

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año VI

Febrero de 1930

Núm. 62

---

## Los recursos en nuestras leyes procesales

(Conclusión.)

APARTADO CUARTO : *El verdadero recurso de queja.*

No es aquel que procede de apreciaciones divergentes o del celo exagerado del funcionario, que le hace penetrar en esferas ajena creyendo defender la suya, sino el que se utiliza contra una injusticia tan manifiesta y contra un abuso del cargo tan patente, que traen consigo la responsabilidad judicial o, por lo menos, la corrección disciplinaria (28), si el recurso prospéra. Lo encontramos en los artículos 200, 302 y 384 de la ley de Enjuiciamiento criminal, contra «dilaciones injustificadas de los términos judiciales» (artículo 200) ; contra «el auto del Juez instructor que deniega al procesado, transcurridos más de dos meses del auto de procesamiento, tomar conocimiento de lo actuado, cuando se relacione con cualquier derecho que piense ejercitar» (artículo 302) ; por último, contra «el acuerdo del Juez instructor no accediendo a que el procesado se aconseje, mientras no estuviere incomunicado, de Letrado para instar la pronta terminación del sumario» (384). Con tener en cuenta que el procesado no siempre es culpable, y que, aun siéndolo, no puede quedar a merced de la arbitrariedad o la negligencia

(28) Artículo 200 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

cia de un Juez, se comprende lo justificado que aquí se presenta el recurso de queja, como garantía contra medidas que afectan a la libertad personal y que comprometen el sagrado derecho de defensa.

### III

#### RECURSO DE FUERZA EN CONOCER

Nos remitimos por completo a cuanto acabamos de decir sobre conflictos entre las jurisdicciones civil y eclesiástica, no sin antes añadir que la frase «fuerza en conocer» (29) no es muy propia de relaciones judiciales, y que más bien es la potestad civil quien hace honor al nombre del recurso, con la regulación a que lo somete en los artículos 133-136 de la ley Procesal civil.

### IV

#### A P E L A C I Ó N

Prescindiendo del recurso de aclaración, que poco interés ofrece y que en realidad no es tal recurso, porque no impugna nada (30), vamos a ocuparnos de los dos o tres aspectos que en el estudio de la apelación ofrecen interés.

En primer lugar, y es punto en el que no han parado la atención los comentaristas, encontramos una confusión palpable entre sentencias firmes y sentencias definitivas. Las últimas son las únicas apelables, según el artículo 382, que toma para ello como base la distinción hecha en el 369, del que inferimos que «sentencias firmes son aquéllas contra las que no cabe recurso alguno ordinario

(29) Manresa, ob. cit., tomo I, pág. 395, vuelve a hablarnos de que la expresión «fuerza» es muy «técnica». Si hubiera dicho que es muy *gráfica*, dados los trámites a que se sujeta en la ley, estaríamos conformes; pero como no es eso lo que dice, tenemos que discrepar forzosamente, salvo que Manresa dé a «técnica» una acepción por nosotros desconocida.

(30) Véanse artículos 363 y 407 de la ley de Enjuiciamiento civil, 161 de la de Enjuiciamiento criminal y 65 y 77 de la ley de lo Contencioso, demost-  
rativos de que su finalidad es la subsanación de errores materiales.

ni extraordinario (31), ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes», y en cambio se reserva el otro nombre para las que decidan *definitivamente* las cuestiones del pleito en una instancia, o en un recurso de casación, pero contra las que cabe el ejercicio de un recurso. O sea, salvo que el castellano de las leyes de enjuiciar sea distinto del de los demás mortales, que hoy día las *cuestiones del pleito* pueden ser *definitivamente* resueltas tres veces: en primera instancia, en apelación y en casación. ¿Y es que crée nadie, excepto el artículo 369, que una cuestión se pueda resolver *definitivamente* tres veces? No; por tanto, sentencia definitiva será la que ha alcanzado fuerza de cosa juzgada, y sentencia firme, la que por reunir los requisitos procesales exigidos es superior al propio juzgador, en cuanto éste no puede ya atacarla (de ahí la «firmeza»)—aunque sí hacer las aclaraciones oportunas—, quedando sólo sujeta a impugnación, o elevándose a la categoría de definitiva, cuando no se recurre.

Extremo también interesante es el de los efectos en que puede ser admitida una apelación. El artículo 383 de la ley Adjetiva civil habla de que las apelaciones pueden ser admitidas en ambos o en un solo efecto. El lenguaje forense se ha familiarizado con dichas expresiones (32), tomando la primera como equivalente a efecto sus-

(31) Manresa, al tratar del recurso de casación, se pone en contradicción abierta con este artículo, pues dice que «por recurso de casación se entiende el remedio supremo y extraordinario que concede la ley contra las *ejecutorias o sentencias firmes* de los Tribunales de apelación, para enmendar el abuso, exceso o agravio por ellas inferido, cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con infracción de los trámites y formas más substanciales del juicio». Manresa, ob. cit., tomo VI, pág. 221. Por no ser menos, Aguilera de Paz incurre en el error contrario, cuando sostiene que casación y revisión se dan tan sólo contra resoluciones *definitivas*, afirmación que dentro del tecnicismo legal puede servir para la casación, nunca para la revisión. Aguilera de Paz, ob. cit., tomo VI, pág. 5. Equivocaciones tan claras ponen de relieve la imprecisión legal. Por eso es más exacta la fórmula del 141 de la ley de Enjuiciamiento criminal: «Sentencias firmes, cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación», y podía haber agregado «y rescisión».

(32) Tan es así, que Aguilera de Paz, ob. cit., tomo II, páginas 404 y 539, se limita a recoger la interpretación que se deriva de los artículos 387 y 388 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto a la apelación en ambos efectos, y del 391, en cuanto a la admitida en uno solo.

pensivo y la segunda a devolutivo. Ahora bien; ¿se admiten realmente las apelaciones en ambos efectos? Manresa cree que sí, pues estima que «cuando se admite una apelación en ambos efectos, se entiende admitida en el efecto devolutivo y en el suspensivo» (33); Fábrega se acerca más a la solución cuando afirma que «la apelación en ambos efectos significa que se admite en el efecto suspensivo, efecto que hace innecesario el devolutivo» (34). Sin embargo, esto no es rigurosamente cierto: el efecto suspensivo no es que haga sólo innecesario el devolutivo, es que ambos son *absolutamente incompatibles* entre sí, bastando que se produzca uno, para que *ipso facto* quede por completo excluido el otro. Por consiguiente, las apelaciones no pueden admitirse más que en un efecto, y para diferenciarlos en la Ley, llámenseles devolutivo y suspensivo.

Réstanos examinar el Juzgado o Tribunal ante quien debe interponerse la apelación, materia en que el legislador parece haberlo sacrificado todo a que se realice ante el Tribunal *a quo*, hasta el punto de que ya vimos, al tratar del recurso de queja, cómo se utilizaba este nombre para denominar apelaciones interpuestas ante el Tribunal *ad quem*. El criterio no puede ser más erróneo, así como el fundamento en que quiere apoyarse, recogido por Manresa para defender que interpuesta la apelación ante el Tribunal *ad quem*, se correría el riesgo de que el Tribunal *a quo* no se enterase de la interposición del recurso y llevase adelante el pleito hasta ejecutar la sentencia (35); pero tal modo de pensar puede servir en todo caso para aconsejar, como regla general, el sistema actual, sin que sea un obstáculo para que en casos de urgencia, economía evidente o mayor facilidad en la administración de Justicia, pueda seguirse el otro camino (36), quedando el Tribunal de apelación ineludiblemente obligado a comunicar al juzgador de instancia, dentro del plazo improrrogable a marcar por la Ley, la interposición del recurso.

(33) Manresa, ob. cit., tomo II, pág. 183.

(34) Fábrega Cortés, ob. cit., pág. 515.

(35) Manresa, ob. cit., tomo II, páginas 178 y 179.

(36) Que dicho sea de paso tiene un precedente en los recursos de casación, según sean por infracción de ley o por quebrantamiento de forma.

## V

## UN RECURSO QUE NO ES RECURSO

Como es natural, el contencioso-administrativo. Si no fuera porque en una obra reciente sobre la materia, premiada por el Colegio de Abogados de Madrid, se defiende la tesis de lo contencioso como recurso, no abordaríamos el problema, limitándonos a repetir la opinión de D. Alfonso González, cuando sostenía que sólo podría llamarse recurso en régimen de jurisdicción retenida, o sea «cuando el particular cuyo derecho había desconocido el Gobierno promovía en lo contencioso la reparación de su agravio por el Gobierno mismo» (37).

