, los contratos eran raros, y si se hacían era por una duración muy corta; el que pedía prestado se obligaba generalmente a restituir al fin del año el *poids* que había recibido con un interés de una dozava probablemente.

El deudor estaba obligado de manera extremadamente rigurosa. Su obligación a devolver el valor prestado se extendía al cuerpo y bienes en el caso de inejecución de la promesa, y se cargaba al deudor de cadenas...

Pero si el derecho del acreedor tenía tan fuerte garantía en vida de su deudor, en revancha, a la muerte de éste, como también, de otra parte, a la muerte del acreedor mismo, el ligamen del derecho quedaba completamente roto, la obligación se desvanecía y no se transmitía ni activa ni pasivamente a los herederos; no se había llegado todavía a esta concepción de los grandes jurisconsultos clásicos: que la personalidad jurídica se transmite al heredero, o, más exactamente, se continúa en el heredero. La herencia fué, pues, en su principio, una simple colección de cosas corporales, comprendía los créditos, pero a título accesorio, de los bienes corporales, lo que nos muestra que tal fué la primera concepción de la herencia: es que hubiese costado mucho admitir que una herencia se pudiera comprender únicamente de créditos. En el siglo III, Papiniano creía deber todavía hacer notar que *hereditas*,

etiam nullo corpore, intellectum juris habet (Dig. I, 50 pr., V. 3.) Igualmente Ulpiano, apoyado con la autoridad de Labeón, sostiene que se puede pedir la *bonorum possessio* aunque no haya ninguna cosa corporal en la herencia. (D. 3, § 1, XXXVIII, 1.) Se llega poco a poco a cargar a los herederos con las deudas del difunto; se les impone primeramente a los herederos suyos, no precisamente porque sean sucesores universales del difunto, sino porque, decían, su ascendiente, al contratar, había ligado no solamente su persona, sino igualmente la de sus descendientes; por último, se llega insensiblemente a la noción moderna de que las deudas son una carga del patrimonio, y se las hace soportar por todos los sucesores universales del difunto.

Si esta teoría de la composición de la herencia en los tiempos primitivos es verdadera, nada más fácil para comprenderla como la de comprender cómo la *usucapio pro herede* se aplicaba a todo el *jus hereditarium*, es decir, a todo el conjunto de bienes corporales, con exclusión de los créditos y de las deudas, y también con exclusión de las deudas que debían evidentemente sobrepasar en mucho los créditos: seguros de no tener que pagar cargas muy elevadas, los amigos del difunto estaban animados mucho más a servirse de la *usucapio pro herede* para salvar los *sacra* expuestos a desaparecer. Cuando más tarde se llegan a poner las deudas del *de cujus* a cargo de los sucesores universales, se aplica el mismo principio al *usucapiens pro herede*, al que se consideraba como un heredero, de tal suerte, que al antiguo y verdadero motivo que había creado nuestra institución, al interés del culto de los *sacra*, se le viene a añadir otro motivo, el interés de los acreedores del difunto.

Es preciso examinar las condiciones a que estaba sometida la *usucapio pro herede*, las que dividiremos en dos clases: en la primera colocaremos las condiciones con las cuales, dados los principios que hemos admitido, se puede concebir la *usucapio pro herede*, y son las condiciones de existencia o de posibilidad de nuestra institución; en la segunda clase examinaremos las condiciones especiales de la *usucapio pro herede*.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

Evolución y alcance de la división de los derechos en reales y personales

Hace un centenar de años la doctrina romanista dominante en la Europa culta admitía como un artículo de fe la separación radical de los derechos patrimoniales en reales y personales, colocando a las dos especies en los polos opuestos del Ordenamiento jurídico.

En los Manuales de Pandectas, desde Hugo (1789) y Heine (1808), y en la cátedra desde que Savigny distinguió en los derechos derivativos los que se refieren a la naturaleza libre y a la no libre, para sentar sobre estos últimos el derecho del patrimonio y dedicar secciones independientes a los derechos reales y a los de crédito u obligación, no se pensaba en atacar a lo que se consideraba base cardinal del sistema. Las legislaciones desenvolvían sobre ella todo el régimen hipotecario y los jurisconsultos reconocían que la distinción surgía del seno mismo de la naturaleza.

«No puede concebirse, decía nuestro La Serna (1), la existencia de un derecho, sin que haya una persona a quien corresponda y una cosa que sea su objeto; pero a las veces existe además otra persona obligada individualmente a prestar la cosa o el hecho que tenemos derecho de exigir. En esto radica la teoría de los derechos *reales* o *en la cosa* (*in rem*), y de los *personales* o *a la cosa* (*ad rem*), a que también se ha denominado *in personam*. Cuando no existe esta última persona obligada individualmente, hay un derecho

(1) *Curso exegetico-dogmático de Derecho romano*. Com. a la L. 11. Inst. 2.º, I.

real, y, por el contrario, cuando existe, lo hay personal. Así puede decirse que el derecho real compete sin relación ninguna a otra persona, y, por el contrario, el derecho personal sólo con relación a una que está obligada a dar o a hacer alguna cosa; esta diferencia, hija de la misma naturaleza de las cosas, y que, por lo tanto, se encuentra en todos los países, conduce a efectos diametralmente opuestos.»

En la expresada distinción, resultado del trabajo lógico con que los pueblos tienden a sistematizar la vida jurídica, ve Cogliolo una estrella polar de las normas e instituciones. «Es tan evidente, agrega, que deben distinguirse los derechos reales de los personales, que difícilmente se comprende cómo durante mucho tiempo estuvieron confundidos» (1).

Laboulaye pone más de relieve el esfuerzo constructivo del pueblo-rey. «Esta distinción, que los jurisconsultos romanos llevaban hasta sus más remotas consecuencias con todo el rigor de su admirable lógica, no es arbitraria y peculiar del Derecho romano; se encuentra más o menos en todas las legislaciones, porque se deriva de la naturaleza misma de las cosas» (2).

«En su gran mayoría, indica Rigaud (3), los civilistas franceses la declaran intangible, innata, necesaria, contemporánea de la razón humana, evidente como un postulado de lógica.»

Frente al derecho real, poder jurídico sobre las cosas, se levantaba el derecho de crédito, relación jurídica en cuya virtud un sujeto (activo) podía exigir de otro (pasivo) el cumplimiento de una obligación.

Pero la ciencia se empeña en elevar barreras que la naturaleza destruye, o dicho en términos menos pesimistas, la técnica construye edificios que el progreso parece amenazar de ruina al mejorarlos, y la estructura del derecho patrimonial, que descansaba tan sólidamente sobre la apuntada distinción, se vió seriamente comprometida cuando los jurisconsultos, recogiendo la idea expuesta por Kant sobre la imposibilidad de que el derecho sometiese a las cosas, en vez de obligar a las personas, se apresuraron

(1) *Estudios acerca de la evolución del Derecho privado*. Trad. Ureña. Madrid, Reus, 1898, pág. 135.

(2) Véase los textos en Azcárate, *Historia del Derecho de propiedad*. I-116.

(3) *Le Droit réel*, pág. 1. Hay traducción española de la Casa Reus.

a negar las diferencias características de propiedad y obligación.

Acaso haya partido el movimiento occidental de las explicaciones de Ahrens, adepto de la escuela filosófica de Krause, que llegado a París hace ahora exactamente un siglo, vulgarizó las ideas que en 1840 condensa en su *Curso de Derecho natural*. «El derecho se refiere, pues, en su fundamento y en cuanto a su finalidad, a las personas; es decir, el derecho tiene un carácter esencialmente personal, y por esta razón la división que ordinariamente se establece en derecho personal y en derecho real, como dos partes coordinadas, no es exacta. Todo derecho es, por de pronto y ante todo, personal (1).

Nuestro Giner, al poner en guardia a sus alumnos contra la confusión entre el objeto directo y el indirecto del Derecho, agrega: «En el mismo erróneo prejuicio se halla fundada la división del Derecho en real y de obligaciones, suponiéndose que el primero es el que versa sobre las cosas mismas, lo que no cabe dentro de un recto criterio jurídico, y únicamente el segundo sobre los actos humanos. En tal sentido, todo el Derecho es, por el contrario, Derecho de obligaciones» (2). En la pendiente abierta se precipita Azcárate, apenas contenido por sus recuerdos de la Dirección General de los Registros, al estudiar la distinción entre los *jura in re* y los *jura ad rem*. «Es indudable que más tarde hubo de irse acentuando esta distinción, que en verdad tiene un fundamento real y se deriva de la naturaleza de las cosas, pero es, no porque en un caso la relación jurídica se establezca entre el individuo y una cosa, entre el propietario y el objeto, y en el otro se establezca entre un individuo y otro individuo, el acreedor y el obligado, como parece darlo a entender la denominación tan frecuentemente usada de *derecho real* y *derecho personal*, porque la relación jurídica es siempre entre personas, entre dos sujetos, uno activo y otro pasivo, y el objeto de la relación jurídica es siempre una condición que consiste en un acto, en un hecho, en una prestación, la cual puede estar o no incorporada a un objeto.» La diferencia (añade citando un pasaje de Ahrens) procede

(1) *Cours de Droit naturel*. Seconde éd. Bruxelles, 1844. Véase también en la *Encyclopædia juridica* del mismo autor. Edición francesa, 1880; la nota de la página 135-I.

(2) *Principios de Derecho natural*, pág. 45.

de que en unos casos el sujeto pasivo es una persona determinada, mientras que, en el otro, lo son todas (1).

La corriente personalista, que amenazaba diluir la clásica distinción en la categoría metafísica de la prestación, como objeto inmediato del derecho, fué detenida en nuestra patria por el maestro Sánchez Román, a quien debe la técnica española tanto como la alemana a Windscheid. Apoyado en Makeldey, Ortolan y Mainz, niega que la característica diferencial señalada por Azcárate sea la única, ni tal vez la más importante, y concluye afirmando «que es certísimo en los derechos reales el influjo, contacto y relación directos, íntimos y estrechos, entre el sujeto activo y el objeto, el propietario y la cosa de su propiedad, lo que no sucede en los llamados derechos personales o de obligación».

No así en la vecina República. Alucinado por las palabras de Windscheid «el derecho real no contiene más que prohibiciones», Roguin, alegando en 1889 una prioridad para nosotros equivalente a descubrir el Mediterráneo, parte de que el objeto del derecho, en los absolutos, no puede ser más que la inacción de los justiciables respecto de la cosa afectada por la relación, y llega a la conclusión de que el derecho real está constituido por la reunión de deberes negativos, a los cuales corresponde el carácter exclusivo de las facultades correlativas. Uno de estos deberes, aislado de los otros y considerado desde el punto de vista de un sujeto pasivo único, es la última fibra del derecho real, o si se quiere, el átomo, el cuerpo simple de este derecho. La obligación entre dos personas, con contenido pasivo, es la relación jurídica irreductible de cuyas combinaciones nacen los distintos derechos reales (2).

No necesitaba otro estímulo Planiol para lanzarse con la juventud estudiosa a la destrucción del baluarte clásico. Terminaba el siglo XIX, y en su tratado elemental de Derecho civil, después de recoger la definición de Aubry et Rau: «hay derecho real cuando una cosa se encuentra sometida, completa o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a cualquiera», hace notar que esta definición implica,

(1) Op. cit., pág. 119.

(2) Las ideas se hallan repartidas y repetidas en su conocida obra *La règle de Droit*.

como carácter esencial del derecho real, la creación de una relación entre la persona y la cosa, y aunque da cuenta de las apariencias y se adapta a las necesidades de la práctica, es falsa, ya que la relación *de hecho* equivale a la posesión y la relación jurídica no tiene sentido. «Por definición *todo derecho es una relación entre personas*. Es la verdad elemental sobre la cual está fundada toda la ciencia del derecho, y este axioma es incommovible.» Así, pues, un derecho real cualquiera es una relación jurídica establecida entre una persona, como sujeto activo, y todas las otras, como sujetos pasivos, y esta relación es de orden obligatorio, es decir, que tiene la misma naturaleza que las obligaciones propiamente dichas (1).

A combatir la fórmula clásica *sans répit*, como aconsejaba el maestro, acudió, en primer lugar, su discípulo Michas, en una tesis doctoral sobre «El derecho real considerado como una obligación pasivamente universal» (París, 1900), en la que, estudiando las combinaciones posibles entre los sujetos activos y pasivos, determinados o indeterminados, según la prestación sea positiva o negativa (acto o abstención), clasifica las relaciones de derecho privado en tres grupos: 1.º Los sujetos activos están determinados positivamente, como los pasivos: derechos de crédito. 2.º Los sujetos activos se hallan determinados positivamente; los pasivos, de un modo negativo: derechos de sujeto pasivo universal, entre los cuales coloca a los derechos reales. 3.º Los sujetos activos están negativamente determinados (sujeto activo universal), y los sujetos pasivos presentan una determinación positiva (relación jurídica rara, sin justicia ni interés, que el autor abandona).

En las *Nociones fundamentales del derecho privado* (París, año 1911), Demogue destruye la clásica distinción y no admite más diferencias entre los derechos reales y de crédito que las nacidas de sus efectos u oponibilidad. La reacción no debía tardar, y Rigaud, en *Le Droit réel* (Tolosa, 1912), influido por los grandes jurisconsultos alemanes y por las teorías de su maestro, Hauriou, ensaya la teoría institucional, que busca en las situaciones legitimadas por su arraigo y servicios el origen del derecho subjetivo de forma real. Roguin mismo, a quien algunos consideran como el

(1) Véase el tomo I, párrafos 2.158 y siguientes.

iniciador del movimiento abolicionista, en su *Ciencia jurídica pura* (París, 1923) reconoce que el derecho real implica un poder jurídicamente directo sobre la cosa y no queda agotado por la obligación pasiva universal. En su indignación contra los desventurados discípulos que han tomado demasiado al pie de la letra el análisis hecho en *La regla de derecho*, llama extravagante a Demogue, califica de insensata su opinión y pone en la picota a los anarquistas o nihilistas del Derecho.

