

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

Año VI

Mayo de 1930

Núm. 65

La servidumbre a favor del propietario

Dr. Walter Schmidt-Rimpler

(*Conclusión.*)

Efecto de la confusión frente a derechos ya existentes sobre la cosa.

Cabe, ante todo, plantear la cuestión acerca de si la cualidad inherente al derecho limitado de excluir ciertos otros derechos, ya existentes sobre la cosa en el momento de tener lugar la confusión, deviene también injusta por el mero hecho de que el titular del referido derecho limitado resulte ser al propio tiempo el dueño de la cosa afectada por este derecho.

Interésanos, ante todo, averiguar por qué clase de motivos el derecho limitado, en manos de un titular no propietario, ha de excluir al otro derecho en cuestión sobre la misma cosa.

Las razones para ello las podemos hallar, según lo indicado anteriormente, en ciertos hechos y especiales circunstancias que intervienen en la creación del derecho que resulta postergado. Recuérdese, a este propósito, lo indicado acerca del derecho de embargo (*Pfaendungspfandrecht*), destinado a excluir tan sólo, como tal propietario, al dueño, especialmente calificado por sus relaciones jurídicas con el embargante.

Tengamos presente el ejemplo del inmueble afectado por un derecho limitado de los llamados de disposición (una servidum-

bre, pongamos por caso), sobre cuyo inmueble recae más tarde un «derecho de calificación», como el derecho real de embargo, y supongamos que por cualquier motivo viene a coincidir la persona del dueño del predio sirviente con la del titular de la servidumbre (propietario del predio dominante).

¿Deberá, en este caso, conservar el derecho de disposición (la servidumbre) su especial y preferente intensidad frente al derecho de rango intermediario (el de embargo)?

Schmidt-Rimpler se muestra defensor de esta prerrogativa del dueño titular al propio tiempo del derecho preferente, que, en principio, debe mantenerse aún frente a otros nuevos derechos de disposición o de calificación que más tarde puedan recaer sobre la cosa, pues la solución que consistiese en colocar en último lugar al derecho existente en favor del pleno dueño (el cual vendría a abarcar, en este caso, por virtud de la confusión, al derecho limitado), con relación al DERECHO INTERMEDIARIO antes citado y desde luego a los demás derechos limitados nuevamente aparecidos, sería evidentemente injusta, y también resultaría harto temeraria la posposición de los mencionados derechos, reconocida de un modo absoluto y general, a favor tan sólo del derecho limitado existente en manos del propietario.

A pesar de todo, no queda, para nuestro autor, en situación semejante, otra solución viable que la consistente en seguir reconociendo, con plenitud de efectos al derecho limitado existente en manos del dueño de la cosa sobre la que recae, la especial intensidad que le caracteriza frente al derecho de propiedad.

Esta solución ofrece, desde luego, el inconveniente de conceder al pleno dueño la facultad de excluir a los eventuales titulares de nuevos derechos limitados, de carácter igualmente privilegiado que aquel que fué objeto de la confusión, que puedan afectar a la cosa, perjuicio que Schmidt-Rimpler propone remediar concediendo a estos titulares, dentro de las posibilidades ofrecidas por la legislación positiva, UN DERECHO SOBRE EL DERECHO LIMITADO EXISTENTE EN MANOS DEL DUEÑO.

De esta forma se les concedería a dichos nuevos titulares de un derecho limitado la facultad de exclusión, que, dado el carácter privilegiado de sus derechos, les compete, dentro del ámbito de los mismos, frente al dueño, sin por ello abandonar las prerroga-

tivas que a este último, como titular que es al propio tiempo de un derecho limitado, puedan corresponder con respecto al derecho o derechos de rango intermediario. En demostración de cuanto antecede podemos acudir a un breve caso práctico.

A es dueño de un predio en el que ha construido y explota una fábrica de cerámica.

Sobre el predio vecino B tiene A una servidumbre de saca de arcilla, indispensable para su industria.

Casualmente adquiere A la finca B, sobre la cual gravitan varias hipotecas posteriores al derecho de servidumbre existente en favor de A.

De estimar que, por el mero hecho de venir a ser A dueño también del predio B se ha de considerar extinguida la servidumbre, quedan favorecidos, sin razón alguna, los titulares de las hipotecas posteriores, y pueden incluso impedir al dueño de la finca la explotación racional de su industria.

Trátase, no obstante, en los casos como los precedentes de una exclusividad que el derecho de dominio, aun el más pleno, no concede por sí solo, en modo alguno, en favor del propietario, pero que desde el momento en que se considera a éste, al propio tiempo, como titular de un derecho limitado, no debe rehusársele, toda vez que tal negativa ocasionaría, como vemos en el ejemplo citado, un perjuicio irremediable e injusto.

Examina a continuación Schmidt-Rimpler otros casos en los que asimismo estima justificada la subsistencia, a pesar del hecho de la confusión del derecho limitado:

1.º Cualquiera que sea el concepto que se tenga acerca del *derecho sobre el derecho*, resulta evidente que, al confundirse, por ejemplo, un usufructo gravado con un usufructo con el derecho de propiedad sobre la cosa, y de no subsistir en absoluto la especial intensidad del primer usufructo, quedaría el dueño titular, en virtud de la confusión, de este usufructo preferente evidentemente perjudicado.

Estima por ello Schmidt-Rimpler que, en justicia, no debe la confusión, en casos semejantes, acarrear la extinción del primer derecho limitado.

2.º Otro caso verdaderamente interesante se nos presenta cuan-

do tiene lugar la confusión entre un condueño de la cosa y un titular de un derecho limitado sobre la totalidad de la misma.

Como tal copropietario ostenta el titular de semejante derecho facultades exclusivas sobre la cosa, aunque siempre en cierta relación de recíproca dependencia con los demás condueños, cuyos derechos vienen a delimitar y condicionar esas facultades de un modo especial.

Al coincidir un copropietario con el titular de un derecho limitado sobre la totalidad de la cosa, resulta indiscutiblemente justo mantener la especial intensidad del segundo frente a los derechos sustentados por los restantes condueños.

3.º Cuando el derecho de propiedad, temporalmente establecido sobre una cosa o sujeto a condición resolutoria, se confunda con un derecho limitado establecido sin condición alguna.

Cita nuestro autor, a título de ejemplo, el caso de un titular del derecho de ENFITEUSIS-SUPERFICIE (*Erbbanrecht*), que describimos en el lugar oportuno, que adquiere bajo condición resolutoria la propiedad plena sobre el inmueble afectado por dicho derecho.

Nada justifica, en tal caso, según nuestro autor, que al dueño tan sólo le sea permitido adoptar sus disposiciones como titular de aquel derecho limitado, habiendo de someterse, en cuanto a las mismas, a cuantas restricciones resultasen de su situación como propietario meramente condicional. Tampoco sería justo que los acreedores personales del titular de dicho derecho limitado hubieran de soportar, al embargar a éste, las limitaciones dimanantes del derecho condicional de propiedad confundido con el de enfiteusis-superficie, quedando así mermadas las garantías del deudor.

Resulta, por el contrario, más equitativo, en el caso mencionado, respetar la independencia del derecho limitado de manera que su titular pueda, a pesar del hecho de la confusión, adoptar, sin restricción alguna, cuantas disposiciones estime oportunas, dentro, naturalmente, de los límites del derecho real limitado (pongamos como ejemplo el de enfiteusis-superficie), cuyo derecho podrá, a su vez, ser embargado sin dificultad por los acreedores de su titular y sin sufrir, en modo alguno, las restricciones propias del derecho de propiedad, sujeto a condición, con el que aquél ha venido a confundirse.

Cabe, desde luego, establecer la salvedad que en todos aque-

llos casos en los cuales la perdurabilidad del derecho limitado, mientras dure la confusión del mismo con el de propiedad, no se halle plena e inexcusablemente justificada, es decir, siempre que por disposición de la Ley no pueda el derecho real limitado ser objeto de gravamen alguno, bastará con proceder a la creación de un nuevo derecho limitado de contenido idéntico al que anteriormente existía, en el preciso momento en que se efectúe la separación entre el titular del derecho de propiedad y el del derecho limitado.

Examinemos ahora el caso inverso: que el propietario de una finca adquirirá un derecho limitado sobre la misma sujeto a condición resolutoria o a plazo.

De reconocer efectos absolutamente extintivos a la confusión de derechos, resultaría, en semejante caso, perjudicada la persona a quien habría de pasar el derecho limitado en el momento de cumplirse la condición, resolutoria para el primer titular del mismo, o de vencer el plazo con tal fin señalado, y tampoco ve nuestro autor, en este caso, otra resolución que la que consiste en mantener el derecho limitado sujeto a condición o plazo resolutorio, con la exclusividad de facultades que le caracteriza, a pesar de la coincidencia de la persona de su titular con la del dueño de la cosa.

A los casos antes referidos hay que añadir otros numerosos, en los cuales se halla plenamente justificada la subsistencia de la especial intensidad que caracteriza el derecho limitado, a pesar de su confusión con el derecho de propiedad.

Debe tenerse en cuenta que el derecho de propiedad es susceptible de tantas y tan diversas atenuaciones que no es aventurado afirmar que pueden hasta darse casos en los cuales el derecho limitado que gravita sobre la cosa sea no solamente más intenso, en cuanto a la exclusividad de las facultades que otorga, sino también más extenso por razón del contenido de éstas.

Estos casos se diferencian de los anteriormente examinados en que aparece en ellos, segregada del conjunto de atribuciones correspondientes al dueño de la cosa, una determinada facultad, destinada a permanecer fuera del alcance de la voluntad del dueño. Schmidt-Rimpler llega incluso a admitir la posibilidad de un derecho de propiedad tan tenue y con facultades tan restringidas

que tan sólo la forma de su determinación negativa sea lo que autoriza a definirlo como tal propiedad.

El fenómeno de la confusión en sí mismo no requiere, por regla general, que el dueño de la cosa carezca por completo de la especial exclusividad que le conferiría el derecho limitado. Esto quiere decir que el dueño debe realmente obtener, en virtud de la confusión, un derecho que desde luego no se halla comprendido dentro de las facultades que le competen por virtud del derecho de propiedad, siempre y cuando le corresponda en su cualidad de titular no propietario.

Ahora bien; si resultase que inseparablemente con este derecho le correspondieran otras atribuciones de distinto carácter (como, por ejemplo, el derecho especial de practicar inmisiones subterráneas concedido en las legislaciones mineras, etc.), cabría preguntarse si estaba justificada o no en manos del propietario la especial intensidad con que estas atribuciones le eran concedidas por virtud del derecho limitado, que circunstancialmente venía a confundirse en sus manos.

Esta es ya una cuestión que tan sólo puede solucionarse dentro de los términos de la legislación positiva aplicable a cada caso, y es, por tanto, problema que traspasa los límites del estudio doctrinal.

El problema de la confusión de derechos en el Código civil alemán.

Reconoce nuestro autor que el difícil problema consistente en determinar los efectos producidos por la confusión del derecho de servidumbre con el de propiedad no aparece comprendido ni expuesto con verdadera claridad en el referido cuerpo legal, resintiéndose de ello inevitablemente la regulación legislativa del problema.

Puede, desde luego, afirmarse que la servidumbre precede en rango, según dicho Código, a aquellos eventuales derechos futuros sobre la cosa que ostenten la cualidad de derechos de disposición o de calificación, según nuestro autor, no anteponiéndose, en cambio, a derechos de otra especie.

Especial interés ofrece para nuestro estudio el artículo 889 del Código civil referido, que textualmente dice :

«EL DERECHO SOBRE EL PREDIO DE OTRO NO SE EXTINGUIRÁ SI EL PROPIETARIO DE ÉSTE ADQUIRIESE AQUEL DERECHO O SI EL TITULAR DEL DERECHO ADQUIRIESE LA PROPIEDAD DEL PREDIO.»

Lo primero que llama la atención en este artículo es su amplitud al no establecer diferenciación alguna entre los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad y los no inscritos en el mismo.

Viene a la memoria la conocida definición del artículo 735 del Código civil suizo :

«SI EL TITULAR DEL DERECHO DEVIENE PROPIETARIO DEL PREDIO GRAVADO, PUEDE SOLICITAR LA CANCELACIÓN DE LA SERVIDUMBRE. EN TANTO QUE LA CANCELACIÓN NO TENGA LUGAR, LA SERVIDUMBRE SUBSISTE COMO DERECHO REAL.»

Volviendo al artículo 889 del Código civil alemán, podemos afirmar que abarca toda clase de derechos reales limitados, y, desde luego, la hipoteca y el derecho prendario de embargo entre ellos.

No comprende, en cambio, al usufructo, por ser este derecho intransferible, conforme a la legislación germánica.

Los civilistas más caracterizados han coincidido en afirmar que los preceptos del artículo 889 del citado Código alemán eran aplicables, por regla general, a los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad.

En principio puede, por lo tanto, sostenerse que la Legislación reguladora del Registro inmobiliario parte, efectivamente, del supuesto de una verdadera coincidencia entre la situación jurídica, tal como aparece en la realidad, y la inscripción registral, aunque en la vida jurídica no suela darse con frecuencia esta ecuación.

Pero el Derecho civil no llega, ni siquiera en el Código germánico, a imponer un punto de vista tan riguroso, y para dicho Cuerpo legal puede muy bien efectuarse una modificación de la situación jurídica, sin que esta alteración llegue a constar de un modo manifiesto en el Registro, siendo suficiente a tales efectos que se suponga exacto el contenido de los Libros del Registro, por cuyas inscripciones se hallan protegidos los terceros. Es, por tanto, suficiente cuando el artículo 889 haya de aplicarse a derechos reales inscritos en el Registro, que, a tenor de la inscripción,

se suponga la continuidad del derecho limitado. Es natural que, según los diferentes puntos de vista que cabe adoptar al definir el derecho en cosa propia, se conciba de distinta manera la posición jurídica del propietario que deviene titular de dicho derecho, por aplicación del repetido artículo 889.

Algún tratadista, como Fuchs-Arnheim, sostiene que dicho artículo tan sólo contiene una ficción, y que de hecho viene a extinguirse el derecho limitado en el momento de la confusión.

Ante la dificultad sugerida por el problema, que dimana de la absoluta necesidad de hacer revivir dicho derecho limitado en el momento de su nueva separación del de propiedad, se ha recurrido, según *Fuchs-Arnheim*, por los legisladores germánicos a la referida ficción del artículo citado, argumento que combate Schmidt-Rimpler, manteniendo su punto de vista, conforme al cual consiste la especial finalidad de dicha disposición en mantener precisamente la característica intensidad del derecho limitado dentro del ámbito de las atribuciones que concede, frente a eventuales derechos que recaigan sobre la cosa; misión imposible de realizar si el derecho limitado se hallase extinguido.

En cuanto a la hipótesis, mantenida por *Crome* y *Predari*, entre otros numerosos civilistas, conforme a la cual el derecho limitado DESCANSA en el de propiedad, ejerciendo el propietario como tal las facultades concedidas por el derecho limitado queda suficientemente refutado por los argumentos tantas veces expuestos por nuestro autor.

Tampoco cabe admitir el argumento sustentado por *Dernburg* en sus *PANDECTAS*, conforme al cual el derecho limitado descansa en el de propiedad, pero proporcionando a éste una especial facultad de protección contra los demás derechos reales limitados. Esto llevaría en sí una contradicción, toda vez que la propiedad ha de situarse forzosamente en último rango con relación a los demás derechos reales, y como tal propiedad es de todo punto imposible que se halle provista de una facultad de protección tan intensa que también estaría dirigida contra sí misma.

Situación del propietario que tiene a su favor una servidumbre según el Código civil germánico.

El dueño puede, en semejante situación, demandar a quien le perturbe en el ejercicio de su derecho, tanto en su cualidad de propietario como haciendo valer su personalidad de titular de la servidumbre, y ambas demandas pueden interponerse lo mismo alternativa que simultáneamente.

Al demandado por quien tan sólo litigue como dueño de la finca le bastará justificar la existencia a su favor de un derecho que le faculte a ejercitar el acto calificado de perturbador por su adversario para vencer en juicio a éste, siendo así que el demandado por el dueño, en su carácter de titular de la servidumbre, se verá obligado a probar además que su derecho precede en rango al del demandante.

El dueño que al propio tiempo sea titular de la servidumbre puede, desde luego, establecer hipotecas y toda clase de gravámenes sobre el derecho de propiedad y cuantos legalmente puedan imponerse sobre el de servidumbre, en las mismas condiciones que si ostentase ambos derechos por separado.

Puede, asimismo, enajenar libremente el derecho de servidumbre, y tan sólo se discute por los tratadistas si puede despojarse del de propiedad, permaneciendo tan sólo titular de la servidumbre.

Respecto a esto último entiende Schmidt-Rimpler que, puesto que ambos derechos, la propiedad y la servidumbre, subsisten con perfecta independencia uno de otro, no debe existir obstáculo para que el titular de los dos se desprenda, a voluntad, del primero, guardando el segundo, ni a ello se opone, en modo alguno, la legislación registral alemana, cuando se trate de derechos inscritos.

Han de considerarse, en cambio, extinguidas, en el caso de confusión, todas las relaciones entre el titular de la servidumbre (dueño del predio dominante) y el propietario del sirviente, que ostentan un carácter netamente obligacional.

Todas cuantas disposiciones establecen en favor de uno de los dueños una obligación a cargo del propietario del otro inmueble, como la del dueño del predio sirviente, consistente en soportar los gastos de conservación de una construcción, en la que ha de apo-

yarse la del dominante (artículo 1.022 del Código civil germánico), y la que a su vez puede corresponder a este último de tener que variar la servidumbre, cuando el propietario del fundo sirviente la encuentre demasiado onerosa, pero habiendo el dueño sirviente de soportar y anticipar los gastos de la variante (artículo 1.023 del referido Código germánico), se extinguen por efecto de la confusión.

Una dificultad especial la hallamos en el artículo 1.028 del repetido Cuerpo legal, en el caso de confusión. Establece dicho artículo que «si en el predio sirviente se hubiese erigido una obra que impida el ejercicio de la servidumbre está sometido a prescripción el derecho del titular de la misma a reclamar la supresión del obstáculo, aunque la servidumbre se halle inscrita en el Registro. La prescripción de esta reclamación llevará consigo la extracción de la servidumbre en la medida que la existencia de la obra sea incompatible con aquélla».

¿Qué ocurrirá—cabe preguntarnos—en los casos en que el dueño del terreno, después de haberse confundido en sus manos el derecho real de servidumbre, erigiese en la finca de su pleno dominio alguna instalación de las que obstaculizan el ejercicio de la servidumbre? No existiendo derecho alguno contra sí mismo, no cabe hablar, desde luego, de prescripción, la cual sólo nace en el momento de la nueva separación del derecho de servidumbre, cuyo titular podrá demandar entonces al dueño del inmueble para que haga demoler la obra que le perturba en el ejercicio de sus atribuciones como titular de tal derecho limitado.

Más aún: si la obra perturbadora—pongamos por ejemplo—estaba ejecutada cuando el derecho de propiedad y el de servidumbre se hallaban en distintas manos, comienza a correr, desde luego, la prescripción para reclamar la demolición, que se interrumpe, en todo caso, al surgir la confusión de ambos derechos, para luego resurgir con todos sus efectos al separarse de nuevo ambos derechos: la propiedad y la servidumbre.

El problema de la autonómica adopción de disposiciones.

Para afirmar de un modo categórico que el dueño de un predio, que ha venido a ser al propio tiempo titular de una servidumbre

que gravita sobre el mismo inmueble, puede adoptar disposiciones como titular de tal servidumbre, hemos de determinar previamente si el derecho de propiedad puede, en algún caso, conceder estas atribuciones.

A primera vista hemos de reconocer que el derecho de propiedad, por sí mismo, no concede, en modo alguno, la facultad al dueño de establecer sobre la cosa derechos limitados como el de servidumbre A FAVOR DE SÍ MISMO, para anteponerlos en rango al de propiedad, que es el único que realmente posee.

Tal atribución carecería evidentemente en absoluto de toda base científica y de equidad y, además, del más mínimo valor práctico.

Mas, si por cualquier motivo un derecho limitado viene a quedar carente de todo titular, nada obsta para que cualquier sujeto de derecho, y aun el mismo dueño de la cosa, según hemos visto, pueda adquirir dicho derecho limitado (el de servidumbre, por ejemplo) y ejercer dentro del ámbito del mismo las facultades que le son peculiares.

Sólo dos limitaciones deben reconocerse a esta facultad de autonomía adopción de disposiciones por parte del propietario a cuyo favor existe una servidumbre: que el ejercicio de dicha facultad dispositiva no debe resultar, en modo alguno, contrario a la moral y a los fundamentales principios de equidad, y que se halle basado en un interés justificado, el cual habría de permanecer, de no reconocerse esta especial intensidad en favor del derecho limitado, irremisiblemente desamparado.

Examinemos ahora diversos casos prácticos, en los que aparece justificada esta autonómica adopción de disposiciones.

En primer lugar hemos de recordar el caso enunciado al comienzo del presente trabajo: la Sociedad que adquiere grandes porciones de terrenos para dividirlos en parcelas e ir enajenando éstas sucesivamente a quienes se comprometan a no edificar más que casas de cierta altura o a dedicar parte del terreno a jardín, huerto, etc.

Vimos que, como único medio racional para conseguir que dichas limitaciones en el derecho a edificar fuesen consideradas como verdaderas cargas de carácter real, era necesario partir del supuesto de que éstas, cuando aún permanecían en poder de la entidad enajenante, se hallaban ya entonces gravadas con las correspondien-

tes y recíprocas servidumbres, de las que dimanaban las referidas limitaciones, impuestas a la facultad de disponer.

La circunstancia de que una sola entidad sea dueña, al propio tiempo, del predio dominante y del sirviente no debe, en modo alguno, ser obstáculo para el reconocimiento de esta servidumbre. Con tanta más razón que en este caso las parcelas están destinadas a ser enajenadas a diferentes personas, entre las que cabe presumir llegará a existir el interés contradictorio, que precisamente caracteriza la relación jurídica entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.

Otro caso que presenta nuestro autor es el siguiente: En las Ordenanzas de algunos Municipios existen preceptos que obligan a los propietarios de solares sitos en barrios destinados al emplazamiento de ciudades-jardín, etc., a dejar sin edificar una parte de los terrenos, pero con la excepción de poder ser dispensados, en todo o en parte, de esta obligación de no construir, los dueños a quienes los propietarios de un solar vecino les den la conformidad para que edifiquen sobre mayor porción de terreno que la permitida, concediéndoles a cambio una servidumbre por la que se comprometen a dejar sin edificar en el referido solar vecino la porción de terreno necesaria para satisfacer ambos dueños en conjunto a los requisitos de las Ordenanzas mencionadas.

Es natural que, establecida semejante servidumbre con su carácter de derecho real, la circunstancia de venir a confundirse en la misma persona la propiedad de ambos solares no debe influir para nada sobre la subsistencia de dicha servidumbre, tanto más justificada, lícita y moral cuanto que tiene su origen y fundamento precisamente en una disposición de carácter legal.