Veamos, por tanto, si los argumentos del señor Fernández Mourillo, de quien es la obra a que aludimos, son o no convincentes (38). Empieza por sostener que «lo contencioso-administrativo constituye un recurso y no un pleito, porque si bien se dan en él *los medios y elementos probatorios de todo juicio*, rara vez concedidos en los recursos, la realidad enseña que pocas veces se utilizan en la práctica, que es la verdadera piedra de toque de las instituciones jurídicas, y que todo ello se debe no a desidia de los interesados, sino a que los expedientes administrativos hacen innecesarios aquellos medios». A estas conclusiones hemos de oponer los siguientes reparos : 1.<sup>º</sup> Que la naturaleza de los recursos nada tiene que ver con la existencia y valuación de los elementos probatorios. 2.<sup>º</sup> Que la práctica, aun prescindiendo de que es con harta frecuencia la acumulación de métodos rutinarios, no puede conducir sino a la generalización, que si útil en el legislador, es perniciosa en la administración de Justicia, donde se debe propender, cual se propugna por la Ciencia penal en cuanto a la sanción, a la *individualización del proceso*. 3.<sup>º</sup> Que «la práctica como piedra de toque» nos llevaría a

(37) Alfonso González: *La materia contencioso-administrativa*. 1903, páginas 18 y siguientes.

(38) Fernández Mourillo: *Lo contencioso-administrativo. Su eficacia en el régimen de la Administración activa. Reformas procedentes*, 1926, páginas 52 y siguientes.

la apología de la pena de muerte, del tormento y de las ordalías, cuya «realidad» presente o pasada no se puede negar, y 4.<sup>º</sup> Que si el expediente, como el propio autor reconoce, hace «innecesarias» las pruebas, es porque las reemplaza, ocupando su puesto, mientras que en los demás recursos no hay nada que venga, en defecto de aquéllas, a representar el papel de expediente, que reúne todos los caracteres de una prueba documental.

Tampoco es mucho más persuasivo cuando afirma que «siendo la resolución reclamada expresión de la Autoridad pública, por la que hay que pasar mientras no se revoque, la reclamación ha de ser siempre sobre la base de la *oficialidad y obligatoriedad*» (39) actual de lo dispuesto, y que como *ello exige el contraste del caso con todos sus antecedentes por el juzgador, no puede menos de considerarse como un verdadero recurso*. El contraste del caso con todos sus antecedentes lo hace también el Juez de primera instancia, sin que nadie haya pensado por ello llamar recursos a los declarativos. Y en cuanto a la oficialidad y la obligatoriedad, no son sino condiciones establecidas por la Ley para garantir el bien público, que sin esa elemental precaución estaría continuamente a merced de cualquiera, no perjudicándose tampoco al litigante, puesto que al fijarse mediante ellas el alcance de la resolución, puede determinar con precisión los límites de su demanda. Las dos notas se resumen en la exigencia previa de agotar la vía gubernativa; pero es absurdo pensar que ese requisito caracterice como recurso lo que no lo es, ya que, según tal modo de pensar, serían también recursos aquellos «juicios» en que por su índole o por precepto de la ley no se procediera sin antes haber cumplido la condición previa, como es en materia criminal la instancia de parte para perseguir los delitos privados, y en el orden civil, el acto de conciliación, cuando se exija. Como que en el fondo, la vía gubernativa no es más que un intento de conciliación, que se realiza si a la Administración le conviene, haciendo imposible en ese caso el pleito.

Por tanto, nada de recurso. Pero entre *pleito*, que es el nombre combatido por Fernández Mourillo, o *juicio*, denominación sustentada por González, ¿por cuál debemos optar? En nuestra opinión,

(39) Las palabras «oficialidad y obligatoriedad» van subrayadas por el autor; las otras, tanto en ésta como en la anterior cita, las hemos subrayado nosotros.

por las dos : según el plano y según el momento. Pleito supone controversia, contienda ; es, en suma, el litigio enfocado por las partes ; juicio quiere decir examen, estudio a la par lógico y jurídico sobre el objeto debatido ; es, en una palabra, el pleito contemplado por el Juez. Así es que durante la tramitación, pleito ; en el momento de fallar, juicio. Y en la ley, preferible juicio, porque responde a la terminología legal y porque ese es su fin.

## VI

## LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS

El texto de los artículos 141 y 369 de las leyes de Enjuiciamiento criminal y civil, respectivamente, permite inferir que son casación y revisión (juntamente con el de rehabilitación, simple modalidad del último) (40) los recursos que la Ley, la Jurisprudencia y la doctrina españolas llaman extraordinarios (41), calificativo común frente al que hemos de oponer nuestra disconformidad más completa.

Que entre ellos y los demás recursos (con excepción, como luego veremos, del de nulidad en lo administrativo y del de rescisión o audiencia) existen notas distintivas tan acusadas que justifican una división en clases o categorías, exacto ; pero al mismo tiempo entre los dos se dan, al lado de un factor coincidente que no afecta al fondo de los mismos—su conocimiento y resolución por el Tribunal Supremo—, «diferencias esencialísimas no sólo en cuanto a las causas que pueden motivarlos y a los efectos que deben producir, sino también, y muy especialmente, respecto de la tramitación adecuada y propia para la substanciación de unos y otros» (42). Insistiendo, podríamos decir que si bien ambos están supeditados a la existencia de determinadas circunstancias taxativamente marcadas en la

(40) . Compárense los artículos 961 y 954 de la ley adjetiva penal.

(41) Prescindimos del contrasentido que implicaban la Ley y el Reglamento de lo Contencioso estableciendo dos recursos de revisión, uno ordinario y otro extraordinario. Suprimido el llamado extraordinario (artículos 103 y 104 de la ley y 496-503 del Reglamento), queda sólo el ordinario..., que no es ordinario.

(42) Aguilera de Paz, ob. cit., tomo VI, pág. 5.

Ley, se diferencian de un modo radical, pues mientras la casación es sólo un recurso en beneficio del derecho, la revisión se da ante excepcionales situaciones de hecho, y además, y esta es la distinción fundamental, mientras casación no va más que contra resoluciones definitivas (seguimos la terminología legal), revisión, según se comprueba en los artículos 141 y 954 de la ley de Trámites penal, y 1.797 de la civil, «sólo podrá tener lugar cuando hubiere recaído sentencia firme» (43). Es decir, que la revisión es uno de los dos medios (44) de que se dispone para vulnerar la institución básica del Derecho procesal, la cosa juzgada, y al ser la divergencia tan honda, ha debido aceptarse una clasificación más acertada, bien llamando *especial* al recurso de casación y al de revisión, *extraordinario*, bien conservando el último título para el de casación, dando a revisión el de *excepcional*, que es realmente el que le corresponde.

**CASACIÓN.**—Respecto a ella sólo pensamos abordar dos cuestiones. La primera se refiere a la distinción entre recursos de casación por infracción de ley (o de doctrina legal) y por quebrantamiento de forma. Como quiera que esto último es tan de infracción de ley como el primero, sería más técnico (según nosotros ; probablemente, Manresa pensaría lo contrario) decir recurso de casación por infracción de ley, substantiva o adjetiva.

El segundo extremo es el de los recursos contra las sentencias de los amigables componedores (artículo 1.691 Enjuiciamiento civil). Este caso, peculiarísimo en nuestras leyes, puesto que el laudo no es susceptible de apelación, puede servir de antecedente para regular más razonablemente los recursos, introduciendo lo que los alemanes llaman *Sprungrevisión* (45), o sea la casación directamente cuando la sentencia de primera instancia no sea impugnada sino en cuanto al derecho ; aunque tal medida requiere asimismo una reforma en la apelación, en el sentido de determinar los puntos de hecho o de derecho que vayan a ser apelados y aquellos otros que se acepten, que tendrán fuerza vinculativa.

**NULIDAD EN LO CONTENCIOSOADMINISTRATIVO.**—Ni más ni me-

(43) Artículo 1.797 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(44) El otro es el recurso de rescisión o audiencia.

(45) Heinsheimer, ob. cit., páginas 46 y 47.

nos que un recurso de casación por quebrantamiento de forma, para convencernos de lo cual no hay más que comparar los cuatro casos del artículo 66 de la ley de lo Contencioso, con los números 1, 4, 5 y 7 del 1.693 de la de Enjuiciamiento civil de que son copia literal. Las diferencias en la tramitación, que pueden verse en los artículos 66-68 de la ley y 459 y 460 de su Reglamento, no pueden afectar a la adopción de un nombre común, máxime cuando la ley rituaría civil es no sólo inspiradora de los cuerpos legales que comentamos, sino en muchas partes precepto supletorio, carácter que hace posible la confusión, por tener la nulidad en el ordenamiento procesal civil una significación bien diferente. Y así, los artículos 495, 703, 1.467, 1.473 y 1.474 nos muestran cómo en ellos el recurso no tiene por objeto la subsanación de una actividad procesal defectuosa, sino obtener la declaración de no haber producido efectos jurídico-procesales la actuación impugnada. El origen de una tan distinta situación procede acaso de haber permanecido la ley contenciosa aferrada al viejo concepto de la nulidad, del que surgió nuestra Casación actual.

REVISIÓN EN LO CIVIL Y EN LO PENAL.—Sin entrar a discutir los casos y prescindiendo del recurso de rehabilitación, que no es más que una revisión caracterizada por el objeto mediato, hay un límite de tiempo para la interposición del recurso en lo civil, que no puede ser más injusto. Se trata no del plazo dentro del cual ha de interponerse (artículo 1.798), sino del precepto consignado en el artículo 1.800 para que se rechacen de plano los recursos interpuestos cuando hayan transcurrido más de cinco años desde la publicación de la sentencia que hubiera podido motivarlos. Esta disposición, que a Manresa parece «muy conveniente», sin que nos diga por qué (46), es sencillamente monstruosa. La lectura del artículo 1.796 es más que suficiente para comprender que la revisión se basa en el ataque a una sentencia cuyo fundamento se debe a hechos delictivos, y por tanto, hoy, quien haya ganado una resolución judicial por esos medios, no tiene por qué preocuparse más que de los cinco primeros años, que después el artículo 1.800 se encarga de asegurarle el cómodo disfrute de su hazaña. ¿Ha temido acaso el legislador la incertidumbre prolongada de algunas relaciones jurídicas?