«La modificación en un sentido clásico de la concepción primitiva de M. Roguin permite esperar que los autores que habían tratado, siguiéndole, de aminorar la distinción tradicional de los derechos reales y de los derechos de crédito, concluirán por reconocer la vanidad de su tentativa y que se llegará a un acuerdo en lo atinente a la definición del derecho real» (1). En efecto, a la posición mantenida por los romanistas, con Girard y Cuq a la cabeza, se acercan Planiol, Ripert y Ricard en el *Tratado práctico de Derecho civil francés*, según lo hace notar Bonnecase (en el Suplemento a Baudry, tomo 5.º, pág. 77; París, 1930). «Ninguno de los sistemas—añade—ha conseguido destruir la noción tradicional del derecho real, y nada tiene de sorprendente, porque esta noción no es simplemente técnica, sino también científica, es decir, la expresión misma de la realidad social.»

A estudiar la evolución del concepto y la clasificación de los derechos reales dedicaremos esta serie de artículos.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) Son palabras de Rigaud en un artículo sobre la teoría del derecho real, publicado en la *Revue Critique de Legislation* (1925, pág. 423).

Inexistencia del tercero hipotecario ⁽¹⁾

2.º *Fin propuesto*.—Su fin es el mismo que guía a los expositores de motivos: «Dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, poner límites a la mala fe y libertar al propietario del yugo de usureros despiadados.» «Adquirir, sin temor de perder lo adquirido y prestar sobre la propiedad raíz con la seguridad de que no será ineficaz la hipoteca.»

3.º *Bases de que parte*.—No puede mostrarse divorciado del sistema civil que trata de transformar, puesto que habrá de fundarse en él, alterándolo únicamente en cuanto sea incompatible con el fin propuesto.

El sistema civil anterior se basa en la teoría del título y el modo, de raigambre indudable y profunda en las leyes y en la doctrina. Tiene a su favor su honda racionalidad y sentido jurídico. Título, justa causa remota de adquisición, y modo, causa próxima, o tradición. No ofrece tampoco un gran interés práctico que la rechacemos; la teoría de Savigny, a este respecto, nos llevará, a lo sumo, a sustituir el justo título por la intención de transmitir, con independencia y aun prescindiendo de la causa, pero quedarán igualmente vivos todos los problemas, ya que al eliminar éste surge ocupando su lugar, la intención, también posiblemente afecta a ser contradicha, viciada o negada.

Por otra parte, la admisión de la teoría clásica del título y modo no nos impedirá llegar, si no lo rechazamos por otras causas, al contrato abstracto alemán, bastando, para ello, identificar la tradición y la inscripción, dando a ésta efectos inatacables independientes del título. Y con ella nos satisface observar que nos aproximamos al sentir de los tratadistas patrios. Así lo prueba la Exposición de motivos, en los párrafos antes reproducidos, la carta de D. Eduardo Pérez Pujol a D. Bienvenido Oliver, de 14

(1) Véanse los dos números anteriores.

de Mayo de 1893, inserta en un trabajo de D. Jerónimo González publicado en el número segundo de esta REVISTA CRÍTICA, en la que se condensa, según afirma, las doctrinas corrientes en nuestra patria a fines del pasado siglo sobre adquisición de la propiedad a título derivativo, y más patentemente aún, la discusión habida en la sesión de 2 de Noviembre de 1892, de las del Proyecto de Código civil. En ella, el Sr. Manresa leyó el artículo 978 del Código de 1851, que dice: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso y a la ley.»

Se aprobó sin discusión.

Y el mismo Sr. Manresa leyó el 981 del Proyecto reformado, que decía: «La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad, la cual se entenderá sin perjuicio de tercero cuando el contrato sea de los que deben inscribirse en el Registro conforme a la ley Hipotecaria.» El Sr. Comas, con relación a esta materia, expresó su pensamiento con la diafanidad acostumbrada en él, en las siguientes consideraciones: «Debía plantearse, ante todo, la cuestión de si para la transmisión del dominio basta el consentimiento o es necesaria la tradición. Hasta ahora siempre se ha creído que, para ese efecto, no basta el título, sino que es además necesario el modo, porque no se trata aquí de derechos personales, sino de derechos reales. Por eso cree que debería respetarse lo establecido por el Derecho romano, al que vino a destruir el Código francés, cuyo derecho establecía la necesidad de alguna fórmula para la tradición.

No ha de espiritualizarse tanto el derecho que se prescinda de las señales exteriores y se quiera reducir todo al mero consentimiento, haciendo nacer de sólo él hasta los derechos reales.» Y añade: «las formalidades previstas en la ley Hipotecaria sustituyen hoy a la tradición». Manresa afirma que no cree necesaria la tradición de la cosa para que se transfiera el dominio. Y Alonso Martínez concluye que ve la opinión de la Comisión muy pronunciada a favor de que se considere necesaria la tradición para la transmisión del dominio.

Todo ello se plasma en el Código civil, en los artículos 1.095,

609, 1.445, 1.450, 1.462, 1.254, 438, 1.471, 1.156, etc., de los que resultan admitidos el título, la tradición y la inscripción, como términos diferentes.

4.º *Publicidad*.—Los expositores don Eduardo Pérez Pujol y el señor Comas perciben, en forma confusa, la publicidad, confundiéndola con la tradición o con las solemnidades de la tradición. Sin embargo, al admitir el Código civil una tradición diferente de la inscripción, quedan separados ambos conceptos, si quiera no sea nítidamente.

En la reconstrucción que intentamos, los distinguiremos netamente, valorándolos con separación.

Podemos ya encuadrar las ideas en la siguiente forma :

Para adquirir el dominio se precisan el título y la tradición : la existencia de uno y otro resulta todavía insuficiente para dar, al que contrata sobre inmuebles, la apetecida seguridad, a causa de la escasa publicidad con que la tradición se efectúa, que impide que el adquirente sepa ciertamente que existe el dominio en el transmitente íntegramente, ya que pudo desprenderse anteriormente de él o limitarlo y gravarlo. Otro tanto ocurre con el que presta con garantía inmobiliaria.

Podría justificarse así la orden legal de que todo acto relativo a inmuebles sea publicado mediante su inscripción en el Registro público, para su validez.

La exaltación de un requisito formal—inscripción—a la categoría de elemento esencial, repugna al sentir jurídico patrio, e impone la busca de un arbitrio legal que, partiendo de que la intención unida a la tradición, por sí solos fundamentan la adquisición del derecho real, defienda el interés social en los fines propuestos. Puesto que la inscripción, según se ve, es voluntaria, se da la posibilidad de una adquisición sin ella, y otra con ella, que pugnan entre sí. La primera requiere : título justo, consentimiento, capacidad, preexistencia del derecho en el transmitente, etc., etcétera ; si goza de ellos, la adquisición será universalmente eficaz, como será ineficaz, universalmente, si de ellos carece ; la segunda, es la misma adquisición, que precisa los mismos requisitos para su validez, produciendo su carencia análogas consecuencias. Se diferencia de aquélla únicamente en que se ha inscrito.

En esta forma, el interés social no se cumple si el que contrata

fundándose en el Registro puede ver desvanecido su derecho por un negocio válido no inscrito—oculto, por lo tanto—, que se le oponga.

El contenido del Registro debe, por lo tanto, ser firme, «e indudable para el que contrata fundado en él», parece que debe concluirse.

Antes de admitirlo en forma tan general, preferible es concretar su significado: dados sus términos, podría creerse que el negocio que no reúne las condiciones necesarias para su validez se purifica de los vicios que tenga al inscribirse. Todavía no hemos llegado a ese resultado; sólo hemos expuesto fundamentos para solicitar que en la lucha de un negocio inscrito, con otro no inscrito, sea preferido aquél desconociéndose éste. Es sólo un juego de publicaciones.

Ahora bien, el que contrata fundado en el Registro, no ignora que, con arreglo a lo expuesto, le bastará inscribir su contrato para que no pueda oponérsele un derecho no inscrito adquirido anteriormente.

Mas ello no es suficiente para su seguridad; el derecho de su transmitente, no obstante hallarse inscrito, puede adolecer de vicios que lo invaliden, v. gr.: que haya nacido de una causa ilícita, o fuere incapaz al adquirirlo.

De poco puede servirle que se haya publicado, y que no pueda ser desvirtuado por contrato no inscrito, si el negocio inscrito no quedó, por la inscripción, purificado de sus posibles vicios internos, que llevan universales consecuencias de ineficacia. Necesita que la inscripción sea cierta, que sea inatacable, que sea íntegra, y, por ello, que el derecho de que deriva su negocio preexista en el transmitente en los términos que se expresan en ella. Que se imponga legalmente esa preexistencia, aun cuando no sea cierta.

Si la idea se quiere expresar en la ley, tomará la siguiente forma: «El contenido de la inscripción será cierto e inatacable.» Es éste un efecto, no ya de publicaciones, sino de publicidad, respondiendo a una idea nueva, diferente de las puestas en juego al estudiar la publicación.

Su aceptación precipitada puede ser deplorable en sus consecuencias. Quien se ha fundado en el contenido del Registro, debe tener la garantía, si inscribe, de que aquel contenido es cierto, ín-

tegro ; pero el negocio que a su vez realiza con ese fundamento, debe estar sujeto a los vicios propios del mismo : falta de capacidad en el transmitente, pase a ser dueño, falta de capacidad en el adquirente, causa ilícita, dolo, etc., etc., y en tales casos no existe interés social alguno que obligue a declarar que el negocio que realiza queda, por su inscripción, purificado de vicios privativos del mismo, que no tuvieran su origen en el contenido del Registro. Podría, por el contrario, ser injusto e inmoral ; el Registro se transformaría en un arma de doble filo. Debe, pues, completarse la idea : «El contenido de la inscripción será cierto e inatacable, en cuanto en él se haya fundado una inscripción posterior.» Vemos, así, surgir nuevamente dos inscripciones frente a frente.

¿ Por qué exigimos una inscripción posterior ? Tanto se fundó en el Registro el que inscribió como el que no inscribió, se dirá. Cierto ; pero es que el amplio juego del mecanismo del Registro se impone como algo más que como elemento de prueba de un solo contrato aisladamente ; abarca el complejo de relaciones inmobiliarias de un sistema total y armónico ; es el gran órgano de publicación, de piezas innumerables, de acoplamientos y enlaces sutiles, que son otras tantas piezas de una gran máquina jurídica.

En ella, la inscripción de que se deriva un negocio acreditará su integridad, en enlace esa integridad con la inscripción del negocio derivado ; éste, a su vez, recoge a su favor aquella integridad y deja fuera de ella los vicios que directamente nacen, o pueden nacer, de su propio contenido, independiente, que corre su suerte. A su vez, de ese negocio incierto en tales extremos nacerá derivado directamente otro negocio, que, al inscribirse, lo purificará en esos mismos extremos. Por ello esa inscripción del negocio derivado ha requerido una calificación registral, precisamente en aquellos extremos que no se purifican con la inscripción inmediatamente, pero que han de elevarse a normas inatacables tan pronto como en ella se funde un derecho posterior que se inscriba. Y en esa cadena se van enlazando titulares, derechos, efectos, valoraciones y fines en un todo armónico y bello.

Docto mecánico del instrumento jurídico, el Registrador, mediante su calificación, conectará una inscripción con la anterior, surgiendo la chispa que instantáneamente vigoriza con fuerza indestructible el contenido de la primera inscripción y lo infunde

en la segunda, con la que formará, en adelante, una sola pieza, que a su vez no es todo el negocio jurídico nuevo, sino parte de él, en cuanto en éste existen elementos no contenidos en la inscripción anterior, como la capacidad del adquirente, la causa ilícita o lícita del nuevo negocio, etc., que al ser calificados favorablemente por el Registrador, para admitir su inscripción, contienen la energía y el temple precisos para recibir en su día, a su vez, la chispa que lo eleve totalmente a norma inatacable.

Es una idea finísima que condensa íntegramente la teoría que exponemos: los efectos de la inscripción se producen en la inscripción anterior de que se deriva, para reflejarse directamente en la derivada; son efectos de ésta y para ésta, impuestos, no obstante, en la primera. Ahora bien, al calificar el Registrador la segunda inscripción, estudia la validez de todos los elementos del negocio nuevo, que no proceden de la inscripción anterior, y si de momento no obtienen con ello la investidura o el sello de legitimidad, sí merecen ser tenidos por válidos con presunción *juris tantum*.

Prácticamente, se desenvuelve así: A vende a B, e inscribe; B vende a C, e inscribe; por este hecho queda firme e inatacable la venta de A a B, pero no así la venta de B a C, que es atacable, y corre su suerte en sus elementos, v. gr.: capacidad de C, licitud de la causa, etc., que sólo tendrán a su favor una presunción con prueba en contrario; C vende a D; queda firme totalmente la venta de B a C, en la que se funda, v. gr., para la preexistencia de la cosa en el dominio de C, mas no su propio negocio (C a D) en los restantes elementos; v. g., vicios del consentimiento. Y así sucesivamente, en una cadena sin fin.

