

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VI

Julio de 1930

Núm. 67

La prescripción de los intereses

(Continuación.)

Tampoco la literalidad de la expresión del número tercero del artículo 1.966 ofrece el más nimio obstáculo a su aplicación a los intereses, siempre y cuando éstos deban pagarse por años o en plazos más breves, único elemento que exige para su comprensión. No puede haber lugar a dudas de ninguna especie en este respecto. Las únicas que pueden plantearse son precisamente en el sentido opuesto, esto es, si dada la generalidad de su expresión se comprenderán también en él aquellos pagos que reuniendo las condiciones que exigen en cuanto al tiempo, se refieran a casos en que el pago de lo principal es periódico, como ha llegado a decir nuestro Tribunal Supremo al rechazar su aplicación a los intereses; tal sería el caso de un capital pagadero por años o en plazos más breves. Hay que reconocer que la generalidad de la expresión no lo impide; si se atiende exclusivamente a su literalidad, podrían considerarse comprendidos. Pero la doctrina extranjera no ha dudado en rechazarlo, atendiendo a los demás elementos interpretativos ya expuestos; en Francia, según Baudry-Lacantinerie y Tissier (40), lo rechazan todos los autores; en Italia, según Pugliese (41), únicamente Tartufari ha sostenido lo contrario, pero su opinión ha quedado aislada y la jurisprudencia ha estado unánime en rechazarla. En las obras de Baudry-Lacantinerie y Tis-

(40) Página 619.

(41) Página 359.

sier (42) y Pugliese (43) se demuestra cumplidamente esta inaplicabilidad, y nada tenemos de añadir a lo dicho por estos ilustres autores, sino que lo creemos perfectamente aplicable a nuestro Derecho (44). Sirva la indicación como una prueba más de la equivocación que nuestro Tribunal Supremo ha sufrido en este asunto.

Por último, es un hecho digno de atención, que viene a corroborar nuestra tesis, el que en Argentina, ante un precepto igual al artículo 1.971 de nuestro proyecto de 1851 (45), doctrina y jurisprudencia estén acordes en entender que en él se comprenden los intereses. Así lo admiten Colmo (46), Machado (47), Salvat (48) y Cammarota (49), y lo declaran los fallos de la Cámara de Apelaciones en lo civil de 9 de Abril de 1924, 12 de Marzo y 2 de Diciembre de 1925, y 8 de Marzo de 1929 (50).

Demostrada, en términos generales, la aplicabilidad a los intereses de la prescripción regulada por el artículo 1.966, veamos ahora en detalle si ésta es extensiva a toda clase de intereses y en qué condiciones tiene lugar.

Tratándose de intereses negociables (51), no cabe duda que

(42) Páginas 618 y 619.

(43) Página 381, nota 4.

(44) La única excepción que hay que admitir con estos autores es la de las cuotas de amortización de un capital pagaderas juntamente con los intereses; ver las razones en Pugliese, págs. 381 y 382; y en el mismo sentido Baudry-Lacantinerie y Tissier, pág. 622. El artículo 197 del Código alemán somete explícitamente a la breve prescripción «las cantidades a pagar juntamente con los intereses por la amortización gradual del capital».

(45) Art. 4.027 del Código civil argentino (Librería Nacional; Buenos Aires; 1923), que dispone: «Se prescribe por cinco años la obligación de pagar los atrasos: 1.º De pensiones alimenticias. 2.º Del importe de los arrendamientos, bien sea la finca rústica o urbana. 3.º De todo lo que deba pagarse por años, o plazos periódicos más cortos».

(46) *De las obligaciones en general*: Buenos Aires, 1920; pág. 661.

(47) *Exposición y comentario del Código civil argentino*; Buenos Aires, 1922, t. XI, pág. 298.

(48) *Tratado de derecho civil argentino* (Obligaciones en general); Buenos Aires, 1923; pág. 204.

(49) *Derecho hipotecario argentino*; Librería Nacional; Buenos Aires, 1929; pág. 163.

(50) Citados por Cammarota, pág. 163, nota 78 a.

(51) Empleamos esta expresión (que ignoramos si ha sido ya usada) para designar los derivados directamente de los negocios jurídicos, pues la

están comprendidos siempre que sean exigibles por años o en plazos más breves (52), circunstancia ésta que es, en nuestro Derecho, indispensable para que queden sometidos a la prescripción quinquenal (53); es ésta una consecuencia de la falta de expresa mención de los intereses por nuestro Código (54) y de la limitación temporal de su cláusula general (55), para obviar la cual entendemos no son suficiente las consideraciones antes expuestas acerca de la génesis y finalidad del precepto (56). Basta, pues, que

expresión que se utiliza generalmente de «intereses convencionales» es notoriamente impropia, dado que pueden proceder los intereses no sólo de contrato, sino de testamento, y la preferimos a la de «intereses voluntarios» que De Ruggiero (t. II, pág. 47) encuentra aceptable, porque esta última, si bien suficientemente comprensiva, puede, al ser usada aisladamente, dar origen a erróneas interpretaciones acerca del sentido de la voluntariedad.

(52) Dice Covián, refiriéndose al préstamo con interés («Préstamo», en *Enciclopedia jurídica española*, t. XXV, pág. 521), que «cuando no se haya estipulado nada respecto a la fecha del abono de los intereses, no serán éstos exigibles hasta el pago de lo principal». Pero nosotros no lo entendemos así; creemos que, desde luego, no es posible sentar una regla general, pues es cuestión de interpretación según las condiciones del caso: pero, en principio, y abstracción hecha de otros particulares elementos de interpretación que indiquen otra cosa, entendemos que su exigibilidad dependerá de la forma que se haya fijado el tipo del interés: así podrán exigirse por meses si se fijó mensual; por semestres, si semestral, etc., y no habrá que esperar a que sea exigible lo principal. Ved, no obstante, la ya citada S. de 28 de Noviembre de 1906 (*Jurisprudencia civil*, t. 105, pág. 839).

(53) Así lo reconocen también Colmo (pág. 661) y Machado (pág. 298).

(54) La generalidad de los extranjeros los mencionan expresamente.

(55) No existe esta limitación, como ya vimos, en el novísimo Código mejicano; tampoco existe en el portugués, que emplea la expresión «cualesquiera prestaciones que sea costumbre pagar en ciertos y determinados tiempos» (art. 543); ni en los Códigos suizo y alemán, que, además de mencionar expresamente los intereses, usan la fórmula «y cualesquiera otras prestaciones periódicas».

(56) Reuniendo la circunstancia indicada de ser exigible por años o en plazos más breves, están indudablemente comprendidos en esta prescripción los intereses derivados de las obligaciones emitidas por sociedades; pero parece que no pueden comprenderse los dividendos cuya naturaleza es distinta de la de los intereses, Laurent (*Principes de droit civil français*, t. XXXII, 3.^a ed.; Bruxelles, 1878, pág. 468). Aubry y Rau (*Cours de droit civil français*, t. VIII, 4.^a ed.; París, 1878, pág. 436) y Baudry-Lacantinerie y Tissier (página 622), no ven inconveniente en considerarlos incluidos en los términos de la fórmula general, pero contra esta inclusión se pronuncia brillantemen-

los vencimientos sean en plazos de un año y un día para que no les sea aplicable la breve prescripción.

Del mismo modo se impone la exclusión de esta prescripción por el pacto de capitalización de los intereses, pues tal pacto no sólo implica generalmente que dejen de ser exigibles en las condiciones fijadas por el precepto, sino que, además (y esto en todo caso), dejan de ser intereses, transformándose en capital (57). El problema que respecto al asunto puede plantearse es si será válido tal pacto con anterioridad al vencimiento de los intereses (58). Con arreglo a nuestro Código civil, parece lícito; así lo sostuvo Sánchez Román al decir (59) que «el llamado anatocismo convencional que prohíbe la ley de 14 de Mayo de 1856... no ha sido prohibido igualmente por el Código, pues en su artículo 1.109 establece que los intereses vencidos devenguen interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto, cuyas últimas palabras autorizan la hipótesis contraria de que la obligación haya regulado también este extremo»; y el Tribunal Supremo y la Dirección de los Registros han confirmado la opinión mantenida por tan autorizado escritor (60). Pero, por el contrario, en materia mercantil, y aunque sea

te Pugliese (págs. 368 a 370) y en el mismo sentido lo decide Giorgi (*Teorie delle obbligazioni*, t. VIII; Firenze, 1888, pág. 453). Tratándose de sociedades mercantiles, hay que tener en cuenta que, según el art. 947 de nuestro Código de Comercio, el derecho a percibir los dividendos prescribirá por cinco años, contados desde el día señalado para comenzar su cobro.

(57) En este sentido Laurent, pág. 456; Baudry-Lacantinerie y Tissier, pág. 624; Ricci (*Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, 1907, tomo V, pág. 464); Pugliese, pág. 372; Colmo, pág. 661.

(58) Los Códigos suizo y alemán lo declaran nulo (arts. 314 y 248, respectivamente). En Francia e Italia ha sido el asunto discutido, habiendo dominado en la primera la solución favorable a su validez (véase, sin embargo, en contra; Planiol, t. II, pág. 661; Colin y Capitant, t. III, pág. 55; Foigniet (*Manuel élémentaire de droit civil*), París, 1927, t. II, pág. 198) y siendo en la segunda opinión casi unánime la de considerarlo ineficaz, salvo en materia mercantil y respecto de instituciones regidas por reglamentos especiales (así Giorgi, t. II; Firenze, 1891, pág. 190; Mirabelli, pág. 241; Pugliese, pág. 371; De Ruggiero, t. II, pág. 54).

(59) *Estudios de derecho civil*, 2.^a ed., t. IV, pág. 337.

(60) La Sentencia de 6 de Febrero de 1906 (*Jurisprudencia civil*, t. 103, pág. 259) reconoce en su segundo considerando que es lícito y permitido

verdaderamente anómalo, una vez admitida su validez en lo civil, de los artículos 317 y 319 del Código de Comercio, hay que deducir que no es válido el pacto anticipado de capitalización de intereses; así lo entienden Mucius Scaevola (61), González Echevarri (62) y Covián (63), únicos autores por quienes hemos encontrado tratada la cuestión (64).

Delimitada la aplicación, en cuanto a los intereses negociables, pasemos a los intereses legales. ¿Están también estos intereses sometidos a la breve prescripción? Contra esta sumisión puede objetarse que no son pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves. Es cierto que generalmente ellos serán pagados de una sola vez y juntamente con el capital; pero el hecho de que generalmente así suceda, ¿quiere decir que ellos no sean exigibles por años o en plazos más breves? Desde luego que no; el acreedor no sólo puede exigir en cualquier momento el pago de capital e intereses, sino que hay que admitir que puede exigir los intereses vencidos hasta el momento de su reclamación sin exigir por entonces el capital; es ésta una petición que puede convenirle en algunos casos (por ejemplo, en el de que pudiendo el deudor satisfacerlos con los productos de su trabajo, no alcanzan éstos, sin embargo, para satisfacer el capital), y que no hay razón para negarle en el derecho moderno, en el que, a diferencia del ro-

el pacto de intereses, y la Resolución de 16 de Octubre de 1908 sienta la doctrina de «que sea cualquiera la opinión que se sustente sobre la vigencia de la ley de 14 de Marzo de 1856, no cabe dudar que los arts. 1109 y 1175 del Código civil la han modificado en lo relativo a interés de intereses, en armonía con el art. 1125 del mismo Cuerpo legal, como lo reconoció el Tribunal Supremo en el segundo considerando de la sentencia de 6 de Febrero de 1906, por lo que no puede afirmarse que sea, desde luego, ilegal tal pacto, sin perjuicio de las facultades que pueden competir a los Tribunales, por virtud de lo dispuesto en la ley de 23 de Julio de 1908».

(61) Tomo XIX, pág. 585.

(62) *Comentarios al Código de Comercio*, t. III, pág. 150.

(63) «Préstamo mercantil», en *Enciclopedia jurídica española*, t. XXV, página 535.

(64) También resulta prohibido dicho pacto por el Reglamento de las casas de préstamos y establecimientos similares, de 12 de Junio de 1909, al disponer en su artículo 4.º que queda prohibido estipular ni exigir intereses en otra forma que la que por él consignada.

mano, toda pretensión reconocida por la ley está provista de la acción pertinente (65).

Ciertamente que el acreedor no puede ser compelido a recibir los intereses legales separadamente del capital; pero esto es una razón más para la aplicación del precepto, porque impide al deudor desenvolverse con las facilidades de los casos corrientes en que puede pagar o consignar; sería paradójico que tratándose como se trata de prestaciones que se producen diaria o indefinidamente, encontrando el deudor más dificultades para su actuación, y el acreedor, por el contrario, mayores facilidades para procurarse su pago, pues puede exigir las en cualquier momento con el capital, vinieran a quedar excluidas de esta prescripción.

Por esto, de intento venimos desde un principio hablando de pagos exigibles, y no pagos que deban hacerse, como dice el texto legal, porque siendo sustancialmente equivalente a la fórmula empleada, responde mejor a la idea que se quiere expresar (66).

La doctrina expuesta hay que extenderla a todo interés legal, pues las razones que se han aducido para sostener que la finalidad de la ley faltaba respecto a los intereses correlativos (67), fundán-

(65) En este sentido Aubry y Rau, pág. 436, nota 24; Laurent, pág. 478; Baudry-Lacantinerie y Tissier, pág. 619; Giorgi, t. VIII, pág. 448; Mirabelli, pág. 241. En contra, Pugliese, que aunque admite la aplicación de la prescripción quinquenal, razona sobre la base de negar la existencia de acción distinta y autónoma (págs. 373 y 380, nota 3) y Crome (*Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*; traducción italiana de Ascoli y Cammeo; Milano, 1908), que aun aceptando (pág. 78) que el derecho a los intereses legales puede ejercerse separada e independientemente de la deuda principal, los excluye de la prescripción quinquenal (pág. 81), fundándose en que estos intereses no pueden vencer nunca antes que el capital y no hacen más que aumentar la suma de éste.

Cuando se pidan antes que el capital, entendemos que su pago no podrá exigirse en períodos más cortos del año, sino que habrá de ser por lo menos anual, dado que el Código dispuso que se considerara legal el interés de 6 por 100 al año, y la ley de 2 de Agosto de 1859 dispuso en su artículo 1.º que mientras otra cosa no se disponga sea de 5 por 100 anual. En este sentido Aubry y Rau, nota. cit., y Baudry-Lacantinerie y Tissier, página 618; en cambio, Laurent, pág. 474, y Giorgi, pág. 448, entienden que el acreedor puede ejercitar la acción de día en día.

(66) Ved en este sentido Giorgi, pág. 450.

(67) Sobre el sentido y la razón de emplear este término ved Pugliese.

dose precisamente en su naturaleza de correlativos de otra utilidad que se percibe y que aparta el riesgo de arruinar al deudor, no pueden tener ningún valor, cuando la misma ley somete a esta prescripción los precios de los arrendamientos, que son también el correlativo de otra utilidad que se percibe, porque efectivamente se trata de un peligro que tal circunstancia no puede apartar.

Por la aplicación de esta prescripción a los intereses legales se ha pronunciado en Francia y Bélgica la generalidad de la doctrina (68) y la jurisprudencia de sus Tribunales de casación, y el problema se plantea en estos países en términos análogos al nuestro, pues aunque sus Códigos mencionan expresamente los intereses para someterlos a esta prescripción, dicen, como ya hemos visto, «intereses de las cantidades prestadas» (69), lo que ha obligado a deducir la aplicación de esta prescripción a los intereses legales de la cláusula general.

En nuestro Derecho puede alegarse en pro de esta solución una consideración especial, y es la sospecha de que la omisión de la mención expresa de los intereses se llevara a cabo no sólo por creerla redundante e innecesaria, como decíamos, citando las palabras de Manresa alusivas a la omisión de las pensiones censales, sino por evitar se suscitase esta cuestión, dado que su planteamiento tuvo precisamente por base la forma en que se había realizado la mención por el Código francés (70), y siguiendo en esto direc-

página 368 y De Ruggiero, t. II, pág. 48. Ved también Sánchez Román, tomo IV, pág. 321.

(68) Ved las citas en Baudry-Lacantinerie y Tissier, pág. 620, nota 1.^a y agregad Colin y Capitant (t. III, pág. 244).

(69) En Bélgica rige el Código de Napoleón, salvo algunas modificaciones posteriores; el art. 2.277 permanece igual.

(70) Este fué el principal argumento de Ravez, en su célebre dictamen, para sostener la exclusión (Mirabelli, pág. 240). En análogo sentido Duranton (*Cours de droit civil*, t. XI, Bruselas, 1841, pág. 483, núm. 433) aducía que «en verdad que el fin del artículo dice: «y generalmente todo lo que es pagable por años o en términos periódicos más cortos»; pero está claro que estas expresiones no tienen por objeto los intereses, de cualquier causa que ellos procedan, puesto que él se había ya expresado de una manera limitativa al decir: «los intereses de las cantidades prestadas». Ved también el argumento en Zachariae-Crome (*Manuale del diritto civile francese*; traducción italiana de Barassi; Milano, 1907, t. I, pág. 384.

ción análoga, aunque más defectuosa, a la que llevó al Código italiano a substituir en su artículo 2.144 la expresión «*sommes prêtées*» por la de «*somme dovuta*».

A considerarlos sometidos a esta prescripción se inclina también la doctrina argentina (71), y en nuestra patria, Alas, De Buen y Ramos (72).

Nuestro Tribunal Supremo, sin embargo, no lo ha entendido igual, y en la Sentencia, ya citada, de 24 de Mayo de 1918 se pronunció por rechazar que los intereses moratorios (aunque fuesen pactados) estén sometidos a la prescripción quinquenal. Dos argumentos parece aducir el Supremo en pro de su exclusión: Primero, el carácter excepcional de esta prescripción. Segundo, la naturaleza de la obligación y el hecho que la origina. Respecto del primero, nos remitimos a las consideraciones que hace Pugliese (73) sobre si las disposiciones relativas a las breves prescripciones constituyen un «*jus singulare*», y que le llevan a afirmar que si bien en principio la interpretación dirigida a fijar los límites de las prescripciones breves ha de ser restrictiva, esta interpretación debe ser presidida por la idea de que el fin para el que se han establecido, tanto la prescripción general como cada una de las particulares prescripciones, es siempre el interés general, y que para no frustrarlo ni aun en mínima medida, la norma jurídica que establece una prescripción debe, dentro de sus confines, ejercitar toda su fuerza de expansión. En cuanto al segundo argumento, hay que hacer notar que es de una gran vaguedad; él no se diferencia gran cosa del que se limitase simplemente a afirmar que los intereses moratorios no están sometidos a la prescripción quinquenal, porque son moratorios, lo que en definitiva no es aducir concretamente ninguna razón. Nosotros acabamos de examinar las que pudieran oponerse tratándose de los intereses legales en general y de los correlativos en especial, y no encontramos razones particulares aplicables a los moratorios que lleven a excluirlos de la prescripción quinquenal, aun cuando fueran pactados, siendo así

(71) Como, pág. 661; Machado, pág. 299.

(72) Página 303.

(73) Páginas 334 a 337, y que Alas, De Buen y Ramos reproducen en las págs. 285 a 288.

que el caso objeto de la Sentencia nos parece de clara comprensión en la fórmula legal, pues se trataba de una estipulación en virtud de la cual se obligaban los deudores, en caso de morosidad, «a pagar el 1 por 100 mensual desde el vencimiento de la obligación hasta hacer efectivo el pago del principal».

La misma conclusión hay que sostener cuando la obligación de abonar intereses ha sido reconocida por una decisión judicial; la Sentencia, en nuestro Derecho, no es constitutiva de la obligación de intereses, sino que se limita a declarar la derivada de un negocio jurídico o de una disposición legal; el argumento aducido en la antigua doctrina de que la Sentencia constituye una interpelación permanente respecto del deudor que excluye la prescripción quinquenal no tiene valor alguno, como lo viene a demostrar la observación de que admitiéndolo, su lógica consecuencia debería ser excluir no sólo esta particular prescripción, sino toda prescripción en general, consecuencia tan absurda, que a ninguno se le ha ocurrido imaginar (74). Pero lo dicho se refiere sólo a los devengados con posterioridad a la sentencia; los comprendidos en ella (que son, a más de los no prescritos al entablar la demanda, los vencidos durante el curso del juicio, dado el efecto interruptivo de la instancia) escapan a la prescripción quinquenal; la sentencia, como suele decirse, capitaliza los intereses vencidos, y la prescripción de la acción que de ella deriva no es la que afectaba al derecho en su origen, sino la prescripción ordinaria (75). Esta segunda parte de la doctrina está sostenida con decisión por nuestro Tribunal Supremo, que en Sentencia de 15 de Diciembre de 1908 (76), afirma «que cualquiera que sea de la naturaleza de una acción deducida en juicio, la ejecutoria que en éste recae constituye un nuevo y verdadero título con efectos en Derecho propios e inherentes a la misma, del que se deriva una acción de carácter personal, para el cumplimiento de la resolución judicial, distinta de la primitiva en que se basó la petición formulada en el pleito; y esto sentado, no habiendo la ley fijado plazo especial para el ejercicio de la referida acción, es manifiesto que el

(74) Giorgi, pág. 446; Pugliese, pág. 373, nota 1.