(46) Manresa, ob. cit., tomo VI, pág. 229.

Es posible, pero no es motivo bastante; la revisión no es de uso frecuente y, además, el propio interés particular es más que garantía para rechazar la peregrina idea de que el perjudicado que ha descubierto los datos necesarios para intentar la revisión, vaya a dejar transcurrir superfluamente el tiempo, para contribuir por su parte a que quien le ha arrebatado su derecho continúe disfrutándolo un poco más, porque frente a este peligro está la limitación del 1.796, que sí debe subsistir.

La diversa pauta seguida obedece, sin duda, a que se haya pensado en la mayor repercusión que el error pueda tener en lo penal; pero sin necesidad de llegar a comparar las equivocaciones de mínima trascendencia penal y máxima civil, cabe imaginar que cuando en lo civil se apela, para obtener una sentencia favorable, a medios tan reprobables como los del artículo 1.796, con toda la secuela de riesgos que tales procedimientos ocasiona, el asunto litigioso es de importancia excepcional o va impulsado por móviles inconfesables alguno de los interesados, y en ninguno de los dos casos la protección legal está indicada.

**RESCISIÓN O AUDIENCIA.**—Cuando procede (artículos 773 y siguientes), este recurso es el hermano gemelo de la revisión, con el que debe ir asociado, puesto que son los únicos que pueden atacar la sentencia firme (artículo 773), y cuando prosperan, producen la *rescisión* de la misma (artículos 776 y 1.806 'Enjuiciamiento civil'). Como quiera que aun admitidos los recursos, el resultado puede ser adverso, es decir, que la sentencia quede sin rescindir, es preferible llamarle recurso de *audiencia*, término que también emplea la ley, y no de rescisión, ya que, admitido el recurso, aquélla se da siempre y ésta no.

**EL MAL LLAMADO RECURSO DE REVISIÓN EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO.**—Como si la materia de los recursos no estuviera ya bastante complicada, el Código del Trabajo (no será el de sus redactores) ha procurado, en la medida de sus fuerzas, aumentar la confusión reinante, con ese recurso de revisión (artículos 480-485), que puede ser, *según los gustos*, casación o apelación, pero en ninguna parte revisión. Ya la exposición de motivos del Código indica que el recurso ha venido a sustituir al de casación establecido por la ley de Tribunales industriales de 1912, y que por el gran número de ocasiones en que se planteaba, recargaba con exceso al labor del Supremo, ori-

ginando retrasos. Pero, además, la distinción entre los actuales de revisión y casación en dicho Código, se apoya exclusivamente en la mayor *importancia* de los casos en que la casación procede (artículo 487), siendo en lo restante idéntica su naturaleza, afirmación que basamos en los artículos 480, 481 y 482, y muy especialmente el 483 : «*Interpuesto el recurso de revisión..., deberá comparecer el recurrente..., consignando sintéticas alegaciones en relación a los preceptos infringidos o inaplicados en el fallo...*». Después de la aseveración legal, no creemos que se dude acerca de que el recurso de revisión sea otra cosa que uno de casación por infracción de ley, tramitado y resuelto por la Audiencia.

Ahora bien : si contra toda lógica se ha tenido en cuenta el artículo 1.686 de la ley de Enjuiciamiento civil («*El conocimiento de los recursos de casación corresponde exclusivamente al Tribunal Supremo*»), o sea si se ha incurrido por enésima vez en el equivocado concepto jerárquico de los recursos (47), más oportuno hubiera sido denominarle *apelación*, ya que se desarrolla ante la Audiencia territorial (48).

**RECURSOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL O PENAL CONTRA JUECES O MAGISTRADOS.**—Unas palabras para mostrar nuestra conformidad con las restricciones que para el ejercicio del primero impone el artículo 906 de la ley de Enjuiciamiento civil, y con el antequicio que para exigir la segunda preceptúa el título segundo del libro cuarto de la ley de Trámites penal. Suprimir, como pide, por ejemplo, el maestro Ossorio y Gallardo (49), el antequicio, es medida expuestísima, pues equivale a facilitar el ataque a los Jueces por los litigantes despechados, y una Magistratura continuamente puesta en tela de juicio corre el riesgo de desprestigiarse, que es, sin duda posible, el mayor mal que puede padecer la Justicia. En cambio, no estaría de más, a fin de evitar que el espíritu de Cuerpo influyera

(47) En Kohlrausch, ob. cit., páginas 25 y 26, puede verse gráficamente cómo en Alemania la competencia para entender de los recursos no se corresponde con la división de la jurisdicción en grados.

(48) Desgraciadamente, el mal persiste, y así, en el folleto de D. Juan B. Guerra, que citábamos en la nota segunda, «*se concede contra las sentencias de los Juzgados municipales la revisión ante los Juzgados de instrucción*», página 9. ¡Indudablemente, el recurso de revisión va camino de hacerle una competencia muy seria al de queja!

(49) Véase nota segunda.

primero en el antequicio y luego en el fallo—lo mismo si peca por exceso que por defecto—, que en el recurso de responsabilidad penal interviniieran personas ajenas a la carrera judicial, pero no a la profesión jurídica.

\* \* \*

Como nota final, incluimos un cuadro con la clasificación que a nuestro entender puede adoptarse para los recursos, indicando, además, los nombres que deben prevalecer y la extensión que a los mismos damos en relación con las actuales denominaciones:

### ORDINARIOS

*Reforma* (Reposición, reforma y súplica).

*Apelación* (Apelación y los casos de recurso de queja que figuran en el apartado primero del título II de este trabajo).

*Aclaración* (Aunque estimemos que no es recurso, entre otras razones porque puede decretarlo de oficio el Juez—artículos 363 de la ley de Enjuiciamiento civil y 161 de la de lo criminal—, de aceptarse como tal, ha de figurar en este grupo).

### EXTRAORDINARIOS

*Queja* (Tan sólo el del apartado cuarto del ya nombrado título II, y si acaso, mientras dure la organización actual, los del apartado tercero del mismo título).

*Nulidad* (Únicamente con la significación que tiene dentro de la ley de Enjuiciamiento civil).

*Casación* (Casación, nulidad en lo contencioso-administrativo, revisión en el Código del Trabajo).

*Responsabilidad* (Civil o penal, contra Jueces o Magistrados, por actos realizados en el ejercicio de sus funciones).

### EXCEPCIONALES

*Revisión* (Revisión y rehabilitación).

*Audiencia* (El hoy llamado de rescisión).

NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.

# La servidumbre a favor del propietario<sup>(1)</sup>

Dr. Walter Schmidt-Rimpler

(Continuación.)

## Resumen crítico de las diversas teorías acerca de la propiedad.

De las diferentes doctrinas que han sido formuladas para explicarnos la naturaleza y finalidad del derecho de propiedad, podemos hacer, siguiendo a Schmidt-Rimpler, la siguiente clasificación:

- A) Doctrinas que *no* consideran a la propiedad como verdadero derecho de exclusión.
- B) Doctrinas que consideran a la propiedad como derecho de exclusión.
  - a) Tomando como punto de partida el *contenido* de la relación jurídica.
  - b) Considerando el *rango*, en que ha de situarse en relación con otros derechos coincidentes en la misma cosa.
  - c) Teniendo en cuenta alguna otra circunstancia.

Examinemos el primer grupo de doctrinas. Entre sus mantenedores recuerda nuestro autor en primer lugar a *Wirth*, el cual halla la naturaleza de la propiedad en la por él denominada RELACIÓN JURÍDICA DE PERTENENCIA DE LA COSA.

«La cosa de mi propiedad—agrega *Wirth* para explicar los anteriores términos—viene a ser, en cierto modo, una parte integrante de mi personalidad, una prolongación del propio yo», relación jurídica mucho más intensa, como vemos, que la creada en virtud de un mero dominio o del reconocimiento de facultades sobre la cosa.

Del mismo modo definé *Brinz* la propiedad, al calificarla como LA CONJUNCIÓN JURÍDICA DE UNA COSA TEMPORAL CON UNA PERSONA, lo que tácitamente significa que la cosa misma (no una facultad

(1) Véase el número anterior

sobre la misma, por muy extensa que sea) es la que está unida a la persona, de manera que ésta venga a ser lo principal, y la cosa, lo accesorio, es decir, lo que gráficamente denominan estos autores LA PERTENENCIA.

No dista mucho de este concepto el que caracteriza el pensamiento de *Trendelenburg*, quien entiende que en la propiedad aparece ampliado el concepto de órgano a cosas externas y reparables, por cuanto éstas aparecen transformadas en verdaderos INSTRUMENTOS DE LA VOLUNTAD.