Hemos visto que el contratante se ha fundado en la inscripción anterior para realizar el negocio jurídico, y que por esa causa debe vigorizarse aquélla. Mas ¿hasta qué punto ha podido fundarse en el contenido de la inscripción para formar una creencia que sirva de base a su derecho derivado?

Plantea esta pregunta una serie de problemas hondísimos que exceden del fin concreto de este trabajo, y si bien no podemos soslayarlos totalmente, porque harían incoherente nuestro esfuerzo, advertimos que la exposición que de ellos hacemos responde a una primera impresión puramente personal, precipitadamente concebi-

da, que rechazaríamos a no mediar una razonada depuración, si no la consideráramos accidental para el fin que perseguimos.

En primer término se observa que sólo ha podido presumir que no existen aquellos hechos, derechos y acciones que pudiendo modificar el derecho inscrito, son susceptibles de inscribirse y no se han inscrito; si no pueden inscribirse, carecerá de fundamento su suposición de que no existen.

Puede concluirse: el ideal jurídico es que cuanto pueda afectar al derecho inscrito, pueda ser inscrito.

En el juego de efectos de la inscripción que hemos expuesto anteriormente, la conclusión se concreta más: «Es preciso que cuanto pueda afectar al derecho inscrito, *en forma que origine un derecho ajeno*, pueda inscribirse, para evitar que este derecho no inscribible sea rechazado por los efectos de la inscripción posterior.»

Mas ¿cómo entenderemos la frase «cuanto pueda afectar al derecho inscrito, originando un derecho ajeno»?

Nos hallamos frente a los problemas de los derechos personales y reales, del *jus ad rem*, del título y modo otra vez, de las limitaciones de disponer, de las acciones de nulidad, rescisión, resolución, etc., que son otros tantos campos sin deslindar, poblados de fantasmas jurídicos, faltos de luz clara, inseguros a la písada de quien en ellos se adentre.

Como ideas previas, exponemos las siguientes:

I. La relación plena del hombre con la cosa o dominio significa la más amplia sujeción de ésta a su voluntad, que dispone de todos sus aprovechamientos, de la totalidad de sus servicios, excluyendo toda ingerencia extraña. Poder directo del hombre sobre la cosa o relación cuyos únicos términos son ésta y aquél, sin intervención de otros seres, que deben respetarla; en consideración al posible incumplimiento de este deber, la ley concede al dueño una acción universal contra todos. Aquel poder, jurídicamente investido de tal acción en su reconocimiento, es llamado derecho real.

La actuación dominical del hombre en la cosa se desenvuelve en el complejo de la vida social, integrado por múltiples dominios de otros hombres sobre otras cosas, por necesidades vitales, por limitaciones naturales, por últimas finalidades esenciales. La

cosa ocupa una posición de relación en el Universo en orden a la armonía social.

La ley ordena el complejo vital y fija el contenido normal del dominio dentro del mismo, en un fin de coordinación universal. La dominación del hombre sobre la cosa es una relación concreta, exacta, definida, dentro de una posición de la cosa en el orden universal. La órbita de la conjunción cosa y persona se desenvuelve a su vez en la órbita mayor del derecho universal, de la total armonía jurídica de la vida. Así, el ámbito normal del dominio, su contenido, la plenitud de su poder, está relativado en la convivencia social, en el complejo jurídico vital, del que forma parte. A tal punto, que tendrá caracteres de ilimitación, de dominación íntegra, en un medio social individualista que lo imponga con tal carácter, como al variar ese medio, haciéndose familiar, carecerá de poderes y facultades importantísimas, v. g., de enajenar. Se extenderá ahora al espacio, limitándose tal vez más tarde a la superficie, determinándose siempre, en su normalidad, en vista a la humanidad.

Su titular lo es de una relación normal de dominación de una posición jurídica universal referida a la cosa en el ámbito del derecho. La ley traza sus líneas determinantes: a), señalándole atribuciones, facultades, derechos, a saber: enajenar, gravar, limitar, transformar, retraer, destruir; b), fijando sus límites: artículos 4.º, 348, 1.255, 350, etc; c), imponiendo restricciones, responsabilidades y obligaciones: servidumbres legales, obligaciones *propter rem*, tanteo.

II. La alteración que de tales normas generales haga el titular, imponiendo otras en su lugar, da origen a una regulación con normas nuevas, que comparativamente a las anteriores, se traduce en ventaja o desventaja económica. Sólo admitimos en este sentido las servidumbres prediales voluntarias.

III. El titular del dominio sobre la cosa puede, dentro de las facultades que la ley asigna a tal relación, aportarla al comercio de la vida, para obtener, por ejemplo, contraprestaciones de los demás hombres. En un primer plano, aporta al comercio humano una utilización de la cosa: sus frutos, su uso. La voluntad del dueño se encamina a obtener una contraprestación; la voluntad del

extraño se dirige a obtener una utilización de la cosa directamente.

Ante la humanidad, el dueño goza de la total dominación de la cosa, con acción real.

Desea poner en relación al extraño con la cosa y necesariamente, al manifestarse la total dominación que de ella ostenta, íntegramente en la sujeción a su voluntad, es en esta voluntad en donde halla el único medio de enlace de la cosa y el extraño, como una limitación de su facultad en beneficio del extraño, traspasada a éste la facultad; surge así ante el derecho una limitación, una obligación: la de facilitar el aprovechamiento del servicio que pretende, la de respetar su ejercicio, el uso de esa facultad que traspasa.

Esta forma de relación del extraño a la cosa a través de la persona del dueño no satisface al derecho; es un derecho de obligación el que crea, a través del juego de acciones.

Efectivamente, el dueño lo es íntegramente para la humanidad, no obstante su vínculo obligacional con el extraño; y éste, ante la humanidad, carece de derecho sobre la cosa. Jurídicamente, no ha sido puesto universalmente en relación directa con la cosa; esa puesta en relación ante la humanidad con la cosa, directamente, sólo tiene un término hábil, la concesión de una acción real sobre ella, utilizable contra todos, la declaración legal de que existe un poder de sujeción directo de la cosa a la voluntad del extraño, que coexiste con el poder del dueño, que ha quedado establecida directamente la relación del hombre a la cosa. En tal instante, actúan ante la humanidad dos voluntades sobre la cosa, dos poderes referidos a la cosa. Ante aquélla, se ofrecen estas actuaciones con independencia una de otra, con valor sustantivo ambas.

Ahora bien: ha nacido ya un derecho real limitativo del dominio, y presenta tanta fuerza real el llamado derecho limitativo como el mismo dominio, hasta tal punto, que veremos en algún caso—censo enfiteútico—pasar a ser considerado como dueño quien en su origen se tuvo como titular del derecho limitativo.

La coexistencia de ambos poderes, integrantes del pleno dominio, ha de traducirse, entre el dueño y el titular del derecho limitativo, en un contenido de derechos y obligaciones personales recíprocas que determinen y señalen los contactos entre ellos en el

ejercicio de sus poderes en la cosa y los deberes y derechos que nacen de la posición de ésta en el complejo social, respecto de la vida total del derecho.

En este primer plano, el usufructo, uso, habitación, arrendamiento, superficie, censo enfiteútico, reservativo y servidumbres personales. En todas las figuras se aprecia: una cosa, en que actúan dos voluntades directamente, y una suma de derechos y obligaciones personales entre ambos titulares, con una sola finalidad: hacer posible el desenvolvimiento de la construcción en la vida total del derecho universal, del complejo jurídico y, para ello, determinar el contenido de la figura entre ellos, con fijación de relaciones, y en última referencia a los derechos de la humanidad, en cuya órbita se desenvuelven y que no sólo debe conocerlos, sino imponerlos como normas obligatorias, puesto que en ellas se funda a su vez para sus relaciones con las titulares. Así, si el artículo 497 es de interés particular, el 485 es norma que afecta a la humanidad entera.

IV. En un segundo plano, el dueño puede establecer una relación directa de la cosa con el extraño, haciéndole titular de un derecho limitativo de su dominio, en forma más sutil e ingeniosa, en garantía de una obligación; así, el censo consignativo, hipoteca, prenda, refacción, siendo aquí aplicable lo expuesto en el examen anterior.

V. En plano diferente, toda relación creada por el dueño entre su cosa y el extraño, a través de obligaciones o limitaciones de su poder dominical, puede ser protegida por la Ley dándole carácter real, o sea reconociendo la existencia de tal relación directa de la cosa al extraño, e imponiéndola en simultaneidad con la misma relación del dueño.

Ahora bien: siempre que el dueño limita su poder en la cosa, en vista a un extraño, para su utilidad, el fin que persigue es ponerlo en contacto con la cosa; es esencialmente el embrión de un derecho real. Bastará que la Ley ampare esa relación, asignando al derecho del extraño carácter real con su correspondiente acción real defensiva, para que se haya creado un derecho real limitativo del dominio. Se habrá declarado a la humanidad que la relación obligacional del dueño y el extraño les hace copartícipes en

la dominación de la cosa, que ésta queda directamente encadenada a la voluntad de uno y otro.

En el mismo orden de consideraciones, la promesa de vender, la prohibición de enajenar, la obligación, en general, de constituir un derecho real, orientadas en vista del extraño, no son más que manifestaciones del propósito de ponerle en relación con la cosa para el logro de un fin de dominación directo o indirecto sobre la misma, que adoptan estas formas rudimentarias. Exigen únicamente para ello la preexistencia de la cosa en su poder, o su creencia, como término necesario para que la voluntad se dirija a ella; si no preexistiera, no actuaría la voluntad sobre un poder de dominación. Podríamos llamarles derechos reales rudimentarios o en evolución.

En un criterio amplio, la ley dará categoría real a toda relación entre el dueño de la cosa y el extraño, que, constituyendo entre ambos una obligación, sea susceptible de concretarse en una cosa determinada; así, la promesa de venta de una cosa que preexiste en el dueño, pone al extraño a quien se dirige en contacto con la cosa, a través de la obligación contraída, la cual o nada significa para el fin último perseguido, o significa un derecho justo que debe ser protegido por la ley mediante la concesión de acciones reales. Pero en un criterio más restringido, estos derechos reales imperfectos o rudimentarios, necesitan para ser declarados derechos reales por la ley que adquieran, en interés social, un más perfecto grado de evolución, por las razones que seguidamente veremos.

VI. El derecho real limitativo del dominio evoluciona en la siguiente forma: ocupa la cosa un lugar o posición jurídica en el orden universal, y el titular o sujeto que ostenta sometida a su voluntad la misma cosa, con la plenitud de poder, es llamado dueño. Está fijado el alcance del dominio y las facultades que comprende.

Ahora bien: el dueño crea un derecho limitativo del dominio, verbigracia, un usufructo, y, naturalmente, se establecen las reglas a que ambos titulares han de sujetarse al ejercitar sus derechos sobre la cosa, en referencia al fin perseguido por uno y otro. Estas reglas, para que sean perfectas, han de determinar exactamente cuáles son las facultades que a uno y otro corresponden como titulares conjuntos de aquella posición jurídica universal de la cosa,

que antes tenía ante la humanidad el titular único del dominio o dueño. La humanidad tiene precisión de saber tales reglas, puesto que a ella ha de ajustarse la transformación que en la armonía social de que forma parte esencial, se ha producido al escindirse aquella titularidad única en dos. Si los titulares no han previsto y establecido concretamente sus posiciones respectivas, el derecho debe suplir las lagunas estableciéndolas en su defecto.

Entre tanto, la humanidad, para su garantía y estabilidad, no debe admitir la existencia de dos titulares, sino de uno sólo, el dueño, que asumirá ante ella la plenitud del poder, cualesquiera que sean las relaciones personales que contraiga con el titular del derecho limitativo. Sólo cuando la figura creada, usufructo, esté definitivamente formada, sea por el pacto, repetidamente estipulado en primer término, sea, en segundo término, por la jurisprudencia, supliendo aquellos pactos en cuanto sea preciso, o bien sea por la ley, podrá el derecho darle carácter real, declarando consagrada la titularidad ante la humanidad.

Con nomenclatura propia y figura definida, pasará entonces el derecho real limitativo del dominio a tener un ámbito concreto de vida legal. Bastará en adelante que los hombres pacten que el usufructo nace, o la ley lo imponga, para que, sin precisar más aclaraciones, se sobreentiendan creadas, para cada titular, las relaciones directas con la cosa, y nacidos los derechos y obligaciones que se derivan de tales posiciones particulares, en la posición universal de la cosa, en la que tiene interés la humanidad, por ser tal posición parte integrante de la misma.

No precisarán los titulares, para crear el derecho ante la humanidad, más que declarar nacida la figura real, v. gr., usufructo, quedando a cargo de la ley mostrar a la humanidad el contenido de tal figura, los respectivos derechos de los titulares, la posición de cada uno concretamente.

En la misma forma lo puede crear la ley. El ámbito del normal desenvolvimiento de la figura creada es conocido al ser señalado en la ley. Cualquier alteración lícita que del mismo hagan los interesados debe ser expresado a la humanidad.

Vemos ya el derecho real limitativo, con figura jurídica propia,

con contenido cierto y concreto, establecido en la ley bajo la rúbrica que lo regula.

En este último período evolutivo, ya formados, se nos muestran los derechos de usufructo, uso, habitación, etc., etc.