(75) Es doctrina general. Ved la interesante fundamentación de Pugliese, págs. 252 a 254.

(76) *Jurisprudencia civil*, t. 112, pág. 974.

tiempo para la prescripción de la misma tiene que ser el de quince años, a tenor a lo prevenido en el artículo 1.964 del Código civil, relacionado con el 1.971 del mismo Cuerpo legal y en armonía con los precedentes de nuestra legislación, según el sentido y alcance de la ley 63 de Toro»; y en Sentencia de 22 de Abril de 1915 (77), «que, según reiterada doctrina de esta Sala, cualquiera que sea la clase de acción deducida en juicio, de la sentencia recaída en el mismo nace una nueva y distinta de carácter personal...». Respecto a la primera parte de la doctrina por nosotros expuesta, no conocemos resolución particular; en el caso que motivó la Sentencia de 15 de Diciembre de 1908, se trataba precisamente de la prescripción aplicable a una condena que, a más de determinada cantidad, comprendía el interés del 6 por 100 hasta su definitivo pago; pero no se discutió el problema de que si los intereses estaban sometidos a la prescripción especial, y el Supremo hubo de consignar (en el segundo considerando) que no habían transcurrido quince años desde que quedó firme la sentencia que condenó al pago de la cantidad e intereses que se reclamaban. La doctrina total aparece explícitamente consignada en el artículo 218 del Código civil alemán, el cual dispone que el derecho que ha sido objeto de una sentencia se prescribe por treinta años, aun cuando él estuviera sometido a una prescripción corta; pero cuando la sentencia se refiere a prestaciones periódicas que no deben vencer más que posteriormente, es el tiempo más corto de prescripción el que subsiste.

Dejando para el final de este estudio, por su especial importancia, el problema que suscitan los intereses hipotecarios, completaremos la delimitación del campo de acción de la breve prescripción respecto de los intereses que, según se desprende de las soluciones dadas por la generalidad de la doctrina (78), esta prescripción afecta estrictamente a la acción directamente derivada de la relación jurídica productora de los intereses; de modo que no son alcanzadas por ella aquellas que derivan de una relación jurí-

(77) *Jurisprudencia civil*, t. 133, pág. 169.

(78) Aubry y Rau, pág. 437; Laurent, pág. 438; Baudry-Lacantinerie y Tissier, pág. 623; Planiol, t. II, pág. 303; Giorgi, pág. 452; Mirabelli, página 242; Pugliese, pág. 383. Ved también la Sentencia de 19 de Abril de 1901 (*Jurisprudencia civil*, t. 91, pág. 557).

dica distinta, aun cuando íntimamente enlazada con la originaria de la prestación. Así, por ejemplo, la acción de reembolso que compete al fiador contra el deudor por haber pagado intereses de la deuda al acreedor no está sujeta a esta prescripción, sino a la ordinaria de las acciones personales, que es de quince años (79). Sin embargo, hay que tener en cuenta que del juego de los preceptos del Código puede en algún caso resultar aplicable la prescripción quinquenal, no obstante tratarse de una relación jurídica diversa de la originaria de los intereses: tal sucede con la acción de repetición de lo cobrado indebidamente, en el caso a que se refiere el artículo 1.899; según este precepto, queda exento de la obligación de restituir el que creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese dejado prescribir la acción, y de ello se desprende que si el pago consistió en intereses, la acción que compete al que los pagó contra el que los cobró está subordinada a la prescripción de la acción que respecto de los intereses compete al acreedor contra su verdadero deudor, con lo cual, de rechazo, queda sometida la primera a esta prescripción (80).

En cuanto al cómputo de esta prescripción, es opinión bastante

(79) De aquí un caso (que no menciona De Buen en la enumeración que hace en las notas a Colin y Capitant, t. V, pág. 47) en que el fiador puede tener interés en ejercitar la acción de reembolso, en vez de la derivada de la subrogación que le concede el art. 1.839, toda vez que esta última como procedente de la primitiva relación, en la que el fiador substituye al acreedor, sigue sujeta a la misma prescripción (en este sentido: Mirabelli, pág. 243; Pugliese, pág. 384; nota 2; Colin y Capitant, t. 3, página 185). No creemos que sea obstáculo el hecho que nuestro Código regule la subrogación en la sección sexta: «De la novación», dado el contraste del art. 1.205 con los arts. 1.209 y 1.210, núms. 1.º y 3.º y del 1.207 con el 1.212 (ved sobre el asunto: De Buen, notas a Colin y Capitant, tomo III, pág. 272 y 276 y Castán, t. II, págs. 71 y 72).

(80) La acción que compete al «solvens» contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva, está también sujeta, del mismo modo, a esta prescripción, en cuanto a los intereses, toda vez que el Código se limita en este caso a conceder una subrogación legal (así lo entiende Sánchez Román, t. IV, pág. 1.022, al decir que en este caso se otorga sólo una especie de subrogación legal; y la misma idea parecen reflejar Manresa, t. XII, pág. 626 y Valverde, *Tratado de derecho civil*, t. III, pág. 592, al indicar que «hay una substitución de acciones» (se substituye la «conditio indebiti» por la acción que el «accipiens» pueda corresponder contra el verdadero deudor). El «solvens» no puede ejercer una

generalizada (81) que el quinquenio se debe contar día por día a partir de la fecha del acto interruptivo, de modo que del plazo no todavía vencido en el primer día del quinquenio, la parte proporcional a este día debe ser alcanzada por la prescripción, fundándose los que así lo sostienen en que los intereses son frutos civiles, y éstos, como dice nuestro Código en su artículo 451, se consideran producidos por días. No vemos inconveniente en admitirlo en cuanto los intereses legales, porque éstos son exigibles en cualquier momento (82); pero tratándose de aquellos intereses negociales con vencimiento prefijado por el negocio jurídico, hay que rechazar tal doctrina, pues en tanto que no venza el término, no hay obligación exigible y no puede comenzar la prescripción (83); no hay motivo alguno para exceptuar de esta regla la prescripción quinquenal, y es una contradicción patente el que después de haber admitido la regla y hecho aplicación concreta de ella a los intereses (84), se deje de lado al tratar de esta prescripción (85). Sólo, pues, los intereses exigibles con anterioridad a los cinco años precedentes al acto interruptivo podrán ser alcanzados por esta prescripción. Así se desprende, en nuestro Derecho, del artículo 1.969, que sienta la regla general para el comienzo de la prescripción (86), y no es obs-

acción por gestión de negocios contra el verdadero deudor, porque le falta el «*animus aliena negotia gerendi*» requisito, que aunque ha sido discutida su necesidad, está exigido por el Tribunal Supremo en Sentencias de 15 de Junio de 1925 y 26 de Noviembre de 1926; ved sobre el particular en la doctrina patria Traviesas, en *Revista de Derecho Privado*, t. VI, página 129 y la nota de Castán a la segunda sentencia en la misma Revista, tomo XIV, pág. 384).

(81) Aubry y Rau, pág. 438; Laurent, pág. 499; Baudry-Lacantinerie y Tissier, pág. 632; Giorgi, pág. 458. Pudiera atribuíse también a la Sentencia de 24 de Mayo de 1918 al suponer aplicable esta prescripción respecto a intereses devengados con anterioridad a los cinco años últimos.

(82) Basta para ello exigirlos con lo principal.

(83) Duranton, pág. 482; Planol, t. II, pág. 209; Colín y Capitant, tomo III, pág. 253; Ricci, pág. 466; Pugliese, pág. 387; Colmo, pág. 661; Machado, pág. 296.

(84) Ved Baudry-Lacantinerie y Tissier, pág. 305.

(85) Aun tratándose de esta prescripción, ved la aplicación que hacen Baudry-Lacantinerie y Tissier, pág. 623 y 626.

(86) El Código alemán (art. 201) establece una regla especial: el plazo de prescripción (que es sólo de cuatro años, como según el art. 1.222

táculo a ello la disposición del artículo 1.970, porque dicho artículo, como se desprende de sus términos, se refiere no a la prescripción de cada plazo de intereses, sino a la prescripción del capital (87).

del Código del Uruguay) comienza al final del año en que se ha verificado el hecho de que la originara, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 198 y 200. Si la prestación es a término, la prescripción comienza al final del año en que dicho término se cumple.

(87) La doctrina de este artículo en relación con la prescriptibilidad del capital exigible (préstamo a interés), hay que entenderla bajo el supuesto de que siendo ya exigible el capital se haya realizado algún pago de interés, en cuyo caso la prescripción del capital que había comenzado ya a correr desde su exigibilidad, resulta interrumpida por un acto reconocitivo, pero comienza inmediatamente a volver a correr. No siendo aun exigible el capital, la prescripción no puede correr contra él. Así se desprende del comentario de Goyena al art. 1.969 del proyecto de 1851 (correspondiente al 1.970 actual), al decir que dicho artículo venía a ser el 1.977 del proyecto, y éste disponía que todo reconocimiento expreso o tácito que el deudor o poseedor hace del derecho del acreedor, o propietario interrumpe la prescripción. Ved en este sentido Coviello, pág. 466 y Borrell, *Dret civil vigent a Catalunya*, vol. I, pág. 309. Sobre la posibilidad de admitir una prescripción del derecho a los intereses, en su conjunto, independiente de la del capital, ved Pugliese, pág. 107.

JOSÉ M.^a CASADO PALLARÉS

Doctor en Derecho.

(*Se continuará.*)

La mitología homérica y el derecho

El Derecho es tan antiguo como el hombre, no así la Ley o derecho positivo, que es su expresión concreta, que no se encuentra en la Prehistoria humana ni aun en los albores de los tiempos prehistóricos. El desenvolvimiento de aquél corre parejas con el de la noción de lo justo hasta llegar a la elaboración de una ciencia del derecho o filosofía del mismo, que supone ya un estado del hombre bastante perfecto y que, por lo tanto, no pudo existir en las sociedades primitivas. Como dice el eminente tratadista Giuseppe Carle, el derecho comenzó a ser para el hombre un modo de ejecutar y de acción, a veces grosero y violento, dictado por los instintos mismos de su naturaleza y por un sentido preciso y profundo de lo justo; luego estos modos uniformes de obrar originaron en la sociedad ciertos hábitos, ritos y costumbres solemnes que debieron ser una imitación simbólica de los primitivos modos de hacer, groseros y violentos; y, por último, el conocimiento y la custodia de estos ritos y costumbres reconocidos como leyes, acabaron por dar origen a aquella primitiva prudencia jurídica (*juris-prudentia*), que fué la primera forma de la ciencia del derecho.

El derecho, según esto, debió comenzar a manifestarse como un *modus agendi* inspirado en un sentido interno de lo justo (*actio*); luego estos primitivos modos de obrar, cambiándose en ritos, en fórmulas y ceremonias consagradas por la ley, constituyeron las primeras leyes (*leges actionis*); y, por último, el conocimiento de esos ritos y costumbres expresados por fórmulas en

que nada debía mudarse por no decaer de' propio derecho, constituyó la primera ciencia del derecho (*juris-prudentia*). En otros términos, el derecho comenzó afirmándose como potestad que correspondía a la persona, después fué constituyéndose como una legislación que pusiera límites a las extralimitaciones o excesos individuales y, por fin, más tarde tomó la forma de una ciencia que gradualmente se propone desenvolver la idea de lo «justo» aplicándola a la inmensa variedad de los actos humanos.

Esta elaboración de la idea del derecho y su consiguiente desenvolvimiento a través de la historia tuvieron un proceso lento y laborioso, cuya mayor gloria corresponde a la filosofía griega y al derecho romano, aunque haya estado reservado a nuestra época el estructurar científicamente la filosofía del derecho a través de los distintos sistemas o escuelas.

Grecia, madre de la filosofía y del arte, lo fué también del derecho en su acepción más elevada, y de su influjo en el derecho romano da idea la adición, muy verosímil, del origen de la ley de las XII Tablas, indudablemente de marcado sabor helénico. Pero en donde es más decisivo el influjo griego en Roma, es en su mitología, copiada casi servilmente por la señora del mundo antiguo; y como la mitología helénica fué el aglutinante de las civilizaciones griega y romana, y vino a actuar de levadura en el fermento jurídico de ambos pueblos, plasmando y estructurando el antropomorfismo de sus Deidades al estilo de las monarquías dóricas, a las que hace aparecer en íntimo contacto con ellas, fueron el Olimpo griego y el Panteón romano los que modelaron el estado social y jurídico de los dos más grandes pueblos de la antigüedad, pero con predominio decisivo del griego sobre el segundo, que debió principalmente el secreto de su grandeza organizadora, en el orden de las leyes y régimen administrativo de sus vastos dominios, a las aportaciones del espíritu helénico, de tan ponderada y sugestiva espléndidez creadora.

A reserva de estudiar en otro artículo el ciclo luminoso de la filosofía griega, la más espléndida floración del pensamiento humano, y su aplastante influencia sobre las concepciones filosófico-jurídicas de todos los tiempos sucesivos, será objeto del presente un ligero examen de algunos aspectos de la mitología helénica,

preferentemente la del ciclo homérico, de contextura tan bella y original a la par que de tan magníficas proporciones.

En los tiempos mitológicos, la noción de la justicia, la idea de lo justo parece desprenderse de la noción de la divinidad, pues, como observa Grote, en la época homérica cualquier vínculo paternofilial, de parentesco o de hospitalidad, y toda promesa hecha en obsequio de ésta, iba unida a la idea de Zeus como testigo y fiador. La idea de ley no existía más que en germen en la conciencia griega, y ese vocablo «ley» no se encuentra en Homero, y solamente en dos ocasiones en Hesiodo, los dos grandes creadores que tanto contribuyeron a poblar de mitos el Olimpo, aunque su religión, como reconocen Bertini y Zeller, no haya sido la religión primitiva de los griegos, sino que debió ir precedida de una religión más sencilla y con carácter predominantemente naturalista, como lo es precisamente la religión de Herodoto, atribuida a los antiguos pelasgos. No es mi propósito ocuparme de Hesiodo, aunque en su poema conocido con el nombre de «Obras y días» describe minuciosamente y nos presenta en toda su crudeza el cuadro completo de la vida de los campesinos griegos, habiendo sido él mismo víctima del más ignominioso despojo por parte de su propio hermano, que le usurpó su herencia, y a pesar de su famosa teogonía, porque sus ficciones poéticas no encajan perfectamente en la estructura de las sociedades griegas y carecen de imparcialidad sus enérgicas condenaciones de la injusticia, inmoralidad y corrupción de los jueces que consumaron su despojo y las acusaciones a los reyes de haber infringido en falsos juicios los sagrados preceptos de Zeus.

A pesar de la mezcla inextricable de elementos eólicos y jónicos en la lengua de Homero, es éste el principal y más original representante de la épica griega y aun de la de todos los tiempos. Como la materia propia de la poesía épica es la leyenda heroica, el mundo homérico, el mundo de sus héroes y de sus dioses está basado en la leyenda y en los mitos, éstos en gran parte creaciones del poeta. El Estado, en la concepción homérica, su organización política, no es la monarquía absoluta, ya desaparecida, aunque en un pasaje habla Homero, en la *Iliada*, del origen divino de la realeza de Agamenón quien empuña, delante de la asamblea del pueblo, el cetro labrado por Hefesto (el Vulcano de los roma-

nos), que Júpiter o Zeus había dado a Hermes (Mercurio) y éste a Atreo, padre de Agamenón. El Estado de Homero es una aristocracia al modo de las que, según testimonios históricos, existían en todas las ciudades eólicas y jónicas regidas por soberanos muy poderosos. Aparecen, sin embargo, detalles propios de órdenes políticos más antiguos, como en la organización del serrallo de Príamo, rastros de una monarquía despótica al estilo oriental, lo que produce cierta desorientación acerca del verdadero estado de cosas, como también el detalle de que el caudillo en campaña posee un poder casi omnímodo, confusión debida a que Homero no tiene una idea bien clara de lo que es una monarquía, por lo que recarga el cuadro al describir la organización de entonces, acumulando circunstancias muchas veces incoherentes.

En la *Odisea* encuéntrase exclusivamente el régimen aristocrático; a lo sumo el Ulises de la propuesta de tender el arco en competencia con los pretendientes de su esposa Penélope, deja entrever el soberano autócrata de la isla de Itaca, según nos lo presenta la leyenda. Al describir el poeta el régimen de los Cíclopes, dice que éstos no tenían ni Asamblea, ni consejo en común ni administración de justicia civil, puesto que cada cual tenía jurisdicción sobre la mujer, los hijos y esclavos, sin cuidarse para nada de los vecinos. Se trata, por supuesto, de una organización primitiva, y con ello da a entender que el régimen político de las sociedades primitivas fué el patriarcado. Durante la guerra de Troya existió una confederación de ciudades y Estados helénicos, y aunque, según la *Iliada*, cada príncipe aqueo, durante el viaje y luego durante la campaña, mantiene su autonomía, todos, sin embargo, reconocen superioridad en Agamenón, el rey de Micenas y hermano de Menelao, sin duda por su parentesco con el agraviado rey de Esparta y por haber sido el promotor de la expedición a las costas del Asia Menor para vengar el ultraje, amén de la superioridad numérica de sus fuerzas. No obstante, delante de los muros de Ilión, a menudo los capitanes griegos desobedecen al rey de Micenas; Aquiles no solamente le desobedece, sino que además le insulta. Sin embargo, Agamenón mantiene su condición de jefe supremo, *primus inter pares*. Este, usando del derecho de la fuerza, al desprenderse, obligado por la ira de Apolo, de la Criseida, se apropia a Briseida, la esclava de Aquiles, co

león de la fábula, por el *quia nominor Leo*. No impera el derecho, sino la fuerza o el hado de los dioses. Los héroes de Homero realizan actos con trascendencia jurídica, es cierto, pero sin la salvaguardia de la ley, que no era reconocida. Las únicas garantías de que los héroes homéricos procedan siguiendo los dictados de una justicia, basada en el sentimiento del deber, de lo adecuado, de lo conveniente, que son sus más elevados móviles, son, por una parte, el temor a los dioses y su venganza, que es algunas veces invocado en la *Iliada*, contra los transgresores y los violentos, y principalmente en la *Odisea*, en la que con frecuencia son los oprimidos y los vejados los que, en su impotencia, suelen consolarse con la justicia divina, y, por otra parte, el temor a la indignación de los hombres y a su venganza, «Nemesis» (diosa que preside la venganza), así como a la execración pública y la invocación al sentimiento del honor, «Aidos». Ello se manifiesta, no sólo en que todos, en general, cumplen con su deber, sino también en que se respetan los derechos ajenos. La medida y la equidad son, especialmente en la *Odisea*, puestas de relieve como lo más hermoso de un carácter, lo que indica la ausencia casi general de estas virtudes en los héroes homéricos, así como de otras más ensalzadas aún por el poeta, quien estima tanto más las virtudes cuanto más escaseaban entre sus héroes. Así alaba la templanza, aunque no la sobriedad, porque ya se da por entendida, y ensalza a su vez el ánimo moderado y equitativo, porque éste ya no se sobreentiende por sí mismo, no haciéndolo del ánimo esforzado, por ser patrimonio general de sus héroes. Los defectos que más frecuentemente menciona son la presunción, la arrogancia impía, la aspereza, la falta de compasión, la ingratitud y la violencia. Todos son comprendidos bajo el concepto de transgresión. Vemos que hay exigencias éticas para las cuales los poemas homéricos emplean una denominación que las sintetiza: «Dike». Posteriormente esta palabra significó «derecho», pero en Homero, que no conoció un derecho formulado, significa «lo justo», la rectitud, y más generalmente «la equidad». No existe la protección de los tribunales para reparar las ofensas, si bien se mencionan unos tribunales *sui generis*, constituidos por los nobles, los príncipes, para juzgar ciertos litigios, que resuelven según los preceptos establecidos. El derecho penal carecía, por tanto, de órga-

nos de aplicación. El esclavo está a merced de su señor, y sus delitos y faltas son castigados por éste con extremada crueldad, aplicándose como penas la mutilación y la muerte en el tormento. La condición de la mujer y de los menores de edad sin esposo, padre o hermanos mayores es muy desgraciada, pues están con facilidad expuestos a grandes injusticias y a usurpaciones de su derecho y de sus bienes. La sangre se derrama con excesiva abundancia: la costumbre de ir los hombres siempre armados, el carácter apasionado del pueblo, que fácilmente se inclina a los actos violentos, hacían muy frecuentes las venganzas individuales y los homicidios, incumbiendo la reparación de las ofensas y el castigo de los delitos a los consanguíneos de la víctima, o, en sentido más lato, a los individuos de la misma tribu, término medio entre la familia y la raza. El rey y el Estado, que nada tenían que ver con estos delitos, dejaron libre el campo a estas venganzas, que el homicida sólo podía evitar huyendo al extranjero o reconciliándose con los parientes de la víctima por medio de ricos presentes. En el orden políticoadministrativo y del derecho civil hay más garantías.