La propiedad de inmuebles pertenecientes proindiviso a varias personas ha de ser objeto de una especial consideración.

Si un copropietario adopta disposiciones, como titular que es de una servidumbre que grava la cosa común en su totalidad, tan sólo se trata de una autonómica adopción de disposiciones en cuanto afecta a la porción comunera correspondiente al respectivo condueño; pero sobre las porciones de los demás, éste no ejerce evidentemente, ni puede ejercer, otros derechos que los que le competen como titular de la indicada servidumbre.

Resultaría, por consiguiente, injusto, si en virtud de la coinci-

dencia de este gravamen total con la propiedad de una mera porción proindivisa, tal vez ínfima, de la cosa, fuera a extinguirse el primero.

Cita, por último, nuestro autor un motivo, por el cual debería denegarse la facultad del dueño a la autónoma adopción de disposiciones, como titular de una servidumbre sobre la misma cosa, y es cuando esta situación no llegara a evidenciarse frente a terceros, dando lugar a unas peligrosas situaciones de inseguridad jurídica; mas este inconveniente aparece remediado, gracias al Registro de la Propiedad.

Transparentándose a través del mismo la verdadera situación jurídica de los inmuebles, no debe haber inconveniente para que en los casos en que no exista obstáculo de otra naturaleza pueda el titular de una inscripción de dominio de una finca, que casualmente viene a tener a su favor la inscripción de una servidumbre sobre el mismo inmueble, adoptar automáticamente cuantas disposiciones le correspondan en virtud de la misma. Al final de su obra procede Schmidt-Rimpler a un minucioso examen de las disposiciones del Código civil germánico, referentes al interesante problema que nos ocupa, y el resultado de la investigación es su afirmación de que el legislador ha procedido en toda ocasión con un temor excesivo, obsesionado por la preocupación de la imposibilidad lógica del derecho limitado a favor del propietario.

Resumiendo el examen que nuestro autor lleva a cabo de las disposiciones del Código germánico, puede decirse:

Primero. Que a pesar de preceptuar el artículo 889 del referido Cuerpo legal que el derecho sobre el predio de otro no se extingue, si el propietario de aquél adquiriese este derecho o si el titular del derecho adquiriese la propiedad del predio, resulta que el artículo 873 del propio Código, al exigir un acuerdo de voluntades entre el titular del derecho real limitado y el dueño, manifestado en forma auténtica, plantea un problema insoluble al coincidir ambos derechos en una sola persona, de no admitirse el contrato consigo mismo.

Se infiere, desde luego, según nuestro autor, que los redactores del artículo 873 desconocían el problema de la autonómica adopción de disposiciones en los términos en que lo hemos examinado. Este punto de vista lo mantiene, al menos, Schmidt-Rimpler,

frente a los esfuerzos realizados por Junker, para armonizar en lo posible los términos de ambos artículos 873 y 879.

Segundo. Un artículo del referido Cuerpo legal, el 1.196, establece la posibilidad de constituir una deuda inmobiliaria (*Grundschuld*) en favor del propietario de la finca que se encuentre gravada con semejante carga real; pero este precepto no es, en modo alguno, suficiente para resolver, por medio de interpretación analógica, el difícil problema de la autonómica adopción de disposiciones en los términos en los que aparece planteado para el dueño titular de la servidumbre.

Tercero. Una norma que ofrece aún mayor interés es la contenida en el artículo 1.109 del referido Código, al disponer que la cosa perteneciente proindiviso a varios dueños pueda ser gravada en beneficio de uno solo de ellos.

«El gravamen establecido sobre el inmueble objeto del proindiviso en favor del respectivo copropietario—prosigue el referido artículo—, así como el gravamen de otra finca en favor de uno o varios de los condueños, no hallarán impedimento alguno por la circunstancia de pertenecer el otro inmueble a cualquiera de los copropietarios del de común pertenencia.»

En este caso, al haberse de aplicar el artículo 873 antes enunciado, no caben, en definitiva, según nuestro autor, más que dos posibilidades: o el acuerdo de voluntades (*Einigung*) no tiene lugar entre el dueño de la parte proindiviso de la cosa y titular al propio tiempo de la servidumbre sobre la totalidad de la misma, toda vez que semejante supuesto (que implicaría un contrato consigo mismo) es inadmisibile, siendo perfectamente suficiente reconocer que, en este caso, la manifestación de voluntad del propietario se halla encaminada a establecer el derecho limitado en favor suyo, o bien habrá que entender que el acuerdo de voluntades no lo efectúa el titular de ambos derechos de un modo parcial consigo mismo, sino que lo verifica considerándose como un tercero en relación con el conjunto de condueños (haciendo caso omiso, a estos efectos, de la circunstancia de figurar él mismo casualmente entre ese conjunto).

De los casos expuestos se infiere con claridad suficiente que el Código civil alemán de 1900 carece de una verdadera orientación doctrinal acerca del problema de la servidumbre a favor del pro-

pietario y de la AUTÓNOMA ADOPCIÓN DE DISPOSICIONES, derivada de la existencia de dicha figura jurídica.

Sinceramente reconoce Schmidt-Rimpler que el problema ha sido resuelto por dicho Cuerpo legal de un modo fragmentario y con criterio verdaderamente indeciso.

Siguiendo a dicho tratadista, puede afirmarse de un modo general que, desechando temores realmente carentes de toda justificación, no existe inconveniente en reconocer la existencia de servidumbres a favor del propietario del mismo predio gravado por ellas con todas las consecuencias que de dicho reconocimiento deban racionalmente derivarse, y sin otras limitaciones que las dimanadas de la esencial finalidad de todo ordenamiento jurídico encaminado a salvaguardar y armonizar, en la medida de lo posible y previsible, los intereses legítimos en sus inevitables contradicciones.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Doctor en Derecho.

El concepto del Derecho real y el usufructo ⁽¹⁾

I.—ESTADO DE LA CUESTIÓN

1.º Una investigación cualquiera que tenga, por objeto, total o parcialmente, el derecho real ha de encontrarse necesariamente, en un principio, con dificultades de tipo casi insuperable, a causa de la incertidumbre y de la vaguedad de los conceptos fundamentales. En los dominios de la técnica jurídica, y dentro de los derechos patrimoniales, así como la obligación aparece con caracteres y límites muy definidos y concretos, sobre todo en su forma elemental y primaria, el derecho real queda diluído en sus modalidades específicas—propiedad, posesión, usufructo, etc.—, y la teoría general es todavía de una notable inseguridad.

2.º Quiero hacerme eco de una objeción que se me ha planteado sobre este punto, previniendo al propio tiempo futuros ataques. Desde luego es difícil afirmar, dentro de la técnica del derecho civil, que la obligación adopta un tipo uniforme, que aparecerá, más o menos modificado, en todas las modalidades posibles. Por el contrario, entre los diversos tipos de derecho personal existen diferencias tan hondas y tan marcadas como las que pueden señalarse entre los que integran el derecho real. Una visión superficial advierte inmediatamente una distinción de régimen, de contenido, de funcionamiento, tan importante entre la

(1) Estas páginas constituyen la introducción a la Memoria «La posesión del usufructuario en el Código civil suizo», que el autor presentó en 1923 a la Universidad de Madrid, como resultado de sus estudios durante el disfrute de una pensión en Suiza.

obligación solidaria, la mancomunada, la alternativa, la indivisible, que parece imposible advertirla en mayor grado entre la propiedad, la servidumbre, el censo, etc. Y esto, sin que se hable de la intervención de ciertas modalidades, como la condición, que hacen variar trascendentalmente la fisonomía del derecho de crédito, porque parece que entonces se queda fuera del tipo normal. Acaso no haya dentro del derecho personal más que una cualidad invariable y permanente. Me refiero a la posibilidad de resolver, en indemnización de daños y perjuicios, la inejecución de la obligación.

Después de estas consideraciones parece temerario seguir afirmando la existencia de una entidad jurídica, obligación, como núcleo esencial no mudable, sobre el cual puede fundamentarse con cierta solidez una teoría general.

Yo no puedo negar la exactitud de todo esto. Sin embargo, mi posición (que, por otra parte, es una posición corriente en la doctrina) responde a un análisis delicado de la actividad que dentro del comercio jurídico desarrollan los diversos derechos patrimoniales.

En primer término, es evidente que la teoría general de la obligación existe y viene ya perfectamente construida desde el derecho romano. En cambio, respecto a la teoría general del derecho real, no puede hablarse sino de ensayos más o menos afortunados, pero ninguno todavía tan sólido que haya merecido una aceptación pacífica y completa. Mi propio trabajo no es sino una tentativa más. Por ahora, todo el esfuerzo constructivo debe jugar alrededor de la posesión como derecho real tipo (hacer recaer el tipo en la propiedad me parece bien desafortunado); pero se quiebra frecuentemente, y a veces con tanta violencia, como en la hipoteca, que tan grandemente dificulta la labor penosa del jurista dentro de este grupo de instituciones.

Pero, además, el esfuerzo técnico que ha precisado con notable firmeza los efectos y las caracterizaciones, bien diversas, del derecho de crédito en las varias posiciones en que se le admite, no es sino un grado superior de la elaboración jurídica, que permite colocar al lado de un organismo de principios normales una gran serie de casos anormales que fuerzan la concepción principal. [Para un estudio detenido de la técnica y la construcción jurídicas deben con-

sultarse: Ihering, «Geist des Römischen Rechts». Geny, «Science et technique en droit privé positif».]

En el espíritu jurídico, la palabra *obligación* tiene una resonancia definida y concreta, pero la fórmula *derecho real* no despierta todavía más que una interrogación. Y es que la obligación se nos aparece ya como perfecta, interna y externamente, en su contenido y en su funcionamiento, y, en cambio, del derecho real por sí solo, y mientras no se determina exactamente el tipo de referencia, no se puede, acaso, decir—repito, actualmente—otra cosa que ésta: es, frente a terceros, una relación directa sobre una cosa.

3.º Por lo que se refiere a las relaciones entre la obligación y el derecho real es de apuntar un fenómeno bastante curioso. En los principios de la historia y de la sistemática jurídicas la confusión de los diversos derechos patrimoniales se comprueba por una indistinción entre las relaciones entre personas y entre personas y cosas, conformadas todas ellas como *relación directa*, del modo que más tarde se ha de caracterizar exclusivamente el derecho real. Así, las facultades que gozaba un titular eran siempre facultades directas y excluyentes, facultades de ejercicio y defensa del poder que le estaba atribuido, sin que la naturaleza del objeto inmediato imprimiese diferencia esencial en ningún caso. El derecho subjetivo no tiene, por tanto, sino un solo tipo, que se aproxima con singular fuerza al tipo del derecho real. La obligación es de creación posterior. [Véase: Sumner Maine, «Ancien droit», página 244. Cogliolo, «Saggi», cap. XXI. Cuq., «Institutions juridiques des romains», tomo I, págs. 103 a 118. En contra, Girard, «Manuel de droit romain», pág. 406.] La doctrina actual, al analizar minuciosamente la *obligatio* descubriendo en ellos dos elementos diversos, débito y responsabilidad (*Schuld* y *Haftung*), ha hecho imposible esta asimilación entre los tipos del derecho patrimonial, que se encuentra en el viejo Derecho. [Para un estudio detenido de *Schuld* y *Haftung* consultar Gierke, «Deutsches Privatrecht», tomo III.]

Pero, aparte de la indeterminación viejísima, posteriormente la diferencia entre el *jus in re* y el *jus in persona*, toma matices más claros, y se hace preciso que pasen más de veinticinco siglos para que de nuevo se vuelva a la duda y a la incertidumbre, en cuanto a la legitimidad de la distinción. Ahora bien: los sectores de la

técnica moderna que se muestran partidarios de la indistinción entre el derecho de crédito y el derecho real proceden por distinto camino que el que ofrecía el primitivo derecho, y tratan de representarse el derecho patrimonial como un cuadro de obligaciones de distinta entidad y fuerza unas de otras, pero de naturaleza esencial idéntica. [Véanse: Roguin, «La règle de droit»; Winscheid, «Lehrbuch des Pandektenrechts»; P. van Bemmelen, «Les notions fondamentales de droit civil»; Demogue, «Les notions fondamentales du droit privé»; Duguit, «L'Etat, le droit objectif et la loi positive»; Michas, «Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle»; Planiol, «Traité élémentaire de droit civil»; Queru, «Synthèse du droit réel et du droit personnel»; Schlossman, «Der Vertrag»; Thon, «Rechtsnorm und subjektives Recht»; Thaller, «De la nature juridique du titre de crédit», en los «Annales de Droit Commercial».]

4.º Dentro de este orden de ideas aún se puede hacer una afirmación más. Ni siquiera cuando la diferenciación del derecho personal y del derecho real ha sido admitida, bien en los sistemas positivos, bien en las construcciones científicas, se ha expresado con perfecta corrección jurídica de concepto, ni su aceptación ha sido pacífica. Por ello se observa que en el derecho romano una gran vacilación preside las expresiones de los jurisconsultos y de las fuentes en esta materia, expresiones que, por otra parte, no tienen más que un valor descriptivo, sin que la naturaleza íntima de cada derecho aparezca perfectamente definida. La existencia, además, de ciertas figuras jurídicas de difícil catalogación hacen más confuso el problema. (Véanse: Ihering, «Anales para la dogmática», tomo X, 551 [Gesammelte Aufsätze, II, 328]; Pernice, «Parerga», II, 93, 97 [en la «Revista para la Fundación Savigni», V, parte romana].) Es ampliamente discutible si en el derecho germano existe desde el primer momento una separación clara entre las nociones de los derechos patrimoniales, según su objeto, su modo íntimo de estar contruídos y según el temperamento de su manifestación externa, y si, existiendo, es o no diferente del pensamiento romano. La afirmativa y la negativa cuentan, respectivamente, con partidarios de alto valor. (Véanse: Bekker, «System der heutigen Pandektenrechts»; Sohm, «Rev. de Grünhut»; Heusler, «Ist.»; Laband, Stobbe, etc.)

Por último, en el derecho positivo actual se encuentran figuras, algunas de contenido parecido al llamado *jus ad rem* medieval, que participan a la vez de caracteres atribuidos al *jus in re* y al *jus in persona*, y que demuestran también la incertidumbre de los límites de uno y otro grupo de instituciones. Sirvan de ejemplo la prenda y la hipoteca, para designar las cuales se ha acudido a fórmulas tan rebuscadas y tan poco satisfactorias como la de «derecho real de crédito» (G. Buchel, «Ueber die Natur des Pfandrechts») y los tipos de cargas reales, obligaciones *propter rem* u obligaciones reales (derechos reales «in faciendo»), como el censo.

5.º Lo que va apuntado basta, sin duda alguna, para probar con suficiente claridad la cantidad de dificultades que estorban todo estudio que, teniendo necesariamente que partir de un concepto perfectamente delimitado del derecho real, quiera proceder con honradez en las investigaciones.

Y, sin embargo, los escollos no terminan solamente en esto. Si se tiene en cuenta que, al construir un tipo cualquiera de derecho subjetivo, es de primera categoría determinar el ámbito en que su vida se desenvuelve, y que, para conseguirlo, no hay otro camino que el de precisar con la mayor exactitud posible el número, la naturaleza y la dependencia y relaciones mutuas de sus elementos constitutivos, es petición lógica que, dentro del llamado derecho sobre las cosas, se trate de satisfacer esta exigencia. Nada, sin embargo, más complicado. Sobre estos extremos la discusión toma alcances de gran violencia. Por de pronto aparece controvertido si el titular de un derecho de propiedad se presenta siempre ante terceros de un modo simple y unitario, pudiendo oponer sus facultades *erga omnes*, o si en una noción relativista del derecho de propiedad, frente a terceros, se puede concebir la existencia de varios propietarios sobre una misma cosa. Del otro lado, la teoría de las cosas, tan perfeccionada dentro del derecho romano, se extiende cada día más, perdiendo en esta extensión bastante de su armonía y de su íntima sencillez, con lo cual apenas si el derecho moderno puede dar un paso seguro en el concepto del objeto del derecho real. La teoría de los derechos sobre cosas incorporales, que los juristas germánicos enfocan desde el punto de vista de los derechos sobre derechos (ver bibliografía que cita Windscheid en su «Lehrbuch des Pandektenrechts», párrafo 48 a, y Fadda e

Bensa en las notas a la traducción italiana de Windscheid, página 707); la teoría de los derechos reales sobre cosas futuras, teoría de los muebles por anticipación, que defiende la escuela personalista francesa (especialmente Demogue, ob. cit.); la teoría de los derechos reales sobre cosa no individualmente determinada, que patrocina la misma escuela (G. Demogue y Michas, ob. cit.); la posibilidad de creación de nuevos derechos reales o de modificación de la fisonomía de los ya existentes, que sostienen Huber y Bru (ver, para la bibliografía de los adversarios, Rigaud, ob. cit., página 302, nota) el concepto mismo de cosa que la doctrina presenta con tan contrarias características, desde la idea de categoría subjetiva, como Sokolowski (Cf., «Die Philosophie im Privatrecht», I K, p. 1.º, págs. 28 y sig.), hasta los matices variadísimos, que toma, ya desde un punto de vista más objetivo, en Gierke, Sohm, Windscheid, Fadda e Bensa, Nicoli Stteger, Dante Majorana, Baudry-Lacantinerie, Planiol, etc., son otros tantos obstáculos más que estorban el camino del jurista que se aventura en la técnica del *jus in re*.

Dificultades de no menos empeño son las referentes a la negación de que el derecho real implique relación directa de persona a cosa, porque parece que no puede existir relación jurídica sino entre personas; a la existencia de derechos reales cuyo contenido positivo sea una obligación *facere*; a la determinación de la unidad o pluralidad de tipos de derechos sobre cosas, y algunas más.

6.º Son todas estas cuestiones de tal índole y embarazan de tal manera las ideas elementales precisas para penetrar en el examen de un problema concreto, que se hace necesario adoptar una posición determinada frente a ellas, sin lo cual sería imposible entenderse sobre ninguno de los extremos y peticiones preliminares, ni sobre las consecuencias que posteriormente se deriven del trabajo realizado. Naturalmente, mi propósito no es el de analizarlas detenidamente, ni siquiera dar de ellas una visión de conjunto.

Para aquellos a quienes interese existen, entre otros, los bellos estudios, resumen de lo más importante de cada problema, de Rigaud y Fadda e Bensa, ya citados, y el interesante trabajo publicado en el «Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag, dargebracht von Schülern, Freunde und Verehren», por Ernst Heymann, bajo el título de «Zur Geschichte des sog. *jus ad rem*»,

a los cuales me remito. En estas obras se encuentra además indicada suficiente bibliografía. Por mi parte, y para satisfacer exigencias de método, es, no obstante, imprescindible exponer de una manera tan breve y simple como me esté permitido mi propio criterio sobre aquellas de las ideas primarias más fundamentales, para que sea posible ponerse de acuerdo en lo que después seguirá. Sin esa exposición, que ha de versar sobre la naturaleza íntima y sobre el sistema técnico de los derechos reales, sería probablemente ininteligible cuanto en el examen del tema propusiese como soluciones posibles.

II.—EL DERECHO REAL CONSIDERADO COMO POSICIÓN JURÍDICA

7.º Nada más simple que el núcleo esencial del derecho sobre las cosas. Quizá también nada menos técnico. Así como la obligación es un producto de la elaboración y de la construcción, y revela un cierto estado de desarrollo del pensamiento jurídico, el derecho real obedece a la naturaleza de las cosas y de la vida en general y surge sin esfuerzo alguno en las entrañas mismas de la realidad. Es normal, en efecto, el aprovechamiento de las cosas del mundo exterior en la medida en que son útiles, y este aprovechamiento exige como antecedente indispensable el establecimiento de una relación inmediata del hombre con tales objetos. La posición primera que se descubre en este punto es una posición de contacto. Las cosas *prestan* aquellas ventajas de que son susceptibles; el hombre *adquiere* las ventajas de las cosas. En esta relación directa de hombre a cosa hay un solo aspecto activo. (En el tipo normal de la obligación existen dos momentos activos: el del acreedor, que *puede exigir*, y el del deudor, que *debe prestar*.) La prestación de las cosas permanece inerte mientras el esfuerzo del hombre no la obtiene por su sola voluntad y mediante el empleo exclusivo de sus facultades. Por ello, mientras la relación del hombre a cosa no ha traspasado los límites del *aprovechamiento*, no puede hablarse de derecho ni de posición jurídica. Se trata, simplemente, de un hecho o, a lo más, de un acto verificado o posible. Y, sin embargo, esta posición de *aprovechamiento directo* es, como veremos más tarde, lo que caracteriza el derecho real por

su lado interno. Por su lado externo le da fisonomía propia el ser exclusivo y excluyente.

De esta manera, cuando la posición de aprovechamiento directo de las cosas está atribuida de un modo exclusivo y excluyente a una determinada persona, se afirma la existencia del derecho real.

8.º Pero, por mi parte, encuentro notable dificultad técnica en admitir esta visión unitaria de la figura. Será, sin duda, preferible descomponerla en dos momentos completamente distintos y perfectamente diversos entre sí. Un momento interno, de contenido, con significación propia, que se traducirá en actos del titular, y un momento externo, de defensa y protección, asimismo, con propia significación, que se representará por facultades del titular. La relación entre uno y otro momento es bastante clara. El contenido tendría una existencia precaria y eventual sin la defensa, y la defensa sería inútil si no tuviese que otorgar una protección eficaz al contenido. Será preciso analizar un poco estas ideas.

a) *La posición jurídica.*

9.º Aunque las cosas estén bajo la inmediata disposición de una persona no puede hablarse de que exista derecho de ninguna clase. No se da la necesaria relación de derecho en sentido técnico (Cf. Gierke, «Deutsches Privatrechts», Bd. I, p.º 28; Bd. II, p.º 100). Lo que hay, nada más, es una situación de hecho, una posición efectiva que ni es incontestable ni, por lo tanto, segura. ¿Cómo esta posición simple se transforma en posición jurídica? El fenómeno es semejante al que se produce en todas las relaciones de tipo humano que tienen categoría de derechos. Para que la posición sea jurídica necesita, en primer término, tener condiciones de permanencia y estabilidad. Sólo de este modo y con este título podrá adquirir susceptibilidad de defensa. Las situaciones, puramente transitorias y eventuales, o están desprovistas de defensa o la poseen en grado inferiorísimo y generalmente ineficaz. Además no pueden dar nunca origen a instituciones vigorosas dentro del derecho sobre las cosas. Véase, por ejemplo, el precario. La razón es bien sencilla. La fuerza interna, que legitima la existencia de derechos sobre las cosas, es su contenido económico. Si el contenido económico es de escasa trascendencia, la protección que debe otorgársele será menor. Por eso hay como una especie de

gradación dentro de la sistemática positiva, de las defensas a otorgar a los titulares de derecho real en estrecha correlación con la extensión del contenido económico de sus respectivas facultades. Escala que tiene su máximo en el derecho de propiedad el más completo económica y jurídicamente, y que va decreciendo por la posesión, las servidumbres personales y reales, etc.