En punto de lograr la elevación de personal a real, por estar satisfechas las posibles exigencias de la humanidad, se manifiesta el arrendamiento, que dotado de total regulación legal, que concreta universalmente posiciones, sólo espera el soplo vital que lo consagre con carácter real, no a través del camino impropio actual de la inscripción (artículo 2.º de la Ley), sino en el campo del Derecho civil, que es el suyo.

En período inicial, apunta el derecho de opción, de fondo real, que ha de recorrer aquel camino que le conduzca a la determinación precisa, en garantía de la humanidad. Actualmente, en la mera promesa de venta, ignora ésta si la posición íntimamente real en su fin, del adquirente de la promesa, alcanzaría en su racional regulación a ser necesario su consentimiento para que el dueño imponga válidamente un gravamen, o si éste puede transformarla a su antojo, etc., etc., problemas todos de posición ante el derecho universal, que el pacto y la jurisprudencia o la Ley, si acomete la empresa, señalarán más adelante, adquiriendo así vitalidad para su transformación en real.

Y en un plano más lejano, aquellos derechos que hemos denominado reales imperfectos, en los que quedan difuminados los derechos y obligaciones de los titulares en referencia a la cosa, dentro de su posición en el orden universal, derechos a los que, por lo tanto, es posible dar legalmente categoría de derechos reales sin riesgo de estabilidad y certeza para la sociedad. Sin embargo, es tan manifiesto en algún caso su fondo real, que se impone con tal carácter en la vida social, aun antes de que la Ley concrete exactamente su extensión, aun a riesgo de provocar constante jurisprudencia como norma supletoria, con el correspondiente cortejo de indecisión y perjuicio del orden social. Así ocurre con el expresado derecho de opción, que en la práctica comienza a abrirse camino en el campo del derecho real.

VII. En las relaciones examinadas—dominio y derechos reales limitativos—hemos partido del hecho de considerar única la posi-

ción del hombre en relación a la cosa. Mas puede darse el caso de una conjunción de varias titulares, en la relación, modificando aquella posición sin alterar la relación dominical, a saber: condominio, comunidad de derechos, sociedad, etc., etc.

Inmediatamente, la Ley ha de salir al paso de tal posición, regulándola minuciosamente.

Por otra parte, tanto si el titular es único como si los titulares son varios, el dominio o derecho real puede mostrarse limitado en el tiempo, comparativamente al término natural o normal de su vigencia, originándose una nueva posición: derecho sujeto a plazo, de regulación especial. Así, la sustitución fideicomisaria.

Ahora bien: en todo derecho real sujeto a plazo surge un nuevo titular: aquel a quien ha de revertir al cumplirse el plazo. La relación de este titular con la cosa existe ya antes de la llegada del plazo. Existen, por lo tanto, dos titulares, dos derechos sobre la cosa, dos posiciones que deben ser protegidas por la Ley. Ante la Ley, ambos tienen derechos sobre la cosa: todo dueño o titular de un derecho sujeto a plazo presenta junto a sí, coexistiendo en la relación con la cosa, otro titular, aquel a quien revertirá al cumplirse el plazo. Y no hay razón para que tales derechos no entren en el comercio jurídico. Finalmente, el derecho real, sea de un titular, de varios conjuntos, o de uno u otros, sujeto a plazo, puede hallarse pendiente de una condición, condicionado a un suceso. Siempre, igualmente, actúan dos titulares de otras tantas posiciones: el dueño o titular del derecho real limitativo, cuya actuación utilitaria sobre la cosa pende de una condición, que, cumplida, resuelve su derecho, y otro titular, cuya actuación utilitaria sobre la cosa pende de la misma condición, que, cumplida, hace nacer su ejercicio. Y tampoco existe razón para que tales derechos no entren en el comercio jurídico.

El derecho real condicional es creado por el hombre mediante sujetar la cosa a dos dominaciones pendientes de una sola condición: suspensiva para una y resolutive respecto de la otra.

En forma análoga crea el derecho condicional de la Ley.

Es creación del hombre consentida por la Ley, en los artículos 469, 513, 790, etc., del Código civil. Es creación de la Ley en los artículos 811 y 968. Parece evidentemente imprescindible que el

derecho regule concretamente esta posición especial, como lo hizo al tratarse del condominio o de la titularidad única, sin lo cual el derecho condicional no mostrará una figura capaz de garantizar la seguridad social.

Sin embargo, esta posición condicional no está concebida claramente en el derecho. Todo es confusión en torno de ella; basta observar los conflictos nacidos de las reservas y los vacíos de la Ley al regularlas, y los derivados de las sustituciones fideicomisarias condicionales y familiares.

La Ley no ha prestado atención al derecho real que en toda condición se crea a favor del no titular directo; sólo ha atendido al derecho de éste, y ha encontrado sus normas en el efecto de la condición respecto a tal derecho, o sea en su resolución.

Son, por lo tanto, derechos reales perfectos, pero imperfectamente regulados por la Ley.

Dentro del tipo condicional se muestra el retracto convencional, de avanzada evolución, y a su lado, como derecho personal condicional, tendente a convertirse en real—similar a una reserva de dominio—el nacido de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil, cuya evolución interesantísima en la ley Hipotecaria y en la jurisprudencia es tan fácil de seguir. El camino a seguir por la Ley es centrar las normas reguladoras de la posición condicional en el derecho real del sucesor tanto como en el del actuante.

Ofrece dificultades indudables, pero se hace preciso que las aborde y resuelva: la primera será la puramente doctrinal de la aparente imposibilidad de crear o reconocer un poder de dominación directa de la cosa a favor de personas no nacidas (reservas, sustituciones, etc.). Mas vencida, surgirá una exacta regulación de la posición condicional, su garantía social.

Por el contrario, si en la posición condicional atiende la Ley únicamente al titular actuante y configura la condición centrada en su efecto resolutorio de la actuación, como una resolución del derecho real a que afecta (derecho real que examina como si fuera único y no existiera el del titular no actuante), se expone a dar carácter de derecho condicional a todo derecho real que puede resolverse, cualquiera que sea la causa de resolución. Así vemos configurada por

algún autor la anulabilidad, y en este mismo criterio toda causa de resolución en ejercicio, toda acción de resolución que se ejercita produce un derecho real condicional (adoptando esta conclusión al mirar sólo la posible resolución del derecho real actuante, sin atender que no por ello se crea en todos los casos un derecho real independiente o posición concreta, definida, exacta, de otra persona, en referencia a la cosa, que la sujete directa e inmediatamente a su dominación).

En este punto observamos que la teoría anterior, que distingue dos órbitas o campos, la determinada por la posición jurídica de la cosa en el orden universal del derecho, y la relación del hombre a la cosa, como titular de un poder de sujeción de ésta a su voluntad, puede producir insospechadas derivaciones constructivas. Aflojará tal vez con ella al derecho un nuevo concepto de relatividad no tenido en cuenta anteriormente. Y se producirán acciones y reacciones entre los dos campos diferenciados.

Un ejemplo aclarará la insinuación anterior: a) Siendo una sola la relación del hombre a la cosa, v. g., el dominio, podrán ser dos las posiciones de la misma cosa en el campo universal. Tal ocurrirá si el dueño de una finca a título de herencia adquiere la colindante con carácter reservable y las agrupa para formar una sola; b) Siendo única la posición de la cosa en el orden universal, podrán ser dos o más las relaciones del hombre a la cosa, como en el caso de que la mitad indivisa de la finca haya sido adquirida por compra y la otra mitad por sustitución.

Centrando en el titular el término de unión de las dos órbitas, han de surgir inéditos ángulos de referencia y nuevos puntos de vista de derechos reales y personales. Y tal vez la construcción total que se ofrezca como consecuencia aclare los confusos problemas de la autocontratación, de los patrimonios diferenciados de las servidumbres prediales, y llegue a fijar un nuevo concepto de finca, con consecuencias trascendentales para el orden hipotecario.

De todas suertes, ha de ser conveniente volver sobre el tema en un estudio más reposado y directo.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI,

Notario.

(Continuará.)

¿Pueden, en los testamentos, ser los testigos instrumentales a la vez de conocimiento?

Parece que el asunto no ofrece novedad, y a cualquier opositor de Notarías medianamente preparado que se le preguntase contestaría, sin darle importancia, que no hay inconveniente en que los testigos instrumentales lo sean a la vez de conocimiento.

Pero es el caso que, al llegar a un importante centro notarial, me encuentro con la práctica de los *cinco* testigos, tres instrumentales y dos de conocimiento, y por si los opositores y yo estamos equivocados, quiero estudiar con un poco de calma esta cuestión.

Es precepto aplicable al caso el artículo 685, de desdichada redacción: «El Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y *sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales.*»

Vamos a prescindir por un momento de la jurisprudencia existente sobre el particular, y a concretarnos a discurrir sencillamente sobre el párrafo anterior.

La exigencia de los testigos de conocimiento aparece, según el artículo 685, cuando el Notario y dos de los testigos, de los tres que deben intervenir, no conocen al testador. Si es el Notario el que no lo conoce, pero le conocen dos de los testigos instrumentales, es requisito indispensable el que haya dos de conocimiento. No se cumpliría, si no, el mandato del citado artículo, que parece que quiere construir con la unión del Notario y los dos testigos una especie

de Tribunal de conocimiento. Pero puede darse el caso, frecuentísimo en la práctica, de que tres, o sean los tres testigos que han de *autorizar* el testamento, según la frase del artículo, conozcan al testador, pero éste sea desconocido para el Notario. ¿Hay que llamar entonces a los dos testigos de conocimiento?

La verdad es que el artículo no comprende este caso. Estamos, pues, frente a una laguna o charco que intentaré desecar rápidamente.

Opinan los que aquí siguen la práctica de los cinco testigos que, siendo de conocimiento los instrumentales, no podría llenarse la exigencia del artículo 685 de que a los dos de conocimiento han de conocerlos el Notario y los instrumentales, sin decir cuántos de éstos los han de conocer. El argumento es de una fuerza extraordinaria; pero no debe olvidarse lo que digo más arriba, y es que este lujo de solemnidades sólo proceden, a mi juicio, cuando se da el caso que el artículo indica, o sea cuando el Notario y dos testigos no conocen al testador. Cuando los tres testigos conocen a éste, pueden seguirse dos caminos. O se interpreta la ley con un poco de lógica, y se va al sencillo procedimiento de no comprender en un artículo restrictivo más casos que los en él incluídos, o se sigue el camino de herradura de decir: Los tres testigos instrumentales aseguran conocer al testador; pero como el Notario no lo conoce, hemos llamado a otros dos señores que también aseguran conocer al pobre testador. De este modo se facilita el procedimiento de testar, se guarda el secreto (secreto entre cinco), y si acaso el Notario ha *patinado* en el testamento, cabría convertir éste en un «ante cinco testigos»; pero la ley ante todo.

Esta cuestión ha producido una extensa literatura jurídica, sobre todo a raíz de la publicación de la célebre sentencia de 27 de Mayo de 1914, de la que luego me ocuparé. Una lista bastante completa de esta bibliografía puede verse en Calvo Camina (1).

De entre tanto como se ha escrito destaca, por la claridad y sencillez, un dictamen de Díaz Cobeña, en el que sostiene la validez de un testamento en que intervenían como testigos de conocimiento los tres instrumentales, «no obstante—dice—existir dos fallos del Tri-

(1) Calvo Camina: *Bibliografía sobre el Código civil* (1928), pág. 342.

bunal Supremo (1) que parecen inspirarse en la doctrina contraria y una Resolución de la Dirección de los Registros que la rechaza abiertamente» (2).

Ultimamente parece que el asunto no ha interesado grandemente, pues vemos a Pou (3) y a Azpitarte (4) que se limitan a citar la sentencia de 1914, sin entrar en el estudio del problema.

Don Mateo Azpeitia (5), después de analizar los antecedentes de la legislación y de aludir a la jurisprudencia que ya conocemos, concluye diciendo que así la materia está embrollada y difícil para la legal identificación de los testadores, los cuales, generalmente, procuran enterar de sus disposiciones al menor número de personas, y recelan de muchos conocidos, que son los más necesarios para el caso de identificación.

La Audiencia de Pamplona había declarado nulo un testamento por no concurrir al acto dos testigos de conocimiento. Fué ponente en casación D. Luciano Obaya, de quien, sin duda, son estas interesantes frases, aparte de otras más conocidas: «Que a no incurrir en un desacierto jurídico, ni racional ni lógicamente cabe admitir que, para el caso de excepción o suplencia, basta que depongan e informen al Notario dos testigos extraños, llamados de conocimiento, y no sirvan al efecto de desempeñar esta misión aquellos que, como los instrumentales, conociendo previamente a la testadora, presenciaron toda su actuación testamentaria.» Añadiendo que el número de cinco testigos podrá suponer entre dos cantidades inferiores una suma aritmética mayor, pero sin constituir cualitativamente agregado preciso para rechazar la identificación verificada por los testigos instrumentales conocidos de la testadora.

Ignacio de Casso opina que esta sentencia representa una novedad absoluta de nuestro derecho, y contradice la jurisprudencia anterior. No estaba conforme con tal orientación, y, ciñéndose extra-

(1) Sentencias de 31 de Mayo de 1898 y de 1 de Junio de 1901 y Resolución de 12 de Febrero de 1901.

(2) *Dictámenes de D. Luis Díaz Cobeña*, 1919, pág. 158.

(3) Nicasio Pou: *Legislación notarial* (1926), pág. 227.

(4) Rafael Azpitarte: *Estudios de derecho notarial* (sin fecha), página 324.