Las anteriores definiciones, citadas a título de ejemplo, tienen la particularidad de hacer caso omiso de la relación de cada dueño con los demás titulares de derechos sobre la cosa, limitándose a considerar meramente la relación entre el titular y la cosa.

También desde este punto de vista cabe delimitar el concepto del «derecho limitado» considerando sometida una cosa a mi voluntad, a manera de órgano o de PERTENENCIA MÍA, pero con la limitación de poder usar aquella cosa TAN SÓLO PARA DETERMINADOS FINES, así como, por ejemplo, sólo pueden emplearse los ojos para ver, y no para oír.

Vemos, pues, cómo también con esta clase de definiciones se evidencia igualmente el contraste entre el derecho amplio y OMNILATERAL sobre la cosa, y el DERECHO LIMITADO sobre la misma.

\* \* \*

Examinemos ahora las definiciones que consideran a la propiedad como verdadero derecho de exclusión, otorgando igual carácter al llamado derecho limitado. Recordemos primeramente los que toman como punto de partida el contenido de la relación jurídica. Vienen a la memoria las numerosas definiciones basadas en las clásicas del Derecho romano. Así, por ejemplo, la de Höider : DOMINACIÓN DE LA COSA EN SU TOTALIDAD ; la de Gierke : EL DERECHO ENCAMINADO A LA DOMINACIÓN DE LA COSA EN TODA SU INTEGRIDAD ; la de Staudinger-Kober : EL DERECHO PLENO SOBRE UNA COSA, y otras muchísimas.

El llamado «derecho limitado» puede, en cambio, ser definido como EL PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE UNA COSA CONCEDIDO TAN SÓLO EN CUANTO A DETERMINADAS RELACIONES DE LA MISMA. Recuérdense asimismo en este lugar las clásicas definiciones del usufructo,

considerándolo como el derecho de usar y disfrutar la cosa ajena, si bien con la obligación de respetar su forma y substancia, y se podrá observar el contraste de un carácter principalmente cuantitativo, con que cabe diferenciar ambas figuras jurídicas: la propiedad y el derecho limitado.

Mas, por lo indicado en capítulos anteriores, resulta evidente que la propiedad nunca puede comprender la totalidad de cuantas relaciones jurídicas puedan darse sobre una cosa, y, además, si se llega a hacer caso omiso, hasta tal punto, de la cuestión referente al rango, no cabría conocer tampoco derecho alguno sobre la cosa, cuyo titular pudiera ser persona distinta del dueño de la misma.

¿Cómo podría, en semejantes casos, decirse del propietario que disponía de todas las relaciones jurídicas sobre la cosa, existiendo al propio tiempo el otro titular, que del mismo modo disponía de ciertas especiales relaciones sobre el mismo objeto?

O bien, obstinándose en considerar a la propiedad como aquel derecho ilimitado y exclusivo frente a los demás derechos reales, siempre restringidos, habría que reconocer, queriéndolo o no, que también la propiedad podía, en casos determinados, hallarse sometida a restricciones, contradiciendo así abiertamente el contenido de la definición.

Comprendiendo, sin duda, la exactitud de los anteriores argumentos, límítase algún tratadista, como Vangerow, a definir la propiedad como LA POSIBILIDAD JURÍDICA DE EJERCER CUANTAS FACULTADES PUEDE SUPONERSE SOBRE UNA COSA.

Pero, según quedó expuesto en lugar oportuno, no puede el propietario, ni aun en el más favorable de los casos, ejercer todas las facultades imaginables sobre la cosa, supuesto contrario a toda idea de ordenación jurídica.

Además, cabe argumentar, frente a Vangerow, que no aparece claro—como dice nuestro autor—el momento en que esta posibilidad haya de transformarse en realidad, toda vez que está fuera de toda duda que el derecho de propiedad concede a su titular, aparte de la mera posibilidad indicada, cierta exclusividad efectiva en sus relaciones con la cosa.

Procura *Windscheid* precisar algo más estos conceptos, y dice que la propiedad implica que, según Derecho, LA VOLUNTAD DEL DUEÑO ES DECISIVA EN LA TOTALIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS.

INHERENTES A UNA COSA, agregando, a continuación, que la propiedad es realmente LA PLENITUD DEL DERECHO sobre una cosa, y ostenta como tal un carácter ilimitado.

La definición de Windscheid, según explicaciones dadas por el propio autor, ha de interpretarse en el sentido de que, en principio, debe admitirse la definición íntegra de la categoría, en sí misma, en tanto que el derecho objetivo no retire, respecto a tal o cual relación jurídica, la concesión que con carácter general ha otorgado, explicación equívoca, que sólo se justifica, en opinión de Schmidt-Rimpler, como consecuencia de un método «*sui generis*» de determinación negativa, empleado por el ilustre romanista.

Estas definiciones, al igual de las de Savigny, y guardando, en realidad, también alguna semejanza con las de Gierke y Wolff, basadas todas ellas en el concepto de plena o amplísima potestad jurídica sobre la cosa, característica del Derecho justiniano, tienen el inconveniente de hacer aparecer la diferencia entre la propiedad y el derecho limitado a modo de una relación entre el todo y la parte.

El titular del derecho limitado no viene a tener en sus manos, según estos autores, sino un pedazo de propiedad, como gráficamente designa nuestro autor la facultad de disposición sobre la cosa, en lo que afecta tan sólo a determinadas reclamaciones jurídicas.

\* \* \*

Para obtener una definición precisa y bien demarcada del derecho de propiedad resulta indispensable tener en cuenta la relación que pueda surgir por virtud de la coincidencia del dueño con otros titulares de derechos reales sobre la misma cosa, como lo observa el conocido civilista contemporáneo *Lenel*.

SEGÚN ESTE AUTOR, ES LA PROPIEDAD AQUEL DERECHO CUYO TITULAR PUEDE OSTENTARLO FRENTE A TODOS LOS DEMÁS, A EXCEPCIÓN DE AQUELLAS PERSONAS CUYAS INMISIONES SE HALLA OBLIGADO A TOLERAR POR RAZÓN DE UN DERECHO REAL QUE LES CORRESPONDA, DE ALGÚN VÍNCULO OBLIGACIONAL O DE UNA LIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD LEGALMENTE ESTABLECIDA, CORRESPONDIENTE AL DUEÑO LA FACULTAD DE INSTAR Y OBTENER LA CESACIÓN DE TODA PERTURBACIÓN DIRIGIDA CONTRA SU DERECHO DE DISPOSICIÓN, ASÍ COMO LA PUESTA

**EN PRÁCTICA DE LAS MEDIDAS COACTIVAS ENCAMINADAS A LA DEFENSA DE DICHO DERECHO.**

Reconoce nuestro autor que la situación jurídica del propietario queda perfectamente definida por Lenel, al hacer resaltar con claridad las diversas excepciones a la situación de pleno dominio sobre la cosa. No obstante, entiende Schmidt-Rimpler que la especial característica del derecho de dominio, consistente en haberse de situar precisamente en último rango entre todos los demás que afecten a la cosa, queda sin mencionar en la definición de Lenel.

\* \* \*

Llegamos a la última subespecie de definiciones, entre las que señala nuestro autor la de *Stobbe*, para quien la propiedad es **EL DERECHO DE LA SUPREMA DOMINACIÓN SOBRE UNA COSA, DEL CUAL HAN DE DERIVARSE TODOS LOS DEMÁS DERECHOS SOBRE LA MISMA**.

No precisando este autor lo que ha de entenderse por **SUPREMA DOMINACIÓN**, carece de utilidad práctica la definición.

*Schlossmann* define, a su vez, la propiedad como **EL DERECHO NO LIMITADO POR RAZÓN DE SU FINALIDAD**, y el derecho limitado como **EL DERECHO DE EXCLUSIÓN CONCEDIDO PARA EL CUMPLIMIENTO DE UNA FINALIDAD DETERMINADA**.

La finalidad que puede conseguirse dentro de los límites de un derecho de exclusión—argumenta Schmidt-Rimpler—es muy diversa, y tan sólo puede aplicarse por la ordenación jurídica como base para la concesión o el reconocimiento de derechos de exclusión.

Realmente, no es tanto la finalidad lo que tiene en cuenta Schlossmann, como la mayor o menor extensión de facultades que el derecho de exclusión puede conceder a su titular, circunstancia que tendrá, a su vez, desde luego, como consecuencia, una menor o mayor restricción de las finalidades que puedan conseguirse dentro del marco del derecho.

Citaremos por último a *Pflüger*, que, al considerar la propiedad como **EL DECHO ETERNO**, no logra hacernos avanzar en nuestra investigación.

Vemos, por consiguiente, lo difícil que resulta demarcar el concepto de la propiedad y cuán acertado está nuestro autor al definir-

la en la forma amplia y de universal aplicación, como aparece en el anterior capítulo.

*Teorías acerca de la servidumbre.*

- Aparece el concepto jurídico de la servidumbre como especialmente difícil de precisar, dándose el caso curioso de que las múltiples definiciones de la misma formuladas por autorizados civillistas y aquellas otras sentadas con carácter preceptivo en los Códigos modernos, lejos de aplacar a los polemistas, han justificado más aún la conveniencia de proceder a un concienzudo estudio de cuantos problemas se hallan de algún modo enlazados con la naturaleza jurídica y la regulación legislativa de tan interesante institución.
- Considerada la servidumbre como subespecie de los llamados «derechos reales limitados», surge la dificultad de definirla de un modo conveniente.