Estos actos revisten un carácter de verdadera publicidad que forma especial contraste con lo demás y con esas reservas propias especialmente de los reyes iránicos. El rey o «el Basileo», que sin intervención sacerdotal ora y hace sacrificios por su pueblo, se reúne públicamente con los nobles para pedirles consejo en la resolución de los negocios generales del Estado y de las cuestiones jurídicas sobre las cuales debe dar su fallo, y a veces hasta delega en alguno de ellos la facultad de dictar esas sentencias. El pueblo, el vulgo, la asamblea de los hombres libres desempeña un papel subalterno, que se reduce, las más de las veces, a oír las decisiones del rey y de los nobles, conservando, sin embargo, el derecho de declarar en alta voz su conformidad o disconformidad con las mismas. En el orden privado, el hombre se liga y queda obligado por el juramento, que es inviolable. En el combate singular concertado entre Paris y Menelao se estipula que el vencedor será dueño de Elena y de las riquezas robadas con ella, celebrándose a continuación un sacrificio solemne que termina con la maldición de la parte que obrare contra lo jurado. Paris es vencido, aunque salvado por Afrodita, pero el pacto se rompió,

pues Pandaro, guerrero troyano, hirió traidoramente con su flecha a Menelao. Esto enfureció sobremanera a los griegos, y se reanudó con furia inusitada el combate. Como a veces se quebrantaba el juramento, se introdujo una fianza personal unida al juramento en todo litigio, que además de carácter accesorio lo tenía colectivo, por cuanto con cada litigante juraban también, como «fiadores de su juramento», sus parientes y otras personas, de la misma manera que en los tiempos primitivos intervenían en su favor ayudándole con las armas. La vida contractual tiene ya carácter formalista y se desarrolla principalmente en las asambleas referidas.

Para explicar el derecho de propiedad de esta época sería necesario remontarse a los antiguos «totems», especialmente cuando, declinando ya el zoomorfismo o culto del animal sagrado del grupo, aparecen nuevos grupos, y con la consiguiente división del trabajo y la comunidad de intereses hereditarios, va adquiriendo aquel derecho carácter social, a la par que retrocede el elemento del parentesco, aunque conservando vestigios del totemismo, que tiene carácter general, pues se conservó en la misma Roma con la «fraternitas» de los socios, etc., y aun en nuestros días, los escudos, emblemas y otros signos por el estilo no son más que supervivencias de los antiguos «totems» o imágenes representativas del animal del grupo. En un principio, la propiedad es familiar o colectiva y su representante es únicamente el jefe del grupo. Más tarde, al lado del «totem», como espíritu del grupo, hay espíritus del individuo, un «manitou» o varios genios y demonios, con el deber de obediencia a sus insinuaciones, siendo, sin embargo, sus decisiones producto de su albedrío. Este fué el principio, la primera conciencia de la individualidad jurídica-moral que rompe las cadenas de las costumbres sociales, aunque predominando el «manitou» de los jefes, que llegan a ejercer autoridad casi exclusiva, y con los que se relaciona la institución de los oráculos, que desempeñó un papel muy importante en el derecho primitivo. Además del «totem», que representa la idea de la comunidad y del ligamen, y del «manitou», que representa la de la personalidad individual, existía un tercer requisito, el del «culto de los espíritus», «animismo», que representaba el orden y la posesión asegurada. El temor del individuo frente a un espíritu extraño, sea fetiche,

totem o manitou, da a los objetos contaminados por éstos un carácter sagrado. Son inviolables para los extraños y se atribuye una soberanía exclusiva a los que lo poseen. La propiedad es, pues, en un principio, precisamente posesión. Así aparece la propiedad como atributo exclusivo del poder del jefe; más tarde surge la representación de la norma de derecho objetivo, siendo la propiedad del grupo, de la tribu, de la ciudad, que sigue representando el jefe, pero el usufructo es individual; por eso en los contratos se exige el concurso de la tribu o colectividad aprobándolos, o los parientes si es propiedad familiar, teniendo los individuos o familias la posesión, únicamente en precario. Claro está que como la ciudad se identificaba casi siempre con el Estado, y éste era dueño de las tierras, solía dividir las entre los ciudadanos, como ocurrió en Roma con el «ager publicus», habiéndose hecho el primer reparto en Atenas, sin reservarse el Estado derecho alguno de reversión sobre ellas, en tiempos de Solón. Se conocía ya el derecho hipotecario, en su forma más simple de la prenda (transformada en hipoteca cuando la prenda quedó en poder del deudor), confundiéndose aquélla originariamente, en todos los derechos, con la compraventa, pues el vendedor o su linaje tienen reconocido por ley o costumbre un derecho de retracto, si el comprador no paga, o a quedarse definitivamente con la prenda que se le entrega en propiedad al acreedor. Son objeto de compra, en un principio, los predios (luego las servidumbres prediales), el ganado y los esclavos. Las más de las cosas muebles se adquieren por el robo a otras tribus; por eso en la *Iliada* y en la *Odisea* todos los objetos de lujo proceden de los extranjeros, especialmente fenicios, por robo, o a lo sumo aparecen como regalos (donaciones). El robo al enemigo, lejos de merecer castigo, es una acción meritoria. Diómedes y Ulises arrebatan en una incursión nocturna los caballos al troyano Reso, y a todo galope regresan al campo de los aqueos, orgullosos de su hazaña, y el mismo Aquiles no se desdeña de proclamar como móvil de sus incursiones delante de Troya, en sus pueblos aliados, el deseo de robar las mujeres a los enemigos. ¡Hasta a los dioses se atreven a robar! Los compañeros de Ulises hurtaron las vacas a Helios (el Sol), y aunque Lampetia va al Olimpo a denunciar el hecho a Zeus, éste se contenta con prometerle una reparación, no concediéndole gran im-

portancia a ese sacrilegio. Hay que notar que no se distingue el hurto del robo, háyase cometido o no con violencia.

Objetos de uso valioso, además de por esa procedencia, circulaban también por una especie de préstamo forzoso entre los ciudadanos, siendo tan poco frecuente el que sean vendidos como el que lo sean las bagatelas o los vestidos. Venían a ser cosas como las que los romanos llamaron después *res mancipi*, que no encaban, en realidad, en la reglamentación civil, por lo que su venta no puede desarrollarse en ese derecho interno o derecho del pueblo, sino, a lo sumo, en el derecho del comercio entre los pueblos, que fué lo que se llamó después en Roma el «*jus gentium*».

En la época homérica falta el testamento y no se conoció la dote. La herencia correspondía toda entera a los varones, y, entre éstos, probablemente al primogénito; a falta de descendientes varones pasaba a los parientes colaterales de la línea paterna por su orden y grado. Regía el sistema de la agnación e imperaba la consanguinidad, ésta como una manifestación del animismo, el culto a la sangre, que regía todas las relaciones. El hombre de entonces ve en la sangre el alma y su fuerza espiritual (antes que en la respiración). Mediante el símbolo de la sangre se manifiestan la actividad jurídica de la familia (adopción, fraternidad de sangre), la de las obligaciones, como el acto de sellar con sangre los contratos, y la actividad antijurídica, como la venganza de sangre, que era un resto de la costumbre caníbal de beber sangre. Supone la idea de que quien se incorpora sangre de otra persona adquiere con ello dominio sobre su espíritu. Después, el parentesco se cuenta ya por las dos líneas, paterna y materna, sistema de la cognación. El primitivo sistema de la agnación se explica por necesidades del culto religioso, pues no transmitiéndose éste sino por línea de varón, no existía parentesco sino entre los individuos de ella, y así es que los que sucedían en virtud del parentesco, a falta de hijos, tanto en las cosas divinas como en las humanas de la familia, eran solamente los colaterales de la misma línea. Respecto del hijo, su sucesión en las funciones religiosas del padre no era sólo un derecho, sino principalmente un deber ineludible, y de aquí su calidad de heredero necesario del haber paterno, su calidad de heredero forzoso, como diríamos hoy, aunque con la agravante de que no podía renunciar la herencia ni aceptarla a

beneficio de inventario, derechos que aparecieron más tarde. El que carecía de hijos y parientes podía escoger a su antojo un hijo, por la adopción, para que con los sacrificios de éste a los manes estuviese protegido en la otra vida contra los espíritus hostiles, y durante la vida contra sus enemigos, por estar aquél dispuesto a la venganza de sangre, siendo necesario en todo caso que la adopción revistiera caracteres de publicidad y aun de solemnidad, celebrándose ese acto en las asambleas de la tribu o del pueblo.

La religión doméstica era un depósito de familia que se transmitía hereditariamente por línea de varón, y como la propiedad era en cierto modo una dependencia de ella, debía transmitirse de la misma manera. Dicha religión, tal como se practicó en Grecia y Roma, fué la que dió a la propiedad territorial de los dos pueblos sus caracteres comunes primitivos, contribuyendo principalmente a su individualidad, inalienabilidad e inviolabilidad.

Esta religión familiar tenía sus dioses Lares o Penates, que jamás eran abandonados, por considerárseles parte integrante y preeminente de la familia. El héroe troyano Eneas, haciéndose eco de fatídicos augurios del sacerdote Laocoonte, inmortalizado en su dolor con sus dos hijos, en el famoso grupo escultórico, quien aconsejaba destruir el célebre caballo de madera con el que los griegos se introdujeron por fin en Troya (según la leyenda recogida en el poema «La Etiopeida», llamado también «La Pequeña Ilíada»), al abandonar la ciudad con su hijo Ascanio y su padre Anquises, no se olvidó de llevar también consigo a sus dioses «Lares» sin abandonarlos jamás, a pesar de sus accidentados y peligrosos viajes hasta su arribada a las costas del Lacio, cuya leyenda constituye el objeto del principal poema épico latino «La Eneida», en el que su autor, el mantuano Virgilio, pone en boca de su héroe estas significativas palabras: *Ego sum pius Eneas qui Penates classe reho*. ¡Tal era la veneración y el cariño que inspiraban!

Para terminar este modesto ensayo de estudio de algunos aspectos de instituciones básicas del derecho que aparecen ya en la poesía homérica, sólo resta decir que los conceptos de «justicia y equidad», imprecisos y vagos, que aparecen dominantes en las inmortales obras de Homero, como ideas de contenido jurídico aún no sancionado por la ley, son un reflejo de sus ideas filosóficas

y teológicas. Los dioses de Homero obran impulsados por las más bajas pasiones, les domina la venganza y la parcialidad, lo mismo que a sus héroes, que a su vez se sienten influenciados directamente por los dioses con fuerza irresistible, por una especie de afecto interior que les domina. Para darse cuenta de esto es preciso no olvidar el antropomorfismo de los dioses homéricos y la psicología peculiar que se dibuja en el contenido de los inmortales poemas. El hombre es la antítesis de la divinidad, y a la vez su complemento; unas veces es árbitro de sus acciones, y otras juguete de la voluntad de los dioses; aunque parece deducirse de algunos pasajes que su influjo no anulaba la voluntad humana. Admite Homero un desdoblamiento de la personalidad humana: existe para él un segundo «yo», un verdadero sér consciente dentro del hombre, espíritu y alma a un tiempo, un hombre interior que se llama «thymos». Esta palabra significa: lo que se agita, lo que fluctúa en el interior. Es un principio incorpóreo, asiento de los afectos humanos y del influjo de los dioses. La noción que el hombre tiene de la justicia o de la injusticia es obra de este principio incorpóreo, de este afecto íntimo al cual no puede sustraerse; sin embargo, el hombre es libre y responsable de sus actos, no obstante lo cual el poeta juzga con un sentido humanísimo las acciones humanas, cuya injusticia no atribuye a maldad, sino a insensatez. Estas son, en síntesis, las principales ideas filosóficas, teológicas y jurídicas de Homero. «el más sabio y el más divino de los poetas», «el poeta entendido en todas las cosas», según frases de Platón, pese a sus detractores, que hasta niegan que haya existido, sobre todo desde que empezaron en el siglo XVIII los primeros ataques serios contra Homero, cuando el abate de Aubignac escribió sus *Conjectures*, sosteniendo que la *Iliada* y la *Odisea* no eran más que una compilación de poemas pequeños de diferentes autores, olvidándose de que aún no había sido introducido el alfabeto en Grecia en la época de los mismos. Estas ideas del abate de Aubignac fueron repetidas y reforzadas en la obra *Prolegómenos de Homero*, del profesor alemán Federico A. Wolf, que causó gran sensación, a pesar de lo cual el inmortal Goethe sostenía la unidad indivisible de la *Iliada*.

Por razones históricas y filológicas se cree comúnmente que los poemas homéricos fueron compuestos unos diez siglos antes

de Jesucristo. El primero, sin embargo, que menciona el nombre de Homero fué Jenófanes, hacia el año 550, y hasta un siglo más tarde no cita Herodoto la *Iliada* y la *Odisea*. Durante los cinco siglos anteriores reina la más completa oscuridad sobre Homero y sus poemas. El texto definitivo, lo que llamaríamos hoy edición crítica de los poemas homéricos, no se redactó hasta el siglo II antes de Jesucristo. Así se explica el que siete ciudades se discutan la gloria de haber sido la patria del poeta inmortal, el más grande que conocieron los siglos.

JOSÉ GONZÁLEZ DÍEZ,

Registrador de la Propiedad

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas
Capital desembolsado . . . 46.687.000 —
Reservas 48.852.936,16 —

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 10.000 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.

Hipoteca aeronáutica

Los gigantescos e insospechados progresos de las ciencias físicas transformaron hondamente el mundo económico, intensificando los transportes y los cambios internacionales, a la vez que aportando al mercado mundial nuevos valores que precisan condicionarse jurídicamente para su ordenada utilización, con arreglo a las normas del Derecho, congruentes con la naturaleza de aquéllos dentro del concierto humano.

Uno de esos nuevos sorprendentes objetos o cosas susceptibles de relaciones jurídicas en que cristalizaron los aludidos progresos es el aeroplano o aeronave, que, al cruzar en vuelo gigantesco el aire y servir de vehículo a personas y cosas, cada día, en más creciente progresión que los adelantos mecánicos hacen posible, alcanza un coeficiente económico extraordinario, que, como tal, debe entrar en juego en el sector de las relaciones mercantiles y servir de elemento básico y fuerza propulsora del crédito, que es la nueva palanca de Arquímedes que mueve el mundo moderno.

En tal sentido se plantea a nuestro espíritu el problema jurídico-hipotecario en orden a la naturaleza de la aeronave: dentro de la moderna clasificación de bienes muebles e inmuebles, traducida en el artículo 334 del Código civil, conforme en sus lineamientos generales, con la doctrina de los jurisconsultos y tratadistas que en la materia ahondaron, llevando aparejado el planteamiento de un tal problema el concerniente a las características inmobiliarias de la aeronave, para adaptarse como los buques, con los cuales tan acentuadas analogías mantiene aquélla a la constitución del derecho real de hipoteca en garantía de las respec-

tivas obligaciones de crédito, materia ésta de la que no tenemos noticia que hubiese sido objeto de investigación por parte de los especialistas en Derecho aviatorio; que, en cambio, se preocuparon en Congresos, Ateneos y Academias de los principios normativos del nuevo orden de relaciones jurídicas nacionales e internacionales que deben condicionar las nuevas valoraciones de esas potentes máquinas aéreas, que causaron una revolución económica mundial, siendo el asombro del siglo.

A propósito de la similitud, ya que no identidad, entre las aeronaves y los buques, pudo escribir Vladimiro Pappafaba, en luminoso informe dirigido al primer Congreso Internacional, celebrado en Verona, sobre la reglamentación de la locomoción aérea, que las normas determinantes de lo que pudiéramos llamar el estado civil de la aeronave podrían ser imitaciones o adaptaciones de aquellas otras análogas prescritas para las naves que surcan los mares y los océanos. Y así, la mayor parte de las normas por que se rigen las naves en su viaje sobre las aguas, podrían, con las convenientes modificaciones, en razón a la diferencia del elemento en que se mueven, ser aplicadas al régimen del movimiento de las aeronaves.

Y lo que el citado tratadista dice de las normas reguladoras de los buques aplicables, por razón de analogía, siquiera con las modificaciones surgidas de la naturaleza del medio en que operan, al movimiento de las aeronaves, debe entenderse de aplicación al elemento estático de éstas, con más poderosa razón que a su dinamismo, por lo mismo que la diferencia del medio en que funcionan las respectivas máquinas de locomoción no acusa modificación en el fondo sustancial y en las características de inmuebles que, a los efectos jurídicos e hipotecarios, revisten buques y aeronaves, siquiera existan entre estos accidentales variantes que no afectan a las aludidas fundamentales características.

En este punto, oportuno es recordar, no ya el artículo 1.º de la ley de Hipoteca naval de 21 de Agosto de 1893, que, para el efecto de la constitución de ésta, considera como bienes inmuebles los buques, entendiendo modificado en tal sentido el arcaico artículo 585 del Código de Comercio, que, rindiendo tributo al vetusto concepto tradicional, los reputaba muebles, sino el núme-

ro 9 del artículo 334 del Código civil, que, inspirándose en las modernas corrientes doctrinales y legislativas y teniendo en cuenta las características de identificación, individualización, estabilidad y uso permanente a que están destinados o adscritos los buques en los respectivos puertos, los considera inmuebles, no tan sólo a los efectos de la hipoteca naval, sino para todos los demás órdenes de relaciones jurídicas, en cuyo sentido debe tenerse, asimismo, por modificado el precitado artículo 585 del Código de Comercio; en cuanto que, sabido es, por elemental y axiomático de suyo, que la ley posterior deroga la anterior, siendo tanto más procedente la calificación de bienes inmuebles que, para todos los efectos jurídicos se atribuye a los buques y consiguientemente a sus similares las aeronaves, aun cuando en distintos sectores actúan, cuanto que, en el mismo orden mercantil, no por reputarse inmuebles los buques dejan de ser comerciables, dado que el negocio mercantil o con finalidad de lucro, que tal es la esencial característica del fenómeno económico, que se llama comercio, puede también cristalizar, y frecuentemente cristaliza, atendidos los grandes progresos del intercambio mercantil, en valores inmobiliarios.

Solucionada esta cuestión previa en orden a la analogía de los dirigibles aéreos con los buques, desde el punto de vista de su calificación jurídica de inmuebles, como poblaciones flotantes en los mares y en los espacios, para los efectos hipotecarios que perseguimos, harto complejos son los problemas que se plantean, derivados ya de los sujetos del derecho de propiedad sobre la aeronave—personas individuales y colectivas—, ya de la objetividad de aquélla, como materia de las relaciones jurídicas y de los actos de las tales personas en la creación de esas mismas relaciones, bajo cuyo triple aspecto traza normas el derecho internacional privado para resolver los conflictos jurisdiccionales de las soberanías de los distintos Estados, dentro de los tres sectores de estatutos personales, reales y mixtos, con las modificaciones que el concepto fundamental de soberanía tiene en la moderna ciencia del Derecho internacional privado.

Este aspecto internacional, fuente inagotable de conflictos de este orden, tratándose de las demás clases o series de relaciones

jurídicas, complíquese en las de que se trata, por la especial naturaleza del medio de la navegación aérea, en cuanto carece de los límites predeterminados que, en cambio, tiene el mar.