(5) Mateo Azpeitia: *Legislación notarial* (1930), pág. 353.

ordinariamente a la letra del artículo 685, acaba con unas conclusiones completamente opuestas a nuestro punto de vista (1).

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de sentar nueva jurisprudencia sobre el caso en la Sentencia de 12 de Junio de 1926, y en ella insiste y confirma la orientación de la de 27 de Mayo de 1914. Por cierto que el Sr. Castán, al comentarla (2), se lamenta de que con este fallo se haya dado definitivo carácter de doctrina legal a la que inició aquella Sentencia de 1914, y que, a su juicio, es equivocada. Cita con este motivo la opinión de D. Víctor Covián en el prólogo del Código civil de la *Revista de los Tribunales*, quien decía que, por ser aquella Sentencia única y sentar doctrina contraria a otra del mismo Tribunal, la más elemental prudencia aconseja, en tales circunstancias, la concurrencia de los cinco testigos.

Tenemos, pues, en conclusión, enfrente y a favor de los cinco testigos la opinión de ilustres Catedráticos de Derecho civil. Yo sospecho que no se han dado cuenta de lo que en la realidad supone la práctica de lo que ellos defienden. Si la jurisprudencia debe ser «progresiva y de espíritu amplio», como dice el Sr. Castán, «siempre sobre la base de los textos legales», no concibo cómo se combaten estas dos sentencias del Supremo, que no pueden ser más progresivas, que vienen a llenar un vacío de la Ley y que no chocan con ningún precepto de la misma, ya que nada dice el Código civil del caso que estudiamos.

Podría, con la existencia aislada de la Sentencia de 1914, sentirse el temor que abrigaba el que fué ilustre Fiscal del Tribunal Supremo, pero con la Sentencia de 1926, «no merecedora ciertamente, en nuestro modesto sentir, como dice Azpitarte (3), de los reparos críticos que le opuso el Sr. Castán», ya no es imprudente utilizar los tres testigos como medio de conocimiento cuando el testador es desconocido para el Notario.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia

(1) *Revista de Derecho Privado* (1914-15), pág. 423.

(2) *Revista de Derecho Privado* (1927), pág. 189.

(3) Rafael Azpitarte: *Apuntes de derecho notarial*. 1928.

Conservación de los libros de inscripciones

Parece insignificante el problema, pero no lo es, ni mucho menos.

No pasarán muchos años sin que tomar posesión de un Registro sea una empresa aventurada, salvo que se haga bajo un inventario minucioso, en que consten todos los libros desencuadernados y sin tapas, las hojas sueltas, las que faltan, las de picos arrollados y escarolados, etc., etc. ¡Y entonces será el clamor de los que cesen! Clamor justificado, pero inútil, pues aunque no son responsables morales, lo son ante la Ley.

Los Registros, salvo rarísimas y honrosísimas excepciones, tienen sus libros completamente *estropeados*. Dentro de la Ley es muy poco lo que por ellos puede hacerse, pues para arreglarlos se necesitan muchos requisitos y muchísimo dinero (artículo 239 del Reglamento). Por añadidura, el asunto plantea otro problema: el de a quién corresponde pagar estos gastos de reparación.

* * *

Las causas de este indeclinable e ineludible deterioro son varias.

Dejemos a un lado la negligencia y abandono de los Registradores; dejemos también la incuria de los Oficiales, que entran los libros a empujones, separando las tapas y rompiendo los picos, y los sacan a viva fuerza, desgarrando los lomos. Hemos de contar con esta incuria y este abandono inevitables y disponer los remedios, que disminuyan las ocasiones de hacer fuerza y presión sobre las encuadernaciones.

No habrán dejado de contribuir en gran manera los frecuentes traslados, pero aun éstos tendrían poca importancia si los libros del Registro fueran bien proporcionados y menos pesados, más manejables en resumen.

No deja tampoco de influir la disposición de las estanterías, hechas por regla general de maderas bastas, con pocos travesaños verticales, con anaqueles, por tanto, muy anchos, para veinte o treinta libros a veces, que se acuestan unos encima de otros y obligan a tirar o a empujar bruscamente para sacarlos o entrarlos.

Pero aún esta causa sería poco eficiente si los libros tuvieran otro formato.

He ahí la causa de todo : el formato de los libros, el apaisamiento exageradísimo (29×43), que multiplica extraordinariamente la tensión del volumen hacia fuera y hacia abajo.

Se olvidó, al proyectarlos, que con esas dimensiones el libro forma una palanca en que al alargar el brazo (volumen sin las pastas) se aumenta la potencia y se disminuye la resistencia (cosido y encolado de las hojas del volumen).

* * *

¿Remedios? Hay que cambiar el libro actual por otro más manejable, de base mucho más corta, acaso igual a la altura, nunca mayor.

Claro es que disminuiría muchísimo el margen reglamentario, puesto que no debería tocarse el fondo, pero háganse desaparecer las notas marginales substantivas (verdaderas inscripciones) y háganse lacónicas las adjetivas o rituales y no necesitaremos sino muy escaso espacio marginal.

Señálense las medidas de cada anaquel ; obléguese a cepillar y barnizar las estanterías ; régulense los traslados para que no dependan de ningún capricho, ni del propietario ni del Registrador, porque hablar de edificar locales para Registros o de que los suministren los Ayuntamientos sería hablar de la mar ; autorícese a los Registradores para trasladar a libros nuevos un extracto de los asientos vigentes de aquellos que estén ya muy deteriorados y no convenga exponer al riesgo del uso continuado, y habremos atenuado todos los inconvenientes que ofrece el actual sistema.

PAULINO HUERTAS,

Registrador de la Propiedad.

Calificación de documentos judiciales en los Registros

La acción resuelta, bien encaminada e inteligente del Registrador de la Propiedad de Santiago de Cuba, capital de la provincia de Oriente, en esta República, doctor Ricardo Rodríguez Cáceres, parece haber puesto término a la perenne cuestión a que daba origen siempre la pregunta que sirve de tema a este escrito; puntualizando el concepto y determinando su procedencia.

Un caso asaz interesante es el que, a virtud de recurso contra una nota de dicho funcionario interpuesto, y que fué resuelto por el Tribunal Supremo, define la cuestión, conforme con la nota, que, en traslado que le fué dado del recurso, defendió admirablemente el doctor Rodríguez Cáceres.

El caso es éste: al hacer la calificación de la escritura otorgada en 12 de mayo de 1929, ante Notario por un Juez de primera instancia, representando a la propietaria de una casa en venta judicial a consecuencia del procedimiento hipotecario establecido contra dicha señora, fué rechazada, por estimar el Registrador que en la misma existía un defecto insubsanable, cual es la falta de cumplimiento de lo que dispone el artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil, tratándose de un procedimiento hipotecario en el que hubo de celebrarse una tercera subasta, y no se cumplió con lo dispuesto en el párrafo tercero de dicho artículo, que establece que si no hubiere postor que ofrezca las dos terceras partes del precio que sirvió de tipo para la segunda subasta, con suspensión de la aprobación del remate, se hará saber el precio ofrecido al deudor, el cual dentro de los nueve días siguientes podrá pagar al acreedor,

librando los bienes, o presentar persona que mejore la postura, haciendo el depósito prevenido en el artículo 1.498 de dicha ley, disponiéndose en el último párrafo de dicho artículo que, transcurridos los nueve días sin que por el deudor haya pagado ni mejorado la postura, se apruebe el remate, mandando llevarlo a efecto.

Y, aceptado por el recurrente, en su relación de hechos, que efectivamente, no se cumplió con lo dispuesto en el artículo 1.504, citado por el Registrador, éste consigna que no hay discusión sobre el particular, y formula la siguiente interrogación:

¿Constituye ello un defecto insubsanable que impide la inscripción del documento?

La que contesta razonando así:

En primer término, aun cuando el recurrente, sobre el particular nada ha dicho, pudiera pensarse que ese requisito a que se refiere el artículo 1.504 no es de aplicación a un procedimiento hipotecario, toda vez que la ley Hipotecaria y su Reglamento guardan silencio sobre el particular.

Para dejar demostrado que es indispensable en los procedimientos hipotecarios dar cumplimiento a ese precepto en el caso de la tercera subasta, sólo citaremos la opinión de un ilustre jurista, Magistrado de la Audiencia de esta provincia, el licenciado Manuel Martínez Escobar, en su recientísima obra *La hipoteca*, al tratar de la tercera subasta:

«Cuando el precio ofrecido no llegue a las dos terceras partes de la que sirvió de tipo para la primera subasta, debe hacerse saber al deudor, a los efectos del artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil, «las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil son aplicables como supletorias en los procedimientos sumarios en cuanto no se opongan a lo prescrito en la ley Hipotecaria y su Reglamento.»

De manera que el requisito a que se refiere el párrafo tercero del artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil es un requisito de indispensable cumplimiento no sólo en el juicio ejecutivo, sino también en el procedimiento sumario hipotecario, según la opinión del ilustre comentarista antes citado, robustecida por la expresada en los autos dictados por la Audiencia de la Habana, y que se sirve citar el Licenciado Martínez Escobar.

Es, pues, sin duda, un requisito esencial del procedimiento la

tramitación a que se refiere el párrafo tercero del artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil.

No se trata de un documento emanado de la Autoridad Judicial. La escritura pública de compraventa judicial presentada no puede estimarse como documento judicial. Así lo estima el mismo recurrente, desde el momento en que ha establecido este recurso, precisamente ante el Juzgado de primera instancia del partido, que es el funcionario que otorgó la escritura pública de referencia a favor del rematante.

No es, pues, necesario que nos detengamos a demostrar esto, que, como lo anterior, lo acepta el recurrente.

Este sólo limita su recurso a sostener dos aspectos del problema :

Primero. Que a los Registradores de la Propiedad no les fué concedida la facultad de calificar los documentos judiciales, ni les está permitido calificar el orden del procedimiento.

Segundo. Que si bien no se cumplió por el Juzgado lo que preceptúa el artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil, cierta notificación que se le hizo a la deudora por medio de edictos publicados en la *Gaceta Oficial*, con referencia a la liquidación de cargas, subsana esa falta.

En cuanto al primer motivo, o sea que los Registradores de la Propiedad no pueden calificar el orden del procedimiento, estimamos que el recurrente padece un grave error.

Este error del recurrente nace de un falso concepto de lo que debe entenderse por «orden del procedimiento».

Según las diversas acepciones que ambas palabras tienen, por orden del procedimiento debe entenderse la sucesión rigurosa o la serie ininterrumpida de los trámites que la ley ordena cumplir, sucesivamente, para resolver las pretensiones de los litigantes ante los Tribunales.

El Registrador de la Propiedad que informa no ha discutido ni discute el orden del procedimiento. Una cosa es el orden del procedimiento y otra muy distinta es la falta de un trámite esencial de ese procedimiento. Una cosa es que todos los trámites de la ley se hubieran cumplido, pero sin determinado orden, sin la sucesión que la ley marca, y otra cuestión muy distinta es que no se

haya cumplido un trámite esencial como es el que dispone el artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil en su párrafo tercero.

Cuando no se cumple un trámite, cuando ese trámite o cuando la serie de trámites que la ley determina, según el artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil, no se han cumplido, no se puede hablar del orden del procedimiento. Si en vez de hacerse la notificación del resultado del remate a la deudora para que pague o para que busque persona que mejore la postura en la oportunidad en que debió hacerse, se hace con posterioridad, pero se cumple ese requisito, entonces sí podría el recurrente decir que el Registrador se ha inmiscuído, al calificar, en el orden del procedimiento. Pero es que resulta, como el mismo recurrente lo confiesa en su escrito, que no se han cumplido la serie de trámites a que se refiere el artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil, y ya no se puede hablar de que el Registrador, cuando observa la falta de ese requisito, discute y califica el orden del procedimiento, porque no ha habido tal orden ni tal procedimiento.

Si la serie de trámites que la ley ordena no se han cumplido sucesivamente, pero por otros antecedentes resultan cumplidos, aunque no en el orden que establece, o imperfectamente realizados, en este caso es cierto que el Registrador no puede advertir defecto alguno, porque no es de su competencia. Por eso no son de aplicación las resoluciones que el recurrente se ha servido acompañar a estos autos, y especialmente la resolución de 28 de noviembre de 1904, tomándola de la Colección Hipotecaria de España, formada por don Carlos de Odrizola, no sólo porque esa resolución proveniente del Centro Directivo Español no puede tener eficacia ni valor como antecedente para los Tribunales de Cuba, sino como meramente ilustrativa, sino también porque esa misma resolución nos está dando la razón, porque en ese caso el Registrador discutió el orden del procedimiento, ya que estimó que la notificación posterior al dueño de la finca, del acta de adjudicación, no era bastante para subsanar la falta de citación en forma. En este caso el Registrador calificó el orden del procedimiento, discutió la actuación judicial. Pero en el presente caso, en el que, según el mismo recurrente, no se ha cumplido un precepto terminante de la ley de Enjuiciamiento civil, que es una circunstancia esencial, no puede el recurrente pretender que se trate de casos semejantes, y que el

Registrador, al observar la falta que él acepta, ha invadido funciones que no son de su competencia.

El Registrador, que no puede calificar el orden del procedimiento, tiene el deber de calificar si en el procedimiento se han cumplido y seguido los requisitos esenciales cuya omisión pudiera traer consigo la nulidad de los derechos que se traten de inscribir.