Es la fuerza la que, garantizando la persistencia y la defensa de las posiciones económicas del hombre con las cosas, les da el carácter de jurídicas; carácter que sólo tienen—hay que notarlo bien—frente a los demás hombres. [Para el papel de la fuerza dentro del derecho subjetivo véase Binding, «Die Normen und ihr Verhältniss zu den Strafgesetzen», tomo I. «Die Normen und ihre Uebertretung», I K., «Der Rechtszwang nach Wesen, Arten und Grenzen», del cual copiamos los siguientes interesantes párrafos: «Pág. 484. Die Uebung des Zwanges in Namen des Rechts ist aber wieder nichts anderes als die Realisirung einen subjektiven Zwangsrechts. Diess dient stets dem Rechte dem es zur Durchführung verhelfen soll. Das ganze Problem der Rechtszwanges liegt beschlossen in dem Verhältnisse der primären subjektiven Rechte zu den sekundären Zwangsrechten». «Pág. 487. Das Recht zur Zwangsübung kann—wenigstens *quo ad exercitium*—nur zustehen Menschen wider Menschen». «Pág. 493. In gewissen sinne werden sie notwendig in allen Fällen der Zwangs-anwendung»].

10. Pero para que la posición de aprovechamiento directo que el hombre tiene respecto de las cosas del mundo exterior merezca ser protegida y garantizada objetivamente frente a terceros, necesita, además de sus condiciones de estabilidad y permanencia, un segundo requisito: la legitimidad. La legitimidad funciona dentro de los derechos reales con un papel mucho más principal que el que tiene dentro de las obligaciones. La justificación de ello está en que, dentro de la obligación, su legitimidad importa de un modo primario y casi exclusivo a los sujetos activo y pasivo y las demás personas permanecen alejadas del contenido interno obligacional. El derecho de crédito solamente afecta al grupo social en su aspecto externo y formal. Por el contrario, dentro de los derechos reales, la legitimidad es requisito de interés público. Basta, para convencerse de estas afirmaciones de técnica, consi-

derar ciertas instituciones de legitimación que juegan dentro del derecho sobre las cosas y cuya existencia sería imposible e inútil dentro de los derechos personales. Por ejemplo, la prescripción adquisitiva. Basta fijarse también en la importancia definitiva que tiene el momento constitutivo del derecho real, momento que califica toda su vida dentro del comercio jurídico. Basta, asimismo, notar la decadencia de la teoría de la causa en los contratos, que, introducida de un modo artificial, ha tenido una vida raquítica y mísera, que ha demostrado notoriamente su improcedencia y su falta de razón de ser.

La legitimidad, dentro de este orden de ideas, es, sin embargo, un concepto extraordinariamente relativo y sobre el cual se pueden hacer muy pocas afirmaciones concretas. En sentido general, la legitimidad de una posición significa que no ataca manifiestamente posiciones preestablecidas, ni el sistema general jurídico en determinado tiempo y lugar. Así será imposible establecer sobre una cosa un derecho real si anteriormente existe otro de idéntica naturaleza y de igual rango que afecte a la misma cosa. Así será también imposible prescribir por menos tiempo que el designado por el derecho positivo o con distintas condiciones, etc.

Es éste otro punto en que se advierte bien claramente la distancia que separa las instituciones reales de las obligacionales. El deudor puede aumentar de un modo ilimitado los créditos en su contra, sin que importe que la garantía que su patrimonio ofrece sea cada vez menor, a medida que aumentan las cargas. Además, dentro del cuadro general de los derechos personales, la autonomía de la voluntad casi absoluta permite un número infinito de combinaciones distintas.

II. Adornada la posición de aprovechamiento directo de las cosas de las condiciones de estabilidad y legitimidad, es protegida objetivamente y el titular puede ostentarla frente a terceros. La posición ha llegado a ser jurídica. La protección, por otra parte, no es otra cosa que el sistema de equilibrio, que permite la coexistencia de las distintas posiciones, garantizando el respeto y el apoyo mutuos. La protección se revela como sustitutivo de la fuerza material, que es injusta y que es impotente para la defensa. Injusta, porque ampara indistintamente posiciones legítimas o ilegítimas, estables o inestables. Impotente, porque la fuerza de un titular no

es bastante a contrarrestar la fuerza de todos los que pudiesen oponerse a la existencia de su situación.

Sería necesario ahora indicar el procedimiento que siguen todos los fenómenos indicados. Pero este aspecto está estudiado de un modo magistral por M. Maurice Hauriou en su «Droit public». La teoría institucional de Hauriou ha conquistado definitivamente el campo de la ciencia y esto me dispensa de hacer un estudio sobre las materias a que se refiere. En esta teoría se ve, de un modo que no deja lugar a dudas, cómo aparecen en el seno de la institución (grupo social) las situaciones de hecho, cómo estas situaciones de hecho se convierten en jurídicas y se hacen subjetivas, atribuyéndose a un titular, y cómo este titular es protegido por la institución que hace valer sus derechos.

Quiero, por último, hacer resaltar de nuevo que el derecho real consta de dos aspectos. Un aspecto interno—aspecto económico—que es fundamentalmente la relación del hombre con las cosas, y en el cual reside toda su trascendencia, y un aspecto externo—aspecto jurídico—, que dice relación del titular con los terceros, y en el cual reside toda su efectividad en el grupo social. [Para más detenido examen del aspecto interno y del externo del derecho real: Cf. Bekker, «Allerlei von den dinglichen Rechten insbesondere von den Rechten an eigener Sache», en la «Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft», Bd. II, J., 1880, y «Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft». Cf., además, Dante Majorana, «La notion du droit public subjetif», en la «Recueil de Législation de Toulouse», 1906, y «La Teoria dei diritti pubblici reali».]

b) *El derecho real. La distinción entre ACTOS y FACULTADES.*

12. La rúbrica *derecho real* es limitada y enfoca los derechos sobre las cosas desde un solo lado. Yo propondría, en su lugar, esta otra «posición jurídica real»; pero esto no es una denominación, sino una fórmula. En definitiva, lo que se llama impropriamente derecho real, no es en resolución sino una posición jurídica subjetiva de aprovechamiento directo de las cosas. Con esta frase quedan suficientemente indicados los siguientes extremos:

1.º Que lo fundamental, dentro de esta categoría de instituciones del Derecho civil, es el contenido económico, manifestado por el aprovechamiento directo. El aprovechamiento directo no es

precisamente el contacto inmediato, por más que ésta sea la forma más pura y simple, como ocurre, por lo común, con la posesión.

2.º Que se ejerce sobre las cosas. Es necesario no limitar el sentido de la palabra «cosa» para que puedan en ella comprenderse todos los sorprendentes desenvolvimientos que su concepto ha obtenido dentro del derecho moderno.

3.º Que está atribuída a un titular, al cual han de referirse todas las ventajas y todas las obligaciones positivas que la posición lleva implícitas.

4.º Que está garantizada y protegida por el Derecho, objetivamente. Con lo cual puede subsistir pecíficamente en el seno del grupo social y puede ser opuesta por su titular a las intromisiones de los terceros que pretendan desconocerla.

En cuanto a las razones que me inclinan a declarar imperfecta y falsa la denominación *derecho real* son de índole sencilla.

Lo fundamental, dentro de esta parte de la sistemática civil, es regular la posición, más o menos amplia, de dominación de las cosas por las personas. Y esta posición de dominación se manifiesta sensiblemente por una serie de actos posibles atribuídos al titular. El derecho da origen, no a actos, sino a facultades, y existe grave inconveniente en aplicar la palabra «facultades» a lo que no sea relación entre personas. Naturalmente, dentro de la posición jurídica sobre las cosas, se encuentra también un orden de relación entre personas, y únicamente a este orden es aplicable la técnica de facultades. Por lo general, estas facultades son de naturaleza secundaria y negativa y miran, bien a impedir la violación de la posición existente, bien a concluir esta posición. Lo primero (en el caso de que un tercero pretenda desconocer o violar o haya desconocido y violado ya la situación del titular) con el empleo de las acciones de defensa, reivindicación, etc. Lo segundo (cuando se trata de destruir la posición de un titular para crearla de nuevo con idéntica fisonomía en otra persona) por medio de la transmisión o enajenación. Por su parte, los terceros están obligados al respeto de la posición jurídica de un titular con respecto a una cosa (la obligación pasiva universal de la escuela personalista). En este sentido se puede hablar, indudablemente, de derechos; pero estos derechos son precisamente nada más que la envoltura, una envoltura que, por otra parte, es general, en su esen-

cia, para los diversos tipos de posiciones jurídicas reales. Por el contrario, los actos permitidos al titular varían fundamentalmente, y es preciso analizar con algún escrúpulo a qué causas obedece tal variación y de qué forma quedan delimitados los actos posibles y los impedidos. Nada de esto podría hacerse si no existiese un máximo y un mínimo entre los cuales pudiesen referirse los demás términos. Este máximo y este mínimo están representados, respectivamente, por la propiedad y por la posesión, instituciones análogas, pero de categoría diferente. La primera significa la mayor cantidad posible de dominación sobre las cosas de modo exclusivo y excluyente, el mayor número de garantías protectoras y el modo que más se aproxima a lo absoluto de ejercitar las facultades que el derecho objetivo confiere. La segunda está limitada a la forma más elemental de dominación sobre las cosas: el goce directo. Es el esqueleto de todas las instituciones de naturaleza real. La virtualidad de ser, por excelencia, la manifestación más genuina del aprovechamiento económico directo de las cosas es lo que le da fuerza y lo que la protege contra todo el que no pueda alegar una posición superior dentro del sistema de derecho positivo. Entre la propiedad y la posesión quedan enclavadas las demás instituciones, de las cuales se pudiera decir que descansan sobre la última y aspiran a la primera. Descansan sobre la posesión porque la posesión es el denominador común. Aspiran hacia la propiedad porque esta institución significa el límite máximo de contenido, de garantías y seguridades. Además, la propiedad es absorbente y abarca en su unidad superior todos los demás tipos.

13. Ahora bien; la naturaleza de la institución real depende del momento de su generación, que marca como un sello toda su vida dentro del comercio jurídico, según hemos dicho más atrás. Y es así, porque en ese momento concurren todas las causas, que hacen más o menos externa la dominación del titular. Las causas aludidas son, principalmente, tres. El tiempo, la existencia simultánea de titularidades distintas sobre la misma cosa y la existencia sucesiva de titularidades también diversas, asimismo sobre una sola cosa. Por motivos ajenos a la naturaleza técnica de las posiciones jurídicas reales se imponen también restricciones de bastante importancia a la extensión de los actos y de las facultades del titular. Son las limitaciones que se originan en las exigencias

de intereses públicos o privados, contrapuestos a los del sujeto de la institución real, y especialmente al propietario.

1. *Influencia del tiempo en la extensión y en la existencia de las instituciones reales.*

14. La posición jurídica que de antemano tiene marcado su fin, bien de una manera concreta y precisa, como el usufructo, bien de un modo indeterminado, como el precario, es una posición que, como afectada durante toda su vida por la decadencia, carece de virtualidad propia para desenvolvimientos trascendentales. En este sentido, la posición jurídica tiene un contenido económico escaso, y, en vista de ese contenido económico, están o no permitidos los actos del titular. La idea de fin de una situación supone el nacimiento de otra e impone, por consiguiente, la idea de conservación. Por esta razón se tiende a la conservación de las cosas que un titular ha de gozar por tiempo limitado. Todo acto cuyos efectos puedan traspasar los límites del tiempo prefijado ha de estar normalmente prohibido. Asimismo, las facultades de disposición de las cosas no podrán exceder, en cuanto a sus consecuencias, el período de tiempo que el titular tiene el objeto bajo su inmediata dominación.

Pero el tiempo actúa también en otro sentido dentro del sistema general de los llamados derechos sobre las cosas. En efecto, extingue, a veces, aquellas posiciones en que el abandono manifiesto de los actos y facultades que a un titular están atribuídos hacen suponer un rompimiento voluntario de la situación establecida. Otras veces, el tiempo consolida posiciones de goce activo y pacífico de una cosa frente a otra posición que permanece inerte. En derecho, las situaciones indecisas merecen escasa o ninguna protección. He aquí por qué una posición de actividad y ejercicio respecto a las cosas, que se estabiliza sin interrupción y con determinadas condiciones, por cierto tiempo, adquiere las suficientes garantías internas para ser legitimada objetivamente. Es lo que se consigue por la prescripción. [Para un estudio detenido de la influencia del tiempo en el nacimiento, modificación y extinción de los derechos subjetivos, en general, y para un análisis completo acerca de la naturaleza y funciones de la prescripción véase bibliografía indicada por Gierke en su «Deutsches Privatrecht»; Regelsberger, en sus «Pandekten», y Fadda e Bensa, en

las Notas a la traducción italiana del «Lehrbuch der Pandektenrechts», de Windscheid.]

2. *La existencia de titularidades simultáneas o sucesivas sobre una misma cosa.*

15. Dos o más posiciones jurídicas, de igual categoría y rango, no pueden subsistir sobre una misma cosa, la una frente a la otra, a un mismo tiempo. La escuela personalista se ha esforzado en demostrar la posibilidad de este fenómeno frente a terceros, los cuales, en ocasiones, se ven obligados a respetar titularidades que se les aparecen como idénticas sobre un único objeto, según hemos indicado en el número 5. Aun admitiendo que esto sea verdad, no prueba de ningún modo que tales titularidades existan efectivamente. La esencia del denominado derecho real (el goce económico) impide la vida coetánea de dos posiciones de la misma naturaleza, opuestas entre sí, acerca de la misma cosa. Y es que cada situación jurídica agota el contenido económico de que la cosa y la situación misma son susceptibles en ese aspecto. Por ello es imposible la coexistencia de dos o más usufructos, de dos o más propiedades, de dos o más posesiones, de dos o más censos simultáneos. Naturalmente que son admisibles figuras como la del condominio, pero entonces la titularidad es única.

Mas no hay inconveniente alguno en aceptar que en ocasiones sean compatibles dos figuras reales distintas, siendo el objeto uno. Y se conceptúa posible admitir la propiedad en una persona, el usufructo en otra, una servidumbre en una tercera, etc.

En estos casos, la posición de cada persona limita la de la otra o las otras personas, y está prohibido el ejercicio de los actos o de las facultades que puedan perjudicar a los demás titulares. El titular de una servidumbre no podrá agravarla de manera que impida al usufructuario o al propietario el aprovechamiento económico de la finca. El titular de la propiedad no podrá, por su parte, realizar actos que impidan la utilización pacífica de la servidumbre o el goce del usufructo. Y del mismo modo, en todos los casos posibles.

Puede ocurrir también que las titularidades no sean simultáneas, sino sucesivas. Una propiedad temporal, a la que ha de seguir otra propiedad, usufructos sucesivos, simplemente, un usufructo que terminará en un determinado plazo, pasado el cual el

goce de la cosa recaerá en el propietario, son ejemplos que demuestran la posibilidad del supuesto antedicho.

El primer titular no deberá jamás, con el empleo de sus facultades o con la realización de sus actos, perjudicar a la titularidad que ha de venir. El contenido de la primera posición se encuentra limitado por el contenido de la segunda o ulteriores. A su vez, el segundo titular tiene un tipo de *jus ad rem*, que le faculta para impedir todo lo que pudiese disminuir su futura posición.

3. *Las limitaciones del interés público y del interés privado a la posición jurídica real.*

16. Este tipo de limitaciones afectan, en ocasiones, los actos del titular y, a veces, las facultades del mismo. Su razón está en que cada posición jurídica real no supone un aislamiento dentro del sistema general jurídico, sino que, por el contrario, existe dependencia y relación mutuas entre las varias posiciones y entre éstas y los derechos de otra naturaleza (derechos de carácter público). El llamado derecho real es, por su esencia y dentro de los límites propios, absoluto; pero en la vida aparece como limitado por la presión de otros derechos que merecen un respeto idéntico al de la posición del titular de aquél.

Las limitaciones que provienen del interés público y del interés privado son, sin embargo, de difícil catalogación, porque su fundamento es, por lo general, histórico y formal y depende del pensamiento jurídico y de las condiciones sociales de vida en un tiempo y en un lugar dados. Por eso este tipo de limitaciones, especialmente las causadas por el interés público, aumentan o disminuyen, según las épocas y las orientaciones sociales. Las figuras más fijas son la expropiación forzosa, las servidumbres públicas y el impuesto, que impiden, la primera, el libre ejercicio de las facultades de disposición, y las dos últimas, el goce y aprovechamiento exclusivos de las ventajas económicas de las cosas. Transitoriamente, o con menos importancia, aparecen frecuentemente otras limitaciones, como, por ejemplo, la prohibición de enajenar substancias alimenticias a más precio que el fijado por la Administración; la prohibición de venta de ciertas drogas, a menos que se cumplan ciertos requisitos; prohibición de determinados cultivos por fines fiscales o su reglamentación, como ocurre con el tabaco en España; prohibición de destrucción de algunas

masas de arbolado; prohibiciones de instalación de fábricas de determinados productos en el seno de los núcleos de población; limitaciones derivadas de preceptos de las leyes de Minas, Caza, Pesca, etc. Más transitoriamente aún se ofrecen limitaciones en períodos anormales, como en caso de guerra. La clasificación, repetimos, es imposible.

Dentro del interés privado, las limitaciones más importantes son las derivadas de las relaciones de vecindad. Pero se encuentran otras modalidades, como la limitación de las facultades de disposición de la mujer casada sobre sus propios bienes, las limitaciones a que da origen la existencia de la copropiedad, etc.

Todas las limitaciones a que he aludido son limitaciones legales. A su lado se colocan limitaciones que voluntariamente pueden establecerse por los titulares de posiciones jurídicas reales.

c) *Los actos no prohibidos y las facultades otorgadas.*

17. Una sola observación sobre la función del derecho objetivo relativamente a los actos y facultades del titular de una posición jurídica real. Cuando éste desenvuelve su actividad económica en el aprovechamiento directo de las cosas, parece que la función del Derecho no será otra que la de ampararle en su ejercicio, sin que se precise determinar de un modo positivo qué actos se le permiten, sino que bastará con enumerar los que se le prohíben. Por el contrario, tratándose de las facultades que puede realizar frente a terceros, el derecho objetivo marcha por el camino de señalar precisamente qué facultades son las que se le otorgan. En el primer caso, la Ley reconoce, ampara y limita. En el segundo, otorga de un modo expreso. Nada traba al titular para que dentro de las fronteras que el derecho positivo establezca, goce de las cosas del modo que le parezca más oportuno. Mas si trata de presentarse frente a las demás personas ha de hacerlo en los términos previamente instituidos objetivamente.

Y siendo esto así, no cabe, al parecer, duda alguna para la admisión de nuevas formas de posiciones jurídicas reales, distintas de las marcadas por la Ley; formas que podrán corresponder a nuevos modos de aprovechamiento y goce económico, siempre, claro está, que con ellas no se viole el sistema general de los llamados derechos reales.

PARTE SEGUNDA

III.—CONSTRUCCIÓN TÉCNICA DEL USUFRUCTO

18. Parece inútil, dentro del sistema que acabamos de exponer, mantener la tradicional clasificación de los llamados derechos reales en tres términos: dominio, similares del dominio y limitativos del dominio. Esta catalogación induce a pensar que las categorías son diferentes y de naturaleza distinta, si bien todas deben ser referidas a un solo tipo: al dominio. Por mi parte, estimo que la posición jurídica real, efectivamente, es, en todos los casos, resultado de una sola modalidad de aprovechamiento económico de las cosas. Pero esa modalidad no es el dominio, sino la posesión. La posesión, porque es la forma de expresión más simple de la situación en que el hombre se encuentra con las cosas para obtener de ellas las ventajas y utilidades de que son susceptibles. Desde la posesión a la propiedad, que es el término final, el número de posiciones jurídicas reales es ilimitado (1), y las unas no se diferenciarán de las otras más que en el número y circunstancias de los actos y facultades en que se desenvuelve la actividad del titular. En resolución, todos los llamados reales no son, en su esencia, más que una posesión más o menos garantida y más o

(1) Por lo que respecta al problema del *numerus clausus*, mi posición es resueltamente contraria a la de la generalidad de los autores de Derecho inmobiliario. Prescindiendo de la sencillez que la limitación a tipos determinados de derechos reales supone para el sistema registral, lo cierto es que no hay razón técnica alguna para coartar la autonomía de la voluntad en la creación de derechos subjetivos de categoría real. Y por lo que respecta a la sencillez a que he aludido, no quedarían gravemente perjudicados con el *numerus apertus*, siempre que éste consistiese, no en la autorización a los interesados para amparar bajo un *nomen juris* de los reconocidos en el Código, facultades y actos distintos o divergentes de los señalados en la Ley, sino en su libertad para crear tipos nuevos de posiciones jurídicas reales, no catalogados. Esto es, la enumeración hecha por la Ley debe ser rígida e inflexible; pero hay que admitir que al lado de las posiciones jurídicas reales nominadas pueden existir otras innominadas, siempre que produzcan los efectos propios de esta categoría de instituciones.

menos amplia. La propiedad es la posesión que reúne el máximo de amplitud y de garantías.

19. La técnica clásica construye el usufructo como una servidumbre personal, es decir, un derecho real sobre una cosa ajena (que limita, por consiguiente, las facultades del propietario), establecido en beneficio de una o varias personas. El usufructuario tendrá el derecho a gozar de la cosa de otro del modo más amplio posible, sin atacar su substancia (Inst. 2, 4, tít. *De usufructu*. Dig. 7, 1, tít. II *De usufructu*, y 7, 2.º, tít. *De usufructu*. Cod. 3, 33, tít. *De usufructu*). El usufructo comprende el uso y el aprovechamiento de los frutos de la cosa.

El usufructuario debe ejercitar su derecho *boni viri arbitrato*, y el uso que haga de las cosas debe ser idéntico al de un *bonus pater familias* (D. 9, 2 y 15, 4 h. t.). En cuanto a los frutos adquiere los naturales y los civiles, mas no los en concepto de extraordinarios, como el parto de la esclava (D. 22, 28, tít. I = 6, 17, título III), el aumento que por aluvión, avulsión o formación de isla tenga la heredad (D. 7, p.º 4, 9, tít. I) al tesoro (D. 24, p.º 12, 7, tít. III), el legado que se deja al esclavo (Inst. 2, 4, tít. IX). El goce de la cosa no implica que el usufructuario pueda transformar el destino de la misma (9, D. 15, 1, h. t. *Mancipiorum quoque usufructu legato non debet abuti sed secundum conditionem eorum uti*, etc.), ni ponerse en contradicción con el modo según el cual suele gozar el propietario (D. 13, 8, h. t. *Item si domus usufructus legatus sit, meritoria illic facere fructuarius non debet, nec per cenacula dividere domum*, etc.), ni transformar esencialmente el objeto, sino conservarle en la forma que tenga.