Por eso, con razón sobrada, expone a un tal propósito el publicista citado: «Generalmente se compara la atmósfera con el mar y se admite que existe una gran analogía o una identidad tal entre ambos elementos, que las normas establecidas para el mar se consideran, desde luego, suficientes para la atmósfera y aplicables a ésta. Ciertó que existe analogía: pero, también, ¡cuán diversas condiciones!»

»El mar, aunque es muy amplio, se halla contenido dentro de límites, o mejor diríamos, dentro de límites ciertos.

»El litoral lo determina de tal modo, que nada puede darse con mayor precisión. Y el litoral, con referencia a los países más civilizados, está completamente ocupado por ensenadas, radas, puertos, faros y cien artefactos que sirven para limitar la navegación de la nave, espíándola y vigilándola. La navegación tiene por objeto el transporte de personas y cosas de un puesto a otro, y esto se efectúa por líneas casi tan determinadas y precisas, como son las líneas férreas, hoy que el vapor hace a la nave independiente de la fuerza de los vientos y el hombre se ha hecho señor del mar, tanto como lo es de la tierra.»

Pero la atmósfera no tiene límites ciertos, a excepción del suelo sobre el cual gravita. El hombre que vuela se halla en la misma condición del pez que nada en el agua, o mejor dicho, del pájaro que sube, baja, vira a derecha y a izquierda y pasa veloz, sordo a cualquier llamamiento, árbitro de sus movimientos, sin estorbo alguno, dominado tan sólo por las fuerzas misteriosas de la Naturaleza, sobre las cuales podrá mandar, pero las cuales podrán destrozar sus vigos en determinado instante.

La naturaleza, pues, del elemento que sirve al hombre de no-vísimo vehículo, es la que determina las esenciales diferencias entre la navegación acuática y la aérea. Y, desde luego, es evidente que muchas prescripciones que para la primera son posibles, no lo son en absoluto para la segunda.

Pero, si ello es así, tratándose, por ejemplo, de la determinación de verdaderos puertos para las naves aéreas, al efecto de ejer-

citar los derechos de soberanía, dentro del sector del respectivo Estado, en cuya atmósfera penetren aquéllas, en orden al cobro de los derechos de Aduanas, y la vigilancia precisa para la aplicación de las leyes necesarias en que existen, hasta cierto punto, obstáculos, al parecer irreductibles, para la eficacia práctica de las disposiciones similares que a los buques se aplican, nacidos los tales obstáculos de la misma naturaleza del elemento aéreo, comparado con el mar, existen y no pueden menos de existir, en cambio, ya que no identidad, analogía o similitudes entre el océano y la atmósfera, por virtud de las cuales, no pocas normas y costumbres jurídicas del Derecho internacional privado de índole marítima pudieran ser adaptables a los nuevos vehículos aéreos, con las oportunas modificaciones requeridas por la naturaleza de las cosas, y a veces con ventaja para las aeronaves, como en el caso de posible choque de éstas en el que las maniobras, en evitación del respectivo encuentro, deben ser, sobre más fáciles, de más seguro éxito que respecto al abordaje de las naves que surcan los mares, atendidas las facilidades que el espacio ofrece, distintas de las del océano, para que uno de los aeroplanos pueda pasar por encima o por debajo de otro, en diferentes planos.

Dejando aparte el aspecto de Derecho internacional público, por lo que atañe al derecho de cada Estado de defender la intangibilidad de su soberanía, impidiendo la invasión de la atmósfera que está sobre el territorio nacional, en términos de poder perseguirse por el aire y por la tierra, el peligroso invasor, obligándole a reparar la ofensa con los daños y perjuicios causados, ya que la libertad del espacio no carece de límites, estando condicionada por el bien de la colectividad que vive en el respectivo territorio; y concretando nuestro punto de vista al Derecho internacional privado, en cuanto a la hipoteca de la aeronave, las analogías entre las normas reguladoras de la hipoteca naval y las que procede adoptar, con aplicación a la hipoteca de la aeronave, saltan a la vista.

En el sector de las obligaciones y, por consecuencia, en éste de la hipoteca aeronaval, como obligación accesoria de garantía real, o inmobiliaria, dado el concepto de inmuebles que en el estado actual de derecho la atribuimos, es donde más frecuentes pue-

den ser los conflictos que surjan sobre la forma, contenido, alcance y efectos de la tal hipoteca.

Aquí es donde juega el más importante papel la aplicación de los estatutos personales, reales y mixtos con el sentido que les atribuye el moderno Derecho internacional privado, con sus limitaciones por lo que atañe al respeto de la soberanía, más que territorial, ético-jurídica y de orden público o alto interés social.

Sabido es que tratándose de la forma y de los efectos de las estipulaciones, rigen por la ley del lugar donde se otorgan (*Locus regilactum* y *Lex loci contractus*): las cuales normas jurídicas estriban en el recíproco interés de los individuos, a la vez que en la necesidad moral y social de las naciones de vivir en constantes e íntimas relaciones entre sí.

Claro está que a la aplicación de la *Lex loci contractus* quedan sustraídos, así la capacidad legal propia de los contratantes, regida por el estatuto personal, como todos los casos en que pudiera sufrir lesión la parte del sistema legislativo fundado en altas razones de orden público del país en que el contrato ha de alcanzar su desenvolvimiento y ejecución, así como las buenas costumbres de ese mismo país, las cuales buenas costumbres y leyes de orden público, aparte de las de Derecho público, que, aunque similares, ofrecen marcadas diferencias en los distintos sectores en que operan, constituyen límites infranqueables a la extraterritorialidad o expansiones de leyes distintas de las del territorio nacional donde deben actuar, cuya soberanía sufriría grave detrimento.

En este punto plantéase por algún tratadista, como cuestión previa, dentro del Derecho internacional privado, la concerniente a si la nave aérea debe reputarse que goza de extraterritorialidad o procede tener en cuenta el lugar del aterrizamiento, el cual problema, con las dificultades que aparejadas lleva, surgirá con tanta más frecuencia cuanto que la aeronave recorre en su vertiginoso vuelo la atmósfera correspondiente a distintos Estados, con diferentes leyes de unos y otros.

Y aquí es donde las dificultades aumentan para la adaptación de la *Lex loci contractus*; dada la necesidad de precisar el respectivo lugar de la estipulación, al objeto de inferir de la tal premisa, como lógica consecuencia, la validez o nulidad del contra-

to, así como las formas procesales y eficacia de la prueba que sea procedente practicar para la justificación de la relación contractual, ante los Tribunales competentes, con arreglo a la organización jurisdiccional del respectivo Estado.

No cabe relegar al olvido, tratándose de la hipoteca que este derecho real, por la trascendencia inmobiliaria que entraña, afecta por su propia naturaleza al régimen jurídico u organización de la propiedad territorial, tan directamente ligada al orden público; siendo, a veces, harto difícil investigar el territorio que se halla debajo del aire que en gigantesco vuelo cruza el aeroplano, o el mar sobre el cual se agita en veloz carrera el hidroavión, si ambos vehículos aéreos se mueven a tal altura que no haya posibilidad de distinguir desde la misma, por interposición de las nubes, mar y tierra.

Abandonando este aspecto de Derecho internacional privado, que, por la peculiar naturaleza de la aeronave y del medio en que actúa, habrá de aplicarse, con más frecuencia que el Derecho interno o nacional, veamos las reglas de éste aplicables a la hipoteca naval, que, por más análogas, se ofrezcan como adaptables a la que afectar pueda a la aeronave.

Prescindiendo de la estructuración o de las formas extrínsecas del contrato de hipoteca, análogas para buques y aeronaves, en cuanto a su descripción e identificación, tratándose de las demás circunstancias que deben concurrir en el título e inscripción de éste, ya relativas a los titulares de los respectivos derechos, ya a la extensión de éstos, todo lo cual pertenece a la capacidad legal de los otorgantes y a las demás circunstancias intrínsecas de la respectiva obligación de garantía real o inmobiliaria, no encontramos marcadas diferencias entre uno y otro contrato de hipoteca.

Así, pues, deben ser aplicables a ambos contratos de constitución hipotecaria, y a su subsiguiente inscripción en el Registro mercantil, a virtud de la apertura en éste de la correspondiente sección, las respectivas disposiciones contenidas en la precitada ley de hipoteca naval de 21 de Agosto de 1893 y en sus concordantes del título 6.º del Reglamento del Registro mercantil de 20 de Septiembre de 1919, así respecto a la obligatoriedad de la inscripción, no sólo de la hipoteca, sino también de la propiedad,

como requisito previo o necesario punto de partida del traccio sucesivo o subsiguientes inscripciones, como a las restantes circunstancias de índole sustantiva y adjetiva o procesal en tales condiciones preconstituídas, con las variantes que las distintas características de los buques y aeronaves determinaran y a cuyos detalles reglamentarios no descenderemos, para no comunicar mayores amplitudes a este artículo; reservándonos efectuarlo en ulteriores desenvolvimientos de la importantísima materia de que se trata; no sin dejar sentado en este artículo que, cuando de reglamentar se trata la hipoteca de la aeronave, no pueden perderse de vista las prescripciones pertinentes contenidas en el Real decreto y Reglamento anejo de 25 de Noviembre de 1919 sobre navegación aérea civil, en orden a la matrícula de aquel aparato volador, en sus distintas especies, a los límites topográficos de la aviación y a las restantes circunstancias, que concernientes a las personas individuales o colectivas titulares de las respectivas aeronaves, que sean objeto de hipoteca, ya relativas a las características descriptivas de las mismas para su identificación.

Pero lo que ahora interesa a nuestro propósito es el planteamiento y solución en su aspecto fundamental y en sus lineamientos generales del trascendental problema jurídico e hipotecario a que el epígrafe de nuestra labor se contrae.

MANUEL LEZÓN,

Registrador de la Propiedad.

El seguro de la vida y las normas ordinarias del Derecho civil

Discurso de apertura del curso 1929-1930, leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación por su Presidente el excelentísimo Sr. D. Angel Ossorio y Gallardo.

EXTRACTO (1)

Proemio.—El seguro sobre la vida ofrece, a primera vista, los caracteres de una donación *mortis causa*. Mas a poco que se medite, queda desvanecida esa definición; porque no siempre está hecho el seguro para caso de muerte, ni muchas veces depende de la muerte del supuesto donante, porque la donación no puede comprender los bienes futuros, mientras el seguro tiene por objeto disponer de un capital que el donante no posee cuando realiza el contrato, y, en fin, porque, en ocasiones, el seguro, lejos de responder a una liberalidad de quien lo hace, en obsequio de quien lo ha de cobrar, reviste forma contractual entre ambos y va encaminado a garantizar el pago de una deuda del primero con el segundo.

También en el seguro mixto, hecho para que lo cobre tercera persona si el asegurado alcanza cierta edad, hay aparente analogía con la donación *inter vivos*; analogía desvanecida en cuanto se repara que la donación no es válida sino desde la aceptación del donatario, y en el seguro es de esencia que el asegurado pue-

(1) En él empleamos los giros y las palabras del eximio abogado, que nos han parecido condensar las ideas y sugerencias principales.—(Nota de la Redacción.)

da cambiar una y cien veces la persona del destinatario del dinero, sin que ésta pueda cohibir con una aceptación la libertad de aquél.

Saleilles apunta tres posibles clasificaciones del seguro, mirándole, ya como una indemnización, ya como la compra de un capital mediante el pago de cierto número de primas, ya como una especie de derecho aleatorio. Todo puede refutarse llanamente. No es indemnización, porque aquí no se trata de resarcir ningún daño, ni es compra de capital, porque no hay la obligación de pagar determinado número de primas ni el correlativo deber de abonar el capital, ni es derecho aleatorio—aunque lo creyeran los autores de nuestro Código civil—, porque precisamente éste es el contrato en que menos margen se deja al azar, cimentado, como lo está, en tablas estadísticas y cálculos matemáticos.

El capital se forma en el patrimonio del asegurador con destino al del asegurado y bajo la vigilancia del Estado para evitar fraudes y dilapidaciones.

PERSONAJES DEL CONTRATO

El asegurador.—Ningún texto legal existe prohibitivo de que dos particulares concierten entre sí el seguro sobre la vida de uno de ellos, ni de que un particular tome sobre sí el seguro de la vida de varios. Mas el asegurador debe ser—y en la práctica es siempre—una Compañía dedicada especialmente a ese tráfico.

El fundamento científico del seguro de vida, la verdadera entraña de sus garantías y fuerza, está en que se cumpla la ley de proporciones de mortalidad; y como esa ley no se da sino entre las grandes masas, sólo cabrá confiar en la solvencia del asegurador cuando los contratos sean por millares, cosa que evidentemente está muy lejos del alcance de un simple particular.

Puede el asegurador actuar en forma de mutualidad o prima fija. Aparto mi atención de la modalidad primera por ser fórmula bastante distinta de lo que el seguro requiere.

Señalan los autores como obligaciones del asegurador:

Conformarse durante todo el desarrollo del contrato con la prima fijada en su principio,

Conformarse, igualmente, con el reconocimiento médico hecho al concertar el seguro, sin exigir por ningún motivo otro nuevo.

Administrar con celo los fondos propiedad de los asegurados (reservas, beneficios repartibles, etc.).

Pagar el capital asegurado.

A estas obligaciones añadir otra igualmente inexcusable y más coactivamente exigible: cumplir las leyes sobre seguros que el Estado dicte.

El asegurado.—No siempre es adecuado el uso de este nombre. Cuando se trata de un seguro para caso de vida o de uno mixto, efectivamente es asegurado quien contrata con la Compañía para percibir el capital. Contrariamente, en el seguro para caso de muerte, el verdadero asegurado es el beneficiario, ya que a él irá el fruto del seguro.

Es aforístico que para concertar un seguro se ha de tener plena capacidad civil, como para celebrar cualquier otro contrato; a pesar de ello, la importancia familiar y social del seguro es tan grande, que merecería la pena de abrir brecha en el férreo ordenamiento y consentir el aseguramiento a los menores y a las mujeres casadas.

El Código del Trabajo ha ampliado considerablemente las facilidades de contratación a los menores y a las mujeres casadas. Sería congruente otorgarles también mayor libertad en cuanto a la previsión de su porvenir.

Pasemos a las obligaciones del asegurado. De antiguo se dice que son tres: fidelidad en las declaraciones básicas del seguro, pago de las primas y no agravación de los riesgos. En el día de hoy ese coto está muy achicado.

Desde luego hay que eliminar la obligatoriedad del pago de las primas. Precisamente el eje del contrato consiste en que ese pago sea facultativo.

Lo de la agravación de los riesgos ha experimentado también notable contracción de algunos años a esta parte.

La higiene ha suprimido muchos riesgos de muerte, y no por eso se han abaratado las pólizas. El automovilismo y la aviación los han aumentado. Váyase lo uno por lo otro y convéngase en que únicamente cabría la obligación de avisar el nuevo riesgo y se admitiría la anulación del contrato, por no haberlo hecho en

los casos «extraordinarios y notoriamente temerarios o imprudentes» aludidos en el artículo 424 de nuestro Código mercantil. Fuera de eso, habría que actualizar ese precepto y el anterior. Hablar hoy de que no se incluya en el riesgo ordinario un viaje fuera de Europa, es vivir en un gracioso anacronismo. El cruce de una calle en cualquier gran población ofrece mayores riesgos que la travesía del Atlántico.

Queda en pie como la más clara de las obligaciones del asegurado su fidelidad en la declaración de condiciones y circunstancias que pueden influir en la celebración del contrato.

El tercero asegurado.—Aunque no sea muy corriente, ocurre a veces que el asegurado establece el seguro, no en relación a su propia vida, sino a la de otra persona, surgiendo así un nuevo elemento subjetivo en este suceso jurídico.

Se discutió en la primera mitad del siglo pasado si podía hacerse tal seguro. Muchos autores se pronunciaron en el sentido de la nulidad y se buscó solución a la dificultad en el sentido de juzgar valedero el trato, siempre que el tercero prestase su consentimiento. ¿Cabe hacer el seguro a espaldas del tercero asegurado?

Mi dictamen es negativo. Nunca se debe jugar con el nombre de una persona sin su aquiescencia.

La jurisprudencia ofrece algunos casos curiosos, a este respecto. El famoso estadista inglés Guillermo Pitt era un mal administrador de su fortuna y no pagaba a sus acreedores. Un carrocerero, para poder cobrar su cuenta, constituyó un seguro sobre la vida de Pitt. A los tres años de formalizado el contrato, Pitt murió. El Parlamento inglés, como homenaje de gratitud y admiración a la memoria del insigne hombre público, acordó que todas sus deudas fueran pagadas por cuenta del Estado. El carrocerero cobró la totalidad de su crédito sin decir nada del seguro, y después reclamó a la Compañía el capital asegurado. La Compañía se negó a pagar y el Tribunal de Londres rechazó la pretensión del aprovechado industrial en atención a que aquel seguro, como todos, era un contrato de indemnización, y no un juego de suerte.

La sentencia parece moral. Pero la verdad es que la Compañía se libró de sus compromisos por la generosidad del Estado.

Hubo luego que buscar mayor flexibilidad, y la propia jurisprudencia inglesa llegó a sostener que bastaba que el asegurado hubiera tenido un interés en la vida del tercero en el momento de la estipulación, aunque después ese interés hubiera desaparecido.

En Francia se registró el año 1865 un caso muy curioso :

El doctor Couty de la Pommerais había hecho que la señora de Peauw contratase seguros de vida por 550.000 francos. Ocho Compañías realizaron las operaciones en el término de diez días. El beneficiario era el médico, quien para convencer a la señora la dijo que en muy pocos días lograría sacar dineros de los contratos, pues él la propinaría cierta sustancia que la haría aparecer como muy enferma, con lo que las Compañías, alarmadas, pedirían la rescisión de las pólizas y ofrecerían una renta vitalicia que repartirían entre los dos. Madame de Peauw ingirió la sustancia recomendada por el ingenioso facultativo, pero no alcanzó a tocar el prometido paraíso pecuniario, pues la simulación de la gravedad fué realizada con tal perfección que murió la buena señora. El doctor fué poco después guillotinado. Entonces, los herederos de la asesinada entablaron pleito contra los del médico para que se anulase su calidad de beneficiario. Las Compañías intervinieron pidiendo que el contrato se anulase totalmente y que las relevasen de pagar a unos y a otros por la intención inmoral y dolosa con que el seguro fué pactado. Los Tribunales dieron la razón a las Compañías fundándose exclusivamente en que Madame Peauw se había prestado al fraude que la proponía el médico, pero no dijeron nada que permitiese suponer que se hubiera de considerar anulable el seguro porque el beneficiario no tuviese interés en conservar la vida de la persona asegurada.

Nuestro Código acepta el seguro sobre la vida de persona distinta del asegurado, y sólo exige el señalamiento de su nombre, apellidos y condiciones o la determinación por otro modo indudable.

Los tratadistas preguntan si podrá un acreedor mantener vivo el seguro de su deudor, en caso de que éste deje de pagar las primas. La respuesta está en los artículos 1.209 y 1.210 de nuestro Código civil. Un tercero puede subrogarse en los derechos del

acreedor; y se presume que hay subrogación cuando paga el que tiene interés en el cumplimiento de la obligación.

El beneficiario.—El Derecho romano clásico no concedía acción al tercero para exigir el cumplimiento de una obligación pactada sin intervención ni aceptación suyas. El rigor de la prohibición fué quebrantado en las vísperas del Bajo Imperio, y se señala como precedentes de analogía los legados *per vindicationem* y *per damnationem*.

Mantuvo criterio más expansivo el Derecho germano.

Cuajó, en fin, el concepto de que, aun no produciendo efecto los contratos sino entre las partes que los otorgan y sus herederos, son válidas las estipulaciones en pro de terceros, desde el momento en que éstos las aceptan.

Dentro del desarrollo de la red contractual, han surgido múltiples fenómenos en que la aceptación del tercero no es conocida hasta el instante en que gravitan sobre él—para favor o para daño—los efectos de lo contratado por otros, de suerte que perfección y consumación son una misma cosa.

El beneficiario de un seguro de vida se encuentra favorecido en la póliza sin ninguna intervención de su parte. No puede aceptar el trato porque no le es dable comprometer la esencial libertad del asegurado para mudar de beneficiario cuantas veces le plazca. No tiene acción ninguna contra el asegurado ni contra el asegurador para garantizar su eventual derecho. Colocado al margen de la relación contractual, sólo tiene acceso a ella en el instante de hacer efectiva la póliza. Acepta porque cobra, y cobra porque acepta.