*Duroi* la considera como DERECHO DE PROPIEDAD EN COSA IN-CORPORAL.

Elvers nos da una definición más amplia de la servidumbre, que califica como EL DOMINIO PROTEGIDO POR UNA ACCIÓN REAL SOBRE UNA DETERMINADA CUALIDAD DE UNA COSA CORPORAL AJENA, CONSIDERADA, POR VIRTUD DE UNA FICCIÓN, COMO COSA INDEPENDIENTE, SIEMPRE QUE DICHO DOMINIO SE HALLA INDISOLUBLEMENTE UNIDO AL QUE EXISTA SOBRE OTRA COSA CORPORAL O QUE SE HAGA DEPENDER DE LA VIDA DE UNA PERSONA INDIVIDUAL, DE MANERA QUE SE EXTINGA CON LA MISMA.

A primera vista nos parece extraño que se admitan servidumbres sobre las cosas CORPORALES (que, al no establecerse diferencias en la definición, pueden ser también muebles o semovientes), y también parece que el concepto emitido, sin distingos, de la servidumbre personal, tal como queda reproducido, encaja tan sólo en las legislaciones que, siguiendo el sistema romano, incluyen entre dicha especie de servidumbre las figuras jurídicas del uso, del usufructo y de la habitación.

Con la anterior definición procura Elvers diferenciar claramente la servidumbre de la hipoteca, de la enfeitis y del derecho real de superficie, entendiendo que los derechos referidos afectan

a la cosa en sí, y la servidumbre, tan sólo a la cualidad de la cosa.

Entendemos, con Schmidt-Rimpler, que este argumento no es convincente.

La propiedad o el dominio sobre UNA CUALIDAD de la cosa no implica, en realidad, sino un derecho de exclusión con vistas a esta misma realidad, por cuyo motivo vemos que el punto de vista de Elvers carece de utilidad práctica, desviándonos de los verdaderos términos del problema.

Aun dejando de lado las anteriores definiciones, puede decirse que no aparecen fácilmente puntos de vista conforme a los cuales quepa ordenar de un modo uniforme las opiniones de los diferentes tratadistas relativas a la naturaleza y el concepto de la servidumbre.

Aparece delimitada la figura jurídica de la servidumbre para la generalidad de los autores germánicos, de un lado, por el derecho hipotecario, y de otro, por aquel típico derecho real hereditario y enajenable, el llamado ERBBAURECHT, que tiene como contenido el dominio útil sobre un edificio en predio ajeno, o la obligación de la superficie en terreno extraño para fines de construcción, vieniendo a ser una figura compleja, en la que predomina el carácter de censo enfitéutico, si se da el primer caso, y el aspecto, en el segundo de los supuestos, de un derecho real de superficie.

La diferencia entre el derecho real de servidumbre (entendido en su más amplia acepción) y el de hipoteca aparece bien clara: el primero concede facultades de uso sobre la cosa, que el segundo niega.

En cambio, resulta hasta difícil de precisar la línea divisoria entre la figura jurídica antes descrita del «Erbbaurecht» y la servidumbre, hasta tal punto que se hace indispensable establecer una superior categoría que abarque en sí tanto la figura jurídica de la servidumbre como la de la referida «enfiteusis-superficie».

Con este motivo recuerda nuestro autor que Gierke y Planck establecen la diferenciación entre derechos al VALOR DE LA COSA (prenda e hipoteca) y derechos a la UTILIZACIÓN DE LA COSA (entre los que cabe mencionar lo mismo la servidumbre, en su sentido amplio, que la ENFITEUSIS-SUPERFICIE en su forma típica del «Erbbaurecht»).

¿Cómo llevar ahora a cabo una clasificación de los derechos a

la utilización de la cosa que ostente el carácter de universal validez?

La mayor dificultad la halla nuestro autor en la figura jurídica del usufructo, considerándolo, a estos efectos, tan sólo como el derecho a usar y disfrutar la cosa.

Este derecho de usufructo, inalienable para unas legislaciones; enajenable, según los casos, y con más o menos limitaciones para otros Códigos, considerado por ciertos Cuerpos legales como servidumbre personal, denominación que, como es sabido, repudia el Código civil francés y los sistemas legislativos inspirados en el mismo, es, sin duda, una de las figuras jurídicas más difíciles de demarcar.

Para establecer una clasificación de los derechos que podemos denominar de utilización, atendiendo al grado de enajenabilidad, habrá que distinguir los siguientes:

a) Derechos a la utilización de la cosa completamente enajenables, según su naturaleza (el referido «Erbbaurecht», entre ellos).

b) Derechos de utilización totalmente inalienables (el usufructo, cuando por el constituyente o por la ley se prohíba su enajenación, y la servidumbre personal, a la manera de las previstas en el artículo 531 del Códico civil español, cuando el carácter inalienable se infiera del título de su constitución).

c) Derechos de utilización que sólo pueden enajenarse con determinados requisitos (por ejemplo, las servidumbres en general, que sólo pueden serlo en unión del predio dominante).

Es indudable el escaso valor sistemático de esta clasificación, toda vez que en ella tan sólo aparece determinada la servidumbre como un derecho de utilización LIMITADAMENTE ENAJENABLE.

#### *El problema de la confusión de derechos.*

Entiéndese por CONFUSIÓN, para estos efectos, el fenómeno en virtud del cual puede darse alguno de los casos siguientes:

El propietario de una cosa adquiere un «derecho limitado», existente con anterioridad sobre la misma a favor de otro, o, a la inversa, el titular de un derecho con facultad limitada sobre la indicada cosa adquiere la propiedad plena sobre ésta.

En tales situaciones se observa que la confusión de derechos

tiene, generalmente, como consecuencia la resolución del llamado derecho limitado.

¿Por qué motivo—cabe preguntarnos—tiene lugar esta resolución en algunos casos y en ciertos otros no?

A esta interrogación puede contestarse de dos maneras, en atención a las diversas circunstancias:

*Primer argumento.*—Según algunos autores, la resolución es LÓGICAMENTE NECESARIA, toda vez que la idea de un DERECHO LIMITADO EN COSA PROPIA es de aquellas que no caben fácilmente en nuestra imaginación, teniendo en cuenta los conceptos, tradicionalmente admitidos, de la propiedad y de la servidumbre.

*Segundo argumento.*—Otros han llegado a reconocer que semejante derecho limitado sobre cosa propia puede lógicamente suponerse, pero que su existencia real hubiera sido contraria a equidad, carente de toda finalidad práctica o directamente injusta.

Frecuentemente aparecen entremezclados ambos puntos de vista.

Otra circunstancia contribuye a complicar la cuestión. Algunos autores han previsto, para aquellos casos en los que resultase lógicamente imposible estructurar el derecho limitado en la cosa propia, unas especiales construcciones jurídicas, conforme a las cuales no se daba, en ciertos casos, la confusión de derechos, sino la subsistencia del «derecho limitado», al menos la de un «ALGO» JURÍDICO del mismo, particularmente en determinadas hipótesis, en las que, por razones de índole práctica, resultaba conveniente no proceder a la consolidación.

Propónese nuestro autor exponer sintéticamente en este lugar los ensayos realizados con el fin de lograr una construcción de la teoría acerca de la confusión de ambos derechos, desde puntos de vista puramente lógicos.

Al examinar las doctrinas que propugnan la imposibilidad de establecer servidumbres a favor del propietario, hemos de distinguir los dos grupos más interesantes de doctrinas conocidas, según su respectivo punto de partida, como TEORÍA OBLIGATORIA y TEORÍA DE LA ABSORCIÓN.

Parte la primera del supuesto que el propietario no puede jamás hallarse en relación jurídica consigo mismo, como ineludiblemente lo exigiría la naturaleza del «derecho limitado en cosa propia», siendo así que los defensores de la teoría citada en segundo

lugar, llamada DE LA ABSORCIÓN, entienden que, confiriendo el derecho de propiedad al dueño las más amplias atribuciones sobre la cosa, no puede ni debe, racionalmente, darse, junto a ese derecho, otro que le conceda de nuevo esas mismas atribuciones en determinado sentido, lo que, además, carecería, para muchos, de fundamento práctico.

De esta última consideración dimana, por cierto, un nuevo grupo de doctrinas, denominadas por Schmidt-Rimpler TEORÍAS DE LA FINALIDAD PRÁCTICA, a que se hará referencia en el lugar oportuno del presente trabajo.

Por último, podría formarse también un grupo de aquellos otros tratadistas que, tomando por base las definiciones según las cuales las servidumbres no son sino DERECHOS A LA UTILIZACIÓN EN COSA AJENA, o, más sintéticamente : DERECHOS LIMITADOS SOBRE COSA AJENA, entiende que no puede darse servidumbre alguna en cosa propia.