La relación entre el propietario y el usufructuario crea un sistema de obligaciones recíprocas, encaminadas a salvaguardar los derechos respectivos. Con objeto de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones (principalmente conservación y restitución de la cosa) para con el dueño de la cosa está obligado el que la posee en usufructo a prestar caución.

Por último, el usufructo puede ser aprovechado por varias personas, teniendo cada una de ellas una cuotaparte, y es intransmisible por herencia e inalienable. Sin embargo, su ejercicio puede ser transmitido a tercera persona a título gratuito u oneroso. Al lado del *verus usufructus* existe un usufructo impropio (*usufructus*

earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur) que fuerza un poco la técnica interna de tal institución.

20. He aquí, de una manera elemental, expuesto el esquema de este tipo de institución real dentro del Derecho romano. Yo quiero, en un breve análisis, realizar una revisión de su contenido para construirle con arreglo a la técnica que en las páginas anteriores he expuesto de un modo general para todos los llamados derechos reales.

Lo primero que una observación atenta descubre en la esencia del usufructo es que está constituido por una posesión bastante amplia y de figura análoga a la de la propiedad. El titular ejerce sobre la cosa actos de dominación económica, en un todo semejantes a los que podría ejercer el propietario, con algunas limitaciones, que obedecen a dos causas distintas. La primera es la temporalidad, que caracteriza su forma de ser en la vida jurídica; temporalidad que la da una permanencia y estabilidad hasta un determinado momento, y nada más. En este aspecto el usufructo es una posición jurídica real afectada de decadencia. La segunda, por fin, es la sucesión de titularidades que a la terminación del usufructo se ha de verificar sobre el mismo objeto. Los actos y las facultades del usufructuario están subordinados a las circunstancias que se derivan de las dos mencionadas causas. El titular de la nuda propiedad, por su parte, tiene facultades de garantía y protección de su futuro goce. Sobre este punto es necesario apoyarse con alguna fuerza y hacer observaciones de importancia. Gierke, en su «*Deutsches Privatrecht*», con una fina visión de la técnica interna de esta institución, advertía que la división de titularidades a que el usufructo da lugar supone la coexistencia de dos derechos de igual rango sobre la misma cosa, limitándose el uno al otro recíprocamente. Esta posición es, sin embargo, inadmisble dentro del sistema esbozado en las páginas que preceden. Exponiendo en una fórmula simplista mi opinión sobre este punto, diré que el nudo propietario no tiene ningún derecho actual sobre la cosa usufructuada, sino simplemente facultades de garantía de un derecho futuro, para cuyo nacimiento hay marcado un plazo. No se puede hablar de un usufructo y de una propiedad actuales sobre una misma cosa, sino solamente de un usufructo actual y de una propiedad futura. El usufructo agota todo el con-

tenido interno del derecho real, teniendo siempre, naturalmente, en cuenta que su fisonomía está caracterizada por la temporalidad de su vida y, por la titularidad que ha de sobrevenir con entera plenitud. Al titular de la futura propiedad le están impedidos toda clase de *actos* sobre la cosa, y la Ley le concede simplemente FACULTADES por razón de la misma (véanse más atrás los apartados *b* y *c* del número II). Quiero prevenir una objeción fácil que sobre esta afirmación podrá hacerse. En efecto, se dirá, nada más absurdo que crear facultades protectoras de un derecho que no existe. Nada más ilógico que dar fuerza al lado externo de un derecho real cuyo lado interno no tiene todavía vida. La objeción no tiene fundamento. La posición jurídica del futuro propietario existe para el derecho objetivo, como existen todas las posiciones jurídicas sujetas a plazo *ex die*. No es lo que se ha llamado un derecho eventual, ni una expectativa de derecho, sino un derecho inerte que un día actuará. Es una posición jurídica, no sobre una cosa, sino frente a una persona, por razón de una cosa. Es un derecho personal con garantías reales. Es otra modalidad de *jus ad rem*.

El jurista moderno debe rechazar la técnica vieja, incompatible con los avances de la sistemática civil actual. El usufructuario no es titular de un derecho limitativo del dominio, ni ejerce facultades en cosa ajena. El usufructo no es una servidumbre personal. La nuda propiedad es una ficción tan insostenible actualmente como la de suponer la coexistencia de dos dominios (dominio directo y dominio útil) en la enfiteusis.

Y es más absurda tal ficción si se piensa que a la hora presente el derecho positivo o desvirtúa la fórmula romana *salva serum substantia* o la sustituye ventajosamente con otras prescripciones.

La institución del usufructo, en cuanto a su más elemental contenido, puede condensarse en unas breves ideas. El usufructuario tiene el más amplio goce económico de la cosa. No le están prohibidos, por norma general, más actos que los que puedan perturbar hondamente el futuro disfrute. Además tiene el usufructuario facultades garantizadoras de su posición frente al futuro propietario y frente a los terceros, en general. Está, por otra parte, ligado a aquél por razón de la cosa, por una serie de obligaciones que no tienen otro objeto que el de proteger y asegurar

jurídicamente la transmisión y el aprovechamiento económico futuros.

El titular de la propiedad que posteriormente habrá de establecerse no tiene, por de pronto, sobre la cosa derecho alguno, pero sí con respecto al usufructuario y a los terceros por causa de la cosa. Le están impedidos todos los posibles actos de aprovechamiento directo. Le están concedidas, en cambio, facultades de garantía y protección de su posición jurídica.

En definitiva, se puede concluir afirmando que el usufructo es una posesión jurídica del más amplio tipo sobre una cosa, limitada, sin embargo, por la reunión de estas dos causas: limitación del tiempo de su vida y existencia de una titularidad sucesiva. Lo mismo se podría decir que el usufructo es una propiedad afectada de decadencia en favor de otra persona, una propiedad temporal, en fin.

ROBERTO SÁNCHEZ JIMÉNEZ,

Abogado del Estado.

Servidumbre legal de luces y vistas

(*Conclusión.*) (1)

El resultado es, pues, el mismo si se consideran tales artículos como servidumbres que como reguladores de propiedad normal.

Y en todo caso, difiere esta construcción de la doctrina del Tribunal Supremo en que el derecho de vistas directas y consiguiente prohibición de edificar a menos de tres metros se adquiere en pared propia—lo mismo que en medianera—, sin necesidad de acto obstativo alguno, por la mera apertura de huecos y el transcurso del tiempo.

El Código civil, en los artículos examinados, agota la materia de vistas rectas, dándonos definida la extensión y límites de su ejercicio, y, así, hallamos que con los mismos quedan solucionados cuantos casos en la práctica pueden presentarse, si tenemos presente que la prohibición de edificar a menos de tres metros, del artículo 585, es a su vez una servidumbre continua que se extinguirá, según el artículo 546, por la edificación contradictoria de su contenido o edificación a menor distancia y el transcurso de veinte años. Por otra parte, el Código civil excluye de la servidumbre de vistas los predios separados por una vía pública (artículo 584), ya que aquélla nace, según vimos, del hecho de que éstos colinden.

Pero al lado de las vistas rectas existen las vistas oblicuas, que, como aquéllas, pueden ser directas o indirectas; todo lo expuesto respecto de aquéllas en cuanto a su adquisición y extinción es

(1) V. el número anterior.

aplicable a éstas, mas no así el artículo 585, que sólo se refiere taxativamente a las primeras. Señalamos, pues, que el mismo cuerpo legal pasa en silencio el estado jurídico que se crea cuando se adquiere el derecho a vistas oblicuas directas o a menos de sesenta centímetros de distancia del predio contiguo. Es, a no dudarlo, un olvido del legislador, y fácil es comprender que, de no haberlo padecido, siguiendo el criterio sostenido respecto de las vistas rectas, hubiera prohibido la edificación contigua a menos de noventa centímetros de distancia.

Frente a la construcción anterior podría tal vez alegarse que siendo la servidumbre de vistas tan onerosa, puesto que impide edificar, no debe ser ganada por prescripción. Así, las Ordenaciones 61 y 62 catalanas declaran que no se gana por prescripción alegando posesión, y que si no la tiene por escritura del vecino, se entiende fraudulenta.

Mas no existiendo en el Código civil un precepto que expresamente la impida, hemos de admitir su prescripción, con arreglo a las normas generales.

También podría sostenerse que la apertura de huecos para vistas es de mera tolerancia, que no extingue las servidumbres de los artículos 580 y 582; se precisará para ello dar entrada a la teoría de la tolerancia, que actualmente carece de base legal. Y en todo caso sería arbitraria la distinción de pared propia y pared medianera, pues el dueño de aquella y condómino de ésta, que pudiendo impedir que el colindante y el medianero abran huecos, los toleran, hacen análoga dejación de sus derechos y dan vida a cuantas razones jurídicas fundamentan toda prescripción.

SERVIDUMBRE DE LUCES.

Esta servidumbre responde a principios jurídicos diferentes, según se refiera a pared propia o a pared medianera, por lo cual la examinaremos por separado en cada caso.

A) LUCES EN PARED PROPIA.

Entre los predios colindantes, sólo idealmente es posible establecer su separación; las tierras de los predios contiguos están

unidas en el lindero común de éstos, y tan sólo imaginariamente podemos concebirlas separadas por un lindero, espacio ideal, que a nadie pertenece por ser eneléquico.

Esta circunstancia se refleja en las relaciones de los predios; antes de su edificación, apenas el servicio agrícola a que se destinan la hará resaltar. No obstante, la tierra que remueve el arado en el extremo del predio arrastra en su movimiento la del contiguo; he aquí la márcena alavesa, el partió catalán y la riedra vizcaína—espacio libre entre campos lindantes—, que a los efectos agrícolas establece la costumbre de estas regiones, como no dudamos lo hará en otras menos conocidas por nosotros, con diversos nombres.

Más perceptiblemente se manifiesta al tratarse de la edificación, y especialmente, del disfrute de luces: pudiendo edificarse en toda la extensión del predio, los edificios elevados en el lindero común lindarán entre sí, sin que medie entre ellos más espacio libre que la línea imaginaria de separación ideal, resultando materialmente imposible el disfrute de luces, ya que los huecos abiertos serán cegados por la pared contigua.

Este hecho fatal se produce tan pronto como desaparece definitivamente de la historia del derecho el *ámbitus romano*, que respondiendo a otras inspiraciones soslaya el problema que examinamos: los dos y medio pies de ancho señalados por el precepto de las Doce Tablas, como el espacio legítimo de Antonino y Vero Augusto, bastan para la convivencia del derecho de luz y el de edificación.

Por el contrario, la inexistencia del *ámbitus* o espacio aislador de edificios, ocasiona que, naciendo del contenido del derecho de propiedad, que permite edificar hasta el límite de los predios, las paredes de dos vecinos pueden acercarse, tocarse y unirse, sin dejar intersticio, por simple adhesión de los materiales, sin compenetración ni apoyo, como unidas y adheridas están las tierras de los predios en que se levantan en el lindero común. Y elevada a la categoría de norma de derecho, será el *atans* catalán de las Ordenaciones: «Cualquiera puede tener acercamiento en pared propia o común, en la pared del vecino de largo o de través.» Deduciéndose análoga doctrina de los artículos 581, último párrafo, y 573, número 3.º del Código civil.

Si el acercamiento resultante hace físicamente imposible el disfrute de luz, prueba que el hueco abierto en la pared elevada en el extremo linde toma la luz del predio contiguo.

Ahora bien: si la propiedad se extiende desde el centro de la tierra hasta el cielo, alcanzando al espacio sobre el predio, podrá el dueño de éste impedir que se capte la luz del espacio propio por el hueco extraño, y, por consiguiente, la apertura de éste en la pared contigua.

Precisa que antes de admitir esta conclusión examinemos detenidamente el concepto de espacio y su susceptibilidad de apropiación.

Teoría romana.—El Derecho romano sienta el principio «qui dominus soli, dominus est coeli et inferorum», y todos los Códigos modernos lo acogen en sus páginas, en preceptos generales de gran imprecisión científica; y en el Código francés, como en el holandés, la propiedad del suelo lleva consigo la de todo lo que encima y debajo se halle, y en el italiano supone la de la superficie y lo que se encuentre sobre y bajo la misma, y en el alemán, como en el suizo, se extiende al sobresuelo y al subsuelo en cuanto sean útiles para su ejercicio. En todos campea la misma idea de poder dominical absoluto, en términos de generalidad tal que inducen a suponer que el aire de encima del predio es del dueño del mismo, suposición que confirma el artículo 297 del Código austriaco, declarativo de que pertenece al inmueble *todo el radio de aire perpendicular a la finca*, sin que podamos creer que esta declaración constituye una excepción en el espíritu de los preceptos de los restantes Códigos citados, sino más bien su más fiel interpretación.

En el orden del derecho civil, y dentro de él más concretamente en la materia de luces que nos ocupa, las consecuencias de la doctrina anterior serán:

A) Prohibición de abrir huecos, puesto que por ellos se capta la luz del aire ajeno.

B) Esta prohibición podrá extinguirse: a) por convenio b) por prescripción, mediante contrariarla a través del tiempo, por huecos abiertos para captarla, y c) por precepto legal que exceptione de aquella prohibición un hueco especial condicionado, que constituirá servidumbre legal en referencia a la ley prohibitiva.

C) Por prescripción se ganará derecho a luces—servidumbre—desde el hueco abierto; y pudiendo éste ser más o menos oneroso, verbigracia, ventana, galería, etc., podrá admitirse un criterio doble al señalar el tiempo necesario para prescribir, a saber: fijar un período igual para toda especie de hueco, o plazos diferentes, más extensos cuanto más oneroso sea el hueco de luz prescriptible.

D) Adquirido por prescripción o por convenio el derecho de luz, ha de determinarse seguidamente sus efectos respecto a la edificación contigua, que de no retrasarse cegaría el hueco, impidiendo la luz. Se comprende que el hueco consentido por la ley, o servidumbre legal, no debe impedir la edificación contigua, pues es de mera tolerancia legal. Y así deberá declararlo la ley.

Siguiendo el desarrollo de esta concepción en la legislación catalana, vemos:

A) Prohibición de abrir huecos (Ordenación 41).

B) Prescriptibilidad o imprescriptibilidad según la clase de ventana: lluerná, prescribe a los treinta años (Ordenaciones primera, segunda y décimocuarta; croera, no se gana por usucapción (Ordenación 15).

C) Efectos de su adquisición: Obliga al vecino que quiere edificar a dejar una androna o espacio libre de cuatro palmos destre delante del hueco prescrito y otros tantos a cada costado. Y análogamente, el que sin tener derecho a servidumbre quiere recibir luces por el lado que mira al vecino ha de retirar su edificio, dejando un espacio igual de cuatro palmos o androna. La ventana de *cantón* exige alejarse de ella seis palmos de destre (Ordenación 46).

Nuevo examen de la teoría romana.—Ciertamente, el Derecho romano extendió la propiedad del suelo a todo lo existente sobre él, dando origen a las consecuencias expuestas respecto de la servidumbre de luz; y la aceptación casi universal de la sugestiva fórmula romana, unida a la escasa importancia de la exacta determinación del concepto del espacio aéreo en relación a la propiedad, han mantenido aquella doctrina con caracteres de axiomática.

Sin embargo, en los modernos tiempos, la negación aérea, principalmente en su contenido internacional público, ha exigido una revisión de la doctrina romana, que ha hecho resaltar un más cien-

tífico concepto jurídico del espacio aéreo. Y aquí sólo nos proponemos aplicarlo por cuenta propia al derecho de luces.

En esta revisión se muestra, en primer término, el hecho de que junto a la rotunda declaración romana, que extendía la propiedad a cuanto existe sobre la superficie, aparecía la declaración no menos firme de que el aire es cosa común, por lo tanto inapropiable.

La aparente contradicción se destruye así :

El aire y sus elementos, luz, calor, electricidad, etc., etc., no pueden ser objeto de apropiación : a), por su destino, providencialmente sujeto al uso y aprovechamiento de la humanidad, a la satisfacción de la naturaleza humana y de la tierra toda : respiración, desarrollo, visión, fructificación vegetal, etc. ; b), por su fluidez, que escapa a la posesión real y continua ; c), por su inestabilidad, porque no puede sujetarse de modo permanente al fundo, por ser diverso en el transcurso de un segundo ; d), porque el uso general es posible sin perjuicio para nadie, y el uso exclusivo, si fuera posible, dañaría a los despojados en sus mismas esencias vitales.

Esto no significa que el aire, luz, electricidad, etc., no puedan ser aprovechados, como toda cosa común, sea este aprovechamiento el de su uso natural, o bien consista tal vez en desintegrar artificialmente los componentes químicos del aire, para su conservación en el dominio privado excluyente, como elementos nuevos, o el de captar la luz, electricidad, etc., de que es portador el aire, que entrarían también en el dominio privado excluyente, ya que con ello no disminuiría ni se dificultaría el uso común del aire y de sus energías, por ser inagotables y permanentes eternamente de presente.

Digamos ahora que el aire es el *contenido* del espacio.

Ahora bien : el espacio, como *continente*, es fácilmente determinable a los efectos de la propiedad, como el existente perpendicularmente al predio ; y es permanente, fijo, inalterable.

Si la propiedad del predio no alcanzase el espacio aéreo sobre él, sería incompleta, ilusoria, puesto que carecía de utilidad si el espacio fuera ocupado por un extraño, privándole de luz, calor, electricidad, y con ellos de todo elemento de vitalidad animal y vegetal. Como dice Pappafava, el propietario del fundo no puede jamás pensar que otro pueda impedirle mirar desde él libremente

el cielo, bendiciéndole, invocando los auxilios de la lluvia o del calor benéfico, ni podrá pensar que otro pueda, contra su voluntad, ocupar aquella columna de aire que la Naturaleza ha puesto allí para él, como para él había puesto en el suelo metales y piedras, tierras y energías vitales.

Tenemos, pues, un contenido, aire, luz, calor, etc., inapropiables por naturaleza, y un continente, espacio, apropiable, al que debe alcanzar la propiedad del fundo por ley natural.

Este derecho al espacio por extensión del de propiedad del fundo no debe ser más amplio que el que demande el mismo concepto de propiedad. Se detendrá allí donde no llega la acción del dueño del predio, y tendrá un doble carácter: negativo, en cuanto impedirá que del espacio pueda apoderarse un extraño, y positivo, en cuanto el dueño podrá apoderarse del mismo.

La única forma posible del apoderamiento del espacio es ocuparlo, desplazando el aire de su contenido y colocando en su lugar cosas del dominio privado: una casa, un árbol, una línea alámbrica. Esta conclusión ya se nos anuncia tan pronto como intentamos concebir la idea del espacio sin contenido. Puramente, sin límites, entra en el campo metafísico; y en relación al existente sobre un predio, el mero intento de concebirlo nos exige imperiosamente que lo ocupemos mentalmente trazando imaginariamente dos líneas perpendiculares al predio.

Jurídicamente, se precisa la necesidad de declarar que la propiedad de un predio se extiende al derecho de ocupar el espacio sobre él y a prohibir la ocupación extraña. (Obsérvese, a título de curiosidad, que el artículo 592 del Código civil parece fundarse en la teoría que exponemos.)

Fauchille llega a limitar todavía este derecho potencial, afirmando que es la apropiación concreta, y no la posibilidad de apropiación, lo que constituye la propiedad, por lo cual concluye que el aire no está sujeto al derecho de propiedad sino en la medida que realmente está ocupado, y si no ha sido *transformado* ni en construcción, ni en plantación, el espacio es enteramente libre.

La aplicación de la teoría anterior a la servidumbre de luces produce las siguientes consecuencias:

A) La apertura de huecos es sólo el ejercicio del derecho al aprovechamiento del aire y la luz, cosas comunes; no implica

ocupación alguna del espacio perpendicular a la finca contigua, único derecho del vecino, y debe ser permitida.

B) No hay relación jurídica directa entre el disfrute de luz y el derecho al espacio.

C) La ocupación del espacio, derecho máximo, ha de reconocerse siempre, aun cuando prive de luz al hueco contiguo, pues todos los predios pueden tener luz propia a sus expensas, tomándola del espacio perpendicular que le está afecto.

En una palabra, desaparece toda posibilidad de confusión respecto del disfrute de luces y apertura de huecos, y no habrá servidumbre de luz, ni el hueco impedirá la edificación contigua.

No se nos oculta que el problema de la luz ha de resolverse en lo futuro dentro del de las energías físicas en que actualmente se plantea, esbozado por D. Jerónimo González en sus *Estudios de Derecho hipotecario*; sin embargo, la actual incertidumbre científica, que en esta materia se percibe hasta por los más profanos en ella, como nosotros, que comienza en la misma básica determinación de la naturaleza física de la luz, como de las restantes energías, calor, magnetismo, electricidad, de la última de las cuales Hertz la reputa apéndice, unida a la consideración de que, en todo caso, la energía luminica es o debe ser cosa común e inapropiable con carácter excluyente, y a que las energías físicas y el aire se compenetran al punto de que éste no puede carecer de aquéllas —aun cuando sólo sea portándolas, si se quiere—, cualesquiera que sean las que se capten, ya que son inagotables, nos permite aceptar sin violencia el examen anterior de la luz como elemento del aire, sacrificando el rigor científico a la claridad jurídica del momento, máxime teniendo en cuenta que siempre, hasta nuestros días, se ha comprendido en el derecho al aire, el de las energías vitales de que es vehículo, como en su concepción se mostraban integrándolo inseparablemente; todo lo cual nos trae el convencimiento de que jurídicamente, sean cualesquiera sus diferencias científicas, ha de ser idéntica la regulación legal, a los efectos que examinamos, del aire, sus elementos químicos y las energías físicas de que está provisto inagotablemente.

Examinemos ahora el artículo 581, aceptando, en primer término, su denominación de servidumbre legal.

Para ello precisamos determinar previamente cuál es el crite-

rio del Código civil respecto del espacio aéreo, pues según sea, el romano o el nuevo, así variará la naturaleza de la servidumbre legal del artículo 581.

Veámoslo: si la concepción romana preside la formación del Código civil en este punto, habrá partido del principio de que está prohibida la apertura de todo hueco en pared lindante con finca ajena, y al permitir excepcionalmente el hueco especial de carreras del artículo 581 habrá creado una servidumbre por la cual el titular de aquella prohibición general ha de consentir que el dueño del predio dominante realice lo que de otro modo no podría realizar—apertura del hueco especial de carreras y disfrute de luz por el mismo—. Esta servidumbre será positiva, continua y aparente.

Su adquisición.—Por la ley.

Su extinción.—Por el transcurso de veinte años desde que tuvo lugar un hecho contrario a la misma. El hecho contrario capaz de anular una permisión legal sólo puede consistir en que por persona extraña le sea impedido ejercitarla, por acto de oposición; verbigracia: prohibición formal de apertura del hueco, o su cierre, una vez abierto.