A mi parecer, el beneficiario, que lo es todo el día del vencimiento de la póliza, no es nada, absolutamente nada, antes de llegar ese instante.

No puede contar con cifra alguna, ni puede tomar garantías para su cobro, ni puede pactar sobre el dinero que recibirá, ni puede constreñir al asegurado para el pago de las primas, ni puede fiscalizar la conducta y la solvencia del asegurador en régimen fisiológico ni en la patología de una quiebra o de una liquidación impuesta por el Gobierno. Su posición es la de un legatario mientras no fallece el testador.

I. *Capacidad del beneficiario.*—Inevitablemente propende el

ánimo a establecer un paralelismo entre esta materia y la de la capacidad para suceder por testamento y sin él.

La única divergencia aparece en las pólizas concertadas a beneficio del confesor, de sus parientes o de su iglesia o comunidad, del Notario autorizante del testamento y de los parientes del mismo. En este punto hay que distinguir.

Por su evidencia, me parece innecesario razonar que puede ser beneficiario la persona indeterminada, si fuese determinable, y la futura si llegase a existir, incluso la no concebida en la fecha de la contratación del seguro, ya que no es entonces, sino en la fecha del vencimiento, cuando ha de cuajar su derecho.

II. *Efectos de la premoriencia del beneficiario.*—Suele ser opinión corriente, acreditada por una práctica generalizada, que, desaparecido el beneficiario, son los herederos del asegurado quienes ocupan su lugar.

III. *El seguro a favor de los hijos adulterinos, sacrílegos o incestuosos.*—Si el asegurado puede instituir beneficiario a un extraño con idéntico olvido de la familia legítima, ¿no podrá hacerle en bien de seres desgraciados que llevan la sangre del instituyente y que, por causa de éste, arrastran en el mundo una situación humillante?

IV. *El seguro a favor del cónyuge.*—Temió siempre el Derecho civil que un cónyuge arruinase al otro en fuerza de regalos, o que, puestos ambos de acuerdo, simulasen donaciones, con perjuicio de terceras personas.

Las primas—únicas cifras verdaderamente donadas—no constituyen donación *inter vivos*, sino *mortis causa*, y ésta no se encuentra prohibida sino en cuanto exceda de lo que el marido puede dar por testamento.

V. *¿Puede el beneficiario mantener vivo a su favor el contrato abandonado por el asegurado, pagando, en lugar de éste, las primas que vayan venciendo?*—No cabe mantener el seguro sin la aquiescencia del asegurado. Con ella es innegable la licitud.

VI. *Repudiación del seguro por el beneficiario.*—Si el asegurado cumplió su compromiso y pagó con puntualidad, el premio debe ir a sus herederos, incluso el Estado, si el beneficiario no puede o no quiere cobrar.

VII. *¿Es de esencia en el seguro la libertad del asegurado para*

cambiar el beneficiario?—Hay que distinguir el seguro de liberalidad del seguro contractual; mas como el seguro puede responder a un convenio—del cual es ejemplo típico el préstamo con garantía de una póliza—, lharlo se comprende que entonces la designación de beneficiario implica un pacto bilateral que no puede romper una de las partes como quiera.

VIII. *De la aceptación del beneficio.*—No puede la mujer casada aceptar, sin licencia de su marido, ni el menor o el incapaz, sin la de sus valedores.

IX. *¿Vale la designación de beneficiario hecha fuera de la póliza?*—Se me ocurre que, por las mismas determinantes que llevan a hacer testamentos cerrados u ológrafos, puede un asegurado desear que el nombre del beneficiario permanezca absolutamente oculto y desconocido hasta para la Compañía aseguradora, diciendo en la póliza que será beneficiario quien aparezca designado en el testamento o en un documento de ciertos requisitos.

En último término, si la designación no apareciese en el momento preciso, o fuese indescifrable, se resolvería el caso como en todos los de inexistencia del beneficiario, es decir, entregando el capital a los causahabientes del asegurado.

X. *El heredero nombrado beneficiario, ¿puede rechazar la herencia y admitir el seguro?*—Juzgo que sí. En la situación motivadora de la presente rúbrica se encuentra el sujeto con dos caudales diferentes y dos títulos distintos; distintos, entiéndase bien, no en el egoísmo del sucesor, sino en la intención del causante, y será perfectamente congruente con esta diversidad de bienes, de causas y de títulos, que el llamado acepte los dos o repudie los dos y tome uno y deje otro.

EL CONTRATO

Algunos le consideran como un préstamo en que el prestamista era el asegurado; según otros, las primas envuelven dos conceptos: uno de seguro propiamente dicho, o sea la garantía de un riesgo, y otro de préstamo.

Fué también idea difundida la de que este convenio sólo implicaba un seguro como otro cualquiera, el de incendios, por ejemplo, y no tenía leyes distintas en su estructura jurídica.

El seguro de vida responde a una ley no escrita de solidaridad social.—Quítese la presencia de la masa y los compenetrados intereses de sus componentes, y el seguro quedará reducido a una ilusión o a un fraude.

El primer elemento del seguro de vida es el orden de proporcionalidad de las muertes. Estas obedecen a leyes constantes, o, mejor dicho, a regímenes constantes, y cuanto mayor sea el número global, más exactamente se cumplirá esa ley.

De aquí lo que hemos visto al definir la personalidad del asegurador. Aunque el Código no prohíba que lo sea una persona individual, en realidad sólo cabe que llenen tal misión Compañías.

Compañías, Sociedades, Asociaciones, personas colectivas, en fin, por un lado ; masa considerable de asegurados, por otro, son los elementos subjetivos primordialmente integrantes del pacto de seguro.

El seguro de vida no puede ser concertado ni regido por el libre arbitrio de los contratantes.—La mediación del Estado es, *a priori*, coactiva o imperiosa en lo relativo a las condiciones de los aseguradores, tarifas, inversiones, propagandas, reservas, primas, memorias, balances, cuentas...

En tanto exista la Sociedad, ha de actuar ante el público con las normas avaladas por el Estado.

La prima que pague el asegurado ha de ser proporcionada a los riesgos que corra el asegurador.—Y viceversa, ha de haber una ecuación entre las garantías que el asegurador ofrezca y las primas que el asegurado abone.

Lo uno se logra con el cálculo científico de las tarifas ; lo otro, con la científica formación de las reservas.

El pago de las primas es potestativo para el asegurado.—La sanción de la falta de pago consistirá sencillamente en que la póliza no llegará a nacer, si se trata de la prima inicial, o quedará rescindida, con la consiguiente sustitución por otra liberada o saldada, si se trata de cualquiera de los abonos ulteriores.

La posición es distinta en el asegurador, quien no puede rescindir su obligación mientras el asegurado abone las primas y no aumente los riesgos asegurados.

El seguro se desenvuelve en una serie de contratos anuales.

Mecanismo de éstos.—«Cada año—dice Couteau—se paga el derecho al seguro como si se tomara un billete al tren. Al fin del viaje, el asegurado es libre de pagar la prima del año siguiente—como si hiciera un nuevo viaje—o dejar de pagar.»

Mas el que deja de pagar no pierde enteramente el dinero entregado.

Cuando el asegurado abandona el contrato, la Compañía deja de correr el riesgo de su muerte; pero con el exceso cobrado sobre las primas indispensables, constituye la reserva del asegurado y le forma la póliza saldada o de rescate.

El asegurador deberá ir guardando, *reservando* la diferencia en más, que irá percibiendo en los primeros años para suplir la diferencia en menos de los últimos.

De ahí nacen las reservas matemáticas, que Puyol define como «las cantidades que guarda en su poder el asegurador, procedentes de las primas satisfechas por los asegurados».

La rescisión del seguro de vida responde a principios distintos de la de otros contratos.—En los casos de rescisión de contratos, las partes se devuelven las cosas y sus frutos. En los de nulidad sucede otro tanto.

Y en el seguro de vida, no. El convenio, una vez empezado a cumplirse, nunca se borra por entero, con devoluciones recíprocas de los contratantes, sino que da lugar a un seguro nuevo—el liberado o saldado—, en la forma que indica el artículo 426 de nuestro Código de Comercio.

LOS REFLEJOS DEL SEGURO

Hemos llegado al verdadero aspecto revolucionario del seguro de vida: a la quiebra de regímenes seculares, reputados como consustanciales con la economía familiar y hoy rendidos ante el leve peso de una póliza.

El padre (me refiero a las legislaciones del corte de la castellana) no puede eludir el reparto por igual entre todos sus hijos, del tercio legitimario de la herencia; pero mediante el seguro deja rico a uno de ellos y en la miseria a los demás. Los cónyuges no

pueden hacerse donaciones entre sí, salvo en las ocasiones del consabido regocijo familiar; pero la póliza permite que uno obsequie al otro con una masa de dinero considerable y hasta desproporcionada con el estado de la fortuna conyugal. No caben mejoras a unos hijos más allá del tercio del caudal; pero la póliza autoriza desigualdad que exceda en muchísimo de ese tope. Todos los bienes del difunto hállanse afectos, ante todo, a enjugar sus deudas; pero una póliza de seguro autoriza que un heredero se haga rico, sin preocuparse de pagar un céntimo a los acreedores de su causante...

Perfectamente explicable resulta que ante la magnitud de la innovación, ante la aparente injusticia de la póliza contra los seculares cánones de la economía familiar, quedase el ánimo de los espectadores suspenso y asombrado.

Prevaleció al cabo la salvaguardia que consta en el artículo 428 de nuestro Código de Comercio, que en términos similares figura en Italia, Bélgica, Rumania, Portugal, Argentina y otros países: «Las cantidades que el asegurador deba entregar a la persona asegurada, en cumplimiento del contrato, serán propiedad de ésta, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquiera clase del que hubiera hecho el seguro a favor de aquélla.»

Las deudas hereditarias, las legítimas, las mejoras, las donaciones entre cónyuges, etc., no crearán derecho alguno para disputar el capital de la póliza, pero sí para el resarcimiento del daño que el pago de las primas haya causado, hasta donde llegue el importe de éstas.

Otras dudas se han producido sobre la materia, aun después de aceptado el principio general. He aquí algunas:

¿Qué valor es el reclamable?

¿Es impugnabile el pago de las primas, dañoso a herederos y acreedores, solamente cuando se ha hecho con capital del causante o también cuando éste lo haya realizado con sus rentas?

¿Los acreedores y herederos, tendrán siempre derecho a recuperar las primas en cuanto haya dañado sus intereses?

El beneficiario, en garantía de un crédito, ¿podrá cobrar la póliza más allá de donde alcance la deuda?

¿Cuáles serán los derechos de los acreedores cuando el asegurado haya designado como beneficiarios a «sus hijos», «a sus herederos», o, en forma análogamente alusiva, a su sucesión?

¿Cuándo se entiende que hay daño para los intereses de herederos y acreedores, suficiente para exigir al beneficiario el reembolso de las primas?

Estudia después el Sr. Ossorio, como caso de impugnación del derecho del beneficiario, el artículo 985 del Código de Zurich: «La afección de una suma a la constitución de un seguro sobre la vida no puede ser impugnada como inoficiosa por el heredero legítimo, sino en el caso de resultar que en previsión de su próxima muerte, el asegurado había suscrito la póliza con el objeto de sustraer a sus herederos naturales el importe de la póliza que había de pagar.»

Para que el esposo mantenga en favor de la esposa la donación del pago de primas de un seguro—o de muchos—durante años y años, es preciso saltar por encima de estos apotegmas, entre otros varios: los cónyuges no pueden contratar entre sí: los cónyuges no pueden hacerse donaciones; los cónyuges no pueden atentar a la legítima de sus herederos forzosos.

Examina luego otro punto muy curioso: la condición que tenga el capital del seguro dentro de la ordenación de los bienes conyugales.

En este capítulo de los reflejos del seguro no debe quedar sin mención la duda, más de una vez surgida, respecto a si es embargable una póliza.

¿Podrá embargarla el acreedor del asegurado? Hemos visto que después de su muerte no hay caso, pues las leyes lo prohíben, reputando el capital como propio exclusivamente del beneficiario y librándole de toda reclamación de acreedores del causante. A lo que ahora me refiero es al embargo durante la vida de éste.

Si se trata de un seguro mixto que puede cobrar el asegurado durante su vida, me inclino a una respuesta afirmativa. En el caso opuesto, es decir, cuando el seguro, ya sea mixto, ya de vida entera, esté constituido a favor de otra persona, no cabe embargo, porque es ella, u otra que la sustituya, quien, tarde o temprano, ha de recibir el caudal, y no se puede admitir que se le embargue por las deudas del asegurado.

El embargo del capital pagadero al beneficiario para satisfacer deudas de éste, es perfectamente admisible.

LOS ALEDAÑOS

Al margen del contrato de seguro han ido brotando otros que, aun siendo de significación secundaria, ofrecen positiva importancia en el orden jurídico y en el económico. Me refiero al préstamo y a la participación en beneficios.

El préstamo.—Todas las Compañías consignan hoy en sus pólizas el derecho, por parte del asegurado, de obtener un préstamo. Dícese vulgarmente que este préstamo es sobre el capital del seguro; mas no es ésa la verdad, pues el asegurado no tiene, mientras el contrato no venza (por muerte o por expiración del plazo), derecho adquirido sobre tal capital, sino sobre el valor de rescate.

Las características específicas de este contrato son:

a) Que es de cantidad limitada, no pudiendo el asegurado pedir ni la Compañía dar más de la cifra constituida del valor de rescate.

b) Que es obligatorio para el prestamista, pues no tiene atribución de rehusarlo mientras se le pida dentro de los límites de capital e interés anunciados en las tarifas.

c) Que por su propia naturaleza es pignoraticio, porque la Compañía siempre retiene en prenda la póliza sobre que gira el préstamo.

d) Que dentro de la modalidad pignoraticia, entraña una figura especialísima, pues el acreedor, si se queda sin cobrar, no tiene que vender la prenda con intervención del deudor ni cumplir los requisitos exigidos, tanto por el Código civil como por el de Comercio, sino que descuenta su crédito, por capital e intereses, del importe de la póliza que haya de satisfacer al deudor.

e) Que no tiene vida independiente, sino que constituye con el seguro mismo un tejido único.

La participación en beneficios.—Suelen las Compañías ofrecer a los asegurados el aliciente de una participación en las ganancias.

¿Qué es el asegurado en esta relación jurídica? ¿Un asociado, un comanditario, un prestamista, un tenedor de cuenta en parti-

cipación? Difícil sería adjudicarle los caracteres determinantes de esas calidades, por la sencilla razón de que está a las ganancias, pero no a las pérdidas.

Las Compañías han ofrecido participación en beneficios mediante un recargo de prima. Aquí el asegurado es un portador de dinero en cantidad enteramente ajena a las necesidades del seguro mismo, y se parece al prestamista, se parece al comanditario, se parece al cuentacorrentista, se parece a todo el que entrega dinero para obtener un lucro que le es ofrecido con seguridad.

Otras combinaciones.—El ingenio, la previsión y la codicia, puestos en fecunda convivencia, han procreado numerosas fórmulas que modifican, complementan o alteran el contrato en sus líneas más conocidas.

Tal es el caso de la *prima pagada por mitad*. El asegurado sólo entrega el 50 por 100 del importe de ella; el otro 50 lo abona la Compañía, descontándose al beneficiario en el momento de pagarle.

Otro ejemplo es el del *seguro con disfrute de intereses sobre las primas pagadas*, en el cual el asegurado cree que realiza su objeto previsor y, al propio tiempo, consigue no dejar improductivo el dinero que en las primas invierte.

Mejor sentido tiene y más seguridad presta la *unión del seguro sobre la vida con el seguro de invalidez*. En esta combinación, mediante un aumento en la prima, si el asegurado queda inválido para su trabajo, el seguro subsiste, aunque desde el momento de la desgracia deje aquél de pagar primas.

Hay también *primas extraordinarias o sobreprimas*, que las Compañías exigen al asegurado que ofrece un riesgo de muerte superior al normal, con el compromiso de rebajárselas si al cabo de cierto número de años no se ha muerto, contra lo que la Compañía supuso.

Derecho hipotecario minero

DERECHOS DE EXPLOTACIÓN PARCIAL

En la contratación minera, sobre todo en la carbonífera, es muy frecuente la constitución de singulares relaciones jurídicas que afectan directamente a parte o partes de una mina, de un grupo o coto minero.

Obedecen, por lo general, esas originales creaciones consuetudinarias a la excesiva libertad que las leyes otorgan a los peticionarios de las concesiones, a la falta de un plan previo al que éstas debieran ajustarse, ordenado por la Jefatura en vista del mapa o plano general o de conjunto, y se dirigen a satisfacer las necesidades de las explotaciones contiguas, pertenecientes a distintos propietarios, tales como la facilidad de transporte interior, utilización de socavones o galerías, talleres, vías, planos inclinados, lavaderos u otras instalaciones, buscando así economía en la mano de obra de la producción, y a veces hasta la posibilidad de las labores mismas.

Nacen envueltas en las formas contractuales corrientes, de compraventa, permuta, arrendamiento, etc., pero se desvían notablemente de los tipos legales, supliendo la incongruencia entre la Ley y las manifestaciones de la vida con normas prácticas que espontáneamente brotan de las entrañas de ésta, por aquel principio de biología jurídica de que la realidad es anterior y superior a la ley, y por consiguiente, que el molde de aquélla no es el de ésta, sino al revés, como dijo el insigne Costa.

Para la mejor comprensión de la estructura y configuración de esos derechos, de su característica fisonomía, véanse varios ejem-

plares vivos : «La Empresa A cede a la B el derecho de explotar hasta su agotamiento el paquete de capas llamadas de Sorriego, solamente en la margen derecha del río Nalón y en la rama de la sinclinal que parte del puente del Trabanquín y termina en la conocida falla general de Gollano. Por si este límite fuera dudoso o discutible en el porvenir, se limitarán las explotaciones en la línea Nordeste de la concesión Altanera, de suerte que la Empresa B podrá explotar todo el carbón contenido entre la de Arbosa de Trabanquín y la caliza de la Isabel en el cargadero de la Oscura, en la margen y recorrido antes citados. Este derecho está subordinado a la condición de pagar a la Empresa A un canon de veinticinco céntimos de peseta por cada tonelada de carbón que se explote.»

Otro : «La Empresa A cede en permuta a la B todo el carbón que se encuentra sobre las capas del paquete llamado del Sotón, entre los niveles de primero y cuarto pisos (niveles : uno, ochenta y tres, ciento treinta y diez y siete, respectivamente) del pozo «La Piquera», en toda su corrida desde las concesiones de Dionisio F. Nespral y Compañía hasta la superficie vertical proyectante del arroyo del Lagar, y todo el carbón que se encuentre sobre las capas «Refugio» y «Cinco Venas», del paquete llamado «Entre-rregueras», entre los niveles del primero y cuarto pisos, más uno, ochenta y tres y menos ciento treinta, diez y siete del pozo de «La Piquera», en una corrida de novecientos metros sobre cada una de ellas en dirección Suroeste, a partir de la superficie vertical proyectante del arroyo Lagar hacia el río Nalón, a cambio de todo el carbón contenido en las concesiones «San Martín Cuarta», «San José», «Nalona» y «Demasía de San José», por debajo del piso cuarto del pozo «La Piquera», nivel ciento treinta, diez y siete, de la Empresa B.»

La naturaleza real e inscribible de estos derechos de explotación es indiscutible, importando poco que el título constitutivo sea gratuito u oneroso, con intervención de precio, canon, merced u otra clase de prestación.

Dos son, como dice Barassi, los elementos integrantes del concepto de derecho real : a), la relación del sujeto activo con la cosa que permite al titular recabar por sí solo de ella las utilidades de que sea susceptible, correspondiéndole, por consiguiente, un poder

autónomo; y *b*), la obligación (de contenido negativo) que tienen los terceros de no invadir aquella relación autónoma y directa entre el sujeto y la cosa. El primero es el elemento interno, el contenido económico o estático del derecho real. El segundo es el elemento externo o dinámico, la garantía jurídica de aquel contenido económico.

El titular del derecho de explotación extrae el mineral contenido en una determinada zona de la concesión, limitada por la altura o profundidad—plantas, pisos, niveles y sobre o debajo de las aguas del valle—, la dirección indicada por los puntos cardinales y la longitud o recorrido de los paquetes o haz de capas. Hay, pues, un poder independiente, no ejercido a través de otro, directo e inmediato, de una persona sobre una cosa específica, el espacio o extensión matemáticamente delimitados de la mina, grupo o coto minero; hay derecho real.