Ofrece este argumento especialísimo interés para nosotros, teniendo en cuenta la definición que de la servidumbre nos da el artículo 530 del vigente Código civil español, al denominarla gráficamente : GRAVAMEN IMPUESTO SOBRE UN INMUEBLE, EN BENEFICIO DE OTRO PERTENECIENTE A DISTINTO DUEÑO, lo que viene a ser un verdadero «derecho limitado en cosa ajena».

Al definirse la servidumbre en la forma expuesta, ¿quiere decirse con ello que no quepa reconocer también la existencia de un DERECHO LIMITADO EN COSA PROPIA? No nos parece aventurado afirmar que esta figura jurídica ha sido vislumbrada ya por el jurisconsulto Paulo en la ley 39 del título II, libro VIII, del Digesto. Al recordar la regla general «Ninguno puede imponer servidumbre a sus propios edificios» (NEMO ENIM PROPRIIS AEDIFICIIS SERVITUTEM IMPONERE POTEST), establece, al propio tiempo, de un modo categórico, una excepción : «A no ser que el que cede y aquel a quien se cede estén de modo que el uno pueda impedir la vista del otro» (NISI ET IS QUI CEDIT, ET IS CUI CEDITUR, IN CONSPECTU HABEANT EA AEDIFICIA, ITA UT OFFICERE ALTERUM ALTERI POSSIT).

Según el texto que hemos tenido a la vista (1), parece, pues, ha-

---

(1) EL DIGESTO DEL EMPERADOR JUSTINIANO traducido y publicado en el siglo anterior por el Licenciado D. Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, publicado nuevamente por D. Manuel Gómez Marín y D. Pascual Gál y Gómez. Madrid Imp. Ramón Vícent, 1872 Tomo I, pág. 327

berse reconocido, para este caso particular (cuando el edificio destinado a permanecer en propiedad del cedente y aquel destinado a ser cedido estén situados de manera que se obstruyan mutuamente la vista), el derecho del propietario cedente a imponer él mismo una servidumbre a su propio edificio.

La conocida doctrina sustentada en las leyes 36 y 37 del título y libro del Digesto, citados por los jurisconsultos Papiniano y Juliano, respectivamente, antecedente remoto del artículo 541 del vigente Código civil español (según lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1911), ofrece también especial interés en este lugar. Este principio, conforme al cual la existencia de un signo aparente entre dos fincas establecido por el propietario de ambas se considerará, si se enajenase una, como título para que la servidumbre CONTINÚE activa y pasivamente... «refleja, asimismo, la preocupación, ya en tiempos tan remotos, acerca de un fundamentalísimo problema jurídico que muestra indudable analogía con el enunciado por Schmidt-Rimpler al comienzo de la obra que examinamos.

De admitirse, en consecuencia, la posibilidad de un DERECHO LIMITADO EN COSA PROPIA, es evidente que éste habría de ostentar la misma categoría que el DERECHO LIMITADO EN COSA AJENA, término que muchos autores equiparan al de servidumbre, teniendo presentes aquellas legislaciones que engloban el uso, el usufructo y la habitación entre las servidumbres calificadas de personales.

Con tales antecedentes es indudable que ya no cabe considerar a la servidumbre, ni aun para quienes conceden a esta figura jurídica un ámbito tan extenso, como especie de primer grado en la clasificación de los derechos reales.

Por este motivo opta Schmidt-Rimpler por prescindir del referido grupo de tratadistas impugnadores de la servidumbre del propietario, lo mismo que de aquellos otros que se basan en las llamadas «teorías funcionales de la propiedad», como Brinz, Leist y Trendelenburg, con las que nuestro autor no se halla conforme en modo alguno.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Doctor en Derecho.

(*Se continuará*)

# Las aguas públicas y el Registro de la Propiedad

## I

La *Gaceta de Madrid*, de 25 de Noviembre último, publica una Real orden comunicada del Ministerio de Fomento, de 13 del mismo mes, en que se resuelve, con carácter general, una consulta del Gobierno civil de Granada, referente a la tramitación de los expedientes de inscripción de los aprovechamientos de aguas en el Registro administrativo, cuando sean solicitados por comunidades de regantes.

La consulta fué originada por las divergencias surgidas entre la División Hidráulica del Guadalquivir y el Abogado del Estado, sosteniendo este último que la comunidad de regantes debía presentar necesariamente los documentos que demostrasen el derecho a las aguas, y que, una vez presentados, se cumpliese lo que previene el artículo 3.<sup>º</sup>, en sus párrafos 3.<sup>º</sup> y 4.<sup>º</sup>, del Real decreto de 7 de Enero de 1927; y propugnando aquélla, por el contrario, que cuando se trata de aguas definidas en las Ordenanzas no es necesario que la comunidad presente información posesoria, puesto que la aprobación de éstas implica el reconocimiento del aprovechamiento y el de la cuantía del caudal utilizado.

El Ministerio, mediante los dos supuestos siguientes, resuelve la consulta :

«1.<sup>º</sup> Cuando soliciten la inscripción de sus aprovechamientos comunidades de regantes, que tienen Ordenanzas aprobadas hace más de veinte años, *se puede prescindir de la información posesoria,*

*debiendo acompañar, en su lugar, instancia suscrita por el Presidente de la comunidad, certificación de su Secretario que le acredeite como tal, ídem del acta en que se tomó el acuerdo de solicitarla, ídem acreditativa de la Real orden de aprobación de las ordenanzas y Reglamentos y un ejemplar de los mismos; y las comunidades de regantes que lleven menos tiempo establecidas deberán agregar a los citados documentos la información posesoria reglamentaria.*

2.<sup>º</sup> Que cuando se solicite la constitución de una comunidad de regantes se incoará conjuntamente el expediente de inscripción de las aguas que vienen utilizando, en caso de que no estuviesen ya inscritas, y, simultáneamente, se resolverán dichos expedientes, aprobando las ordenanzas y Reglamentos y ordenando la inscripción de las aguas en los Registros administrativos, si procede.»

El fundamento de esta disposición es el de que las comunidades de regantes, una vez constituidas y aprobado su Reglamento, son organismos administrativos, que actúan como delegados de la Administración, la cual, al sancionar dichas ordenanzas, si no *reconoce y aprueba los aprovechamientos* de agua que aquéllas utilizan, tiene conocimiento de ello y los consiente, *por lo que, pasados veinte años desde la aprobación de las ordenanzas*, queda probada la prescripción de las aguas de un modo fehaciente, sin necesidad de la información posesoria que exige, preceptivamente, el Real decreto de 7 de Enero de 1927, y que la Real orden de 12 de Marzo de 1902 pedía a falta de otros documentos; pero al tratarse de las comunidades que *cuentan veinte años de tener aprobadas las ordenanzas*, estará probado el hecho de la posesión o uso del agua, pero no la prescripción, por lo cual deben presentar entonces la información, para demostrar la prescripción. En resumen, en el primer caso, estima la Real orden que la prescripción está probada con conocimiento de la Administración, por haberse alegado el uso del agua, por lo que para pedir la inscripción bastan los documentos indicados al principio; pero en el segundo hace falta, además, para demostrar la prescripción, que se presente la información posesoria, y siendo obligatoria la inscripción de los aprovechamientos hidráulicos, no debe aprobarse la constitución de las comunidades de regantes sin que éstos los tengan inscritos o en tramitación, porque, lo contrario, sería autorizar aprovechamientos abusivos, por no haberse dado cumplimiento a lo ordenado para ello.

## II

Esta disposición, en que por vía de consulta de una cuestión particular se resuelve otras fundamentales, que alcanzan y se entrelazan con el derecho civil e hipotecario, debe ser conocida. En ella se sustituye la Administración a los Tribunales de Justicia, en cuanto al reconocimiento de los derechos a las aguas cuya inscripción solicita una comunidad de regantes, que tengan sus ordenanzas aprobadas hace más de veinte años. En adelante, no es precisa información judicial en este caso, y es suficiente que la Administración haya aprobado en esa fecha las ordenanzas.

## III

El Código civil clasifica las aguas en armonía con lo prevenido en la Ley de 13 de Junio de 1879, artículos 4.<sup>o</sup> y siguientes, en dos clases : de dominio público y de dominio privado ; aquéllas, son las de los ríos y sus cauces naturales, las de los manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales, las que nazcan en terrenos de dominio público, los lagos y lagunas en esos terrenos, las aguas pluviales que discurran por cauces de dominio público, las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos y las aguas halladas en trabajos de obras públicas, las que nazcan en predios del Estado, provincia o pueblos, una vez que salen del predio en que emergen, y los sobrantes de fuentes, cloacas y establecimientos públicos. Y, por el contrario, son aguas privadas las aguas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurren por ellos, los lagos y lagunas formados por la naturaleza en dichos predios, las aguas subterráneas que se hallen en ellos, las pluviales que caigan en ellos, mientras no traspasen sus linderos, y los cauces de aguas corrientes continuas y discontinuas y los de las pluviales y arroyos que atraviesen fincas que no sean de dominio público (artículos 407 y 408 del Código civil).

Según los conceptos que integran la clasificación apuntada, es esencial el carácter público o privado del cauce para definir el

del agua que se conduce por él, y esto, tanto más cuanto que según el mismo artículo 408 en toda acequia o acueducto el agua, así como el cauce, cajeros y márgenes, serán consideradas como formando parte de la heredad a que vayan destinadas las aguas.