Pero aquella prohibición general de abrir huecos puede ser violada abriéndolos, no en la forma y condiciones del permitido por el artículo 581, sino con diferente modalidad, lesiva del derecho del propietario contiguo; v. gr.: ventana sin vistas, de varios metros de anchura. Y siendo el derecho que por prescripción puede ganarse constitutivo de una servidumbre positiva—dejar hacer, continua y aparente, en referencia a la ley general prohibitiva—, por el transcurso de veinte años desde su apertura, su titular gozará de un disfrute de luz consolidado en estado de derecho, cuyo alcance respecto de la edificación contigua debe ser fijado exactamente por la ley.

El Código civil no lo hace.

Cabe preguntar: la ley general—punto de referencia—, ¿impide abrir huecos que tomen la luz directamente del predio contiguo? En caso negativo cae por su base lo anteriormente expuesto.

Hay un hecho indudable: el artículo 350, apartándose del ejemplo de los Códigos extranjeros antes citados, no incluye en el dominio del terreno más que la superficie y el subsuelo. Por este

motivo, no obstante el convencimiento de que la concepción romana es la inspiradora de la ley, examinaremos seguidamente el artículo 581, partiendo del supuesto de que se funda en la teoría nueva.

Su base será, en este caso, el derecho de apertura de huecos sin limitación alguna, y para llegar, partiendo de ella, al artículo 581, habrá de razonarse así: este artículo contiene implícitamente una prohibición general de abrir huecos de todas clases, ya que sólo permite el especial de carreras, y esa prohibición constituye precisamente la servidumbre, puesto que sin ella podrían abrirse huecos según la teoría nueva, de la que parte el legislador. Bien se ve que se retuerce el razonamiento hasta límites excesivos. De todos modos, la prohibición general será, en tal caso, una servidumbre negativa—impide realizar lo que sin ella sería lícito—, continua y no aparente, creada por la ley, que se extinguirá por el transcurso de veinte años desde que se viola por el hueco abierto, naciendo así, por prescripción, el derecho de luz por tal hueco, sin que nada nos diga el Código civil respecto de los efectos en cuanto a la edificación contigua.

Por su parte, el hueco permitido de carreras, creado por la ley como excepción de la prohibición general, pero limitado, a su vez, a las condiciones que expresa, constituirá en tales limitaciones una servidumbre negativa, continua y no aparente, que se extinguirá—por prescripción, en cuanto a las condiciones no cumplidas o contrariadas—sin ulteriores efectos respecto a la edificación contigua, que podrá alzarse.

Concretando: dentro del criterio de considerar el artículo 581 como servidumbre legal, todo serán conjeturas contradictorias en sus consecuencias, mientras no sepamos exactamente la extensión de la propiedad respecto del espacio aéreo sobre el mismo, que nos sirva como punto de referencia para fijar el carácter positivo o negativo de dicha servidumbre.

Artículo 581, considerado como regulación normal.

Podemos ya prescindir de toda teoría. El derecho normal estará determinado por el artículo 581. Este envuelve una prohibi-

ción general implícita de abrir huecos y un derecho de apertura de uno especial. El hecho de abrir un hueco violando aquella prohibición, y disfrutar de luz por el mismo, si se consolida en estado de derecho, constituirá una servidumbre positiva—dejar hacer—, continua y aparente, que se ganará por prescripción de veinte años, sin que el Código regule sus efectos respecto de la edificación contigua en este caso.

Por el contrario, el hueco especial de carreras, que está permitido por la ley, podrá perderse; si su pérdida significa no hacer lo que sería lícito—abrir el hueco especial—, esta pérdida constituirá una servidumbre negativa, continua y, como toda prohibición, no aparente; mas no pudiendo ganarse por prescripción las servidumbres no aparentes (artículo 539), será imprescriptible.

B) LUCES EN PARED MEDIANERA.

Artículo 580, considerado como servidumbre.

Para reputarlo servidumbre hay que partir del principio de que, sin el mismo artículo, la ley general permitiría abrir huecos para luces en la pared medianera. No se diga que esto es arbitrario, puesto que si el artículo 580 es una servidumbre, y el artículo 533 llama negativa a la que impide realizar lo que sería lícito sin ella, es absolutamente necesario que sepamos qué puede realizar sin el artículo 580, para que, con referencia a ese estado jurídico, califiquemos la servidumbre de positiva o negativa.

Y como de admitir que sin el artículo 580 tampoco podría abrir los huecos, este artículo 580 no sería servidumbre positiva ni negativa, se hace preciso partir de la presunción absurda de que sería posible su apertura. Y en tal caso, claro está que el artículo 580, al prohibirla, constituirá una servidumbre negativa, continua y no aparente, establecida por la ley, que se extinguirá por prescripción de veinte años desde el hecho contrario o apertura de huecos, sin que el Código regule sus efectos respecto de la edificación contigua.

Artículo 580, considerado como regulación normal.

Esta será la prohibición de abrir huecos y disfrutar de luces. El derecho contrario de apertura y disfrute constituye, comparado con aquella prohibición, una servidumbre positiva—dejar disfrutar y abrir—, continua y aparente que, por tener tales caracteres, se ganará por prescripción de veinte años desde que se abrieron huecos para luces.

También silencia el Código civil sus efectos respecto de la edificación contigua, que puede contrariar el derecho ganado.

Por último, creemos que en lo futuro se rechazará la figura de servidumbre legal, sustituyéndose por el concepto jurídico propio de regulación normal; y que la acertada regulación de la materia de luces exigirá una revisión del concepto del espacio aéreo y de las energías físicas, que seguramente modificará radicalmente los actuales preceptos legales.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI,

Notario

DE ESTADISTICA

La de los Registros de la Propiedad correspondiente al año 1928 inserta en el último *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, contiene los datos que a continuación se expresan, debiendo advertir que se toma de base comparativa para apreciar el incremento o disminución, la estadística de las mismas oficinas correspondiente al año 1927 :

ESTADO I.—*Enajenaciones.*

Número total de fincas enajenadas, 536.531. Valor global de las mismas, 1.863.739.820,52 pesetas. Aumento, 104.877 fincas y pesetas 171.666.697.

ESTADO II.—*Derechos reales.*

- a) Constituidos, 7.300. Diferencia en más, 250.
- b) Modificaciones: derechos reales modificados, 8.659. Valor de los mismos, 22.864.503,39 pesetas. Disminución: 137 derechos y 8.353.965,94 pesetas.

ESTADO III.—*Hipotecas.*

- a) Constituidas, 30.214 por un capital de 990.136.623,88 pesetas, que representan una reducción de 3.781 gravámenes y un aumento de 113.106.302,83 pesetas.

b) Canceladas, 23.830, que garantizaban un capital de pesetas 334.016.222,15. Diferencia en más, 3.620 y 1.302.756,68, respectivamente.

ESTADO IV.—*Préstamos.*

Su número, 24.539. Su importe, 551.426.413,33 pesetas. Aumento, 672 en número y 327.019.376,71 pesetas en valor.

ESTADO V.—*Anotaciones.*

Practicadas, 68.006, o sean 1.199 más que durante el año precedente.

ESTADO VI.—*Fincas inscritas por primera vez.*

I. En propiedad :

a) Rústicas, 22.365, con un valor global de 31.169.316,83 pesetas. Aumenta el número de fincas en 3.008; disminuye el valor de ellas en 13.578.429,01 pesetas.

b) Urbanas, 2.864; su valor total, 10.147.761,52 pesetas. Descenso por 1.092 en número y 12.523.117,55 pesetas en su valuación.

II. En posesión :

a) Rústicas, 32.053, apreciadas en 20.136.718,68 pesetas. Aumento de 3.083 fincas y disminución de 7.163.486,18 pesetas de valor.

b) Urbanas, 6.945, a las que se fijó un valor de 13.958.098,66 pesetas. Diferencia en menos, 357 y 1.743.515,32 pesetas, respectivamente.

• • •

Porque en el estado VII se comprenden con más amplio detalle los datos a él relativos, hemos de exponer con alguna mayor extensión los resultados que ofrece.

Los gastos totales de oficina ascienden a 3.866.672 pesetas y el número de inscripciones practicadas, a 1.141.691. Resulta un au-

mento de 204.239 pesetas en los gastos y una disminución de 13.427 inscripciones.

Número de libros abiertos durante el año: 304 del Diario y 2.939 de inscripciones. De continuar la apertura de unos y otros libros en igual proporción, es de esperar que durante el presente año comience el suministro de libros por el nuevo contratista, ya que, según la Circular de fecha 14 de Octubre de 1929, sólo quedaban por servir al anterior proveedor 296 Diarios y 1.280 libros de inscripciones.

Número de libros que forman el Registro moderno: 24.367 Diarios y 327.339 de inscripciones.

El examen de la sección primera de este estado nos muestra que los honorarios devengados para figurar en la casilla octava son:

Inferiores a 500 pesetas en un Registro.

Superiores a 500 e inferiores a 1.000 en cinco Registros.

Idem a 1.000 e ídem a 2.000 en 21.

Idem a 2.000 e ídem a 3.000 en 17.

Idem a 3.000 e ídem a 4.000 en 14.

Idem a 4.000 e ídem a 5.000 en 16.

Idem a 5.000 e ídem a 6.000 en 24.

Total: noventa y cuatro Registros en los que se han devengado honorarios por cantidades inferiores al sueldo de un Jefe de Negociado de tercera clase. Y de esos rendimientos ha de deducirse, a lo menos, un 30 por 100 para gastos, según el coeficiente, de notoria insuficiencia, que señala la legislación del impuesto de Utilidades.

Por otra parte, si los datos que presenta el *Anuario* hubieren de servir de base para una nueva clasificación de los Registros, conservando en ella las absurdas categorías que hoy existen, y si en esa nueva clasificación se guardara análoga proporcionalidad a la que actualmente rige en cuanto al número de oficinas que deba comprenderse en cada categoría, habría entonces que señalar los límites de 10.500, 23.500 y 37.500 pesetas para clasificar como de cuarta los Registros cuyo rendimiento no excediera de la primera cifra; de tercera los en que se hubieren devengado honorarios por mayor cantidad de 10.500 y menor de 23.500 pesetas; de segunda los que, excediendo en ingresos de esta última cifra, no excedieran de 37.500, y de primera, los que produjeran mayor

utilidad. Con estos límites resultarían 173 Registros de cuarta clase, 135 de tercera, 100 de segunda y 84 de primera. Quedan por clasificar dos Registros, el de Alcalá de Guadaira y el de Moguer, por no figurar en la Estadística que examinamos los datos a ellos referentes.

Es de advertir que estas bases de clasificación se establecen en orden al régimen vigente, sin que por ello consideremos que sean equitativas. No puede ocultárenos que una gran mayoría de Registradores propugna el sistema de que les sea atribuída la categoría personal que les corresponda con arreglo a su situación en el escalafón, independientemente del Registro que desempeñen, y que las categorías sean tantas cuantas existen en la carrera judicial, a la que deben ser asimilados para todos los efectos legales.

VALERIANO DE TENA,

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, máximum 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.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

CAPACIDAD DEL MENOR EMANCIPADO. EL QUE LO HA SIDO POR CONCESIÓN DEL PADRE O MADRE LA TIENE PARA OTORGAR ESCRITURA DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES CON EL QUE LE EMANCIPÓ Y LOS DEMÁS HEREDEROS.

Resolución de 21 de Diciembre de 1929. (Gaceta de 10 de Febrero de 1930.)

Ante el Notario de Barcelona, D. Juan José Burgos, se otorgó, en 22 de Marzo de 1929, escritura de disolución de sociedad de gananciales y partición de herencia, a la que concurrieron la viuda del causante y un hijo por ésta emancipado, con otros herederos; escritura cuya inscripción no admitió el Registrador de la Propiedad de Oriente, de dicha ciudad, «por incompatibilidad de la madre para completar la capacidad de un hijo menor de edad por ella emancipado, en atención a sus intereses opuestos».

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador y la Dirección general confirma el auto apelado por las siguientes razones:

El problema planteado en este recurso y discutido en claros términos por el Notario recurrente y el Registrador calificador no es, como podría suponerse por la simple lectura de la nota, el de si existe o no incompatibilidad de la madre, que compareció en la escritura de liquidación otorgada el 22 de Marzo de 1929, para completar la capacidad del hijo menor de edad por ella emancipado, sino el relativo a la capacidad del emancipado por consen-

timiento del padre o madre que ejerza la patria potestad, para otorgar una escritura de inventario y liquidación de bienes gananciales.

Sin necesidad de entrar en el debate tradicional sobre el carácter declarativo o traslativo de las operaciones particionales, y recordando que en la doctrina repetidamente sustentada por este Centro directivo no se equiparan las adjudicaciones hechas al heredero en pago de sus derechos, o para otros fines, a los actos de enajenación, ha de partirse ahora del artículo 317 del Código civil, especialmente dedicado a la cuestión planteada, y a cuyo tenor «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar ni *vender* bienes inmuebles, sin consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y por falta de ambos, sin el de un tutor».

Haya o no existido en el legislador el propósito de transcribir en la redacción del artículo 317 los términos empleados en el artículo 59, referentes a la emancipación por matrimonio, y aun en el supuesto de que ambos preceptos respondan a la misma idea tutelar, con las variantes impuestas por la diversidad de situaciones civiles, no es posible ampliar el concepto de la palabra *vender* hasta abarcar no sólo todos los actos de enajenación a título oneroso, sino también los actos dispositivos que levantan los límites impuestos a un copartícipe, en favor de sus comuneros, o dividen entre los mismos la cosa común.

A tan desmesurada extensión de la palabra *vender* se oponen igualmente el principio jurídico que favorece la libertad personal y circunscribe las prohibiciones de disponer a sus rigurosos límites, así como los múltiples artículos del Código civil que distinguen netamente la capacidad necesaria para vender, de la que se exige para celebrar particiones hereditarias, el otorgamiento de uno y otro acto, y los diversos efectos civiles e hipotecarios que produce cada uno de ellos.

TESTAMENTO. DESIGNACIÓN DE HEREDERO. ES VÁLIDA CUANDO, COMO EN EL CASO DE QUE SE TRATA EN ESTE RECURSO, SE DESIGNA DE MODO QUE NO PUEDE DUDARSE QUIEN SEA, ADEMÁS DE QUE LA

INSCRIPCIÓN QUE SE HAGA QUEDA PENDIENTE DURANTE DOS AÑOS DE LA RECLAMACIÓN DEL HEREDERO REAL.

Resolución de 1.º de Marzo de 1930. (Gaceta de 9 de Marzo de 1930.)

Falleció D. Antonio Jiménez Alvarez bajo testamento ante cinco testigos, en el que dispone que sus bienes sean divididos en tres partes: una para Eduardo García Jiménez, «otra para Dolores Jimes Albares» y la tercera, que se dividirá entre las «higas» de su fallecida sobrina Antonia Jiménez Albares. Con arreglo a dicho testamento comparecen ante el Notario de Guadix, D. Luis Rodríguez Ponce de León, los herederos, entre ellos uno que dice llamarse Dolores Jiménez Alvarez, a otorgar escritura de manifestación de herencia, repudiándola unos y haciéndose las correspondientes adjudicaciones.

El Registrador de la Propiedad de Guadix puso esta nota: «No admitida la inscripción del documento que precede: Primero, porque solicitada a nombre, entre otros, de doña Dolores Jiménez Alvarez no resulta instituída sucesora de D. Antonio Jiménez Alvarez, según el testamento de éste; segundo, y en cuanto a la mitad de la finca, segunda, por hallarse inscrita a favor de D. Luis Pérez Jiménez, persona distinta de D. Antonio. Y no pareciendo subsanable la primera falta, ni siéndolo la segunda, no se extiende tampoco la anotación preventiva. Suspendida la inscripción en cuanto a las otras dos mitades de fincas: primero, porque no se acredita que D. José Molina Jiménez, ni sus cinco hermanos, repudiantes éstos de sus derechos hereditarios, sean hijos de doña Antonia Jiménez Alvarez, sobrina del testador, según el mismo lo llama en su testamento, y participe en la tercera parte de sus bienes, ya se atiende a los certificados integrantes del documento que se califica, ya a los de defunción y matrimonio de una doña Antonia, presentados por separado; segundo, en cuanto a la mitad de la finca primera, porque no se expresa el deslinde de la finca toda en forma debida, y tercero, en cuanto a la exclusión de la habitación de la planta baja de la finca tercera, porque constando del Registro ser de la superficie de 27 varas cuadradas, con esta superficie y no con la de 23 (varas cuadra-

das), digo metros y 24 decímetros cuadrados que expresa el documento, ha de estimarse, caso de proceder la inscripción del mismo.»

El Presidente de la Audiencia de Granada declaró bien extendido el documento menos en la parte referente a haber comparecido doña Dolores Jiménez Alvarez como heredera testamentaria del D. Antonio Jiménez Alvarez, por lo que no era inscribible, y en la apelación interpuesta sólo por el Notario, la Dirección general declara bien extendida la mencionada escritura, con arreglo a los siguientes fundamentos:

Por haber formulado la apelación contra el auto del Presidente de la Audiencia el Notario autorizante, y no el Registrador que ha calificado el título, únicamente debe ser discutida en esta resolución la falta insubsanable relativa a no resultar instituída heredera en el testamento otorgado por D. Antonio Jiménez Alvarez, la compareciente doña Dolores Jiménez Alvarez, que con otras personas otorgó la escritura de manifestación de herencia, objeto de este recurso.

A tenor del artículo 772 del Código civil el testador debe designar al heredero por su nombre y apellido; pero en el segundo párrafo del mismo texto legal se ordena que, aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quien sea el instituído, valdrá la institución; por lo que es necesario examinar las circunstancias que concurren en el caso ahora discutido y ponderar los términos empleados en el testamento, para decidir si existe o no la identidad entre la heredera nombrada y la otorgante de la escritura de manifestación de herencia que echa de menos el Registrador.

Según el testimonio del acta de protocolización del testamento, hecho ante cinco testigos por D. Antonio Jiménez Alvarez, en peligro de muerte, era la voluntad del mismo que las fincas en cuestión «a su fallecimiento sean «dibididas» en tres partes que se distribuirán una parte Eduardo García Jiménez, otra para Dolores Jimes Albares, y la tercera que se «dibidirá» entre los hijos, «higas» de su fallecida sobrina Antonia Jiménez Albares»; y en atención a que la defectuosa construcción gramatical del período, a las palabras omitidas y a la ortografía incorrecta, debe apoyarse esta resolución menos sobre el sentido literal de la institución

que sobre la inteligencia de la voluntad del testador, conforme lo establece el criterio interpretativo contenido en el artículo 675 del citado Código civil.

La instituída Dolores Jimes Albares está designada como persona de la intimidad del testador, muy conocida para él y para los testigos, y va colocada entre Eduardo García Jiménez y Antonia Jiménez Albares, parientes de aquél, por lo que si la otorgante, cuyo derecho se discute, es parienta del testador y de los demás herederos, como el Notario afirma y el Juez municipal lo ratifica en el informe reclamado para mejor proveer, y lleva el apellido Albares, que con toda evidencia implica dos faltas de ortografía, es perfectamente admisible que el Jimes sea una transcripción equivocada de Jiménez, y que la persona designada en el testamento sea la misma que ha concurrido a otorgar la escritura calificada.

Así lo confirman dos particularidades de gran valor para la resolución de este recurso: primera, que a pesar de los años transcurridos, doña Dolores Jiménez Alvarez es la única persona que, con los demás herederos, ha hecho valer su derecho sucesorio, como llamada por el testamento, y segunda, que precisamente las personas que pudieran reclamar la porción vacante de la herencia en defecto de la llamada Dolores Jimes Albares, con las que con ella concurren al otorgamiento de la escritura calificada y las que ante el Juez municipal reconocen a doña Dolores Jiménez como parienta y heredera del causante D. Antonio, y declaran solemnemente que tiene igual derecho a suceder que los demás comparecientes.

Aunque el modo de instituir a doña Dolores pone de relieve la existencia de una persona que reside cerca del testador, los testimonios del Notario autorizante y del Juzgado encargado del Registro civil demuestran que el apellido Jimes no es usado en Laborcillas, de donde era natural el testador y de donde son vecinos los interesados en esta testamentaria.

Por último, si bien el procedimiento más adecuado para resolver problemas como el discutido debiera ser el judicial, seguido ante el Tribunal competente, con llamamiento de todos los interesados, apreciación de prueba y decisión solemne, por no estar los Registradores autorizados, como lo indica el auto recurrido, para

estimar que donde hay diferencia en los apellidos existe una simple equivocación, ha de entenderse que la institución ahora discutida es válida, con arreglo al citado artículo 772 del Código civil, por hallarse designada la heredera de modo que no puede dudarse quien sea, aparte de que la inscripción que haya de practicarse en el Registro queda, con sujeción al artículo 23 de la Ley Hipotecaria, durante dos años pendiente de las reclamaciones del heredero real, aunque la finca haya pasado a poder de terceras personas.

PARTICIÓN DE HERENCIA. EN LA PRACTICADA POR COMISARIO O CONTADOR, EL HECHO DE ENTREGAR ÉSTE EL CUADERNO A LOS INTERESADOS PARA OBTENER SU CONFORMIDAD, NO DESVIRTÚA LA NATURALEZA DE ACTO UNILATERAL Y PRIVILEGIADO, IMPUGNABLE SÓLO ANTE LOS TRIBUNALES, POR LA QUE LOS HEREDEROS TIENEN QUE PASAR, SIN QUE SEA DEFECTO QUE IMPIDA SU INSCRIPCIÓN LA FALTA DE APROBACIÓN POR AQUÉLLOS Y MUCHO MENOS LA DE UN CONSEJO DE FAMILIA.

Resolución de 6 de Marzo de 1930. (Gaceta de 12 de Marzo de 1930.)

Don Celestino de Alcocer y Valderrama, en concepto de Albacea testamentario, con el carácter de contador y partidor, nombrado en testamento por D. Tiburcio Calzada Guinea, practicó las operaciones divisorias del caudal relicto y formó inventario con intervención de la viuda, los herederos y la tutora de uno de ellos, entregando el cuaderno, una vez ultimado, a los interesados, los que lo elevaron a escritura pública ante el Notario de Orduña don Pedro Munguía.

Presentado un testimonio de dicha escritura, en Noviembre de 1922, en el Registro de Valmaseda, el Registrador practicó la inscripción en cuanto a una tienda adjudicada, única de que se solicitó operación. Presentados con posterioridad dos testimonios en la misma oficina, denegó el Registrador su inscripción con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento en cuanto a la partición de herencia de Tiburcio Calzada y Guinea y consiguiente adjudicación de bienes a los herederos, por

observarse el defecto de que existiendo herederos menores de edad, representados por su tutor, no han sido aquellas particiones aprobadas posteriormente por el Consejo de familia, ya que la autorización por éste concedida al tutor no puede tener más alcance que el de cumplir lo dispuesto en el número 7.º del artículo 269 del Código civil. Se observa también el defecto de que ese acuerdo del Consejo de familia se hace constar por certificación expedida por el Secretario del Juzgado municipal; lo que la priva del carácter de autenticidad. Y en cuanto a la extinción del usufructo por fallecimiento de la usufructuaria y su consolidación con la nuda propiedad en las personas y proporción en que ésta ha sido adjudicada, se observa también el defecto de no aparecer extendida la nota de pago o exención del impuesto de Derechos reales. Los defectos apuntados son subsanables y no se toma anotación preventiva por no haberse solicitado, extendiéndose la presente nota en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 del vigente Reglamento hipotecario.»