Para aquellos que entienden los derechos reales como derivados de la situación de hecho en que una persona se encuentra respecto de una cosa, pues no admiten que las cosas estén sometidas de derecho; para los que estiman inexacto decir que sólo los derechos reales se dan *erga omnes*, pues todo derecho, afirman, se impone a todos, ya que la norma jurídica que lo establece impone su vigencia a todos los súbditos, aun para éstos, repito, tienen que merecer la consideración de derechos reales, porque esos derechos de explotación necesitan del modo y título para el nacimiento, o dicho de otro modo, del acto jurídico y del hecho capaz de hacer sentir los efectos de aquél sobre la situación de una determinada cosa, el ejercicio los robustecen y la destrucción o desaparición de la cosa los extinguen, en ellos concurren las notas de persecución y preferencia, transcendencia e impenetrabilidad, y en fin producen una acción real por virtud de la que se exige la efectividad del mismo a cualquiera persona que posea el objeto sobre que recae.

La inscripción de ellos ha de practicarse en los folios destinados a la entidad hipotecaria minera, concesión, grupo o coto minero, no segregando ni dando número independiente al derecho de explotación, aunque afecte solamente a alguna o algunas de las minas que integren el coto, cuidando de la perfecta descripción de aquélla y de la clara determinación de éstas y de las di-

menciones del derecho de explotación que se inscribe, para que la zona aparezca demarcada con toda exactitud, en interés de los terceros que quieran contratar y de quienes somos nosotros principalmente verdaderos servidores y defensores.

Cuando el derecho de explotación se conceda juntamente con el paso por una mina, es decir, que al propio tiempo de establecer la servidumbre de paso en beneficio de otra, se otorgue al propietario de ésta el carbón que la galería descubra en sus avances, debe inscribirse aquél en las hojas de la mina sirviente y en las de la dominante, lo mismo que si fuere recíproca.

Importa mucho fijar la atención al inscribir los contratos de cesión, aprovechamiento e hipoteca de minas, los pactos acerca de las labores subterráneas y trabajos interiores, terrenos e instalaciones exteriores, los cuales han de consignarse todos literalmente, en evitación de dudas y cuestiones, por los graves problemas a que da lugar nuestro derecho positivo, incluyendo los artículos 110 y 111 del Código Hipotecario, para el que España carece de subsuelo.

Debe distinguirse entre los terrenos e instalaciones del exterior y las labores antes mencionadas, aunque todas ellas concurren en orgánica y subordinada cooperación al mejor cumplimiento de los fines de la explotación.

En las labores interiores se comprenden tanto los trabajos fundamentales o preparatorios como los de explotación o productivos: las primeras consisten en socavones generales, galerías generales de transporte, ventilación y desagüe; las galerías transversales, los hogares generales de ventilación, los planos interiores de servicio general, los pozos principales y todas las labores de carácter común a un piso o a una sección de mina; las segundas comprenden los talleres de arranque con los tajos, replenes o taludes, coladeros y demás labores que exigen dichos talleres; las chimeneas particulares de ventilación, las galerías de dirección abiertas en las capas, transversales de recorte entre dos capas y cuantas labores son inherentes al arranque del carbón y a la seguridad de los obreros dentro de los talleres.

ARRENDAMIENTOS CON MÍNIMUM

Los arrendamientos en las minas no difieren en su esencia de aquellos en que la cosa arrendada es una finca de labor, pastos o aprovechamientos forestales, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Diciembre de 1904. Sin embargo, también encajan en estos arrendamientos todas las sólidas razones alegadas en la brillante exposición de motivos de la ley de 1861 para la defensa de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que me ha hecho dudar si sólo por ellos se establecería el número 5.º del artículo 2.º de la ley Hipotecaria: el dilatado plazo que se fija, veinte años el que menos; los cuantiosos gastos de preparación, millones de pesetas ordinariamente, lo que expresa el vulgo con la frase *una mina quiere otra*; la incertidumbre económica, mayor en ésta que en otras industrias; las labores internas e instalaciones, que suelen quedar de la propiedad del arrendador, o la minoración del valor si pueden ser retiradas, son circunstancias que imponen al arrendatario la necesidad de inscribir, siquiera por sustraerse a la cruel amenaza del artículo 1.571 del Código civil.

La merced puede ser una cantidad líquida, periódica y cierta al otorgarse el contrato, arrendamiento propiamente dicho, o variable en relación a los productos que se extraigan, tantas pesetas por tonelada, régimen de aparcería o partido. Son muchas y muy variadas las combinaciones ideadas sobre la merced en este último supuesto; pero entre todas resalta como más frecuente y especial la del *mínimum*, que es un límite inferior de precio que ha de satisfacer el arrendatario, cualquiera que sea la riqueza del venero o criadero, y aunque no haya carbón, conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de Enero de 1910 y 12 de Junio de 1926.

OCUPACIÓN DE TERRENOS

Muchas veces, sin necesidad de acudir al procedimiento de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, los mineros que pretenden hacer investigaciones o explotar las concesiones, con-

ciertan libremente con los dueños de la superficie la adquisición del terreno que necesitan ocupar para almacenes, talleres, depósito de escombros, instalación de maquinarias, bocaminas, oficinas de beneficio o lavaderos de minerales, construcción de viviendas, planos, vías, caminos y otros usos análogos, dentro o fuera del grupo minero, pactándose la transmisión del inmueble o terreno en *calidad de perjuicios*, que es una cláusula por virtud de la cual revierte el suelo al propietario o sus causahabientes a la terminación de la mina, bien sea por agotamiento o por caducidad de la concesión, pero no por la transferencia de ésta a tercera persona.

Para inscribir a nombre del minero, basta transcribir la mencionada condición en el asiento que se practique a consecuencia de la titulación ordinaria o supletoria.

ANTICRESIS MINERA

No dejan de ser interesantes, aunque más en el aspecto económico-social que en el jurídico, algunos casos registrados en esta cuenca en períodos críticos de la industria hullaera, verdaderos pactos anticréticos por los cuales el propietario de la mina, particular o Sociedad cedía temporalmente la explotación de la mina a los obreros, hasta que éstos se reintegrasen de los salarios devengados y no percibidos, corriendo, durante ese tiempo, de cargo y cuenta de ellos, representados por el Sindicato de Obreros Mineros Asturianos, todos los gastos de explotación y transporte.

JOSÉ GONZÁLEZ GONZÁLEZ,

Registrador de la Propiedad.

Por folletos y revistas

RIAZA (ROMÁN).—«El derecho romano y el derecho nacional en Castilla durante el siglo xviii».

El siglo xviii español ofrece un cambio radical en muchos aspectos de la vida, debido a la penetración de la Enciclopedia, a los estudios inspirados en las ideas económicas de Adam Smith o de los fisiócratas; en lo que respecta al campo jurídico, donde confluyen tan diversas influencias, sería temerario el intento de presentar por primera vez un estudio sintético, debiendo limitarse únicamente a mostrar cómo el proceso crítico tiene también sus representantes en la producción jurídica y cómo quedan entre el fárrago de obras destinadas a olvidarse rápidamente algunos ensayos y tanteos opuestos a la admisión desenfrenada del derecho romano que constituye la trama de la vida jurídica española y que culminan en la práctica de los Tribunales; esta reacción contra el derecho romano se verifica por los planes universitarios de enseñanza, que comprenden colecciones del derecho nacional; por ensayos de exposición conjunta de los dos derechos, algunas obras históricas que inculcan la necesidad de estudiar nuestros Códigos y Recopilaciones y algunos libros de crítica, inspirados en el *Teatro* de Feijóo, que intentan dar el golpe de muerte a las corruptelas que presentan las prácticas jurídicas corrientes, tanto en la enseñanza como en la práctica; corresponde a los Borbones el honor de haber promovido en las Universidades la enseñanza del derecho castellano. En efecto, el Consejo de Felipe V dispuso que se aplicaran las Partidas, Recopilaciones y demás leyes del Reino, encargando a las Universidades que informaran

sobre los medios de perfeccionar sus planes de estudios en los años 1713, 1741 y 1770.

En el informe que presentó D. Manuel de Medina y Flores propugna la formación de un Instituto de Derecho español, y en las consideraciones que lo acompañan se declara enemigo de la tradición romanista, sin dejar de reconocer la importancia de estos estudios rectamente dirigidos, sobre todo siguiendo la orientación de sana erudición y crítica del gran Antonio Agustín.

Anteriormente, en tiempos de Felipe IV, Gaspar de Criales, Arzobispo de Regio, se proponía, como medida previa a cualquier reforma en esta materia, desterrar el estudio del derecho romano.

Antes, en 1612, Bermúdez de Pedraza publica unas Instituciones en castellano siguiendo el orden de las justinianeas con un breve resumen de la historia jurídica romana, canónica y nacional; pero advirtiendo que aquéllas no son leyes del reino.

En la esfera oficial se advierten intentos de transformación; pero si bien coinciden en las tendencias, no así en las propuestas. Pongamos como ejemplo la propuesta de Jovellanos y el informe de la Universidad de Valladolid. Jovellanos intenta llenar ese «grande y pernicioso vacío que se advierte en el plan público», aludiendo a la falta de estudio del derecho nacional; recomienda para ello las obras de Espinosa, Prieto y Sotelo y Fernández de Mesa, la carta del Padre Burriel a Amaya y la introducción a las Instituciones de Asso y Manuel, estudiándolas paralelamente a las Instituciones Justinianeas, y procurando dar razón circunstanciada de los motivos de cada ley. En cambio, la Facultad de Valladolid no cree prudente alterar el estudio vigente del derecho romano, que colma las lagunas del patrio, ya que éste, por estar contenido en innumerables volúmenes, no puede estudiarse durante los años de facultad; opina que debe enseñarse algo de nuestro derecho, pero eso sólo podrá hacerse cuando se haya metodizado y propone por el momento la Instituta de Berni o de Torres Velasco, después el Vinnio; reconoce que el derecho romano no debe aplicarse en Castilla; pero que se hace en atención a su equidad y justicia.

Esta corriente antiromanista no implica el olvido de los textos justinianeos, sino que los primeros ensayos para exponer su-

mariamente el derecho castellano se apoyan en la bibliografía romanista. Sírvanlos de modelos Gregorio Mayans y Siscar y José Berni y Catalá.

Mayans, gran polígrafo, cuya erudición invade también los dominios de la jurisprudencia en una carta a Cerdá, fechada en 1779, propugna que el jurista debe formarse sobre la base del derecho romano y el nacional, y al recomendar a su hijo para Fiscal, hace constar las obras sobre que ha trabajado, en las cuales están comprendidos los dos derechos. Berni no logra desasirse del derecho romano, aunque defiende que no rige en España, y en una de las ediciones de las Partidas alude a las polémicas romanistas, si bien trata de las leyes modificativas promulgadas para Castilla y principalmente de las contenidas en la Recopilación o en los tomos de Autos del Consejo.

El campo de los historiadores está más libre de influencias romanistas, aunque en las exposiciones de conjunto figura, en primer término, la historia de derecho romano. Así, el Padre Bu-riuel, en su carta a Amaya, defiende la legitimidad de la aplicación de las leyes romanas, acudiendo, para ilustrar su tesis, a las leyes vigentes y a nuestros escritores teólogos y juristas, en contraste con D. Joaquín Marín, para el que sólo ofrecen interés los trabajos de Grocio y sus seguidores, sin citar siquiera los nombres y los títulos de las obras de nuestros teólogos-juristas de los siglos XVI y XVII.

Que el conocimiento de la literatura extranjera no es incompatible con el planteamiento de nuestros problemas jurídicos lo demuestra el *Apparatus juris publici hispanici* de D. Pedro José Pérez Valiente, donde, junto a referencias a obras extranjeras, como las de Vico y Selden, mezcladas con otras de españoles, como Menchaca o portugueses, como Freytas, examina el auto acordado de Felipe V sobre la sucesión de la corona, haciendo una exposición del derecho tradicional castellano y un resumen sobre la discusión acerca de la existencia de brazos en las Cortes castellanas, sin que falte tampoco el conocimiento del derecho romano.

De carácter histórico y práctico y de más amplio contenido que el de Pérez Valiente, por comprender también el derecho privado, es el *Diccionario histórico y forense*, de Cornejo, en el cual se muestra enterado de nuestras antigüedades jurídicas, encontrándose en

él citados autores ya casi olvidados, como Vitoria, y obras inéditas, como los curiosos Apuntamientos de Lorenzo de Padilla.

El famoso doctor Castro, en sus *Discursos sobre las leyes y sus intérpretes*, adopta una posición intermedia. Efectivamente se lamenta de los abusos cometidos por los prácticos en la elaboración de la doctrina a base de textos romanos, pero al mismo tiempo realiza una nueva elaboración de la doctrina de las fuentes y de la interpretación; así, mientras cita la doctrina de Palacios Rubio de que hay tradición en Castilla de aplicar la pena de muerte al que alegue leyes romanas, y rechaza como disparatadas las opiniones de Gregorio López y Covarrubias sobre el modo de aplicar las Partidas concertadas con el derecho romano, reconoce por otra parte la necesidad en que se halla la jurisprudencia de valerse de los escritos de los prácticos y de los romanistas y canonistas, mientras no exista un cuerpo concertado de legislación.

La influencia de Domat y Montesquieu se percibe en el *Compendio del derecho público y común de España*, de D. Vicente Vizcaíno Pérez, que comprende las Partidas, recopilación y leyes posteriores, apuntando, con una indicación a Mayáns, la distinción entre el derecho común y el foral, referido aquél a Castilla y éste a los demás reinos.

No pueden omitirse *Las instituciones*, de Asso y Manuel, y el *Derecho público general de España*, de D. Ramón Lázaro de Dou y Bassols. Asso y Manuel recogen en la Introducción todas las consideraciones sobre la inaplicabilidad de las leyes romanas y la necesidad de acudir a nuestro Derecho con un apéndice del aragonés, y constituyen un manual del Derecho privado tan importante que lograron gran número de ediciones, adoptándose como texto en varias Universidades y haciéndose obligatoria su enseñanza por la Real orden de 5 de Octubre de 1802.

La obra de Dou trata de la Ley, del Derecho, la monarquía, arbitrio judicial, el derecho romano en Cataluña como supletorio, y no el de Castilla, advirtiéndose en ella el influjo de los juristas que preparan la codificación napoleónica.

Anterior a la mayor parte de los autores citados es D. Pablo de Mora y Jarabo, el cual en *Los errores del Derecho civil y abusos de los jurisperitos* concentra, con relación al Derecho, el proceso crítico del siglo XVIII; este estudio es un ejemplar curioso del ca-

mino seguido para nacionalizar nuestro Derecho de los excesos a que lleva el alejamiento de la Historia en la interpretación de las fuentes romanas y del error que resulta de aplicar instituciones de una época a otra; intenta seguir la tradición de Luis Vives y de Feijóo, queriendo desterrar preocupaciones y antiguallas; los remedios que propone son: obtener un extracto de las leyes romanas concordantes con las nacionales, redactar una instituta en que se expusieran elementalmente las normas más importantes y redactar un vocabulario de los términos empleados, el cual facilitase el manejo de esos libros.

Ya a fines del siglo XVIII propone la reforma legislativa y critica acerbamente la situación de nuestra jurisprudencia D. Juan Pablo Forner, quien, en una obra que se conserva en la sala de manuscritos de la Biblioteca Nacional, titulada *Disertaciones sobre el modo de formar unas instituciones del Derecho de España*, propone la redacción de unas instituciones de Derecho español con cierta originalidad, aunque con resabios de Domat, y renovar estos estudios con las ideas de la nueva escuela política, aunque templadas por las ideas religiosas; pero lo más importante es la introducción, donde discurre sobre los inconvenientes que acarrea la falta de una norma fija sobre las fuentes legales vigentes en Castilla, y muestra gran conocimiento de las controversias suscitadas con el sistema de las recopilaciones, y señala los errores de los comentaristas al intentar reducirlo todo al Derecho romano.

En las *Exequias de la lengua castellana* se ensaña con los escritores de Derecho, especialmente con Paz y Antonio Gómez, y en *El Parnaso* sólo se salvan, de entre los juristas, Bobadilla y Solórzano.

La figura de Forner ofrece especialísimo interés por haber desempeñado cargos de importancia en la Chancillería de Granada y como Fiscal del Consejo, intentando resucitar, como afirma el señor Sáinz, el tipo de jurisconsulto renacentista, humanista y filósofo, suplantado por el leguleyo sin filosofía ni estilo.

Todos estos trabajos, indicadores de la tendencia a la reforma del régimen vigente, preparan las tareas codificadoras, iniciadas por Lardizábal, para la legislación criminal, continuadas en las Cortes de Cádiz y razonadas por Martínez Marina en su *Crítica de la Novísima Recopilación*, pero ofreciendo el mismo fenómeno que

las Cortes de Cádiz; pues así como éstas, al redactar la Constitución del año 1812, pretenden justificarla con las antiguas instituciones españolas de nombre análogo, pero de sentido distinto, del mismo modo, cuando pretenden huir del Derecho romano, caen en la redacción jurídica más representativa del mismo: las Partidas. Se propugna el retorno al Derecho nacional ensalzando las Partidas, cuando ya Covarrubias y Gregorio López habían manifestado su concordancia con la jurisprudencia romanista; olvidaron también que si Palacios Rubio y Antonio Gómez, al disertar sobre las leyes de Toro, habían utilizado los trabajos de los glosadores y comentaristas de las compilaciones canónicas y justinianeas, no habían hecho más que seguir la corriente romanista antiguamente iniciada.

Sólo temas de índole más política que jurídica podían presentar una desviación de tales derechos: tal la cuestión de las regalías. En lo demás, como ya lo indica Forner, nuestro verdadero Derecho había que buscarlo en los fueros municipales o en otras redacciones que, como el Fuero viejo, revelan el derecho vivido con más intensidad que en los demás.

CÓRDOVA DEL OLMO (ANTONIO): «El derecho de balcón».—*Revista de los Tribunales*, págs. 39 y siguientes.

Es un derecho real, existente fuera del Código, en el cual se plantean, como en todos los de esta clase, según D. Jerónimo González, los siguientes problemas: 1.º Si se admite un número limitado, o pueden crearse *ad libitum*. 2.º Si sus elementos esenciales pueden ser regulados de modo distinto al legal. 3.º Si los actos dispositivos de los mismos han de determinarse férreamente; y 4.º Si han de ser necesarias o coactivas las disposiciones sobre el derecho de cosas, mientras no se disponga lo contrario.

Figura de este derecho.—Este derecho es real porque tiene todas sus notas características: faculta a su titular para utilizar el balcón, cuanto dure el espectáculo en la calle o plaza, a cualquier hora del día o de la noche; suelen estar gravadas con él todas las casas de las plazas públicas en los pueblos y se adquiere y extingue por los mismos medios que los demás derechos reales. A veces el balcón corresponde al dueño de la casa,

y aunque entonces sólo representa una parte del dominio de la misma, los propietarios lo consideran como un derecho aparte, que hacen objeto de particular arriendo; otras pertenece a persona diferente.

Contenido.—Tal derecho permite a su titular usar de él en todas las ocasiones, arrendarle, cederle, etc.; para su goce es necesario utilizar el paso necesario por las dependencias que separan el balcón de la calle, así como también la habitación a que aquél corresponde; incluye, por lo tanto, también un derecho de servidumbre de paso y otro especialísimo de habitación, si bien lo separan de éste fundamentales diferencias, por ser éste inalienable, y la del derecho de balcón, enajenable, por serlo su principal.

El derecho puede gozarse: por el dueño de la casa que al mismo tiempo la habita; por la persona a quien se arrienda, ocupando el dueño las restantes dependencias; por persona a quien se lo ha subarrendado legítimamente el inquilino; por el mismo propietario o por persona a quien éste lo haya arrendado, siendo dueño de la vivienda persona diferente.

El derecho de palco.—Es muy afín al anterior, pero con notas diferenciales; una butaca, en realidad, es una finca colocada entre varias, sin acceso directo, con derecho al paso, como prescribe el artículo 584 de nuestro Código civil; el palco puede considerarse de la misma manera: o como el derecho de propiedad sobre una porción determinada y aislada de un edificio, una especie de derecho de habitación, aunque alienable, o muy semejante al derecho sobre los distintos pisos de una casa, a que se refiere el artículo 396 del mismo Código.