Los eminentes tratadistas de Derecho español, los jurisconsultos que formaron aquella Comisión Legislativa que creó ese monumento jurídico que se llama la ley Hipotecaria, escribieron como preámbulo de dicho Cuerpo legal la exposición de motivos en que se fundaba la ley, creando de ese modo una de las fuentes más trascendentales y mejores para la interpretación de aquel Cuerpo legal y redactando uno de los trabajos científicojurídicos de mayor importancia y transcendencia en España, hasta el punto de que esa exposición de motivos está considerada por los más ilustres autores y comentaristas del Derecho como la palabra más autorizada y solemne para interpretar las instituciones del derecho Hipotecario, que por primera vez se establecieron en España en 1861, y que, mientras más se debaten las doctrinas y las instituciones contenidas en la misma ley, más hermosas y radiantes son sus conceptos para fijar de manera clara y evidente el alcance de los preceptos de la ley.

Y así decían los sabios juristas aludidos que el Registro debía sólo contener derechos perfectos, actos válidos, nunca derechos imperfectos ni actos nulos o viciados de nulidad. Si el Registro ha de servir de base incontrovertible al dominio y a los derechos reales, y ha de advertirse como verdad lo que resulte de sus libros, es necesario que los títulos sean escrupulosamente examinados, y que sólo los actos válidos sean admitidos a inscripción. Para esto, el Registrador debe calificar, tiene el deber de calificar, no sólo las formalidades externas, no sólo la capacidad de los otorgantes, sino también las formas intrínsecas, el fondo, el contenido del derecho que se pretenda inscribir.

Los Registradores de la Propiedad tienen el deber de calificar aun los documentos expedidos por la Autoridad Judicial. Como muy bien dice Bartolomé Gómez, en su obra *Faltas subsanables e insubsanables*, de no concederse esa facultad a los Registradores, se autorizará, con perjuicio de tercero, la inscripción de cualquier

documento obtenido por el fácil medio de un acto de jurisdicción voluntaria, o de una providencia dictada de plano, *a instancia de una sola parte*, abriéndose los libros del Registro a todo género de títulos y de documentos, que, de otro modo, serían rechazados.

El Registrador ha de calificar si en el procedimiento se han cumplido y seguido *los requisitos esenciales*, cuya omisión pudiera traer consigo la nulidad de los derechos que se traten de inscribir.

No se trata en el presente caso del orden del procedimiento, se trata de la omisión de una circunstancia esencial que prevé y ordena la ley Rituaria, como es la notificación al deudor del precio ofrecido por la finca en la tercera subasta, para que concurra, dentro de los nueve días siguientes, a pagar al acreedor, librando los bienes, o a presentar persona que mejore la postura, previo el depósito a que se refiere el artículo 1.498. Es tan importante esa circunstancia, que la ley manda que se suspenda la aprobación del remate. Sin esa circunstancia no se ha podido aprobar el remate a favor del recurrente. Es, pues, un requisito esencial, de ineludible cumplimiento, y su omisión da lugar a la nulidad, y por eso, y como es aplicable también al procedimiento hipotecario, según lo que hemos dicho, advertimos ese defecto y denegamos la inscripción que se solicitaba.

El Registrador no pudo admitir la inscripción de ese documento, y tiene competencia y tiene facultades para ello, según lo que hemos dejado demostrado; pero por si quedase alguna duda a este respecto, citaremos las opiniones de tres notables comentaristas de la ley Hipotecaria.

Galindo, Escosura y Morell, este último en su conocida obra *Legislación Hipotecaria*, refiriéndose y aceptando las reglas que cita Escosura, señalan y comentan las atribuciones de los Registradores en la calificación de documentos judiciales.

Las Resoluciones de 5 de Abril de 1903, 6 de Septiembre de 1902, 6 de Abril de 1895 y 3 de Febrero de 1888 confirman la opinión de los ilustres comentaristas antes expresados.

La falta u omisión observada del artículo 1.504 es un requisito esencial que el Registrador está en la obligación de calificar. El recurrente acepta que ese requisito no fué cumplido. Acepta que puede dar lugar a la nulidad, pero que ésta tiene que pedirla el deudor, y que éste tiene expedita la vía para pedirla cuando le

plazca. Al observar el Registrador la falta advertida, no calificó el orden del procedimiento, ni tampoco el fundamento de la resolución del Juez, ya que, al denegar la inscripción, cumplió su deber.

El recurrente entiende que la notificación posterior que se le hizo a la deudora por medio de edictos publicados en la *Gaceta Oficial* de la liquidación de cargas, es bastante para subsanar la falta. No necesitamos detenernos en el examen de este argumento. El cae por tierra desde el momento en que, como acto posterior del procedimiento al en que se incidió en la omisión advertida, es nulo también, porque si trae su origen ese acto del remate en el que se ofreció un precio inferior, y se acepta por el recurrente que este acto es nulo, en efecto, lo que es nulo en su origen es nulo en su consecuencia.

Aceptando las mismas manifestaciones del actor, nunca puede ser una mera notificación hecha por la *Gaceta* para un acto distinto la subsanación de la falta, por omisión, de un requisito esencial. Si la deudora hubiera venido al procedimiento, recogido el resto del precio, si alguna cantidad se le hubiera dejado en poder del Actuuario, como parte del precio del inmueble, esos actos sí pudieran haber convalidado la falta anterior; pero el hecho de que se le haga una mera notificación por la *Gaceta* a una persona, que a lo mejor no existe y está fallecida, no nos parece que puede ser, en modo alguno, la circunstancia por la cual se subsane la omisión de un requisito esencial del procedimiento, que vicia de nulidad al mismo, y consiguientemente al contrato celebrado.

Por regla general, según nuestro Ordenamiento Procesal, se convalidan las actuaciones nulas o las omisiones padecidas en un procedimiento que producen la nulidad, cuando por un acto propio del colitigante se aceptan o se dan por enterados de la resolución indebidamente producida o de la falta que vicia el procedimiento. El recurrente no podrá citar acto propio alguno de la deudora del cual pueda presumirse que ha prestado su consentimiento. No nos ha traído una simple escritura de ratificación que le pedíamos para inscribir su título, ayudándole así a subsanar el defecto. Se nos expuso que esa señora había fallecido, y que era difícil hacer la declaratoria de herederos o reunir a éstos para que prestaran ese consentimiento. Ante tales circunstancias, el defecto subsiste en toda su integridad, y, en consecuencia, de acuerdo con lo dis-

puesto en el artículo 65 de la ley Hipotecaria y en el 110 de su Reglamento, se denegó la inscripción.

El Juzgado declaró sin lugar el recurso, confirmando en todas sus partes la nota denegatoria del Registrador ; y establecida apelación por el recurrente, para ante la Audiencia de Oriente, ésta resolvió con las siguientes razones, revocando la resolución del Juez y la nota del Registrador recurrida :

«Considerando que, conforme lo tiene declarado nuestro Tribunal Supremo, entre otras, sus Resoluciones números 104, de 10 de Noviembre de 1902, y 3, de 7 de Abril de 1919, si bien los Registradores están facultados para calificar, bajo su responsabilidad, los documentos de toda clase que se presenten a inscripción, dicha facultad, cuando recae sobre los que expidan los Tribunales, queda limitada al examen de la naturaleza del mandato y la del juicio en que hubiere recaído, así como al de cualquier obstáculo legal proveniente del Registro que pueda impedir dicha inscripción ; pero en manera alguna esas facultades lo autorizan para juzgar del orden riguroso de los procedimientos judiciales, como lo ha hecho, ni tampoco para decidir respecto a los fundamentos en que descansan las Resoluciones que se dicten en tales procedimientos cuando califique los documentos que le fueren presentados para su inscripción en el Registro ; de lo que se deduce que los trámites y fundamentos de las sentencias quedan fuera de dicha calificación y sometidos exclusivamente a la autoridad y rectitud de los Tribunales, los cuales, dentro de su esfera propia y bajo su responsabilidad, son los llamados a arreglar el orden del procedimiento, con sujeción a las leyes.

Considerando que consistiendo los fundamentos de la nota del Registrador en que el procedimiento hipotecario seguido en el Juzgado de primera instancia de esta ciudad no se cumplió con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil, privándose de esa manera a la deudora de hacer uso de los derechos que por dicho precepto se le conceden, y que la notificación posterior que a ésta se hizo por medio de edictos en los estrados del Juzgado, y que se publicó en la *Gaceta Oficial de la República*, de la liquidación de cargas, en la que consta el precio del remate, no es bastante a subsanar dicha falta, es obvio que tales extremos, por referirse al orden del procedi-

miento, se hallan fuera de las facultades de calificación del Registrador.»

El Registrador acudió al Tribunal Supremo, de conformidad con lo dispuesto, para interesar la revocación de la resolución de la Audiencia, remitiendo a aquel Alto Tribunal, en su apoyo, al extenso escrito, que en su mayor parte hemos transcrito, y haciendo notar, además, que él no ha pretendido discutir ni plantear debate alguno respecto al orden del procedimiento, pues en su nota sólo se observa la falta de cumplimiento de un requisito esencial, cual es el que establece el artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil, aplicable a los procedimientos hipotecarios, sin cuyo requisito el Juez no ha podido representar debidamente a la parte que, por contumacia, dejó de concurrir al otorgamiento de la escritura, toda vez que la falta de ese requisito produce la nulidad del procedimiento, y consecuentemente, de acuerdo con el espíritu que informa la ley Hipotecaria, no es posible que al Registro de la Propiedad vayan títulos nulos ni anulables. Esa nulidad, esa omisión advertida, la acepta el promovente del recurso gubernativo; y en consecuencia, como la nota de calificación tan sólo se limitó a observar tal omisión, y no a discutir el orden del procedimiento, el argumento de la Sala sentenciadora parece inatínente al caso controvertido.

Sin el requisito del párrafo tercero del artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil no ha debido pasarse al trámite del otorgamiento de escritura, y si se ha hecho se ha caído en un vicio de nulidad, que puede pedirse y hacerse efectiva, con perjuicio evidente del tercero que, al amparo del Registro de la Propiedad, adquiera en lo futuro la finca objeto de la escritura denegada, causándole perjuicio, en su consecuencia.

El Tribunal Supremo puso fin a la contienda con esta, para nosotros justísima, y por ende procedente, resolución:

«Considerando que el defecto señalado a la escritura presentada al Registro de la Propiedad para su inscripción consiste en haberse omitido en el juicio hipotecario en que se remató el inmueble cuyo título se pretende inscribir dar cumplimiento al precepto contenido en el artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil, de forzoso cumplimiento, en razón a que en la tercera subasta, que se celebró sin sujeción a tipo, la postura no llegó a los dos tercios del precio que sirvió de tipo para la segunda subasta,

por lo que, antes de procederse a la aprobación del remate, debió hacerse saber el precio ofrecido a la deudora, la que, dentro de los nueve días siguientes, podía pagar al acreedor, librando los bienes o presentando persona que mejorase la postura.

Considerando que si bien los Registradores de la Propiedad no están autorizados para juzgar del orden del procedimiento, ni tampoco para decidir respecto a los fundamentos de las resoluciones que en ellos se dictan, cuando califican los documentos que de ellos dimanen, como con reiteración tiene declarado la jurisprudencia, tal prohibición no limita su facultad de calificar el procedimiento, y, por tanto, la de negar la inscripción de todo mandato en que no se cumplan trámites y preceptos esenciales para su validez, lo que es cosa distinta, y como en el presente caso el defecto señalado al título presentado consiste en no haberse cumplido en el juicio ejecutivo en que se remató el inmueble con el trámite establecido en beneficio del deudor, en el artículo 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil, previo a aquel otro en que el Juez, en su representación, otorga la escritura de venta, no puede dudarse que, siendo dicho trámite de tal naturaleza que afecta a la validez de la venta, procedió acertadamente el Registrador al denegar su inscripción, y procede, en consecuencia, confirmar la nota en que así se hizo constar.»

Es esta resolución, como hemos dicho, justa y legal a todas luces.

Es una cuestión de orden público la que nace del hecho de poder o no poder el Registrador señalar y estimar como motivo bastante a suspender un título, una infracción del procedimiento, reclamable, en grado de nulidad de éste, con notorio perjuicio del tercero que viene a hacerse luego dueño del bien objeto de la inscripción.

La ley Procesal es ley de Orden público, y examinar si están cumplidos sus preceptos y si se ha llegado, tras la sucesión de los trámites en ella marcados, a la escritura o al mandamiento, es, a nuestro juicio, algo más que una facultad del Registrador, un deber muy estricto.

Pase que esos trámites no se hayan cumplido en el orden y oportunidad que la ley determina—y éste es el llamado orden de procedimiento—; pero dejar sin advertirlo y proceder como correspon-

de, cuando ni ordenada ni desordenadamente, ni a su tiempo, ni antes ni después, se hayan cumplido trámites y preceptos de aquella, siquiera no sean tan esenciales como el señalado por el Registrador de Santiago de Cuba, sería punible.

Además, y con relación al título que motivó este recurso : ¿ Fué un mandamiento expreso ? ¿ Fué un auto dictado en un expediente posesorio, que entraña esa condición de «mandamiento», puesto que se dicta siempre, según el formulario oficial, expresándose por el Juez que «debía aprobar y aprobaba la información suministrada, *mandando* que, en mérito de la misma, se haga en el Registro de la Propiedad de la inscripción solicitada por..... de posesión de la finca ? »

No. Es una escritura de venta en remate en la que el Juez no tiene más función que la de suplir, la de sustituir a la parte ejecutada que no comparece ; y por cuya intervención en ella no cobra tal documento el concepto de judicial, sino que sigue siendo, como todo acto notarial, extrajudicial y voluntario contractual, y nada más.