En el recurso interpuesto por una de las interesadas, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, declarándola subsistente en su último extremo (falta de pago del impuesto), y la Dirección general confirma el auto apelado, con las consideraciones siguientes:

En la inscripción de las operaciones particionales hay que distinguir las formalizadas por un comisario con arreglo al artículo 1.057 del Código civil, mediante título que acredite la legitimidad del cuaderno particional y su incorporación a un protocolo notarial, de las escrituras que acreditan la aceptación de la herencia y la aprobación contractual por los herederos o sus representantes legales, de todas las operaciones divisorias del caudal relicto.

Entre los títulos aludidos en el primer supuesto, pueden colocarse: primero, las escrituras cuyo contenido es un acto unilateral del comisario o contador y cuya inscripción en el Registro de la Propiedad es posible al amparo del llamado principio del *consentimiento formal*, o por estimar que la aceptación de la herencia es una *conditio juris*, es decir, un requisito que no se refiere a la perfección del acto jurídico, sino a su efectividad y desenvolvimiento; y segundo, las operaciones particionales practicadas por comisa-

rio en virtud de las facultades que le han sido conferidas en el testamento, con la aceptación expresa de los interesados; pero, en este último supuesto, para conservar el acto jurídico su carácter unilateral y la energía emanada de las cláusulas testamentarias, es necesario que los Notarios autorizantes consignen con claridad las bases respectivas y atribuyan a cada uno de los comparecientes las funciones que específicamente les corresponden, evitando así de un lado, que el albacea no revestido del carácter de comisario aparezca realizando por sí una partición hereditaria, y de otro, que las operaciones divisorias de tipo contractual queden confundidas con las unilaterales formalizadas por el comisario.

En la escritura objeto de este recurso el testamentario D. Celestino Alcocer, según los párrafos transcritos, «en su carácter de contador partidor, ha practicado *todas* las operaciones divisorias del caudal relicto y formado el inventario con intervención de la viuda doña María Larrea, los herederos del finado y la tutora de los menores», consignando, al final del cuaderno particional, «doy por terminadas estas operaciones divisorias, las cuales he procurado practicar bien y fielmente», con todo lo cual se ha puesto de relieve que realizaba el acto no como un perito que propone a los interesados el resultado de una serie de operaciones técnicas, sino como una persona que, en cumplimiento de la voluntad del testador, otorga un acto jurídico definitivo y firme.

El hecho de que el comisario haya entregado el cuaderno particional a los interesados para obtener su conformidad, sobre el que funda su apelación el Registrador, no ha desvirtuado la naturaleza unilateral y privilegiada del acto jurídico, para colocarlo en el grupo de los contractuales; porque los comisarios, sin necesidad de resignar sus poderes distributivos, pueden inquirir la opinión de los herederos, suavizar los criterios contradictorios y armonizar las diversas pretensiones para el mejor cumplimiento de la voluntad en ellos delegada, y si bien las manifestaciones hechas por los comparecientes para elevar a escritura pública las citadas operaciones y prestarles su aprobación pudieran haber sido redactadas en forma más correcta y precisa, que desvaneciera toda ambigüedad, y pusiera de relieve la distinta actuación del comisario, cónyuge viudo, y herederos, ha de resolverse, de conformidad

con el auto apelado, que la partición es de las sujetas al artículo 1.057 del Código civil, sin insistir sobre un defecto de redacción que acaso podría ser estimado si el recurso hubiera sido promovido por el Notario autorizante, pero que carece de importancia cuando son los interesados quienes piden la inscripción en el Registro.

DIVISIÓN Y VENTA DE COSA COMÚN. LA SIMPLE MANIFESTACIÓN HECHA EN UNA ESCRITURA DE VENTA DE HABERSE ADJUDICADO UNA FINCA POR IGUALES PARTES A CUATRO HIJOS, SIN INDICAR SIQUIERA LA CAUSA JURÍDICA DE LA TRANSFERENCIA, EL TIEMPO EN QUE SE LLEVÓ A CABO Y LA FORMA EN QUE SE HIZO, NO ES INSCRIBIBLE, NO BASTANDO A SUBSANAR ESTE DEFECTO LA DECLARACIÓN QUE PUEDAN HACER LOS INTERESADOS DE RATIFICARSE EN ACUERDOS ANTERIORES.

Resolución de 12 de Marzo de 1930. (Gaceta de 26 de Marzo de 1930.)

Ante el Notario de Oviedo D. Benedicto Blázquez comparecieron varias personas a otorgar escritura de división de cosas comunes y venta, y en ella hicieron constar que por fallecimiento de D. Pedro García Acebes, bajo testamento, en estado de casado con doña Agueda Carrera Solares, una finca que había adquirido aquél por compra durante matrimonio, se la adjudicaban por partes iguales sus cuatro hijos en nuda propiedad y a la citada viuda en usufructo vitalicio; que posteriormente había fallecido también ésta, ratificándose los comparecientes en lo expuesto y aprobándolo para terminar por vender dos de los comparecientes, en nombre de sus mandantes D. Rogelio y doña Elisa, su cuarta parte cada uno de dicha finca a D. Enrique García Carrera.

El Registrador de la Propiedad de Oviedo puso en la escritura la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento precedente: 1.º, por no presentar el título que acredite que la finca en él comprendida fué adjudicada por igual, según se dice, o sea por cuartas partes, con anterioridad al mismo, a los cuatro hijos de don Pedro García Acebes al fallecimiento de éste, en nuda propiedad, y

en usufructo a la viuda, doña Agueda Carrera Solares ; 2.º, porque la ratificación que hacen los otorgantes de esta supuesta adjudicación, sin probarla, es ineficaz, mientras legalmente no se justifique la existencia del acto ratificado, que bien pudiera adolecer de defectos que impidan su inscripción ; 3.º, porque del Registro y de los documentos presentados resulta que la finca fué adquirida por el causante a título oneroso, estando casado con doña Agueda, y por fallecimiento del mismo la Ley presume, con arreglo al artículo 1.407 del Código civil, entretanto no se acredite otra cosa por la liquidación de la sociedad conyugal, que una mitad pertenece en plena propiedad a la viuda, y la otra mitad a los cuatro hijos del causante, y a ésta por su cuota legal usufructuaria, no justificándose cómo en pago de tales derechos se adjudicó a la viuda, según se dice, sólo el usufructo de esta finca, ni cómo se adjudicó por entero, por herencia, en nuda propiedad, por igual, a los hijos de ésta, D.ª Elisa y D.ª Rosario, y a los hijos de su marido, D. Rogelio y D. Enrique ; 4.º, porque, en tal situación, la mitad, perteneciente a la D.ª Agueda, por fallecimiento de ésta, pasó a sus dos citadas hijas, pero no a los expresados hijastros, a quienes la misma nada dejó en su testamento, pues sabido es que, aun siendo mayores de edad los herederos, han de subordinarse, al practicar las operaciones divisorias, y en la adjudicación, por lo tanto, a los derechos consignados por la Ley, y, si les conviene cederlos en todo o en parte, en ese particular, tal adquisición no será por herencia, sino por cesión u otro concepto análogo, cuyo nuevo acto ha de hacerse constar en la inscripción, y devengará el impuesto de Derechos reales ; y 5.º, en cuanto a la venta que comprende por falta de previa inscripción de los vendedores. No se solicitó anotación preventiva.»

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia de Oviedo confirmó la nota del Registrador, y la Dirección General confirma el auto apelado, en lo relativo a los extremos primero, segundo y quinto de la calificación, con los siguientes fundamentos :

En los recursos interpuestos por los Notarios autorizantes a fin de que se declare que las escrituras presentadas se hallan extendidas con sujeción a los preceptos y formalidades legales, la censura de la nota calificadora ha de ser más rigurosamente des-

envuelta, en cuanto se trata de dar la norma para la redacción adecuada y menos imperfecta de los instrumentos públicos, que no en los promovidos por los interesados, a fin de que se declare inscribible el título presentado, toda vez que en estos últimos casos el oficio, en cierto modo patriarcal del Registrador, ha de entenderse orientado en el sentido de facilitar al público el acceso al Registro y de subsanar con el menor dispendio los requisitos no cumplidos o las deficientes formalidades que hayan motivado la calificación.

Ante el Notario recurrente, y en 31 de Marzo de 1929, D. Enrique García Carrera, D. Manuel Nieto García, D. Pedro García del Rivero y D.^a Rosario García Carrera, como representantes de todos los interesados en la sucesión de D. Pedro García Acebes, aunque sin hacer constar expresamente este concepto, otorgaron una escritura de división de cosa común y venta al primero de ellos, en la que, después de consignar que D. Pedro García Acebes había fallecido bajo testamento, declararon que, al fallecimiento, estaba casado con D.^a Agueda Carrera Solares, y tenía cuatro hijos legítimos, y que entre los bienes dejados por el causante figuraba la casa que se describe, que había sido adjudicada «por partes iguales a los cuatro hijos en nuda propiedad y a la viuda, doña Agueda, en usufructo vitalicio».

Si bien en tales manifestaciones, ratificadas y aprobadas por los comparecientes, se encierran los requisitos fundamentales para que pueda inscribirse en el Registro la transferencia de la propiedad desde el padre a los cuatro hijos, una vez acreditado el fallecimiento de la viuda usufructuaria, ha de reconocerse que el concepto de adjudicación es tan amplio y puede depender de causas jurídicas tan diversas, que la manifestación de haberse adjudicado una finca por partes iguales a los cuatro hijos, sin indicar siquiera la causa jurídica de la transferencia, el tiempo en que se llevó a cabo y la forma, verbal o escrita, en que se hizo, no se ajusta a los preceptos contenidos en los artículos 254 y siguientes del Reglamento notarial, ni puede aspirar a los beneficios de la inscripción en un sistema hipotecario que, como el nuestro, exige la determinación específica de la base jurídica de toda transmisión de bienes.

El indicado defecto, comprendido en el número primero de

la nota recurrida, no puede estimarse subsanado mediante la declaración, hecha por los comparecientes en la cláusula sexta, de ratificarse en lo expuesto y aprobarlo íntegramente, porque si esta ratificación ha tenido por objeto solemnizar los acuerdos adoptados con anterioridad, debieron haberse consignado las características y particularidades de los mismos; y si se trataba de formalizar el reconocimiento de una situación jurídica, creada al amparo de los testamentos de ambos cónyuges, debió hacerse esta manifestación sin confusiones ni ambigüedades.

En cuanto al tercer defecto, la circunstancia de haber sido adquirida la finca por el causante a título oneroso, estando casado con D.^a Agueda, no hubiera sido obstáculo para que los herederos de ambos cónyuges la hubieran dividido en la forma que tuvieran por conveniente, bien para transigir las contradictorias pretensiones que se hubieran suscitado, bien para hacer más fácil la división de la cosa común, bien por cualquier otro motivo que, por ser de índole privada y arrancar de la totalidad de los derechos hereditarios que correspondieran a los comparecientes, debiera ser respetado por el Registrador, con arreglo a la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Centro directivo.

Por igual motivo debe rechazarse el defecto consignado con el número cuarto de la calificación, puesto que si los herederos han de subordinarse, en la práctica de las operaciones divisorias, a los derechos establecidos en el testamento y en la Ley, nada impide que las personas a quienes corresponden las cuotas hereditarias que integran la masa relicta puedan dividirla en la forma que estimen más ajustada a las declaraciones testamentarias y a su propia conveniencia, mientras no haya un precepto de interés público superior a las facultades que el derecho subjetivo confiere a cada titular.

En fin, la falta de previa inscripción de la finca aludida a favor de vendedores impide, a su vez, que se extienda el asiento referente a la venta otorgada a favor de D. Enrique García Carreira por sus coherederos.

PARTICIÓN DE HERENCIA. NOMBRADA UNA PERSONA ALBACEA Y OTRA CONTADOR-PARTIDOR, LA PRIMERA CUMPLE SU COMETIDO INTERVINIENDO Y FIRMANDO EL INVENTARIO, SIN QUE TENGA QUE CONCURRIR CON LA SEGUNDA A LA PRÁCTICA DE LAS DEMÁS OPERACIONES PARTICIONALES. NO HAY PRECEPTO LEGAL QUE LIMITE LA CAPACIDAD PARA ACTUAR DEL COMISARIO QUE SEA ANALFABETO.

Resolución de 17 de Marzo de 1930. (Gaceta de 26 de Marzo de 1930).

Falleció D. José María Rodríguez García, bajo testamento en que dispuso el nombramiento de Albacea a favor de D. Agustín García Sánchez y el de Contador-Partidor a favor de don Zacarías Juárez García, facultándoles, con la heredera usufructuaria, D.^a Eugenia Franqueza, para practicar las operaciones divisorias. Dichos Albacea y Contador, previa citación de los herederos y comparecencia de dicha usufructuaria, practicaron el inventario y avalúo de los bienes relictos, y después el segundo, sólo, procedió a practicar las demás operaciones de partición, las que, firmadas por dos o tres testigos, por sí, y a ruego de aquél, por no saber, fueron protocolizadas por acta ante el Notario de Orcera D. Manuel García del Olmo, quien leyó el acta en alta voz por renuncia de los testigos.

El Registrador de la Propiedad de Orcera puso en dicho documento nota que dice así: «Denegada la inscripción de título que precede en cuanto a las fincas adjudicadas en usufructo a D.^a Eugenia Franqueza Rodríguez, cuya inscripción sólo se ha solicitado, por los defectos insubsanables: 1.º, el estar hecha la partición sólo por el Contador, Zacarías Juárez García, resultando del testamento que son dos los Comisarios: Agustín García Sánchez, que es Albacea, con facultades de hacer la partición, y Zacarías Juárez García, que es sólo Contador, estando nombrados mancomunadamente, y 2.º, el de estar hecha la partición por Zacarías Juárez García, que es analfabeto, como Contador; y siendo personalísimo el cargo de Contador, no es posible que esté hecha por él, por no saber leer y escribir, siendo, por tanto, nula la partición hecha.»

En el recurso que interpuso la heredera, el Presidente de la Audiencia de Granada revocó la nota del Registrador, y la Dirección General confirma el auto apelado con los siguientes fundamentos:

Respecto del primer defecto, en la cláusula sexta del testamento, origen de este recurso, D. José María Rodríguez García nombró Albacea a D. Agustín García González y Contador-Partidor a D. Zacarías Juárez García, con lo cual parece haber concentrado las facultades de inspección y custodia en el primero y las de valoración y distribución del caudal en el segundo; y aunque añade inmediatamente que «ellos, con la heredera usufructuaria, practicarán por sí, sin intervención de nadie, las operaciones de inventario, avalúo y demás divisorias», ha de entenderse, como lo han entendido los otorgantes de las operaciones particionales y el Notario autorizante del acta de incorporación, que el precepto quedaba cumplido con que el Contador actuase en el concepto de Comisario y el Albacea interviniera y firmara el inventario.

El Comisario nombrado por el testador para que realice las operaciones particionales puede no sólo ordenar a otra persona que las extienda por escrito, sino que se halla autorizado para encomendar a los técnicos o peritos cuyos conocimientos científicos, artísticos o prácticos le parezcan necesarios, los trabajos previos de inventario, valoración y división u otros análogos, siempre que, de un modo independiente y autónomo, manifieste en forma solemne su voluntad de dar por redactada la partición en los términos que estime justos y declare que lo hace como delegado del testador para tales efectos.

En el Código civil no se encuentra ninguna disposición que limite la capacidad de las personas que no saben firmar, en orden del desempeño de las funciones de Comisario *mortis causa*, y las disposiciones de los artículos 708 y 1.263, en su número segundo del mismo texto legal, relativo el uno a la incapacidad de las personas que no sepan o no puedan leer para otorgar testamento cerrado, y atinente el otro al consentimiento de los sordomudos que no sepan escribir, no pueden extenderse, ni por el diferente carácter de los instrumentos, ni por las circunstancias de las personas al requerimiento de incorporación de un cuaderno parti-

cional, cuyas bases y cláusulas ha debido dictar el Comisario, asegurándose de la fidelidad y exactitud del contenido por los medios que estime procedentes.

El hecho de haberse incorporado el cuaderno por medio de acta no ha sido objeto de este recurso, y la particularidad de no haberse leído en el momento de ser incorporada al protocolo la partición propiamente dicha, sino únicamente la misma acta notarial, tampoco puede ser discutida en el presente caso, porque el cuaderno particional se ha colocado a la cabeza del instrumento público, del cual dió lectura el Notario, sin que conste que no hayan sido leídas las operaciones particionales, y, en segundo término, porque la necesidad de esta precaución, tan recomendable cuando se trata de documentos presentados por un analfabeto, ha de ser valorada más bien en los recursos interpuestos por los Notarios autorizantes que en los promovidos por los interesados en la inscripción.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XVII

Personas jurídicas. Justificación de propiedad de sus bienes. Para demostrar que ciertos valores pertenecen en propiedad a una entidad denominada Unión Laical de Beneficiados de X no es necesario presentar títulos que lleven aparejada ejecución, bastando, por el contrario, que sean meramente auténticos; y, probado en esa forma tal extremo, no procede girar, al fallecimiento de los cotitulares, liquidación por el impuesto de Derechos reales como depósito indistinto, sino sólo el de personas jurídicas.

El Presidente de la Unión Laical de Beneficiados de X declaró ante la Abogacía del Estado que era dueña de títulos de la Deuda perpetua al 4 por 100, según pólizas de Agente de Cambio que acompañaba, procedentes de venta de fincas rústicas de la comunidad, depositadas indistintamente a nombre de varios individuos de la Unión Laical, a cuyo favor, y en forma indistinta, se hizo su adquisición; los titulares hicieron constar en documento privado que los títulos eran exclusivos de la Unión Laical; tal documento, por haber muerto dos de los firmantes, era ya fehaciente; y, para normalizar la situación irregular en que se hallaban los depósitos, hizo el Presidente dicha declaración: presentó como prueba un certificado del Secretario de la Unión del acuerdo resolviendo el depósito, pólizas del Agente de Cambio de adquisición de los valores, una certificación del Obispado refe-

rente a la constitución de la Unión Laical y documentos privados firmados por los copropietarios referente a que los valores son propiedad de la Unión Laical y un acta de entrega de los valores para formar los depósitos.

La Abogacía del Estado denegó el alta a nombre de la Unión Laical como bienes de personas jurídicas y liquidó como depósito indistinto a nombre de los herederos de los titulares fallecidos en cuanto a su parte. El Tribunal Central revoca el acuerdo, anula la liquidación y ordena se gire la que corresponda por bienes de personas jurídicas con multa y demora por los años debidos.

El Reglamento del impuesto, en su artículo 77, permite se destruya la presunción legal de que los valores depositados indistintamente a nombre de varias personas pertenecen, en partes iguales, a cada uno de éstos por *documento fehaciente y adecuado a la naturaleza de los bienes, sin exigir documento público o privado* que lleve aparejada ejecución, como lo hace para que se den de baja del caudal hereditario las deudas contra el causante (artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento, bastando que aquellos documentos sean fehacientes y anteriores al fallecimiento del causante.)

Entre los documentos presentados aparecen los expedidos en forma eficaz por autoridades o entidades, como son certificaciones del Secretario de la Unión Laical, transcribiendo un acta de la misma, en que se acordó la forma de depositar los valores; otra, del Obispado, consignando, con referencia a otra de la Unión, el detalle de los títulos depositados en el Banco de España; las pólizas de adquisición de los títulos y la certificación del Banco de España, en que se consigna las circunstancias del depósito indistinto y la numeración de los títulos, coincidente con la de los documentos anteriores; todos esos documentos se refieren a hechos anteriores al fallecimiento de uno de los titulares, y, por su mutuo enlace y coincidencia, acreditan los hechos base del recurso, esto es, que los valores eran propiedad de la Unión Laical y no de los depositantes indistintos, ni en todo ni en parte, aun depositado a su nombre; tratándose de muebles, transmisibles por tradición, la justificación de su propiedad no puede ser tan solemne como en caso de inmuebles; es, pues, evidente que tales bienes se han sustraído al pago del impuesto sobre los de personas jurídica-

cas, y deben pagar lo debido por ese concepto. (Acuerdo del Tribunal Central de 25 Febrero 1930.) 27 de 1929.

XVIII

El plazo para apelar contra los acuerdos de los Tribunales provinciales es el de quince días, según el artículo 86 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, contados desde el siguiente a la notificación, e interpuesta una apelación después de ese plazo, es inadmisibile por extemporánea.

El fondo del caso se refería a una donación de inmuebles a una Congregación religiosa encargada de un asilo, pretendiendo aquélla se liquidase al tipo especial de Beneficencia (número 9 de la tarifa), y no como herencia a extraños; la reclamación fué desestimada en primera instancia, porque, según el documento presentado a liquidar la donación, no fué directamente al asilo, sino a la Congregación, existiendo, por tanto, una persona corporativa interpuesta, no fundacional que habrá de poseer los bienes sin limitación; esa persona era la comunidad o congregación, persona de tipo corporativo a la que el *Codex Juris Canonici* llama «personas morales colegiadas»; además, no se había demostrado la afectión directa de los bienes al fin benéfico. Este acuerdo quedó firme por el motivo del epígrafe y por tratarse de acto liquidable anterior a 1927; se puede fijar la presunción de que aun sin él también se hubiera aceptado esa doctrina por el Central. (Acuerdo del Tribunal Central de 25 de Febrero de 1930.) 62 de 1929.

XIX

Beneficencia. Aunque en el momento de liquidarse un legado, destinado, según el testador, a fines benéfico-docentes, no estuviesen acreditados, ni aun realizados, los requisitos que exigen la Ley y Reglamento de 1927 para gozar del tipo privilegiado, si se acredita en el plazo de cinco años que se ha clasificado la fundación y que se han adscrito los bienes exclusivamente a los fines de la misma, procede liquidar al tipo benéfico

(2 por 100) y devolver la diferencia de las liquidaciones hechas al de herencia.