Las aguas, según el número 8.<sup>º</sup> del artículo 334 del Código, tienen carácter de inmuebles, sean vivas o estancadas.

Es preciso, por lo tanto, según el Código, para clasificar las aguas: 1.<sup>º</sup> Clasificar y definir los terrenos en que nacen o por los que discurren. 2.<sup>º</sup> Definir derechos que afectan de un modo directo a los inmuebles, en sí mismos.

Es decir—así sintéticamente lo expresan los artículos 4.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup> de la Ley de aguas—, son públicas las aguas que nacen en terrenos de dominio público, las procedentes de manantiales o arroyos que van por sus cauces naturales, los ríos y las abandonadas o sobrantes por los dueños de los predios particulares donde nacen.

La naturaleza especial de las aguas corrientes, que impide siempre que pueda estudiar fijas en un sitio, ya que por su propio impulso fluyen y se trasladan a otro distinto del en que nacen, y la forma especial en que son utilizadas, obliga a la distinción entre dominio de las aguas y aprovechamiento de las mismas.

El aprovechamiento de las aguas públicas por un particular, se adquiere: 1.<sup>º</sup> Por concesión administrativa. 2.<sup>º</sup> Por prescripción de veinte años. El dominio de las mismas se transfiere, en algunos casos, por la Administración, o se adquiere por prescripción, ya que, según el artículo 1.936 del Código, se prescriben todas las cosas que están en el comercio de los hombres.

El aprovechamiento de las privadas es inherente a su dominio, en cuanto al propietario; pero si éste las abandona, entran en la condición de públicas, y su aprovechamiento se ha de ajustar a las normas que traza la Ley de aguas.

Y, entre éstas, es fundamental la de que quien se anticipa por año y día en el uso del agua nacida en predio particular, no puede ser privado por otro aprovechamiento en sitio superior o anterior al de aquél.

Tenemos, pues, un primer jalón: las aguas públicas se adquieren por concesión administrativa; también se adquieren por prescripción. En cuanto a la primera, no puede caber duda de su carácter admis-

nistrativo ; así la califica la ley y así procede hacerlo, ya que emana de la Administración misma.

La concesión se ha definido, por Alcalá Zamora, como la enajenación parcial, limitada y revocable de cosas o derechos pertenecientes al dominio público, que se subordinan a fines de interés general y se someten a la inspección de la Autoridad, o, en otros términos, la transmisión parcial del dominio público. Y claro es que en ese concepto expresivo y sintético se omite, por sabido, que quien ha de enajenar o transmitir esos bienes de dominio público es la Administración misma.

Pero en cuanto al segundo concepto—antes expresado—, prescripción, ¿ quién lo ha de definir ? Adviértase que no se trata meramente de la posesión de año y día, que, como cuestión de hecho y por privilegio especial, puede competir a la Administración, conforme al Real decreto de 10 de Mayo de 1884, decidir de quién sea, si no de la prescripción de veinte años, a que se refiere el artículo 409, número 2.<sup>º</sup>, del Código.

Hemos dicho antes, y no puede dudarse, que las aguas son bienes inmuebles ; es, asimismo, indiscutible, que, conforme al artículo 195 del Código, los inmuebles se prescriben por posesión de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título ; por lo tanto, si una persona utiliza el agua con buena fe y justo título durante ese período de tiempo, adquirirá el dominio, y no meramente al derecho al aprovechamiento. Y eso, según se ha dicho, aunque el agua sea pública, ya que, según el artículo 1.936, se puede prescribir todo lo que está en el comercio.

La utilización o aprovechamiento, durante veinte años, implica la posesión del agua, y esa posesión es la que produce la prescripción y la adquisición del dominio. Así, pues, no obstante lo prevenido en el artículo 409, número 2.<sup>º</sup>, del Código, quien durante veinte años tiene un aprovechamiento de aguas públicas, adquiere el dominio indiscutible de éstas, si ha tenido buena fe (que se presume siempre) y justo título (que él ha de demostrar).

Si le falta alguna de estas condiciones o surge cuestión acerca de ellas, quien ha de decidir tal cuestión no es la Administración, sino los Tribunales de Justicia, ya que a éstos corresponde exclusivamente, según el artículo 76 de la Constitución, 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 267 de la Ley Orgánica Judicial, conocer y

resolver de los negocios civiles que en territorio español se susciten entre españoles, entre extranjeros o entre españoles y extranjeros, y ciertamente que la propiedad de las aguas es un asunto, como todos los que afectan a la propiedad, eminentemente civil.

Si no hay buena fe o justo título, se requiere, para la prescripción, treinta años, según el artículo 1.959 del Código civil, y en tal caso parece que falta el argumento que acabamos de indicar como fundamento de la competencia de los Tribunales de Justicia, ya que, en tal caso, sólo cuando lleguen los treinta años podrían entender los Tribunales para definir el dominio, y cuando pasen los veinte, correspondería a la Administración definir la prescripción como adquisitiva de los aprovechamientos.

No lo entendemos así, y la razón, a nuestro juicio, es clara: se trata siempre de un objeto civil; lo que determina la competencia es la materia discutida, y ésta es una cuestión de propiedad, aunque ésta no se haya perfeccionado. Aquella está incluida en el Código civil, en el cual no se definen ni regulan derechos administrativos, sino civiles. Y, además, la lucha que surge entre el carácter público de las aguas, por un lado, y los usos particulares, por otro, para llegar a la prescripción, tiene carácter eminentemente privado, puesto que se trata de decidir si el tiempo y el uso ha de prevalecer sobre el origen de las aguas, y para ello no puede ni debe ser parte la Administración, y, al mismo tiempo, juez, sino que ha de estar apartada de la contienda y someterse a la decisión de otro poder, ajeno y superior a ella, cual es el de los Tribunales; en suma, al definir derechos privados, éstos son quienes deben decir la última palabra respecto de su propiedad, que es de lo que se trata.

El artículo 409 del Código añade que los límites y derechos derivados de la prescripción serán los que resulten del modo y forma de aprovechamiento de las aguas; por lo tanto, si es preciso definir el modo y forma de tal uso para llegar a la prescripción, y si, según el artículo 349 del mismo Código civil, los jueces han de amparar en su propiedad al que sea despojado de ella sin los requisitos legales (y así lo dispone también el artículo 1.º de la Constitución), es evidente, de toda evidencia, que todas las cuestiones de propiedad están bajo el amparo de los Tribunales, y que la Administración carece de competencia para definir, ni menos decidir

nada, respecto de la prescripción de derechos civiles, que sólo a aquéllos compete.

Esto es evidente y elemental; tal conclusión se basa esencialmente en la división de poderes del sistema constitucional, y así está regulada la competencia en las leyes vigentes.

Y la misma Administración lo ha reconocido en múltiples disposiciones. Los artículos 254 a 256 de la Ley de aguas declaran, paladinamente, que compete a los Tribunales civiles conocer de las cuestiones referentes al dominio de las aguas públicas y al dominio y posesión de las privadas si, pues se alega posesión de más de año y día, que es la que define la posesión privada, según el artículo 10 de la misma ley, y mucho más si se alegan veinte años, como exige el 409 del Código civil, la cuestión cae de lleno en aquellos asuntos a que, según el artículo 254 de la ley, se extiende la esfera de acción de los Tribunales ordinarios.

Por otra parte, conforme al artículo 253 de la Ley de aguas, los únicos casos en que puede entender la jurisdicción contenciosa, en materia de aguas, son los de caducidad de una concesión administrativa, los de haberse irrogado un daño por la Administración a una concesión de ese orden; los de imposición de una servidumbre particular, en los casos previstos por la ley, y los de daños y perjuicios, en los casos que se acaban de indicar. Y como en ninguno de esos cuatro casos está el de apreciar y decidir la prescripción, y si la Administración fuese competente, según la ley, para decidir acerca de la prescripción, esta declaración de derechos, sería recurrible ante los Tribunales de lo Contencioso, es de toda lógica que, al no poder conocer éstos de cuestiones de propiedad y prescripción, es precisamente porque la Administración, cuyas resoluciones están encargadas de revisar, tampoco puede conocer de ella.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante en este punto; así, en sentencia de 30 de Octubre de 1900 (*Gaceta del 11 de Diciembre*), declara que compete privativamente a la jurisdicción ordinaria conocer de las cuestiones de índole de propiedad privada, aunque dímanen de expedientes gubernativos, y por ello son exclusivas de las mismas las relativas al dominio, posesión y servidumbre de las aguas públicas, como son las referentes a la extensión y límite de los derechos dominicales, aunque procediesen de

concesiones de la Administración. Lo mismo dispone la Real orden de 17 de Junio de 1887 y el Real decreto sentencia de 8 de Julio de 1889 y otros muchos.