Este detalle no puede dejarse de considerar. El Registrador se encontró frente a un título que no le mandaba hacer nada imperativamente, y con el que sólo se pretendía alcanzar una inscripción, sin que nada pudiera justificar su omisión, la calificación oportuna del mismo, con todas las consecuencias legales del acto más trascendental, en el Registro de la Propiedad, fundamento de uno de sus principios : la legalidad.

El alcance de esta resolución, dictada con alteza de miras, ha de resultar benéfico en extremo para la Institución, por consolidar el crédito que debe inspirar el Registro de la Propiedad, dando seguridad mayor al tercero en cada caso.

DR. ANDRÉS SEGURA CABRERA.

La Habana (Cuba).

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XL

La consolidación del usufructo con la nuda propiedad se ha de liquidar tomando como base el valor del usufructo tal como se computaba en la época de su constitución; y si el interesado, en la declaración que presenta para pedir la liquidación, toma el cómputo actual y no el antiguo, no debe prevalecer tal error y hay que atenerse a lo legislado. Si no se notifica en forma, es preciso admitir el recurso, aunque esté fuera de plazo.

En cuanto a esto último, aunque el recurso se promovió a los diez y seis días de notificado el acuerdo recurrido, como no se cumplió el precepto del artículo 36 del Reglamento de Procedimiento, referente a requisitos de las notificaciones, es válido el recurso. En cuanto al primer punto, según el artículo 66, párrafo 2.º del Reglamento del impuesto, la extinción de usufructo debe liquidarse tomando por base el valor del mismo cuando se constituyó; y verificada la constitución estando vigente la ley de 31 de Diciembre de 1887, que señalaba en todos los casos como valor del usufructo el 75 por 100, esa cantidad es la que ha de servir ahora, y no el 40 por 100, que equivocadamente, aplicando la legislación vigente, señaló el contribuyente en su petición de liquidación; y, por lo tanto, como tal manifestación se basa en un error de derecho evidente, la Administración no debe tenerlo en cuenta, sino fijar como valor del usufructo el 25 por 100 al valor declarado de la finca, por ser este último mayor que el comprobado, y sobre dicho 25 por 100 girar el impuesto. (Acuerdo del Central de 8 de Mayo de 1930) 46 de 1930.

XLI

Para justificar la existencia de un crédito a favor de una Sociedad, procedente de la falta de pago de parte del precio de las acciones

por un accionista fallecido, al efecto de que tal deuda sea deducible en la herencia de éste, es indispensable escritura pública en que conste la deuda con fuerza ejecutiva, y sin ese requisito no es deducible de la herencia lo adeudado. Los libros de los comerciantes no llevan aparejada ejecución ni sirven a estos efectos, ni la escritura particional.

La cuestión planteada por la Dirección de lo Contencioso, recurriendo contra fallo favorable al interesado del Tribunal Provincial, es si, a los efectos del impuesto, puede estimarse deducible de la herencia la deuda que se consigna en la partición a favor de la Sociedad, procedente del precio de las acciones.

Tal cuestión ha de resolverse conforme al artículo 101 del Reglamento, a tenor del cual, en las herencias son deducibles las deudas contra el causante, sea cualquiera su clase, si constan en documento con fuerza ejecutiva, según el artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil, y esa disposición, según Sentencia del Supremo de 26 de Mayo de 1928, constituye un precepto fiscal de indeclinable observancia, cualquiera que sea su rigor, sin que enerve el alcance que le ha dado el Poder público los argumentos basados en textos civiles, según la propia Sentencia; y el mismo Tribunal, en Sentencia de 20 de Febrero de 1928, aplicando el artículo 95 del Reglamento de 1911, idéntico al actual, dice que según tienen con reiteración reconocido las Sentencias del mismo de 31 de Diciembre de 1921 y 23 de Enero de 1923, ha fijado el Reglamento los requisitos necesarios para que las deudas hereditarias sean deducibles, para evitar posibles perjuicios al Tesoro, exigiendo no sólo la indudable prueba de su existencia, sino que consten en documentos fehacientes con indudable fuerza ejecutiva, que eso significa la alusión al artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil; la deuda cuestionada aparece consignada en la escritura de partición y en certificaciones de los libros sociales y en las expedidas por un perito mercantil con referencia a la contabilidad de la Sociedad, y la cuestión a resolver es la de si la escritura particional y los libros de contabilidad reúnen los requisitos exigidos por el Reglamento, interpretado según la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo. Los libros de los comerciantes no son títulos con fuerza ejecutiva, conforme al artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni aun según el 48 del Código

de Comercio, pueden invocarse por sí solas con éxito contra tercero no comerciante que no haya aceptado tal medio de prueba (la Hacienda tiene condición de «tercero», según Sentencia del Supremo de 20 de Marzo de 1918), por lo que la deuda en cuestión no reúne la condición de deducible por el hecho de constar en los libros sociales; este Tribunal fijó ya esa misma doctrina, por su acuerdo de 30 de Junio de 1926.

La escritura particional no puede servir como elemento probatorio, por ser posterior a la defunción, porque se dejaría la fijación de la base tributaria a la voluntad del contribuyente y porque se opone el artículo 101 del Reglamento, según el que no son deducibles las deudas reconocidas por el causante en el testamento o por los herederos en la escritura de adjudicación, a no comprobarse su existencia por documentos que reúnan los requisitos indicados, criterio sustentado por el Supremo en sus Sentencias de 31 de Diciembre de 1921, 20 de Noviembre de 1922, 17 de Febrero de 1923, 27 de Diciembre de 1927 y 20 de Febrero de 1928; en cuanto a la Sentencia de 1.º de Abril de 1918, que se invoca de contrario, es de notar que por Real decreto de 24 de Julio de 1918 se acordó su inejecución por causarse grave daño a la Hacienda y porque al aplicar el criterio seguido en ella habría que prescindir del artículo 95 del antiguo Reglamento, en cuanto establece la prueba tasada, debiendo agregarse que el propio Tribunal, en Sentencia de 23 de Enero de 1923, declaró que las circunstancias peculiares de la de 1.º de Abril de 1918 impedían sirviera de precedente. Tampoco cabe invocar en contra del criterio sustentado el fallo de este Tribunal de 15 de Octubre de 1929, por el que se resolvió la cuestión de si en la herencia de una señora era deducible lo pagado por caudal relicto y derechos reales por herencia de un hermano de aquélla, fallecido seis días antes que la misma, liquidaciones que se giraron e ingresaron después de la muerte de la causante con cargo a la herencia, puesto que tal caso se refería a obligaciones impuestas por la Ley en favor del propio Estado, y no cabe equipararlo con los del caso actual, en que se trata de obligaciones convencionales a favor de persona distinta de la Hacienda pública, que son aquellas en las que pueden darse peligros de ocultaciones o defraudaciones, que son las que el Reglamento quiere evitar. (Acuerdo del Tribunal Central de 2 de Diciembre de 1930) 47 de 1930.

XLII

Errores de hecho y de derecho. 1.º La inaplicación a las casas del Ensanche de Madrid del tipo privilegiado de liquidación es un error, si le hay, de derecho y no de hecho, y sólo puede ser reclamado en el plazo de quince días. 2.º Por el contrario, la adición al precio de venta de unas hipotecas por valor de 60.000 pesetas en vez de 20.000 que aparecen entregadas como importe del préstamo, es de hecho y puede ser reclamado en el plazo de cinco años.

1.º En cuanto a la primera, al exigir el liquidador el 4,80 y no el 2,40, es indudable que por las razones que tuviera, entre las que pudo figurar el tratarse de un edificio en construcción y de un solar, y no de uno construído, no estimó aplicable el tipo privilegiado, aunque se trataba de inmueble del Ensanche de Madrid; y si ello fué con error, éste es de derecho y no de hecho, según Sentencias del Tribunal de 15 de Enero y 22 de Febrero de 1916, 21 de Febrero de 1923 y 9 de Mayo de 1928. Por ello, no puede aplicarse para el plazo de apelación el artículo 201 del Reglamento, sino el 200, que fija el plazo de quince días para apelar, y no el de cinco años.

2.º Por el contrario, la adición de 60.000 pesetas por hipoteca de las fincas vendidas, en vez de 20.000, importe de lo entregado a cuenta del préstamo, es un error de hecho, o sea el de la cuantía de la hipoteca, lo cual trae una realidad distinta del juicio que se forme acerca del contrato; y ese error de hecho puede ser reclamado en el plazo de cinco años, conforme a los artículos mencionados. (Acuerdo del Central de 3 de Febrero de 1931) 49 de 1930.

XLIII

Acumulación. Impersonalidad de los liquidadores para recurrir.

1.º *Dirigidos los recursos de un liquidador del impuesto y de la Dirección de lo Contencioso contra un mismo fallo del Tribunal Provincial, son acumulables para ser resueltos simultáneamente por el Central en un mismo fallo. 2.º Los Registradores-liquidadores carecen de personalidad para impugnar acuerdos que no les afectan de un modo directo. 3.º Mencionado un docu-*

mento privado por el adquirente en una escritura pública de compraventa, es suficiente tal manifestación para estimar probada la existencia de aquél y, por lo tanto, para acreditar la transferencia de una concesión mediante él; pero no existiendo tal mención en cuanto a un contrato de suministro de fluido, no puede, por la misma razón, estimarse como probada, ya que no se le prueba su realidad.

1.º La unidad de fallo impugnado por el liquidador y Dirección exige se fallen ambos recursos en un solo acuerdo por el Central, acumulándose en un mismo expediente.

2.º Según doctrina constante, los liquidadores del impuesto carecen de personalidad para impugnar los acuerdos de la Administración que se refieran al impuesto, y por ello carece uno de aquéllos de personalidad para impugnar la anulación acordada por el Tribunal Provincial de dos liquidaciones practicadas por él, así como la orden del Delegado de Hacienda de que devolviese los honorarios cobrados por ambas liquidaciones anuladas; tales decisiones no vulneran de un modo directo e inmediato los derechos personales de dicho funcionario, ya que la Administración no hizo sino una subsanación del error padecido por el liquidador al liquidar, aunque aquél haya de devolver los honorarios que hubiera cobrado de prosperar la liquidación, pues tales honorarios son consecuencia de ésta, y al anularla (como es un derecho y un deber de la Administración), si así procede, se anulan aquéllos. No se está en el caso de excepción en que los liquidadores pueden impugnar los fallos administrativos, según Sentencias del Supremo de 9 de Marzo de 1917, 6 y 8 de Marzo de 1919, auto de 3 de Abril de 1915 y otros, según los cuales el carácter de agentes de la Administración que tienen dichos funcionarios priva a éstos, según los artículos 33 de la ley del impuesto, y 135 del Reglamento del derecho de recurrir; y lo mismo según acuerdos del Central de 10 de Febrero y 24 de Noviembre de 1915.

3.º En cuanto al recurso de la Dirección, comprende dos cuestiones: a) Si ha lugar a estimar que se otorgó un documento privado de transmisión de una central y línea eléctrica por un padre a su hijo. b) Si ha lugar a liquidar la cesión del suministro de aquél a éste. En cuanto al primer punto, declarado por el adquirente en la escritura pública de compra que ésta y las líneas res-

pectivas fueron compradas mediante documento privado, que si bien no se inserta, se menciona en aquélla, debe tenerse por probada la existencia de ese documento, a tenor del artículo 1.218 del Código civil, según el cual los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que ellos contienen; el error, de ser cierto, de esa manifestación afectaría no a un antecedente, sino a parte esencial, cual sería el de pertenecer a persona distinta del vendedor, lo que haría ineficaz el contrato. El otorgamiento de una escritura posterior para desvirtuar la aludida, no puede perjudicar a la Hacienda.

En cuanto al segundo punto, no se ha presentado contrato escrito de la transmisión del suministro otorgado por el Ayuntamiento a tercera persona; y otorgado ese suministro por el Ayuntamiento en 1927 y cedidos los bienes a que la concesión se refiere en 1924, no cabe que antes de la escritura pública aludida en el punto anterior, o sea la de 1929, se haya verificado cambio alguno, por lo que procede mantener la anulación acordada por el Tribunal Provincial, ya que el titular del contrato de suministro era el mismo que lo obtuvo, sin que se hubiera probado transferencia alguna. (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Marzo de 1930) 27 y 101 de 1930.

XLIV

Las Diputaciones forales están sujetas al impuesto de personas jurídicas por los bienes que tengan depositados en territorio sujeto al impuesto, aunque los intereses estén domiciliados en territorio foral.

La cuestión planteada es: ¿la Diputación foral de X está obligada a pagar el impuesto especial sobre bienes de personas jurídicas o está exenta por el impuesto de los valores depositados en Madrid?

Según el artículo 1.º de la ley de 24 de Diciembre de 1912, modificativo de la ley de 29 de Diciembre de 1910 (artículo 10), están sometidos al impuesto de 0,15 pesetas por 100 anual sobre su valor comprobado los bienes de las Asociaciones, Corporaciones o demás personas jurídicas análogas que tengan personalidad propia e independiente y cuya propiedad no sea susceptible de transmisión hereditaria, ya de una manera directa o ya por medio

de transmisión de acciones o títulos de participaciones de capital activo o haber social; y según el 192 del Reglamento de 20 de Abril de 1911 (hoy 259 del 28 de Febrero de 1927, párrafo 2.º), las personas jurídicas constituídas o domiciliadas en el extranjero o en territorio exento están sujetas a este impuesto, cualquiera que sea la clase de bienes que posean en territorio en que el mismo sea exigible. Dados estos preceptos, la Diputación foral de X estaba obligada a tributar por los títulos de la Deuda depositados en el Banco de España, de Madrid, fuera del territorio exento, o sea en territorio sujeto al impuesto, aunque tuviera domiciliado el pago de interés en territorio exento; y tanto menos cuanto que ninguna de las exacciones del artículo 1.º de la ley de 1912 (260 de la de 1927) alcanza a la Diputación de X: el impuesto alcanza a las Diputaciones, porque, según Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 1917, las Diputaciones son Corporaciones de carácter permanente, y los valores o bienes que posean no son susceptibles de transmisión por herencia, por lo que están sujetos al impuesto de personas jurídicas, según el artículo 192 citado.