Según el artículo 28, párrafos quinto, sexto y séptimo del Reglamento del impuesto de 1927, aplicable al caso, las transmisiones de bienes por testamentos o actos intervivos tributan, si es a título lucrativo, por el número 27 de la tarifa, sin que el tipo sea nunca menor de 2 por 100, y si la adquisición es a favor de personas o Asociaciones, y no de los establecimientos benéficos mismos, se aplica el número de la tarifa correspondiente a la adquisición, pero si en el plazo de cinco años se acreditase que los bienes habían quedado adscritos a los fines de la institución, podrá solicitarse la devolución de la diferencia entre la cuota pagada y lo que corresponda por el tipo benéfico; por lo tanto, aunque al tiempo de liquidarse un legado benéfico se liquidase como herencia por no haberse entonces acreditado la adscripción directa a los fines de su destino, si después se aporta la Real orden de Instrucción Pública clasificando la fundación como benéfico-docente particular, creándose la Institución encargada de cumplir el legado, que ha sido nombrado el patrono, y que los bienes, mediante su inversión en una inscripción intransferible, han quedado adscritos al fin de la fundación, todo ello en el plazo de cinco años aludido, resultan cumplidos los requisitos legales y debe liquidarse conforme al número 9, en relación al 27 de la tarifa vigente aplicable a las adquisiciones a título lucrativo que realicen los establecimientos de beneficencia e instrucción de fundación particular, con derecho a la devolución de la diferencia de lo pagado. (Acuerdo del Central, de 7 de Mayo de 1929.) 64 de 1929.

XX

Denuncia. Acumulación de las mismas. 1.º Presentadas dos que versan sobre transmisión de porciones de la misma finca, fundadas en idénticas razones y por el mismo interesado, es procedente su acumulación al efecto de que conozca en un fallo el Tribunal Central. 2.º Son inadmisibles las denuncias por supuesta defraudación, si en las transmisiones realizadas se ha

comprobado el valor por capitalización del líquido imponible y no prueba el denunciante error en éste.

1.º En cuanto a lo primero, la acción es la misma y debe decidirse en un solo fallo. 2.º En cuanto a lo segundo, el denunciante alega que no se ha practicado la comprobación con arreglo al verdadero líquido imponible, cuya capitalización hubiera dado aumento de valor, lo cual no es cierto, por haberse fijado la parte proporcional de los líquidos correspondientes a la parte de fincas vendidas y con arreglo a aquéllas se hizo la capitalización, cuyo importe fué menor que el precio de la venta, conforme al que se liquidó, no habiendo motivo para suponer se haya disminuído el precio, y coincidiendo éste con el importe de una hipoteca que se canceló después, tampoco se da defraudación, atendiendo al valor de las cargas que pesaban sobre el inmueble. Debe, por todo ello, desestimarse la denuncia, cuyo autor no ha facilitado ningún documento de que no tuviera noticia la Administración. (Acuerdo del Tribunal de 6 de Agosto de 1929.) 98 de 1929.

XXI

La adjudicación de fincas hecha a una entidad que goza de exención por los préstamos dedicados a la industria, en pago de esos préstamos está sujeta al impuesto.

La Sociedad alega en síntesis que, según el apartado cuatro de la base quinta de la ley de 2 de Marzo de 1917, y a la letra G del artículo 16 del Reglamento de 24 de Mayo de 1924, los préstamos que aquélla realice están exentos del impuesto de Derechos reales y Timbre y esa exención abarca todas las operaciones derivadas de los préstamos, incluso la adjudicación forzosa de fincas a la entidad en pago de sus créditos, porque si no, el importe del impuesto recargaría el coste del préstamo, ya que la Sociedad había de resarcirse por cuenta del deudor y ese recargo es opuesto al espíritu de la Ley.

La reclamación es desestimada. Las disposiciones invocadas en ésta se refieren concretamente a los préstamos, y es notorio

que, ni jurídica, ni fiscalmente, pueden confundirse ni asimilarse la adjudicación de fincas en pago de créditos, ya que son distintos en su concepto y en el tipo y forma de tributación, no pudiendo aplicarse la exención concedida a unos a la otra, en tanto que la Ley no lo disponga; las exenciones en materia tributaria son de interpretación restrictiva y así se deduce claramente del artículo quinto de la Ley de Contabilidad, según el que no se concederán esas exenciones si no cuando la Ley lo disponga expresamente. (Acuerdo del Tribunal Central de 6 de Agosto de 1929.) 103 de 1929.

XXII

La adjudicación a un solo heredero de una hacienda integrada por diversas fincas de regadío de difícil división por la casi imposibilidad de distribuir el agua de modo que llegue a todas las parcelas en que se dividiera, obligándose el adjudicatario a abonar a sus hermanos el exceso de valor de la finca adjudicada en metálico, no paga más que por herencia a cada uno de los herederos y no por la adjudicación.

Es principio general (artículos 15, 24 y 31) que en las sucesiones el heredero o legatario a quien se adjudique más de su haber hereditario pagará por la diferencia o exceso adjudicado como tal adjudicación, sin perjuicio de lo que deba abonar como heredero; pero constituye una excepción a tal principio el precepto del artículo sexto, párrafo 14 del Reglamento y concordante de la Ley, según el cual están exentas las diferencias que unos herederos se abonen a otros a virtud de los artículos 1.056 y 1.062 del Código civil, debiendo entenderse que tales excesos o diferencias abonables por unos herederos a otros no se refieren exclusivamente a cantidades en metálico, ya que para éstas el Reglamento establece una exención especial en el mismo artículo sexto, párrafo sexto, la cual haría innecesaria la del 14, sino que se halla establecida precisamente con relación a las adjudicaciones de inmuebles o muebles que superen al haber hereditario; y esto supuesto, ha de estimarse comprendida en la exención del impuesto la adjudicación hecha de una gran finca de regadío a un solo heredero, pagando

él a los demás sus porciones en metálico, porque no podría dividirse aquélla entre los herederos sin desmerecimiento notable, merced a que para ello era preciso imponer a unos trozos, sobre los demás, servidumbres onerosísimas de acueducto, y dado el valor de la misma, no cabe en un solo haber hereditario, siendo, además, imposible, regar eficazmente cada porción en que se dividiera, y dado que por otra parte la administración no puede alegar razones que demuestren la posibilidad de división material para evitar la adjudicación de la finca a un solo heredero, y concurren, por tanto, los requisitos del artículo 1.062 del Código civil. El Tribunal Supremo habida cuenta del artículo séptimo, número 21 de la ley de 1900, igual a la actual, aplicó esa misma doctrina en un caso en que se había adjudicado una fábrica de aceite no divisible a un heredero con obligación de abonar en efectivo la diferencia del haber hereditario, fundado en que si a tenor del artículo 40 (hoy 41) del Reglamento, el impuesto ha de exigirse conforme a la verdadera naturaleza jurídica del acto, es indiscutible que la adjudicación hecha por los herederos es un acto hereditario y particional, consecuencia del artículo 1.062 del Código, sin que ello entrañe un acto de adjudicación distinto, que es cuando podría tener aplicación la doctrina del exceso de adjudicación sobre los haberes hereditarios. (Acuerdo del Tribunal de 6 de Agosto de 1929.) 105 de 1929.

XXIII

Fianza. Contribución de Utilidades. 1.º La devolución a una sociedad del depósito constituido por ella en concepto de caución para conseguir el aplazamiento del ingreso de una multa por concepto de la contribución de Utilidades, según el artículo 26 bis de la ley de esa contribución, está sujeta al impuesto, aun cuando la devolución se acuerda por consecuencia de haberse anulado por resolución firme la multa impuesta. 2.º La base de la liquidación ha de ser, no el capital nominal del depósito constituido en concepto de fianza, sino el importe de la cuota del Tesoro de dicha contribución de Utilidades, cuyo pago era la obligación garantizada.

1.º El número 10 del artículo 2.º de la ley del impuesto declara que está sujeta al mismo la cancelación de toda clase de

fianzas pignoraticias o personales, sean voluntarias, judiciales o administrativas, cualquiera que sea su objeto, la obligación que garanticen y la clase de documento en que consten, sin más excepción que las establecidas por documento privado que aparezca en el mismo documento; a tenor de este precepto, la constitución de un depósito con títulos de la Deuda Pública como caución del pago de la cuota del Tesoro en la multa impuesta por falta de pago de la contribución de Utilidades, ha de calificarse jurídicamente de fianza pignoraticia que aseguraba el cumplimiento de la obligación del pago de la multa como medio para conseguir el contribuyente, como lo logró, el aplazamiento de dicho pago, al amparo del artículo 26 bis de la ley reguladora de contribución de Utilidades; es precepto general del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1926 que la interposición de una reclamación no suspende la ejecución del acto administrativo con todas sus consecuencias, incluso la recaudación de cuota o multas, y, por ello, cuando una ley como la de Utilidades, autoriza se substituya la ejecución del acto administrativo estrictamente por un aplazamiento con garantía al contribuyente, se le ofrece, a su libre arbitrio, el dilema de pagar o substituir éste por una garantía aceptada por la Administración, y si opta por ésta, ha de ser con todas sus consecuencias, una de las cuales es el pago del impuesto de Derechos reales, ya que ni la Ley ni el Reglamento de este impuesto establecen la exención de este depósito; es de notar que la liquidación no grava un intento de exacción de un impuesto que la misma Administración declaró improcedente, sino que lo gravado es la cancelación de una fianza administrativa que surtió pleno efecto, como que, merced a ella, el contribuyente consiguió el aplazamiento del pago, y precisamente para suspender provisionalmente ese pago es para lo que se constituyó la fianza; debe, pues, pagar a su devolución.

2.º En cuanto a la base para liquidar, según el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del impuesto, debe ser el importe de la obligación garantizada, y en manera alguna el importe del depósito constituido, y como dicha obligación era la parte del Tesoro, en la multa impuesta a ese importe debe reducirse la base liquidable. (Acuerdo del Tribunal Central de 25 de Febrero de 1930.) 130 de 1929.

XXIV

Obras. 1.º La especificación del precio en la escritura de contrata por mera declaración del contratista, haciendo constar que se hacía a los efectos del impuesto de Derechos reales, apoyada en certificación librada por un funcionario que, tomando como base ciertos datos, realiza un cómputo para fijar la especificación del precio destinado a jornales y a materiales es insuficiente para liquidar el impuesto con sujeción a ella y debe hacerse al contrario, conforme a la presunción reglamentaria. 2.º El plazo de presentación debe computarse desde el otorgamiento de la escritura de contrata y no desde la aprobación del concurso o subasta, y son improcedentes las multas e interés de demora interpuestos, computando el plazo de presentación desde esa última fecha.

En los contratos de Obras públicas, según el número 15 del artículo segundo de la Ley del impuesto, y párrafo cuarto del 18 del Reglamento, si el arrendador se compromete a proveer de materiales, se apreciará la existencia conjunta de una compraventa o suministro cuyo valor se apreciará en los dos tercios del precio total, si no se especificase, liquidándose los dos tercios, en tal caso, como transmisión de muebles y una tercera parte como contrato de obras; la presunción legal sólo cede a la especificación particular cuando conste éste en el mismo contrato a todos los efectos del contrato mismo y no meramente al del pago del impuesto, pues de otro modo la base quedaría subordinada a la voluntad del obligado al pago; el Reglamento lo dispone expresamente (párrafo tercero del artículo 25), en cuanto a los contratos de suministros en que va englobado arriendo de servicios, y ese precepto es de perfecta aplicación, por su analogía, al caso de ejecución de obras, tanto más cuanto que en el Reglamento de 1911 aparecían las reglas de ambos contratos en un mismo artículo y hoy se han separado por razón de método, pero no por razón de esencia; la especificación, según su significado gramatical y lógico, exige que el precio se declare individualmente en cuanto a los materiales y a la ejecución de la obra, y, por tanto, ha de detallarse

partida por partida en el contrato mismo o en documentos que lo integren, no siendo suficiente la declaración del contratista obligado al pago en la que globalmente determine el tanto por ciento correspondientes a los materiales o a la mano de obra, aunque se aduzca como fundamento la apreciación de un funcionario técnico, pues la Ley quiere la especificación concreta en el contrato para que la base responda a la realidad ; y menos puede servir una certificación en que consta que, aun cuando el proyecto de las obras no contiene los precios descompuestos en unidades de obra para el *cómputo aproximado de jornales y materiales*, *éste se ha basado* en la lista de precios que acompaña, pues ello revela se trata de un cómputo aproximado, no hecho a virtud de documento que forme parte del contrato y opuesto a la fijeza contratada que quiere la Ley.

2.º Según el párrafo 8 del artículo 107 del Reglamento, el plazo de treinta días de presentación se cuenta, cuando hay escritura pública, desde ésta ; no debe, pues, contarse, dado que la escritura era necesaria, desde la fecha de la adjudicación de la contrata, y deben devolverse la multa e intereses de demora liquidados, basándose en tal criterio equivocado. (Acuerdo del Central de 26 de Noviembre de 1929.) 136 de 1929.

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado.

El cincuentenario de la vigencia de la Ley Hipotecaria en Cuba

No fué celebrado, como todos esperábamos y tanto se anunció, por mí mismo, aquí, en esta Revista, con fiesta ninguna, día tan marcado en el orden judicial.

Ni la Asociación de Registradores de la Propiedad efectuó las fiestas que tenía acordadas, y cuyo programa no llegó a confeccionarse (que yo sepa), ni las Revistas jurídicas, han dicho ni hecho nada con ocasión de la fecha.

La *Revista de Derecho Hipotecario* preparaba un número especial; pero, por razones de reorganización y nuevo plan de la publicación, está en suspenso hace meses.

Sólo *Diario de la Marina*, cuyo director letrado, el Doctor José Ignacio Rivera y Alonso, se hizo eco del acontecimiento, dió una interesante nota, a manera de efemérides, y recogió varios artículos, con ocasión de él, en los días 2, 3 y 4, porque el día 1—día del Trabajo—no hubo periódicos en Cuba.

Oportuno me parece la reproducción de esos trabajos en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, y a ese fin los he recogido e inserto a continuación:

EL CINCUENTENARIO DE LA LEY HIPOTECARIA EN CUBA, 1880-1930

Ayer cumplió cincuenta años de vigencia en Cuba la legislación Hipotecaria, que en España rigió desde 1 de Enero de 1863.

Este régimen debió quedar establecido en la isla el 1 de Enero

de 1880, de conformidad con el artículo 2.º del Real decreto de 16 de Mayo de 1879; pero tuvo que aplazarse su implantación hasta el 1 de Mayo del dicho año de 1880, según lo dispuso ese Real decreto de 19 de Diciembre de 1879, comunicado a Cuba por la Real orden de la misma fecha, que se publicó en la *Gaceta de la Habana* de 15 de Enero del dicho año de 1880, por no haber podido ser nombrados a tiempo los Registradores de la Propiedad.

Desde esa fecha, 1 de Mayo de 1880, quedó en vigor la ley Hipotecaria hasta el año de 1893, en el que, sin establecerse en ella reformas radicales que afectaran al régimen, se hicieron modificaciones de bastante importancia. Promulgóse una nueva ley, con su reglamento e instrucción para la redacción de instrumentos públicos.

Esta nueva legislación Hipotecaria, conocida en el foro, en general, por la «ley Maura», comenzó a regir en Cuba el día 18 de Septiembre de 1893, vigésimo día siguiente a la publicación en la *Gaceta*, o séase a su promulgación.

Hoy su vigencia emana de la séptima de las disposiciones transitorias de la constitución de la República.

Al promulgarse la ley de 1880, e implantarse en Cuba—hace cincuenta años—el régimen hipotecario, existían sólo dos Audiencias: la de la Habana y la de Puerto Príncipe, y se nombraron Registradores de la Propiedad, para atender a su régimen en el territorio de la primera de dichas Audiencias, en número de seis para la provincia de la Habana, tres para la de Pinar del Río, cuatro para la de Matanzas, seis para la de Santa Clara y uno para la Audiencia de Puerto Príncipe y cinco para la de Santiago de Cuba.

Hoy, los Registradores de la Propiedad, en los territorios de las seis Audiencias que existen en la República, ascienden a 49.

«EL CREDITO HIPOTECARIO», POR GASTON MORA

Con motivo del cincuentenario de la ley Hipotecaria vigente en Cuba.

Mientras en Cuba se consolida y florece el crédito hipotecario, se nos dice que en Rusia o no existe o agoniza. Esto se debe a que

Cuba, como todos los países de tradición jurídica romana o de civilización occidental, reconoce y consagra el derecho de propiedad privada. Y donde esta institución existe, es natural y necesario que haya crédito hipotecario y una legislación que lo organice y regule. Donde no hay propiedad privada, sino colectiva o comunista, no hay necesidad de crédito hipotecario. Ya se comprende que hablamos de la propiedad raíz de los inmuebles. Los bienes muebles y semovientes tienen la garantía de la prenda. De ahí el crédito pignoraticio. Cuando el crédito personal, que se funda en la confianza que inspira un ciudadano, no existe prácticamente—no bastan las cualidades morales—, los prestamistas, sean personas naturales, sean personas jurídicas, piden garantías. Un refrán francés dice que «sólo se presta a los ricos».

¿Es buena la legislación hipotecaria existente en Cuba? Un legista de talento y cultura extraordinarios, ya fallecido, dijo de ella, un día, *que era una ley de usura*. Es posible que este juicio resulte demasiado severo, injusto quizás. Ciertamente, la ley es dura y hasta rígida en sus disposiciones para asegurar, para resguardar el derecho del acreedor hipotecario. Pero si no fuese así, no habría o apenas habría quienes prestasen dinero con garantía hipotecaria. El aludido eminente jurista entendía que era conveniente suavizar la ley Hipotecaria, armonizándola con la equidad. Para él no debía existir el tipo mínimo de la subasta de las responsabilidades preferentes, ni tampoco el justiprecio del inmueble hecho o fijado en el contrato de la hipoteca, pues el deudor, obligado por el acreedor, habrá tenido que aceptar el impuesto por el prestamista, sino el justo y verdadero valor del *bien hipotecado*. Más lejos iba todavía el sabio letrado. Creía que al deudor no se le debía privar de su propiedad en el caso de que el precio obtenido en la subasta no cubriese el crédito del acreedor, sino que lo justo y equitativo y hasta lo económico y social era entregar la finca al acreedor para que éste la administrase o explotase hasta reembolsarse de su crédito.

«Con esta solución—decía el consabido jurisconsulto—se impediría lo que ya ha sucedido algunas veces, a saber: que los licitadores, de acuerdo con el acreedor, ofreciesen precios muy bajos, inferiores al *valor real* del inmueble.»

Si estas doctrinas prevalecieran, desaparecería o se contraería

mucho el crédito hipotecario. Los acreedores quieren siempre plenitud de garantías.

MI PRIMERA MANIFESTACION COMO PUBLICISTA (1)

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA LEY HIPOTECARIA Y SU REGLAMENTO. 1886

Al doctor Miguel Alonso Pujol, fraternalmente, con motivo del cincuentenario de la vigencia entre nosotros de la ley Hipotecaria.

Cuando, en 1878, al terminar en Diciembre, el año escolar, le dije a mi padre, el Director del Gran Colegio privado de la villa de Guanabacoa, Santo Tomás de Aquino, que no tenía nada más que enseñarme allí, y estaba en el caso de advertírselo para que tomara la determinación que mejor creyere, pues yo había completado mi enseñanza superior con bastante aprovechamiento; mi padre, hasta resolver qué destino, al fin, me daba, acordó llevarme a la Audiencia, a su lado, para que, con mi letra, muy buena y muy gallarda, aunque nada cursada, lo ayudara en ciertos trabajos, que era lo que requerían.

Yo pensaba ser médico, me inclinaba la Medicina y me parecía que era mi mejor campo de acción.

Sólo tenía de edad catorce años y meses; pero es de advertir que yo empecé muy temprano, y el tesonero carácter de mi madre inolvidable, se manifestó siempre inflexible en todo lo que a nuestra educación—de sus hijos todos—afectaba; y así, cuando otros se iniciaban, ya nosotros leíamos, escribíamos y contábamos largamente.

Nuestros juguetes fueron siempre instructivos. Recuerdo perfectamente un rompecabezas que consistía en las cinco partes del mundo y un mapamundi, el cual, a los ocho años, yo armaba exac-

(1) Inserto aquí este trabajo como fué escrito y corregido para su publicación, pues en *Diario de la Marina*, por falta de espacio en la página de editoriales, donde apareció, se le suprimió mucho de su texto.—A. S. C.

tamente, explicando lo que hacía; y, desde entonces, aprendí cuáles eran las capitales de todos los Estados del Universo.

Valga esta digresión para explicar cómo a los catorce años ya pensaba yo en una carrera determinada.

Fuí, pues, el 7 de Enero de 1879, por primera vez, a la Audiencia, con mi padre. La Audiencia estaba entonces en el Palacio de Aldama, Reina y Amistad.

El, mi padre, me presentó allí al licenciado D. Francisco Javier de Zúñiga, Escribano de Cámara de la Sala tercera, su jefe, quien celebró mis adelantos y me hizo notar las ventajas de hacerme Abogado, en vez de Médico. «El Abogado—me dijo—es apto para todo.»

Al volver, por la tarde, a mi casa, en Guanabacoa, de «mi empleo», y referir a mi santa madre, que, anhelosa, me esperaba, lo que me había dicho el licenciado Zúñiga, abundó en su idea, agregándome que, a más, ella creía que el «foro», para mí, había de ser un venero de riqueza, dadas las relaciones de mi padre en él, donde, desde el año de 1854, desenvolvía sus actividades; y quedó acordado que me hiciera Abogado.

Entonces nos trasladamos a la Habana para hacer más fáciles mis estudios de bachillerato; y, sin dejar la Audiencia, hice en Belén el primer año, y los demás, en el Colegio «Santiago Apóstol», que dirigía el doctor D. Juan Zamora, donde fué posible estudiar al par que continuar en mis labores forenses.

Ya bachiller, sin vacilaciones de ningún linaje, me matriculé en la facultad de Derecho Civil y Canónico, y me sentía como más en caja en mi modesto puesto de escribiente en la Audiencia, donde tenía el sueldo de cincuenta pesos del Banco Español de la Habana, que eran equivalentes a una y media onza en oro.

Me hice amigo y capté el aprecio de innumerables Abogados, que me trataban con marcada distinción, deferencia hacia mi padre, más que nada.

Mi padre me enseñaba de todo allí. Me impuso de la nomenclatura (llamémosla así) de todos los juicios.

Supe, en seguida, cuál era el declarativo, el ejecutivo; qué era una mayor cuantía, qué una menor cuantía, un incidente, etc. De los recursos me lo explicó todo: la apelación, la queja, la súplica, la casación y sus efectos, de cada uno.

Y me mostró cosas rarísimas, procediendo con algunas, por comparación.

Me dió a leer un pagaré, obrante en un pleito—no se me ha olvidado la impresión que me hizo—, «por resto del importe del precio de veinte esclavos vendidos», con esta especificación: «ánimo en boca, hueso en costal, sin lugar a redhibitoria»; es decir, que hablaban y andaban, que estaban vivos. «Acción que nace de la venta de animales», me decía, indignado, mi padre, de espíritu tan cristiano, tan liberal y tan compasivo.

Y, comparándolas con las que entonces se redactaban, que son casi como las de hoy, me hizo ver una sentencia en unos autos muy antiguos, que, al efecto, rebuscó, escrita así: «Resultando: lo que aparece de los autos.»—«Considerando: lo alegado por las partes.» «Fallo que debo declarar la demanda con lugar, imponiendo también las costas al demandado.»