Ante el «ius stantiandi» el arrendatario puede subarrendar este derecho a otra persona.—En las poblaciones donde rija la legislación especial sobre arrendamiento de fincas urbanas, si este subarriendo no se pacta expresamente, ¿producirá la extinción del derecho de prórroga? Prácticamente no existe el problema, pues en los pueblos pequeños, que es donde existe tal derecho, no rige esta legislación; además, la costumbre, dada la importancia concedida a los escasos espectáculos que hay en los pueblos, establece normas completas que no dan lugar a duda; pero, en términos generales, es indudable que lo extinguiría, porque la le-

gislación tiende a evitar que el arrendatario logre un beneficio prohibido al propietario por la tasa del precio del contrato.

¿Cómo resolveremos, ante la especial situación de enfermedad, luto reciente, etc., del ocupante de la casa, cuando el propietario del balcón trate de hacer efectivo su derecho? ¿Será lícito al dueño llevar personas de mala fama, pasando por el resto de la casa y ocupando la habitación contigua?

Lo primero puede considerarse como un caso de obligación excesiva, y, siendo la lucha entre intereses privados, debe prevalecer el más justo, o sea que debe suspenderse el ejercicio. Respecto a lo segundo, la misma legislación nos brinda la solución por analogía, al privar al propietario del derecho de prórroga, si arrienda la finca compuesta de varios pisos a personas de mala fama o costumbres.

Finalmente, este derecho, como todo derecho real, se crea *erga omnes*, y, así, aunque unido físicamente con la finca, constituye una individualidad jurídica, sobre la que se operan todos los negocios jurídicos, siendo una verdadera carga real que grava la casa, y que es inseparable de ella, aunque distinta, cualquiera que sea el propietario.

FEDERICO BRAVO LÓPEZ.

Del Cuerpo de Letrados de Gracia y Justicia.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

SERVIDUMBRE. NO ES INSCRIBIBLE LA CONSTITUIDA POR UNA ENTIDAD PROPIETARIA DE UNA HACIENDA PERMITIENDO A OTRA SOCIEDAD PROPIETARIA DE MINAS LA OCUPACIÓN DE LA SUPERFICIE DE DICHA HACIENDA QUE NECESITE PARA LA EXPLOTACIÓN DE AQUÉLLAS, LAS QUE NO SE DETERMINAN, PORQUE SE OMITEN LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA PODER CONSIDERARLA COMO PREDIAL, NO ENCAJA EN EL CUADRO DE LAS PERSONALES Y NO BASTA LA VOLUNTAD PARA PODER CONSTITUIR CAPRICIOSAMENTE DERECHOS REALES CONTRA LOS PRECEPTOS CIVILES QUE REGULAN SU CREACIÓN.

Resolución de 11 de Abril de 1930. (Gaceta de 17 de Mayo de 1930.)

Ante el Notario de Almería D. Francisco Rico se autorizó, el 11 de Marzo de 1929, escritura por la que D. Antonio Acosta Oliver, en nombre de la S. A. Acosta, como propietaria de la hacienda *Coto del Hornillo*, consiente a Minas de Rodalquilar, S. A., la ocupación de la superficie del *Coto del Hornillo* necesaria para la explotación de las minas de su pertenencia y de las que tiene en arriendo dentro del perímetro de dicha finca, autorizándola para efectuar toda clase de labores, comunicaciones y edificios y concediéndola también facultad de ocupar un número de hectáreas en terreno de cultivo que no exceda de 50, dentro del perímetro de las minas, figurando entre las obligaciones la caducidad de la concesión por disolución de Minas de Rodalquivir, abandono del negocio o caducidad de las minas.

El Registrador de la Propiedad de Sorbas suspendió la ins-

cripción por: 1.º No nombrarse ni describirse las minas en cuyo beneficio se establece la servidumbre; y 2.º Quedar, por la misma causa, indeterminada la extensión de la servidumbre, así como una de las causas de extinción de la misma, la caducidad de las minas pertenecientes a la Sociedad Minas de Rodalquilar. Defectos subsanables, tomándose anotación.

La representación de dicha Compañía Minas de Rodalquilar interpuso recurso, en el que se pidió informe al Notario, y el Presidente de la Audiencia de Granada revocó la nota del Registrador en cuanto al primero de los defectos, y la confirmó en cuanto al segundo, fundándose en el carácter personal de la servidumbre, ya que la intención de los contratantes fué la de beneficiar con la servidumbre a dicha Sociedad, y la Dirección general, con revocación parcial del auto apelado, acuerda confirmar los dos extremos de la nota recurrida, razonándolo así:

La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, y en cuya virtud el titular del predio dominante puede utilizar el predio sirviente para ciertas finalidades, o poner al aprovechamiento del mismo limitaciones que redundan en beneficio de su particular dominio, o privar al dueño del predio gravado de alguna especial facultad, implícitamente contenida en el derecho de propiedad normalmente constituido.

La servidumbre predial, así concebida, responde, de un lado, a la necesidad social de obtener el mayor rendimiento de los bienes naturales, y de otro, a la indiscutible conveniencia de no amortizar el suelo nacional, de evitar la desintegración perpetua del derecho de dominio y de mantener los elementos activos del patrimonio en una situación de independencia que permita la libre contratación y el seguro comercio de los bienes inmuebles.

Una vez admitidas las minas pertenecientes al tercer grupo como entidades hipotecarias de trato jurídico análogo al de los bienes inmuebles, no hay inconveniente en que puedan figurar como titulares de servidumbres activas, cuya finalidad sea la instalación sobre o bajo el suelo de construcciones y obras destinadas a transportar, lavar, moler o beneficiar, en general, los minerales extraídos; el emplazamiento de escoriales, terrenos, depósitos, estaciones o cargaderos; la apertura de socavones, pozos, galerías o ca-

nales, la conducción o embalse de corrientes, así como la edificación de talleres y fábricas íntimamente unidos con la explotación.

Las ventajas de esta construcción jurídica de las servidumbres prediales mineras son innegables, en cuanto permite que las partes integrantes de la industria vayan indisolublemente unidas a la entidad hipotecaria, de igual modo que los servicios y medios auxiliares indispensables para su explotación, sin temor a que en las distintas transmisiones, gravámenes o ejecuciones de que una mina sea objeto se disloquen los organismos necesarios para su racional laboreo.

En la escritura autorizada por el Notario recurrente, el 14 de Mayo de 1929, y por él mismo calificada de constitución de servidumbre, no se consigna ninguno de los datos y circunstancias que, con arreglo a los artículos 9.º y 13 de la ley Hipotecaria, serían inexcusables si se tratara de inscribir una servidumbre predial a favor de minas determinadas, ya que se omite hasta la naturaleza, especie, número y nombre de las mismas, y, por lo tanto, es necesario examinar si las cláusulas del título presentado son las adecuadas y suficientes para constituir un derecho real inscribible, con arreglo al artículo 531 del Código civil, que admite las llamadas servidumbres personales, o, al amparo de la doctrina que, en nuestro sistema hipotecario, declara indefinida (*numerus apertus*) la serie de los gravámenes que puedan imponerse sobre los ajenos predios.

El derecho constituido en el título calificado, aparte de estar íntimamente ligado a la explotación de las minas por su finalidad, contenido, ejercicio y extinción, como lo ha puesto de relieve el Registrador en su informe, no encuentra molde adecuado en una servidumbre personal cuyo titular fuera exclusivamente la Sociedad anónima Minas de Rodalquilar: 1.º Porque separaría las partes integrantes, como son las galerías, pozos, socavones, etc., de las mismas minas explotadas. 2.º Porque dejaría los servicios y accesorios sujetos a las alternativas de la responsabilidad personal de aquella entidad jurídica y, en cierto modo, independiente de la inscripción de las concesiones mineras, de los gravámenes impuestos sobre las mismas y de su transmisión o adjudicación. 3.º Porque los problemas relativos a la duración de una servidumbre personal en un Código que no permite la constitución del usufruc-

to a favor de una Sociedad por más de treinta años, y a la transmisibilidad del mismo derecho real, no parecen haber sido tenidos en cuenta ni en la escritura calificada ni en el informe del Notario recurrente; y 4.º Porque, para evitar la amortización de la propiedad y las obscuridades consiguientes a la inscripción en el Registro de una servidumbre destinada a la explotación de minas indeterminadas, sería indispensable un *mínimum* de datos que fijaran la extensión del derecho constituido.

La doctrina condensada en la frase *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real, ni significa que la voluntad puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impiden la amortización de la propiedad inmueble, ni justifica la creación de tipos contradictorios de servidumbres, dirigidos, de un lado, a facilitar el rendimiento industrial de una empresa, y de otro, favorecedores de su desorganización; ni ampara obscuridades como las advertidas en la escritura calificada, que, para el Registrador, crea una servidumbre predial; para el Notario no se refiere a un derecho subjetivamente real y limitativo del dominio, sino a una servidumbre personal subordinada a la subsistencia de su titular, y que para el Presidente de la Audiencia no permite al tercero, por la vaguedad o indeterminación en la expresión de las minas pertenecientes a la Sociedad, determinar, sin vacilación ni duda, el alcance de los respectivos derechos.

En fin, la objeción formulada por el Notario recurrente sobre la imposibilidad de constituir una servidumbre predial a favor de minas no inscritas o explotadas por la Sociedad anónima Minas de Rodalquilar, en virtud de un contrato de arrendamiento, puede ser vencida, si se aspira a la protección que el Registro de la Propiedad confiere, mediante la inscripción de los títulos correspondientes, ya que no hay inconveniente en favorecer la posición jurídica del enfiteuta o arrendatario inscrito, atribuyéndole las ventajas concedidas por el Derecho romano al titular de un derecho de análoga densidad al del dominio, en orden a la adquisición de servidumbres, con lo cual se satisfarían las exigencias de la industria minera, sin forzar los preceptos del derecho civil.

VENTA DE FINCA GRAVADA CON SUBSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. PUEDE ENAJENARLA EL HEREDERO FIDUCIARIO SI JUSTIFICA LA EXISTENCIA DE CAUSA LÍCITA, TAL COMO LA NECESIDAD DE PAGAR DEUDAS HEREDITARIAS ; SIENDO CUESTIONES A DEBATIR CON POSTERIORIDAD, PERO QUE EN NADA AFECTAN A LA VALIDEZ DEL CONTRATO, LAS DE SI EL HEREDERO PUEDE CON EL IMPORTE DEL PRECIO HACERSE PAGO DE LO QUE SE LE ADEUDA POR LEGÍTIMA Y DE LAS ENTREGAS QUE HAGA EN PAGO DE LEGADOS.

Resolución de 15 de Abril de 1930. (Gaceta de 19 de Mayo de 1930.)

El Notario de Villafranca del Panadés D. J. Ignacio Melo autorizó, el 12 de Enero de 1929, una escritura por la que D. Romualdo Mullol vendió una casa, correspondiente a herencia paterna, con cláusula de fideicomiso, aplicando parte del precio a pagar deudas hereditarias ; haciéndose pago, con otra parte, de cantidad de libre disposición que le adjudicó su padre, y el resto se lo adjudicó, en concepto de suplemento de la legítima que pudiera corresponderle, aprobando la venta el primer sustituto del fideicomisario.

Esta escritura, en unión de dos más de rectificación autorizadas por el propio Notario, fué calificada por el Registrador de la Propiedad de dicho Villafranca así : «Denegada la inscripción del precedente documento y de las dos escrituras de rectificación, con otros acompañados, en cuanto se vende la finca libre del fideicomiso o condición resolutoria, impuesta por D. Victoriano Mullol Lleó, porque si bien el heredero puede enajenar de la herencia bienes bastantes para pagar a su hermano créditos, que éste justifica contra la misma, carece de capacidad para verificarlo, en cuanto con ello trata de hacerse pago de su legítima y de otros créditos que puede tener contra la herencia, porque la adjudicación en pago de legítima supone acto de partición, con la concurrencia de todos los llamados al fideicomiso, dejando los demás bienes de la herencia libres de aquel gravamen, lo cual no se ha verificado ; y el reintegro de otros créditos a favor del heredero no ha de tener lugar hasta que llegue el momento de liquidar el fideicomiso, haciendo tránsito los bienes al sustituto, salvo también que hubieran concurrido todas las personas llamadas al fideicomi-

so, lo cual no ha tenido lugar. Y, siendo insubsanables estos defectos, no es admisible tampoco la anotación preventiva.»

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador, y la Dirección general revoca el auto apelado y declara bien extendida la escritura, una vez rectificada por las que se acompañaban, citando diversas Sentencias y Resoluciones y los fr. del Digesto 114-14, XXX; 78-4, XXXI; 89-7, XXXI; 38 pr., XXXII; 38 pr. *in fine*, XXXII; 23-3, XXXVI, y 54 pr., XXXVI-I; la Const., I-VIII; *Cod. rep.* pr. 29; la auténtica *Res quae*, 3-6-43 del Cód.; La Novela, 39 (XLI), y con los siguientes considerandos:

En este recurso se discute si D. Romualdo Mullol, heredero, con sujeción a la cláusula testamentaria transcrita, de su padre, don Victoriano, puede enajenar libremente, es decir, transferir al comprador, sin la condición resolutoria impuesta, la finca urbana de la calle de los Herreros, de Villafranca, comprendida entre los bienes relictos.

El Derecho romano prejustiniano, como lo demuestran los citados textos, y en especial el fr. 114, párr. 14, lib. XXX, del Digesto, permitía al fiduciario la venta de los bienes relictos para pagar a los acreedores, y aun llegaba, según el texto de Ulpiano, inserto en el frg. 22, párr. 3.º del lib. XXXVI, tít. I, a exigir responsabilidad a la persona gravada de restitución, que debiendo enajenar no lo hiciera por culpa lata y causar perjuicios al patrimonio hereditario.

A pesar de las profundas variaciones introducidas por Justiniano, al uniformar la legislación de legados y fideicomisos y conceder a los legatarios y fideicomisarios, así las acciones personales como las reales y las hipotecarias, otorgó el capítulo I de la Novela 41 (citada corrientemente como Novela 39) al heredero gravado con el fideicomiso la facultad de exceptuar de la restitución las porciones legitimarias y aun la cantidad necesaria para la oblación de la dote o de la donación antenupcial, precepto que fué recogido en la auténtica *Res quae*, inmediatamente después de prohibir la enajenación de cosas sujetas a restitución.

Sobre los preceptos romanos, y en concordancia con el valor concedido por el Derecho catalán a las legítimas, han venido sosteniendo los autores de más renombre que el heredero gravado puede enajenar libremente los bienes sujetos al fideicomiso, no

sólo cuando ignore la existencia de este gravamen o haya de restituir a personas inciertas, sino cuando haya de constituir dotes, excrecís a cualquier descendiente en línea recta del causante, o si existe la necesidad de enajenar, para pagar deudas del testador o gastos hereditarios, entre los que se comprenden los de enfermedad, entierro y funeral del testador, división de la herencia, legados y legítimas, incluso la del mismo fiduciario (*inclus la del mateix fiduciari*).

Esta doctrina ha sido destacada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 1881, a cuyo tenor los citados textos romanos facultan al heredero gravado de restitución para extraer de los bienes hereditarios su porción legítima y vender de ellos los bastantes para pagar deudas del testador y las dotes y donaciones *propter nupcias* a que estuviere obligado; y por la de 26 de Febrero de 1919, que declara la incapacidad del fiduciario, pendiente el gravamen de restitución, para enajenar, hipotecar o donar de un modo irrevocable los bienes fideicomisos, a no ser con propósito de pagar, primero, las deudas que existan contra la herencia; después, lo que por legítima pueda corresponderle, y, en último término, las demás obligaciones derivadas de la cuarta trebeliánica.

En el caso discutido en este recurso, el auto recurrido, la nota calificadora y el Notario autorizante se hallan conformes en afirmar que el heredero fiduciario, D. Romualdo Mullol, podía enajenar de la herencia bienes bastantes para pagar a su hermano, D. Ricardo los créditos que éste justificaba contra la misma, y únicamente surge la divergencia de criterio al calificar la capacidad del fiduciario para hacerse pago de las cantidades que le corresponden por legítima y por las entregas hechas a D.^a María Monserrat Mullol, en pago del legado con que su padre, D. Victoriano, la había agraciado.

La venta de la referida casa ha sido provocada por existir una justa causa: la necesidad de hacer fondos para pagar créditos hereditarios, y ya se acepte la construcción jurídica de que los adelantos hechos por el fiduciario tienen el carácter de mejora, o ya la de que engendran verdaderos derechos sobre cosa propia, que duermen o permanecen inactivos por virtud de una confusión temporal mientras no se liquide el fideicomiso, siempre resultará que la cuestión debatida es más bien un problema de distribución del precio;

posterior a la enajenación propiamente dicha, que no un requisito esencial para la validez de la venta otorgada, y cabe opinar que, del mismo modo que el tercer poseedor, sin tener contra sí mismo ninguna acción mientras continúa en el goce de la finca hipotecada, hace efectivo su derecho en cuanto se enajena la misma por el acreedor, que ejercita la acción hipotecaria, vuelve ahora a revivir el crédito del fiduciario contra la masa relicta cuando en ella ingresa una cantidad en metálico con la que pueda hacerse pago; y de igual manera que en los sistemas inmobiliarios, donde se admite la hipoteca del propietario, surgen las facultades de éste al encontrarse frente al acreedor ejecutante, adquiere aquí el fiduciario, con la posibilidad de detraer las cantidades invertidas, el derecho de darse por pagado.

Las discusiones que entre el fiduciario y sus herederos y el fideicomisario puedan nacer por razón de la no existencia de las deudas, legados y legítimas, o por su pago con otros elementos de la masa relicta, o por haber sido vendida la finca en precio vil, o por la doble personalidad con que actúa D. Romualdo Mullol, al descontar del precio cantidades satisfechas con anterioridad a un legatario por él mismo, y pagarlas como heredero fiduciario con el producto de la venta, son posteriores, y, en cierto modo, independientes de los efectos reales de la venta cuya inscripción se pretende; y aunque las responsabilidades consiguientes no se hallaren ahora cubiertas por el hecho de ser el mismo padre quien puede elegir el fideicomisario entre sus hijos, ni por la concurrencia del primer sustituto, D. Ricardo, al otorgamiento de las escrituras calificadas, y pudieran engendrarse acciones rescisorias que trascendiesen a tercero, mientras éste no se coloque al amparo del artículo 34 de la ley Hipotecaria, es indudable que la causa jurídica de la enajenación, autenticada por el testamento de D. Victoriano Mullol, y por los demás instrumentos públicos presentados en el Registro, aparece con base suficiente para provocar la inscripción solicitada, y que es necesario elegir entre los dos términos del siguiente dilema: o se permite al fiduciario vender los bienes necesarios para pagar las deudas de la herencia, con el riesgo que los modernos autores catalanes ponen de relieve, o se deniega la inscripción de toda enajenación que no se halle aprobada por los fideicomisarios o por el Juez en su representación, después de haber sido aquéllos vencidos en juicio.

La primera de estas dos soluciones, que permite la inscripción, se halla apoyada por el principio que favorece la libre disposición de los inmuebles contra las dudosas vinculaciones (*contra fideicomissum semper est in dubio judicandum*), y acogida por las Resoluciones de 6 de Mayo de 1895, a cuyo tenor es válida la cesión en pago de deudas; la de 16 de Diciembre de 1899, que declaró inscribible una *in solutum datio* por la ínfima cantidad de tres pesetas, entregadas a cuenta de una legítima; la de 5 de Septiembre de 1900, según cuyos términos el precio obtenido en la venta judicial de una finca, en cuanto excede del importe del crédito ejecutado, viene a sustituirla en el inventario y masa de bienes; la de 30 de Abril de 1904, que dice a la letra: «El heredero gravado de restitución puede disponer de los bienes hereditarios para pagar deudas del testador, teniendo igualmente derecho a percibir lo que le corresponda por razón de legítima»; y la de 30 de Diciembre de 1910, que declara debidamente justificada la causa de una venta, si consta, por medio de documentos auténticos, la existencia de las deudas hereditarias.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

BIBLIOGRAFÍA

PÉREZ SERRANO (NICOLÁS).—*El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil* (premio Cortina en el concurso abierto para 1928 por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid).—Madrid, Imp. del Asilo de Huérfanos, 1930. XVI + 355 páginas.