A ello no se oponen la ley de 16 de Agosto de 1841, ni el Real decreto de 19 de Febrero de 1877, ni el 8.º de la ley de 11 de Julio de 1877, ni aun el Decreto-ley, posterior a las liquidaciones impugnadas, de 15 de Agosto de 1927, que fijaron y elevaron el cupo contributivo de X, porque no es exacto que el artículo 192 esté en oposición a la ley de 1841, ya que no supone la sujeción de provincia de X al impuesto, sino la regulación del impuesto por los bienes que se encuentran fuera de ella, y, además, las reglas tercera y cuarta del artículo 2.º del Reglamento del impuesto sólo hablan de transmisiones hereditarias o por contrato de bienes muebles cuando el causante de la sucesión o adquirente tuviese derecho al régimen foral, que es también a lo que se refiere la regla segunda de la disposición séptima del Real decreto-ley de 1927. (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Enero de 1930. *Gaceta* de 19 de Mayo de 1931.)

XLV

Errores de hecho y de derecho. Ensanche de poblaciones. La liquidación al 4 por 100, según la ley de 1911, en vez del 0,50, tipo aludido, constituye un error de derecho y no de hecho; y por ello, aun cuando fuese cierto que el Ayuntamiento de

una capital tenga reconocido el beneficio de la ley de Ensanche de poblaciones de 18 de Marzo de 1895 y no se aplique el tipo privilegiado por el liquidador, tal error sólo es reclamable en el plazo de quince días, siendo extemporánea cualquiera otra que se haga posteriormente. El acuerdo del Tribunal económicoadministrativo provincial, por el que se desestima recurso entablado contra uno del Delegado de Hacienda sobre devolución de lo ingresado por ese supuesto error, al amparo del artículo 167 del Reglamento del impuesto, no es reproducción de otro entablado contra denegación de una reclamación económicoadministrativa, aunque sea referente a la misma liquidación, pues el uno es un acuerdo de revisión de error de hecho y el otro es contra una reclamación económicoadministrativa.

Se declaran vistos los artículos 4.º, 46 y 105 de la ley de lo Contenciosoadministrativo y 308 de su Reglamento; 166, 167 y 170 del de 20 de Abril de 1920; 408 de la ley de Enjuiciamiento civil; el 6.º del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924, y las Sentencias de la misma Sala de lo Contenciosoadministrativo del Tribunal Supremo de 15 de Enero y 22 de Febrero de 1916, 4 de Octubre de 1919, 16 de Mayo de 1921, 21 de Diciembre de 1929, 16 de Octubre de 1926 y 9 de Mayo de 1928.

Las dos resoluciones del Tribunal económicoadministrativo son distintas, pues en una se invoca el artículo 166 del Reglamento, que fija quince días hábiles para apelar, y se razona en sentido de haber pasado ese plazo desde la notificación de la liquidación cuando se entabló el recurso; y en la otra se trata de los errores materiales o de derecho y del plazo para recurrir unos u otros, y de si la liquidación al 4 por 100 era error de una u otra clase, puntos distintos de los del anterior acuerdo, y por ello no es admisible la excepción de incompetencia del Fiscal.

En cuanto al fondo, la cuestión estriba en decidir si el liquidar al 4 por 100 (según el antiguo Reglamento), en vez de al 0,50, por haberse otorgado al Ayuntamiento los beneficios de la ley de Ensanche de poblaciones, era error de hecho o de derecho; declarando que tal error, de existir, era de concepto, puesto que se cometió al aplicar e interpretar dos leyes, la del Impuesto y la de Ensanche de poblaciones, que sólo puede aplicarse en determinados casos y circunstancias; y si el liquidador entendió que no

era aplicable, por no concurrir los requisitos necesarios, con equivocación, fundamental, ese error es de derecho, por aplicación indebida de preceptos legales del derecho sustantivo; además, no se halla comprendido entre los que enumera el artículo 6.º del Reglamento de 29 de Julio de 1924, pues no se trata de duplicación de pagos, equivocación aritmética o señalamiento de tipo que no corresponde al concepto liquidado; es sólo reclamable en los quince días y no en el plazo de cinco años. (Sentencia del Supremo de 25 de Enero de 1930. *Gaceta* de 20 de Mayo de 1931.)

XLVI

La Compañía Telefónica goza de exención del impuesto de Derechos reales por los contratos que celebre, y entre ellos, por los de subarriendo de locales para la instalación de sus oficinas o centros.

Los términos en que se hallan redactadas las bases cuarta y séptima del Real decreto-ley de 25 de Agosto de 1924, en relación con el artículo 2.º del mismo, no permiten dudar que el legislador se propuso, no sólo exceptuar a la Compañía Telefónica de España de todas las disposiciones legales, incluso de la ley de Contabilidad de la Hacienda pública, que le fuesen contrarias, sino eximirla de toda contribución, impuesto o arbitrio nacional, provincial o municipal presente o futuro, sin otra excepción que las que se mencionan, entre las que no se halla la del impuesto de Derechos reales, y esto, no como privilegio gracioso, sino como el de cambio de forma de excepción, comparándola con las cargas que menciona, de las cuales dice la base séptima: «Todos los aumentos que ha de percibir el Estado, a tenor de esta base, se consideran como impuestos para todos los efectos legales y para la contabilidad»; y, por lo tanto, si no hay privilegio, según la cuenta del legislador, sino compensación, según dicha base séptima, no es posible jurídica ni lógicamente aplicar criterio de restricción para interpretarla, y, por el contrario, su inteligencia debe ser según el sentido gramatical en que se tradujo el pensamiento del legislador, perfectamente claro; y, por lo tanto, la Diputación de X (se trataba de una Diputación foral que, según su régimen,

tiene establecido el impuesto de derechos reales) no podía someter al impuesto a la Compañía Telefónica, según las bases cuarta y séptima del Real decreto-ley citado de 1924, sin que limite esa obligación el concierto económico de las Vascongadas, que no contiene precepto alguno derogatorio de aquellas bases y éstas fueron admitidas al celebrarse aquél, ya que, según la última base, no pueden quedar modificadas éstas por disposiciones generales o particulares del Estado o Corporaciones de carácter público; la exención es no sólo aplicable a la adquisición de instalaciones o concesiones, o sea a lo que de un modo directo afecta al servicio telefónico, sino a todos los actos complementarios de los objetos del contrato de la Compañía Telefónica, y abarca, no sólo lo específico, sino lo genérico, y no sólo los objetos presentes, sino los futuros, en cuanto haya relación directa o indirecta con el servicio; y por ello el contrato de subarriendo de un edificio para la Telefónica está exento del impuesto. (Sentencia del Supremo de 13 de Enero de 1930. *Gaceta* de 15 de Mayo de 1931.)

XLVII

Apelación.—No procede apelación ante el Tribunal Supremo contra Sentencias de los Tribunales Provinciales en pleitos cuya cuantía litigiosa no exceda de 1.000 pesetas, según el artículo 63 de la ley de lo Contencioso-administrativo (este artículo se halla hoy modificado, aumentando dicho límite). (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Febrero de 1930. *Gaceta* de 26 de Mayo de 1931.)

XLVIII

Apremios. 1.º *Infringidos los preceptos de la Instrucción de apremios, al exigir un débito del impuesto de Derechos reales, no procede el cobro del impuesto, sino anular todo el procedimiento.* 2.º *Esta anulación lleva consigo la de los honorarios o derechos del agente ejecutivo.*

Los hechos de esta curiosísima Sentencia son algo complicados; en síntesis, prescindiendo de detalles que los oscurecen, son los siguientes:

Giradas las liquidaciones del impuesto de Derechos reales por unos depósitos indistintos, fueron recurridas aquéllas y anuladas por el Tribunal Económicoadministrativo Central de la Hacienda pública en 10 de Enero de 1925. La Tesorería de Hacienda estaba siguiendo procedimiento de apremio para el cobro de dichos débitos, y aunque se comunicó a la provincia el acuerdo citado del Tribunal Central, se olvidó hacerlo al agente ejecutivo, que siguió su procedimiento de apremio, embargando diversas fincas; subsanado, al fin, el olvido sufrido; comunicada la suspensión del procedimiento a la Agencia ejecutiva, se consultó quién había de pagar los recargos del expediente de apremio que se había estado instruyendo, y el Delegado de Hacienda resolvió que los contribuyentes.

Contra ese acuerdo se entabló reclamación por éstos, pidiendo la nulidad del expediente de apremio, y que se declarase que no estaban obligados a abonar los recargos que se les había exigido, debiendo cancelarse los embargos de las fincas. Prosperan estas pretensiones.

Según el artículo 50 de la Instrucción de Recaudación y apremio de 1900, transcurrido el segundo plazo concedido a los contribuyentes para hacer efectivos sus débitos en el período voluntario de cobranza, y a medida que por los encargados de la recaudación se presenten los recibos pendientes de cobro, las Tesorerías dictarán providencias en el ejemplar de las relaciones que ha de servir para el cobro de la recaudación ejecutiva, declarando incursos en el recargo del primer grado de apremio a los contribuyentes morosos, cuya declaración se ha de hacer igualmente en las certificaciones de débitos del impuesto de Derechos reales, con arreglo al núm. 9 del art. 124 del Reglamento de 10 de Abril de 1900 (concordante con el actual de 1927); la Tesorería debió ajustarse a tal precepto al dictar su providencia, declarando a los recurrentes contribuyentes morosos por el impuesto de Derechos reales; y al no hacerlo así, dió lugar a un vicio sustancial del procedimiento de apremio seguido a partir de esa resolución.

Igualmente se infringió el artículo 51 del mismo Estatuto de recaudación al no publicarse en el *Boletín Oficial* de la provincia la providencia del primer grado de apremio, entregando los valo-

res al recaudador y comenzando el período ejecutivo, y, en consecuencia, los contribuyentes entonces hubieran podido ingresar sus débitos según el artículo 52, párrafo segundo, con el 5 por 100, en los tres días siguientes a la llegada al pueblo del encargado de la ejecución en el local designado por él; el Tribunal Provincial Económicoadministrativo, según el artículo 9.º del Real decreto de 16 de Junio de 1924 y 84 del Reglamento de 29 de Julio de ese año, pudo declarar, de oficio, la nulidad del procedimiento ejecutivo o de apremio, por infracción de los mencionados preceptos 50, 51 y 52 de la Instrucción, ya que carecía de las garantías necesarias a los derechos de las partes, teniendo presente que es obligación de la Administración no consentir que prevalezca un procedimiento que viola preceptos fundamentales, que ella, más que nadie, está obligada a guardar, y por ello debía encauzar un procedimiento vicioso.

La segunda cuestión es la de que se declare que no son responsables los contribuyentes de los recargos de apremio, según el artículo 139 de la Instrucción de 26 de Abril de 1900; en ningún caso, sea cualquiera la resolución del Delegado de Hacienda, podrá privarse al ejecutor de los recargos legítimamente devengados, y si se declara improcedente el débito, deberá pagar aquéllos el funcionario que dió lugar a la falta; de donde se deduce que para que el contribuyente pague los recargos es preciso: 1.º, que sean legítimamente devengados; 2.º, que no se declare improcedente el débito perseguido. Ninguno de estos dos requisitos se dan en este caso, ya que si bien, según el art. 3.º del Reglamento de 29 de Julio de 1924, aunque se entable recurso o reclamación, no se suspende la ejecución del acuerdo recurrido, con sus consecuencias de cobro, es lo cierto que el procedimiento en el caso actual llevaba un vicio de nulidad, por los defectos e infracciones apuntadas, que ilegítimaba los devengos, ya que las liquidaciones estaban anuladas, y como lo nulo debe considerarse como no realizado y se supone que no ha existido la nulidad de las liquidaciones, suponía su no existencia y la no existencia del débito, y, por lo tanto, no podían existir los recargos, ya que para que los haya es indispensable un débito principal; si la Recaudación quiere exigir esos recargos deberá pedirlos, no al contribuyente, a quien sería injusticia notoria demandárselos, sino al funcionario, según

el artículo 139 citado y Sentencia del Supremo de 28 de Marzo de 1923.

No es de estimar la alegación de que, según el artículo 135 de la Instrucción de 1900, es indispensable, para que prospere la reclamación por vicios del procedimiento de apremio, que se acompañe la carta de pago del depósito de los recargos o dietas, porque ese precepto se halla derogado por el artículo 3.º del Reglamento de Procedimiento de 24 de Julio de 1900. (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Enero de 1930. *Gaceta* de 13 de Mayo de 1930.).

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas
Capital desembolsado . . . 51.355.500 —
Reservas 54.972.029 —

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 25.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

Un mes	3	por 100
Tres meses	3 1/2	por 100
Seis meses	4	por 100
Un año	4 1/2	por 100

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de **CAJAS DE ALQUILER** con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.