Nada más sintético y, por ende, más cómodo.

Aquello, que me animaba, llegó a atraerme más que la asistencia a enfermos de males no pocas veces contagiosos y casi siempre repugnantes.

Seré, pues, me dije, Abogado, con amor y gusto por la carrera.

Mas, no contento mi padre, y ya estudiando yo el segundo año, quiso que especializara, y me indicó como lo más conveniente los estudios de la materia hipotecaria, que me abrirían las puertas de un Registro de la Propiedad. Y, muy amigo de D. Manuel Triana, Registrador de la Habana, me presentó a él, quien me franqueó la oficina «para que fuera haciendo boca», como me dijo, agregándome: «pero no estudie sólo legislación hipotecaria, porque ésta no es más que el canevá en que ha de bordar usted los dibujos innumerables que el Derecho, en general, pero el civil, principalmente, le ofrecerá en cada caso. Para ser un buen hipotecarista es preciso ser un gran civilista.»

Una mañana me llevó, acompañándolo, a una diligencia personal suya y, al volver por la calle de O'Reilly, entró conmigo en la librería La Enciclopedia, de D. Miguel Alorda, donde compró la obra en tres tomos de *Elementos de Derecho civil*, de D. Pedro Gómez de la Serna y D. Juan Manuel Montalván, y me la obse-

quió, diciéndome: «Para hacer bueno mi consejo.» Aún la conservo con gran afecto.

Su gentileza y su caballerosidad extraordinaria, su generoso proceder en todo, me encantaban y, consiguientemente, me atraían por modo invencible. Pero no podía, a pesar de mi gusto y de mi empeño, concurrir diariamente a su Registro, lo que a él no le gustaba y «hasta a veces—me dijo en una ocasión—se dolía que pudiera ser consecuencia de su consejo—mal tomado por mí—de darle preferencia en mis estudios, al Derecho civil».

Yo le hice saber que, muy lejos de eso, su consejo había encauzado mis planes, y que no había desistido de ellos, pues, al contrario, eran mi empeño y dedicación cada vez mayores. «Yo estoy acabando un *Índice alfabético de la ley Hipotecaria y su Reglamento*, que he hecho al par que estudiaba esos textos, para facilitarme su repaso en ordenación de temas», le dije una tarde; y, en efecto, meras notas que era lo que entonces tenía, se convirtieron muy pronto en aquél.

Le rogué—cuando, ya terminado, se lo mostré—que me lo prologara; y no quiso, porque «siempre había declinado este honor, como también el de las dedicatorias»; pero me ofreció pagarme la impresión.

Esta oferta—ya aceptada por mí cuando la de Triana—me la había hecho D. Niceto Solá, y no pude, pues, desviarme de ella.

En la imprenta *La Correspondencia de Cuba*, de Obrapia, 24, se esperaban mis cuartillas para comenzar el trabajo. El prólogo era lo que me inquietaba.

Tantos Abogados conocidos, tantos tan amigos de mi padre, en constante y estrecha relación allí en la Audiencia, ¿a quién acudir, cómo preferir de entre todos a uno?

En esto llegó a la Habana el doctor Antonio Zambrana y Vázquez—figura de gran relieve como patriota y literato, colaborador de Ignacio Agramonte en la Constitución de Guaimaro, en aquella obra inmortal, la primera entre los códigos de nuestra República—, que produjo en nuestra sociedad singular expectación, y, amigo de mi padre también, me le presenté solo yo, invocando ese lazo; le expuse mi plan, mi ruego a Triana y su justa excusa, mis miramientos en elegir de entre los de la cotidiana comunicación quien me sirviera y mi empeño, que le rogaba acogiera y com-

placiese, de obtener unas letras de él con que abrir mi trabajo al publicarlo.

Accedíó. Le dejé el manuscrito, y pocos días después, él mismo me llevaba a la Audiencia, autógrafa, la carta que, colmando mis deseos, fué la primera página del folleto que dí a la luz, en 30 de Septiembre de 1886, con el título antes escrito: *Índice alfabético de la ley Hipotecaria y su Reglamento*.

No he de pasar adelante sin darla a conocer, insertándola aquí íntegramente:

Dice así:

»Señor Don Andrés Segura Cabrera.

»Mi distinguido amigo: Las modernas leyes hipotecarias, que dondequiera que se han establecido han significado tanto progreso para las transacciones referentes a la propiedad raíz y, en general, a los derechos reales, por la luz que arrojan sobre la situación de éstos, nunca pudieron eludir el inconveniente, enlazado a su propia naturaleza, de una complicación de formas, que hace muy difícil su examen para la aplicación a alguno de los casos concretos que ocurren con tanta frecuencia en el foro y en los negocios.

»Facilitar su consulta es una empresa de importante utilidad. El *Índice* de usted, llevado a cabo con perfecto conocimiento del asunto y con método irreprochable, presta, por lo tanto, un buen servicio.

Tengo sumo placer en manifestarlo, autorizándole, como me pide, para que publique estas líneas.

»Su affmo. y a. s.

»Antonio Zambrana.

»L/c. Septiembre 30 de 1886.»

El folleto se publicó con el éxito mayor. Yo hice constar en su portada, al pie de mi nombre, como su autor que era, «Alumno de la Facultad de Derecho Civil y Canónico».

Me sentí publicista, como cuando *El País*, *La Lucha*, *El Estudiante*, *La Razón*, *La Correspondencia de Cuba*, etc., insertaban mis primeras producciones literarias, me sentí periodista.

Se vendió extraordinariamente. El millar de la tirada fué agotado muy pronto.

Yo me recreaba en mi obra. Me parecía que había hecho algo. Me lo celebraban mucho, además.

Era, evidentemente, útil. La ley Hipotecaria tenía muy poco tiempo de vigencia entre nosotros. El trabajo mío facilitaba la busca de sus preceptos y su concordancia con el Reglamento.

Pero, él fué precisamente la causa de que yo no llegase a ser Registrador, de que me desviase de ese mi propósito que satisfacía el empeño de mi padre.

Un amigo, al mostrárselo y dedicarle un ejemplar, apasionado, por ende errado en su apreciación, y creído por mí, sin más examen, me hizo ver que el campo de la legislación Hipotecaria era muy limitado, y lo del Registro muy problemático. Que de civilista o en lo mercantil tenía más vuelo, más acción, más ventajas; y me hizo dejar caer al suelo mi ídolo, que se destrozó en pedazos, por completo.

Mi padre, Triana, mis demás amigos, juzgaron muy equivocado el consejo. Me animaron, haciéndome reflexionar; pero todo fué en vano.

Fuí tan sólo Abogado, ejerciendo en todo, menos en lo criminal, que nunca me atrajo. Luego, Juez municipal, Secretario de la Sala de lo Civil de la Audiencia de la Habana y del Tribunal Local Contencioso-Administrativo—entonces un organismo aparte—, Archivero judicial de Hacienda, Escribano de actuaciones, que hoy son los Secretarios judiciales; Juez instructor administrativo y hasta Notario, por último, que aun lo soy, ahora, cuando ese ejercicio se hace punto menos que imposible.

De las riquezas presentidas por mi madre, nada absolutamente; ¡ni esto!, a pesar de que, para alcanzarlas, y cumpliendo con la máxima, que pudiera llamarse económica, de San Ignacio, «recé, como si no contase con mi trabajo, y trabajé, como si no contase con Dios».

Sólo he logrado hacerme de mucho mundo interior, de una grandísima experiencia en todo y pleno conocimiento de los hombres, de los que, por muchos, siento el más grande desprecio, porque a tal me mueven sus torcidas actuaciones, sus indignos proceder, sus mismos honores y riquezas, adquiridas éstas, las más, por modos inconfesables, como aquéllos a costa de sus propios vilipendios, pues que, a lo primero que han faltado ha sido al respeto a su propia estimación.

Si mi carrera no se tuerce, sería Registrador de la Propiedad,

y entonces, no en esta *menção*, me hubiese ocupado de mi primera obra publicada, sino que, tomándola por pretexto, hubiese entonado un Himno, en *asiento especial y separado*, a la ley del tercero, a la ley Hipotecaria, al cumplirse el cincuentenario de su vigencia entre nosotros, con evidente provecho para la propiedad inmueble y la contratación sobre la misma.»

«REFORMAS QUE SE IMPONEN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD», POR TIBURCIO CASTAÑEDA. — *Con motivo del Cincuentenario de la ley Hipotecaria vigente en Cuba.*

Cuando yo entré a desempeñar el cargo de Registrador de la Propiedad de la Habana, hacía pocos años que se habían establecido los Registros de la Propiedad en esta Isla por medio del sencillo, pero largo procedimiento de enviar a los respectivos Registros que se crearon en esta Isla, las copias de las anotaciones de los antiguos libros correspondientes a cada uno de los Registros de nueva creación.

Y es evidente que la creación de los Registros ha facilitado mucho las transacciones y abreviado el traspaso de las propiedades inmuebles.

Pero el resultado de la práctica de las inscripciones en los libros de los Registros de la Propiedad trae consigo el propósito de obviar algunas de las dificultades que surgen en la labor de los Registradores en relación con los dueños de las fincas y las inscripciones de la propiedad y los gravámenes.

Hay que aumentar las facultades de los Registros.

Cuando un Registrador recibe hoy una copia notarial de una escritura para la inscripción de una finca, si la transmisión de la propiedad se ha realizado en un Juzgado, puede suceder que se asegure ante ese Juzgado la existencia de un censo que antes no constaba, ni mencionábase siquiera en la inscripción del Registro de la Propiedad; pero se puede dar el caso de que ante un Juzgado se pida el remate de una finca a virtud de los intereses caídos, de

un censo que no existía antes ; y es más : al tratar de hacer la valoración de la finca sobre la cual se ha inscrito el nuevo censo, con una copia de una escritura que hasta puede ser de los Archivos de la Hacienda o fabricada totalmente desde la cruz a la fecha, es decir falsa, se remate una finca que vale 30 ó 40.000 pesos, y que se ha valorado en dos o tres mil pesos, falsamente, por los réditos del censo.

¿ Cómo puede venir el convencimiento al Registrador de que se trata de una falsedad de a folio, sobre todo si atañe a fincas que no son de particulares, sino de instituciones piadosas ?

Hoy, el Registrador está desarmado, aunque sospeche que se trata de un fraude. Pero si se hiciese obligatorio el acompañar una fotografía de la finca o fincas que se van a inscribir, ya entonces se hallaría el Registrador con un dato cierto de que existe la falsedad, toda vez que la fotografía revela la importancia del inmueble.

Advierto que al decir esto yo no hago suposiciones creadas por la imaginación, sino de hechos ciertos que han sucedido.

El costo de una fotografía traída por el Notario o el Escribano y el Juez es ya un documento de valor, sobre todo si el rematador, dueño del censo falso o cierto (de nueva inscripción) firma también la fotografía de la finca.

El par de pesos que pueden costar las fotografías, una para el Registrador y otra para el Notario, nada significa.

,

El Registrador tendrá que denunciar el delito de falsedad de los títulos que se le presenten.

No de un modo potestativo, sino obligatorio, quedará forzado el Registrador a denunciar ante el Juzgado una tasación baja de una casa que por la fotografía se colige que vale 30.000 pesos y que se remata por un censo de 500 pesos, diciendo el perito tasador que, en efecto, no vale los 500 pesos del censo, sino mucho más.

Con obligar a presentar una copia simple, firmada por el Notario, de la finca vendida, a la que se pegue la fotografía, no hay necesidad de crear un archivo de fotografías, sino de las copias, aunque rubricadas por el rematador y por el propio Notario.

Para esa denuncia basta que el Registrador acompañe la fotografía de la casa y el dato del precio porque se remató.

No por pasividad de las personas que conocen de los bienes de las Sociedades benéficas, sino porque no tienen noticia del desmán perpetrado, surgen algunos desafueros.

Una parte del nuevo Palacio de Justicia para los Registradores.

Cuando yo cesé en desempeñar el Registro de la Habana por sustitución, fuí a Nueva York a pasar una temporada, y ya allí me permitieron examinar todo el mecanismo de las inscripciones.

Hay que empezar por decir que, respetando los derechos adquiridos, habría que dejar en sus puestos de Registradores a los que lo son hoy y el mismo número de Registros; pero todos ellos tendrían sus oficinas y archivos en el mismo edificio; quizás se pudiese hacer extensiva esta unidad a los Jueces.

Pero ¿no es verdad que el público tendría una gran ventaja y hasta economía en medios de transporte si todos los Registros y Juzgados estuvieran en la planta baja del Palacio de Justicia, reservando la parte alta para las Audiencias y el Tribunal Supremo?

En poco tiempo un agente de Notaría o un particular podría enterarse del estado en que se hallan los títulos presentados a la inscripción.

En Nueva York es cierto que hay un solo Registrador en Jefe; pero tiene varios auxiliares que le ayudan; lo cual quiere decir que su labor es de inspección y firma definitiva.

Pero también es cierto que, dado el enorme valor de muchos de los edificios de Nueva York, el Registrador y sus auxiliares tienen un sueldo subido, sí, pero los productos del Registro son para el Estado.

Bastará decir que el certificado de inscripción y cargas de alguno de los valiosos edificios de Nueva York, para oficinas, vale varios miles de pesos.

Por lo que he escrito se ve que, en resumen, al volver la vista al medio siglo, que termina hoy, de la creación de los Registros de la Propiedad en Cuba, hay que felicitar a los actuales Registradores, que son modelo de inteligencia, capacidad y rectitud; y

luego se ve que bien poco he tenido que decir de nuevo sobre los Registros, a no ser reforzar y aumentar las facultades de los Registradores para que den un jalto ahí! a aquellos que quieren burlar los derechos ajenos y dar facilidades al público para el pronto despacho de sus títulos de propiedad, reuniendo en un solo edificio a todos los Registros actuales.

Hay que agradecer muchísimo el recuerdo a *Diario de la Marina* y a su ilustre director, el doctor Rivero; y, más en estos instantes, en que la política nacional, llegando a sus períodos más cálicos, todo lo absorbe.

DR. ANDRÉS SEGURA CABRERA,

Redactor en Cuba.

Mayo de 1930.»

Bibliografía extranjera

REVISTAS

GRÜNEWALD.—¿Tienen capacidad de obrar los condenados a muerte?—(Der Funge Rechtsgelehrte, 5-16.)

DES GOUTES.—El sistema de la nulidad de los actos jurídicos en Derecho suizo.—(Zeit. f. Schweiz. Recht, 48-3.)

VADASZ.—La legislación húngara después de la guerra.—(Bulletin mens. de la Soc. de Leg. Comparée, 58, 4/6.)

GÜNTHER.—Ojeada de conjunto sobre la jurisprudencia en el año 1928, acerca de las cuestiones relacionadas con la legislación especial de inquilinatos.—(D. W. Archiv., 4, 1 a 3.)

GUHL.—Jurisprudencia del Tribunal federal: Derecho civil (Suiza). (Zeit. des Bernisch. Juristenvereins. Tomo LXV, núm. 10.)

ROTH (Alfonso).—La ley sobre depuración de los libros del Registro.—(D. J. Z., 34-24, p. 1.656/59.)

Se trata con el proyecto presentado, como ya dejamos consignado al hacer la recensión de otro artículo análogo, de descargar las inscripciones de una serie de notas inútiles, como, por ejemplo, las relativas a los valores en marcos papel, pero, al propio tiempo, de concentrar noticias sobre hipotecas, reservas de puestos, cargas reales, etc., que faciliten con la simple inspección de la hoja registral el conocimiento de la situación jurídica de una finca, empresa hoy punto menos que imposible. La fecha fijada para la entrada en vigor de los nuevos preceptos es el 1.º de Octubre de 1930.

ENGEL.—Las reformas jurídicas en Austria durante el año 1929.—(D. J. Z., 35-1-52.)

Entre las realizadas dentro del Derecho privado, la más importante es la relativa al régimen de los inquilinatos. Convertida esta cuestión en asunto de los programas políticos, las soluciones muestran el régimen dominante, y al mezclarse preceptos de distintas épocas, se aleja la deseada claridad en las soluciones del problema.

Sigue siendo Viena el punto más difícil; continúan distinguiéndose tipos diferentes de núcleos urbanos y se elevan ligeramente los coeficientes de aumento. Así, para todas las ciudades se permite la elevación en la parte de merced del arriendo que represente o el precio de reparaciones exigidas al propietario, o servicios que esté obligado a suministrar o impuestos en la cantidad necesaria para cubrir esas atenciones. En cuanto a la renta propiamente tal, se distinguen tres tipos de ciudades: el primero, constituido por Viena; el segundo, por una serie de ciudades que se enumeran, y el resto forma el tercero. Con respecto a la primera, y tomando los tipos de precios vigentes en 1914, se autorizan elevaciones variables en los años 1930 y 1931, que representan de un quinto a un tercio. Para alquileres superiores a 1.200 coronas anuales, y para los otros dos grupos de ciudades, los aumentos autorizados son algo mayores. Se permiten mayores elevaciones a la terminación de un arriendo y pasados seis meses de la vigencia de un contrato, tratándose de alquileres superiores a 2.000 y 4.000 coronas, respectivamente, para locales de habitación y comercios, serán válidos los pactos convenidos sobre elevación de renta o merced.

WOLF (Max J.).—*La formación de los precios en los inquilinatos y el sistema de economía libre.* (D. Wohnungs Archiv, 4-12, 529/539.)

Replica en este extenso artículo su autor a otro aparecido en la misma Revista y en el número anterior, por el profesor von Tyszka, acerca de la formación de las rentas en los arrendamientos urbanos y su relación con los impuestos de la propiedad urbana. El autor examina los diversos remedios ensayados seguidos para resolver el problema de la vivienda, que pueden agruparse en una fórmula general de intervención estatal, ya activamente, mediante la construcción directa, ya con fórmulas jurídicas regulando los tipos de elevación de rentas; aquel sistema ha dado resultados variables según los lugares, pero en conjunto poco satisfactorios. El segundo es to-

davía menos admisible: una elevación de tipos de renta no resuelve nada. La conclusión a que llega el autor es favorable a la vuelta de un régimen de libre contratación.

En los números siguientes de la misma Revista se publican otros artículos sobre el mismo tema, tocando sólo alguno de sus aspectos.

JÖRISSEN.—*El fin de la vigencia de la Ley alemana sobre arrendamientos urbanos.*—(Idem, 5-1-23/25.)

En 31 de Marzo hubiese terminado la vigencia de la ley de Inquilinato, sin una nueva prórroga que ha tenido lugar después de escribirse este artículo. El autor, conforme a una proposición de ley que tenía presentada al Reichstag, se muestra partidario de un período transitorio entre el régimen de limitaciones y el de libre contratación.

SCHWAMM.—*La nueva ley rumana sobre protección de los vendedores en las ventas a plazos de automóviles y máquinas agrícolas o industriales.*—(Gesetzgebung und Rechtspraxis des Auslandes, 5-11.)

MITTEIS.—*Los problemas de una aproximación jurídica austroalemana.*—(Preuss. Jahrbucher, 218-1.)

(Unas observaciones a este artículo, desde Austria, por BACH-RACH, en *Oesterr. Anwalts-Zeitung*, 6-23.)

STEFEL.—*¿Tienen los preceptos del Código civil alemán, sobre la llamada posesión tabular (es decir, conforme al Registro), una verdadera significación práctica?*—(Prager Jurist. Zeits., 9-19.)

WARNEYER.—*Distinción de arrendamientos rústicos y urbanos conforme a la Jurisprudencia.*—(Jurist. Wochenschr., 58-47.)

COVIELLO.—*El «mandato post mortem».*—(Rivista di Diritto Civile, Milán, 21-1.)

PAIS DA SILVA.—*Sobre el problema de los fideicomisos condicionales.*—(Revista de Legislação y Jurisprudencia.—Coimbra.—Números 2.396-7.)

SPEISER.—*Ojeada sobre la literatura jurídica suiza en 1928.*

CHEVALIER.—*Idem sobre la legislación.*—(Z. f. Schweizer. Recht., 48-5.)

KAUSCHANSKY.—*El derecho matrimonial en Yugoslavia.*—(Archiv f. D. Civil. Praxis, 11-3.)

Internationales Anwaltsblatt: los números 11/12 del año 15.^o están dedicados a exponer las leyes vigentes sobre disolución del matrimonio en Alemania, Francia, Yugoslavia, Austria, Rumania, Rusia, Checoslovaquia, Hungría y Norteamérica.

BARÓN NOLDE.—*Las medidas soviéticas de expropiación ante los Tribunales extranjeros.*—(Revue de Droit International et de Sciences Diplomatiques, 7-3.)

SHATZKY.—*La defensa de los intereses privados rusos ante los Tribunales americanos.*—(Journal... Clunet, 55-4/5.)

MOSICH.—*La propiedad territorial y sus limitaciones conforme a los artículos 905 y 906 del Código civil alemán.*—(Iherings Jahrbucher, 44, 1/4.)

WERNEBURG.—*Cuestiones dudosas suscitadas por las cláusulas de reserva de dominio.*—(Rundschau f. GmbH., 21-1/2.)

CARDAHL.—*Garantías reales y venta forzada en los países de Levante sometidos a mandato.*

VELESCU.—*El contrato de locación según el Derecho rumano.*—(Bull. mens. de la Soc. de Leg. Comparée, 58-10/12.)

PERITCH.—*Las sucesiones conforme al Derecho internacional privado de Yugoslavia.*

AGHION.—*La ley francesa sobre inquilinatos y los extranjeros.*—(Rev. trim. de l'Institut belge de Droit Comparé, 15-4.)

LIBROS

NAGATA (Kikushiro).—*El Registro de la propiedad inmobiliaria y la protección de la mueble según los Derechos japones y alemán.*—München.—1929.

- KLANG.—*Casos prácticos y ejercicios sobre Derechos reales.*—Wien.—1929.
- RAVIART (Emilio y Eugenio).—*Tratado de las acciones posesorias y de deslinde.*—París.—1929.
- V. GABAIN.—*Derecho hereditario en la Rusia Soviética. Su evolución y estado actual.*—Berná.—1929.
- BESTAWROS (Gabriel).—*Código civil egipcio anotado.*—Tomo I.—París, 1929.
- PETCHORINE.—*La condición de los rusos en Francia y de los franceses en la Rusia Soviética.*—París.—Sirey.—1929.
- Código suizo de obligaciones, con las reformas introducidas para su recepción en Turquía, traducido al inglés y al castellano bajo la dirección del doctor WETTSTEIN.*—Zurich.—1929.—Verlag Hofer & Co.
- MERCIER (Carlos Felipe).—*¿Es necesario admitir la existencia del ius ad rem en el Derecho suizo?* (Tesis).—Lausanne.—1929.
- BRANDIS.—*El proyecto de ley acerca de la condición de los hijos habidos fuera de matrimonio.*—Berlín.—Metzner.—1929.

ROMÁN RIAZA,

Catedrático.