La aparición de una monografía sobre temas de Derecho privado resulta algo insólito en nuestra moderna literatura jurídica: ni las tesis doctorales ni la actividad de nuestros letrados suelen suministrar materia para este género de trabajos; la fiebre de publicidad suele producir, a lo sumo, brotes en artículos de revista, prometedores algunos de ellos, superficialísimos la mayoría.

Ya sólo por este motivo sorprendería agradablemente un libro como el presente, que no es un manual; pero únense a tal circunstancia otras varias que van confirmando esa primera impresión: el aspecto tipográfico, pulcro y cuidado; la cariñosa dedicatoria a la memoria de un compañero del autor, difunto, testimonio de afecto, limpio de vanidad y lisonja, que le hace doblemente estimable; el índice de autores citados; el alfabético de materias...

Si nos adentramos en las páginas del libro se robustece esa impresión somera: tenemos un estudio serio, documentado y bien escrito sobre el contrato de hospedaje, figura que en nuestra bibliografía aún no había recibido los honores de una consideración especial, aunque no falten resúmenes discretos en tratados modernos.

Procuraremos seguir al autor en los ocho grandes capítulos en que divide su trabajo para que el lector pueda formar una idea, aunque muy incompleta, del pensamiento desenvuelto y de la forma en que lo hace.

El primero (introducción) reúne en tres apartados los datos históricos sobre hospitalidad y hospedaje; noticias acerca de la regulación legal de la relación de hospedaje desde el Derecho romano hasta el presente y unas consideraciones acerca del interés teórico y práctico que ofrece actualmente el tema. No surge el hospedaje como un anejo de la hospitalidad: antes al contrario, la extensión de estos dos institutos se ofrece en proporción inversa. Prescinde el autor deliberadamente, y con muy buen acuerdo, de los datos prehistóricos, que no ofrecen base para una consideración jurídica digna de este nombre; da una idea sumaria de lo que pudo ser la relación de hospedaje, en su aspecto mercantil o social, en Oriente y Grecia, para fijarse especialmente en las formas que el *hospitium* revestía en Roma, así como en las del alojamiento con miras lucrativas, industria ejercida principalmente por gentes de condición ínfima en favor de personas de escasos medios, ya que las personas de viso, cuando viajaban, llevaban medios propios para su acomodo y servicio, o bien disfrutaban del privilegio de poder usar las *stationes* (mansiones a lo largo de las calzadas), donde podían alojarse los altos funcionarios civiles o militares y personas provistas de un permiso especial; realmente no daban lugar a relaciones jurídicas de hospedaje.

Esta espléndida red de comunicaciones, con sus servicios anejos, se arruina en los Estados que fundan los germanos; pero, además, éstos renuevan la hospitalidad con una idea benéfica, que excluye igualmente el hospedaje en su propio sentido, como igualmente el acomodo que, por caridad, conceden los monasterios. Sin embargo, no debe creerse que desaparece enteramente la institución hostelera; la concentración ocasional en núcleos urbanos de contingentes forasteros por motivos de ferias o mercados, por ejemplo, hace necesaria la existencia de alojamientos retribuidos. El autor expone los datos que ya reunieron en sus monografías tratadistas extranjeros; y, con relación a España, reúne los que suministran algunos diplomas, fueros municipales y otras fuentes jurídicas o literarias.

La Edad Moderna trae, con la mayor frecuencia de viajes, un desarrollo también más extenso de la industria relacionada con los albergues: abundan los datos con referencia a Francia, Italia y Alemania, y en cuanto a España, aun siendo más escasos, proporcionan la impresión, incluso por las comparaciones de nues-

tros escritores, de que el trato medio era inferior al que se recibía en los establecimientos italianos, por ejemplo. Tratan de remediar los males que aquejaban a nuestros hospedajes los Monarcas de la dinastía borbónica, y en este particular el autor examina especialmente las ordenanzas dictadas por Fernando VI. Concluye este primer apartado de la introducción con referencia a las transformaciones que en todo el mundo ha experimentado, en los últimos decenios, la industria hotelera.

Dedícase el segundo a exponer la regulación legal de las relaciones de hospedaje desde aquellos momentos en que sólo se atendía a ciertos aspectos de dicho vínculo contractual (principalmente, la culpa que debe prestarse en este género de contratos) y aun sin normas especiales, aplicando simplemente las derivadas de otras construcciones jurídicas similares, tales como las acciones derivadas del depósito, del arrendamiento o de los hurtos, hasta que aparece delineada como figura especial este contrato, lo cual aún no se ha realizado plenamente en nuestros días. Trátase especialmente la cuestión en el Derecho romano, resumiendo acertadamente los trabajos de Goldschmidt, Dernburg, Lenel, Baron y haciendo desfilar las acciones pretorias, otorgadas en virtud del *receptum*, que se supone embebido en toda relación de hospedaje; la acción *ex maleficio*, con su consecuencia de la indemnización del duplo y, en general, el proceso de esta regulación, que va desde no admitir responsabilidad especial para el fondista hasta reconocérsela, incluso agravada y aun sin necesidad de pacto expreso que la fundamente; el derecho justiniano, que recoge el resultado de este proceso, atenúa, sin embargo, esos principios en cuanto al fondista, si bien deja a éste carente de garantías, que hoy le conceden muchas legislaciones. Examínase igualmente la regulación en las Ordenanzas francesas, a partir del siglo xiv, y en nuestra legislación de Partidas, que, aun influida por el Derecho romano, ofrece, como en otros muchos puntos, algún rasgo original, y sirve, además, como testimonio histórico para reconstituir la relación de hospedaje en aquella época; alúdesse también, aunque con menos detenimiento, por ofrecer menor interés, a los preceptos del Fuero real y a leyes sueltas de varios Monarcas, luego recogidas en las Recopilaciones oficiales de Montalvo en adelante. Cierra este apartado o párrafo la referencia a las legislaciones vigentes, advirtiéndolo cómo el proceso de formación de las normas ju-

rídicas sobre el hospedaje han dejado en el aire la figura de conjunto, habiendo concedido, en cambio, gran amplitud a aspectos parciales del tema, principalmente a la responsabilidad del fondista. Se incluyen no todas las legislaciones, sino aquellas más destacadas por su originalidad e influencia en las restantes; España, Francia e Italia, Suiza y Alemania, Inglaterra, Hungría por su ley especial dedicada a este contrato; Portugal y Méjico. Últimamente, una breve alusión al proyecto aprobado en la Conferencia Hotelera Internacional celebrada en Mónaco el año 1921.

El párrafo tercero de la introducción se orienta a justificar el interés alcanzado por los problemas relacionados con la hostelería; si, a juicio del autor, resulta exagerada la posición de Lacan, pretendiendo que existe una nueva rama en la enciclopedia jurídica, el derecho hotelero, en cambio, debe reconocerse la extensión y las funciones importantísimas que alcanzan en la vida moderna estas relaciones de hospedaje y, consecuentemente, los problemas teóricos y prácticos que plantea. La vida moderna reclama nuevas meditaciones para esas complejas y delicadas relaciones contractuales, que van desplazando acaso las puras fórmulas de los derechos reales, objeto preferente antes de la atención de los juristas. Las mismas exigencias de restablecer la armonía en las relaciones que se producen entre partes de desigual poder obligan a cuidar atentamente de que no sufra la que, económica y jurídicamente, resulta más débil.

* * *

El capítulo primero de la obra se dedica a examinar la existencia, definición, diferenciación y caracteres del contrato de hospedaje.

Para el autor no puede hablarse en los contratos del *numerus clausus*, ni en el sentido que pretende Planiol ni como se le ha imputado, erróneamente, al moderno Derecho civil ruso. La variedad casi infinita de las relaciones jurídicas exige que a ciertos tipos de ellas se les asigne el valor de una figura jurídica especial; si esto no puede ni debe hacerse, por particularidades insignificantes que adopta la contratación individual «cuando un convenio, nada anormal en sí y perfectamente útil, se produce con frecuencia considerable, reviste una modalidad constante y revela innegable influjo en el mundo de los negocios jurídicos, no es lícito re-

gatarle el carácter de contrato». De seguir a Planiol, que no es el único en esta manera de enfocar la existencia de contratos nuevos, en el caso del hospedaje sólo habría la coincidencia de cuatro contratos de los clásicamente conocidos y catalogados. Esto choca con la realidad; pero, además, deprime el papel que corresponde a la técnica; cierto que hay varios pactos integrantes del hospedaje; pero todos ellos, al fundirse, sufren una cierta «modificación necesaria para acompasar su régimen al de los otros convenios simultáneamente estipulados».

El atisbo más directo, en nuestra jurisprudencia, relacionado con este problema de la existencia del hospedaje, como una figura jurídica especial, es la Sentencia de 8 de Enero de 1909; hay, sin embargo, tales embrollos y hasta erratas materiales en los textos publicados oficialmente, que no se acaba de conocer su pensamiento informador, aunque una referencia al artículo 1.887 de nuestro Código civil, con una desafortunada adición, desemboque en el extraño concepto de un cuasi contrato innominado.

¿Cómo podrá definirse el contrato de hospedaje? Después de pasar revista a las varias síntesis ensayadas, el autor cree encontrar las notas diferenciadoras del hospedaje en la cesión de habitaciones con los servicios complementarios de la vivienda, sin que influya de modo decisivo el suministro de alimentos, en lo cual la práctica moderna parece volver a la antigua, que excluyó ese aspecto; pero que aquellos dos elementos son indispensables, se justifica, porque si sólo existe la cesión de habitaciones, habrá un mero arrendamiento, y si únicamente se produce el compromiso de prestar servicios, habrá una locación de éstos, pero no el hospedaje.

Con lo apuntado se diferencia el hospedaje de otras figuras que el uso social o la práctica jurídica le han aproximado: la hospitalidad; el subarriendo de habitaciones, vacías o amuebladas; el pacto de mero suministro de alimentos; el aprendizaje, cuando lleva aneja la obligación de alojar y mantener al aprendiz; la enseñanza de los alumnos llamados internos; la asistencia de enfermos en los Sanatorios, aunque con respecto a las personas que los acompañan podría verse una auténtica figura de hospedaje; la estancia en los departamentos con camas en los trenes; el *ius habitationis*.

La cuestión más difícil, y que el autor expone ampliamente, es la de si puede subsumirse el hospedaje en otra figura más

amplia, la llamada por Polenske contrato de estancia, que abarcaría el hospedaje, la permanencia en restaurants, casas de baños, gabinetes médicos, despachos de abogados; en una palabra, las relaciones que se entablan entre los que reciben personas, con ocasión de algún negocio, en local fijo, y los que acuden a éste. Así entendido el contrato, se diferencia del hospedaje, porque esa relación de estancia exige inexcusablemente la entrada en el local, mientras que el hospedaje es un vínculo que se perfecciona por el mero consentimiento. Atractiva, como lo es, la tesis de Polenske pierde interés técnico y práctico, por su excesiva amplitud.

Así entendido el hospedaje podrían resumirse sus caracteres diciendo que es un contrato: a) Consensual, pues puede surgir perfecto con la sola expresión del consentimiento, aunque ciertas características de depósito sólo se produzcan desde la entrega de los efectos correspondientes. b) Bilateral, en cuanto implica prestaciones de una y otra parte, que se corresponden. c) Oneroso, ya que es indispensable que medie precio; pero ¿implica esto la falta de acción por los daños que sufriera el alojado, si no abonase merced alguna? Procede esta preocupación de haber delineado la figura de responsabilidad del albergador antes de construir, en general, el contrato de hospedaje; y así resulta que esas responsabilidades pueden producirse sin desvirtuar la naturaleza del contrato como oneroso, ya que las figuras que se aducen son anómalas, es decir, no reproducen fielmente la figura del hospedaje, sino que la mezclan con otros elementos que la desvirtúan y acaban por desembocar en cuestiones de hecho, a fin de saber si esos añadidos son de tal índole que producen una figura de tipo distinto. d) Complejo, puesto que se integra con una serie de pactos que podrían subsistir con independencia, advirtiéndose que en esa coincidencia pierden los aludidos pactos algunas notas específicas, con lo cual hacen posible la figura del hospedaje y se explica la desviación que a las reglas normales de aquéllos impone éste. e) Civil y mercantil. Si se mira como elemento decisivo a la calidad del fondista, o si se atiende al fondo mismo del negocio, hay propiamente un aspecto predominantemente mercantil, aunque en ciertas figuras anómalas se difumine un tanto este tono. f) ¿Obligado? Ya se planteó la cuestión del deber jurídico para el fondista de admitir a los huéspedes, con ocasión de varios textos del Derecho romano; dos fragmentos del Digesto (4, 9, 1, 1 y 47, 5, l. un., pá-

rrafo 6.º) ofrecen soluciones distintas, respecto a cuya relación hay opiniones diferentes; el autor, siguiendo la media sentencia de Guyet, cree que el *caupo* o posadero estaba obligado a recibir a los viajeros que iban de camino, pero no cuando se trataba de personas que pensaban hacer una estancia dilatada. La técnica moderna pretende que éste puede ser un caso de los llamados *contratos obligados*, aunque esta figura desenvuelva mejor su eficacia en una zona intermedia entre el Derecho público y el privado; y que tal es el carácter de esos contratos, lo comprueba el que los ejemplos que se aducen con respecto al hospedaje tienen todo el aire de medidas tutelares adoptadas por la Administración e impuestas a los hosteleros. En nuestro derecho positivo, conforme a los principios generales de la contratación, parece que la opinión podría ser afirmativa, salvando, naturalmente, casos especiales, como el de imposibilidad de recibir huéspedes, por estar lleno el local, situación anormal del solicitante (embriaguez, enfermedad, rozamientos para el pago en prestaciones anteriores); y esto como consecuencia de la oferta constante que supone tener abierto el local destinado a esos usos. g) Por último, otros caracteres menos esenciales: la naturaleza consuetudinaria de las normas que lo regulan, la necesidad de invocar usos profesionales en la interpretación de ciertas cláusulas; la internacionalidad de estas mismas prácticas; el carácter semipúblico que le presta la intervención gubernativa; la aproximación al tipo de contrato normativo, cuando se trata de grandes empresas con un tipo uniforme de contratos para todos sus establecimientos; cabría decir, también, que es un contrato de tracto sucesivo.

* * *

El capítulo segundo pasa revista, con igual minuciosidad, a los elementos del contrato: espaciales, la fonda; personales, el fondista y el huésped; formales, solemnidades que pueda exigir su celebración, y temporales, término de duración, ya predeterminado y obligatorio, ya indefinido y voluntario, con los consiguientes reflejos en la prórroga tácita y la necesidad de un previo aviso para que se pueda entender finalizado el contrato. En la imposibilidad de seguir al autor en todas las interesantes sugerencias que va extrayendo de estas construcciones, nos limitaremos a destacar, a modo de ejemplo, algunos problemas curiosos. ¿Quién merece

el nombre de huésped? Hay jurisprudencia francesa que niega este carácter al que habita en un hotel durante varios meses; algún comentarista del Código español cree que sólo pueden aplicarse los artículos 1.783 y 1.784 en beneficio de las personas que no habitan en la localidad, y en este mismo sentido se pronuncian algunos preceptos del Derecho alemán y del suizo. El autor cree, sin embargo, que se trata simplemente de una cuestión de palabras, por haber designado a ese elemento personal de la relación de hospedaje con el término, excesivamente restringido, de «viajero», a lo cual se añade la constante preocupación del depósito necesario, hoy inadmisibles; pero al propio tiempo entiende que no merece el nombre de huésped un mero consumidor de artículos de alimentación o un amigo del fondista que, con tal carácter, penetra en el local. ¿Está obligado el huésped a permanecer un tiempo mínimo? ¿Puede, por su parte, el hostelero declarar, a su arbitrio, el término del contrato? La solución a estas cuestiones se da, generalmente, por los usos de cada localidad y no por una norma imperativa, a falta, naturalmente, de pacto expreso. Desde luego, fijándose el precio por días, puede el huésped que no señale el plazo de estancia ser despedido, con un plazo de aviso no inferior a ese período de tiempo; y, proporcionalmente a la duración, suelen ser los plazos de aviso obligatorios para ambas partes.

* * *

De las obligaciones del fondista con respecto a la persona del viajero se ocupa el tercer capítulo de la monografía que reseñamos, resumiendo, en tres apartados, las relativas a local y servicios complementarios de la instalación, a los servicios personales que hayan de prestarse al viajero y las que produce el suministro de comida. Expuestas, con relación a cada uno de estos grupos, las cuestiones jurídicas más importantes, resolviéndolas conforme a las normas generales del derecho de la contratación, complementadas por las prácticas usuales en la vida moderna, el capítulo ofrece igual animación e interés que los anteriores. Destacaremos también algún punto especial: concluido un contrato de hospedaje por correspondencia, postal o telegráfica, tiene el huésped la facultad de rechazar una habitación distinta de la convenida; aunque los fondistas pretenden a veces que no, la solución legal no

ofrece duda, teniendo en cuenta los principios generales de la contratación, que en nuestro Derecho serían el artículo 1.553 del Código civil, en relación con el 1.484 del mismo cuerpo legal.

* * *

El capítulo cuarto viene a constituir el centro de esta monografía: resultado de las consideraciones anteriormente explanadas sobre la naturaleza del hospedaje como institución jurídica; resumen de la única teoría elaborada de antiguo alrededor de este contrato, se ocupa de las obligaciones del fondista con relación a los efectos del viajero; de las responsabilidades que surgen por su incumplimiento y de las construcciones técnicas ideadas para justificar esa responsabilidad, más gravosa que en otras relaciones contractuales. Desde el depósito necesario hasta la teoría del riesgo profesional, la primera parte del capítulo va exponiendo y comentando, en trazos sobrios y seguros, los diversos argumentos alegados para justificar uno u otro procedimiento, criticando la solución a que llega nuestro Código (artículo 1.783), por las complicaciones que trae consigo y la ninguna utilidad que presta a los que parece querer proteger, todo ello por haber copiado precipitadamente un artículo del Código civil francés, precisamente en trance de revisión, cuando se incorporaba a nuestro derecho legislado. Los párrafos siguientes analizan el ámbito de la responsabilidad excepcional del fondista, los casos en que se suprime o atenúa y algunas cuestiones más, ya de orden adjetivo, ya relacionadas con acaecimientos poco frecuentes.

* * *

El examen de las obligaciones que pesan sobre el otro elemento personal de la relación contractual derivada del hospedaje, el viajero, ocupan el capítulo siguiente. En dos apartados se agrupan: uno, que examina todo lo relativo al pago de la cuenta; el otro, que reúne obligaciones de tipo diferente, como el cumplimiento de ciertas formalidades administrativas o las indemnizaciones por desperfectos, verbigratia.

* * *

El capítulo sexto se consagra al estudio de una garantía especial concedida al fondista: la que recae sobre los efectos del viajero introducidos en el local, acerca de cuya naturaleza se han emi-

tido diversos pareceres, entendiendo el Derecho francés y el italiano que se trata de un privilegio; construyéndola otras legislaciones como un derecho de retención (Suiza, Austria), no faltando alguna, el Código civil alemán, que sigue mirándola como una verdadera prenda y presentándose aún posiciones intermedias, cual la ofrecida por la ley húngara de 1924. Nuestro Código parece inclinarse a la teoría de la prenda: las referencias al depósito que hay, al hablar de los efectos introducidos por el huésped, en el artículo 1.783, permite aplicar a este caso el 1.780; pero el sentido de la voz «prenda», en este último precepto, no parece que es técnico, es decir, referido a esa institución jurídica, sino vulgar, como equivalente a garantía, y parece robustecer esta impresión el artículo 1.922 del mismo Código, que da a esta preferencia de los créditos del fondista todo el alcance que las construcciones latinas otorgan al privilegio. Trátase también en este capítulo de la prescripción de los créditos derivados del hospedaje.

Concluye la obra con un séptimo capítulo, en donde se recogen una serie de problemas que no tienen cabida en la construcción dogmático-privada de este contrato, tales como el procedimiento en cuestiones derivadas del hospedaje, las repercusiones penales, el régimen administrativo y alguna cuestión económico-jurídica, como el seguro. Y se cierra con unos apéndices dedicados a recoger la legislación vigente, en sus tipos más representativos, ya se ocupe *nominatim* del contrato de hospedaje, ya lo regule sin considerarlo como una convención especial (Portugal, Méjico, Francia, Italia, Suiza, Alemania, Hungría). Un último párrafo de estos apéndices va consagrado al proyecto francoitaliano del Código de obligaciones y contratos y a la proposición aprobada por la Conferencia internacional hotelera de Mónaco, reunida en 1921.

ROMÁN RIAZA,

Catedrático