#### IV

Las modificaciones profundas en la industria, desde que se promulgó la Ley de aguas vigente, la excepcional importancia que habrían adquirido los aprovechamientos de las aguas públicas y la necesidad de que la Administración conociese todos los aprovechamientos existentes en ellas, como garantía de su mejor utilización y base de futuras concesiones, obligaron a crear los Registros de aprovechamientos de aguas públicas por el Real decreto de 12 de Abril de 1901. La exposición de motivos de este importante Real decreto, decía : «Urge adoptar las medidas oportunas para conocer todos los aprovechamientos de aguas públicas que se hayan concedido y se concedan en adelante, *porque la falta de datos estadísticos* que permitan conocer con precisión el caudal disponible de cada corriente, hace que en muchos casos no pueda juzgar la Administración acerca de la utilidad y aun posibilidad de la concesión que se la pide, corriendose el riesgo de otorgar concesiones ilusorias o de no hacer otras que fueren útiles, creándose, en el primer caso, un derecho que no puede hacerse efectivo, o inutilizando, en el segundo, una iniciativa provechosa para la riqueza pública. Además, los artículos 204 y 58 de la Ley de aguas, obligan a que el Ministerio tenga conocimiento de las corrientes de aguas públicas y del caudal aprovechable de las mismas, con objeto de evitar abusos y la pérdida de la riqueza que el agua representa ; dichos artículos se refieren concretamente a los ríos, y, por tanto, sólo a las aguas públicas y no a las privadas, según su contexto literal.

Se crea, en consecuencia, un Registro de aguas públicas Central y otro Provincial, en cada Jefatura de Obras públicas ; en ellos se han de inscribir, inmediatamente de su otorgamiento, todas las concesiones de aguas públicas que se concedan. En cuanto a las ya otorgadas, el Real decreto dió un plazo de tres meses, a fin de que los interesados presentasen sus declaraciones, que debían comprobar los ingenieros jefes.

Por Real orden de 30 de Abril de 1901 se dictaron las reglas

para llevar los registros, que fueron completadas por las Reales órdenes de 12 de Marzo de 1902 y 2 de Enero de 1906. En la primera se dispone que los interesados deberán presentar los datos con las respectivas declaraciones: si estaban conformes con los datos oficiales, se procedía a la inscripción; si no, se reclaman otros nuevos, sin perjuicio de inscribir, pero sin que ello diese especiales derechos a aquéllos.

La forma de inscribir es curiosa: se llevan tres libros: uno general en cada provincia y otros dos señalados con las letras A y B, también en cada provincia, el primero para los aprovechamientos de cada corriente, y el segundo para cada clase de aprovechamientos clasificados en la ley de Aguas.

Nada dispone el Real decreto acerca de los documentos necesarios para justificar los derechos alegados; y esta omisión fué suplida por la Real orden de 1902, según la que, para la inscripción de las aguas sirve no sólo la concesión administrativa de aprovechamiento de las aguas públicas, sino *cualquier título de Derecho civil*; y como el artículo 409 del Código declara que se adquiere el aprovechamiento por prescripción de veinte años, deben inscribirse los que se justifique se utilizan veinte o más años, no a partir de determinada fecha, sino a contar de cualquiera; y para justificar ese período, *a falta de otros documentos suficientes, deberá el peticionario presentar información posesoria en la forma que determinan las disposiciones vigentes*. Concretando más este punto, la Real orden de 2 de Enero de 1906 declara que las informaciones deberán llenar los requisitos y formalidades señalados en la ley Hipotecaria.

Estas dos disposiciones son importantísimas. Surgen de ellas varias cuestiones, que hemos de examinar.

Según la última, las informaciones han de reunir los requisitos exigidos en la ley Hipotecaria. El requisito fundamental para que los documentos públicos comprensivos de transmisiones o declaraciones de inmuebles o Derechos reales perjudique a tercero, es que estén inscritos en el Registro de la Propiedad: si el particular hace información es para ese fin. El Estado, en relación con las aguas públicas que se trata de inscribir, es un tercero: si tales informaciones le han de perjudicar, deben estar inscritas. Y así se desprende claramente de la citada Real orden de 2 de Enero de 1906.

Sin este requisito, las informaciones que se presenten ante la Administración para inscribir el agua en el Registro administrativo no son admisibles y deben rechazarse. La administración de las aguas públicas corresponde al Estado : documento que le perjudique debe estar inscrito. Pues bien ; si comparamos estos preceptos con el Reglamento Hipotecario, nos encontramos con que éste, en su artículo 68, en relación con el 43, dice terminantemente que para que las aguas adquiridas por prescripción puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad, han de estar previamente inscritas en el Administrativo de aguas. Esta contradicción terminante de disposiciones de igual vigor requiere inexcusablemente la rectificación de unas o de otras, porque el resultado es que el Registrador, ateniéndose a su Reglamento, no puede inscribir esos aprovechamientos, y que la Administración tampoco puede hacerlo sin que los inscriba antes el Registrador ; y así, quedan las aguas sin inscribir en ninguno de los dos Registros, no obstante la importancia de que lo estén en los dos.

Debe, pues, aclararse o modificarse tal situación. Ciento es que el mismo artículo 68 ordena se tome anotación preventiva por sesenta días según el 494 ; eso no es sino paliativo temporal ; no una solución.

Otra cuestión importante es desde cuándo se ha de computar el tiempo de la posesión para que se estimen pasados los veinte años ; ¿ bastará que se aleguen por el particular en la información, probándolo con testigos y se cuenten los años que él indique, o sólo se computarán los transcurridos desde que se inscribió la información en el Registro de la Propiedad ?

Hay quien ha sostenido en la Administración que sólo serían admisibles las informaciones que contasen veinte años inscritas, siendo rechazables las demás, y no pudiéndose tener por eficaces las manifestaciones de los testigos a ese respecto. No es ésta nuestra opinión : en primer término, tales aseveraciones contradicen el texto claro y categórico de la Real orden de 12 de Marzo de 1902, que sólo exige se compute el tiempo, no a partir de un tiempo determinado, sino de cualquiera. Y, además, de prosperar tal tesis, se exigiría menos requisitos para las inscripciones del Registro de la Propiedad que a las del Registro Administrativo, ya que en el primero se inscribe meramente por el hecho de poseer, aunque

nó se lleve ni pruebe los veinte años de posesión ; y tal cosa sería absurdamente que el Registro de la Propiedad es el amparo de ésta, y el Administrativo ni crea ni ampara derechos civiles, sino que se creó exclusivamente para fines estadísticos.

En el Registro Administrativo se inscriben títulos civiles, es decir, derechos justificados por estos derechos. No resuelve de un modo explícito la cuestión que al principio hemos planteado, de si la Administración puede declarar la prescripción. Pero implícitamente la decide, como nosotros, en sentido negativo, puesto que si no hay títulos meramente civiles, se acude a la información poseedora hecha ante los Tribunales y aprobada por éstos y no por la Administración, según las disposiciones citadas.

Los efectos de la posesión de aguas así definida no los puede decidir la Administración, sino que han de estar sujetas a los preceptos generales de los artículos 35 y 402 de la ley Hipotecaria.

Es ésta de la posesión adquisitiva una de las materias más intrincadas y discutidas, como se sabe, del Derecho civil e hipotecario : es importantísima, pero su estudio nos llevaría demasiado lejos, separándonos del campo a que hemos de concretar este largo estudio : bástanos decir, por lo que a nuestro tema se refiere, y en confirmación de lo ya dicho, que estos efectos tan complejos, en que de tal modo se entrelazan preceptos civiles e hipotecarios, no pueden ser, ni son por su propia naturaleza administrativos, sino propios de los Tribunales ordinarios ; esta prescripción de las aguas no la puede definir, por falta de competencia y de atribuciones, la Administración.

Otra cuestión importante es si los Registros de aguas creados por el Real decreto de 1901 comprenden sólo las públicas o puede ser extensivo a las privadas. Los preceptos son terminantes : se contrae, lo mismo que los artículos 58 y 204 de la ley de Aguas, a las públicas. Sin embargo, en la práctica, muchísimas veces se inscriben en aquéllos aguas perfectamente privadas. Unas veces porque se trata de aguas públicas cuyo dominio ha prescrito a favor de particulares, y otras, porque se ha interpretado extensivamente dicho Real decreto, haciéndole adaptable a las aguas privadas. Y la conveniencia de ello es notoria, pues los fines de estadística y de mejor aprovechamiento de las aguas públicas en que

se funda el Real decreto, se dan igualmente en cuanto a las aguas privadas. Y ningún inconveniente se sigue de su inscripción.

Finalmente, notamos una vez más que en esos Registros pueden inscribirse las aguas mediante todos los títulos de transmisión de propiedad que tiene el Derecho civil no siendo las informaciones un medio supletorio a falta de aquéllos.

La inscripción en los Registros de aprovechamientos de aguas públicas fué declarada obligatoria por el artículo 3.<sup>º</sup> del Real decreto de 5 de Septiembre de 1918, que dispuso que una vez informado por las Divisiones Hidráulicas, fuese enviado al Ministerio para su resolución; y este precepto fué reiterado por el Real decreto-ley de 7 de Enero de 1927, número 33, el cual agregó que para obtener la inscripción debían acompañarse los datos y documentos oportunos para definir completamente el aprovechamiento, y *justificar su derecho al agua mediante una información posesoria hecha con todos los requisitos de la ley Hipotecaria, cuando se funde aquel derecho en la prescripción.* ¿Quiere decir este precepto que no se admitan otros documentos civiles que la información? A nuestro juicio, no. Un Decreto administrativo no debe derrogar el Código civil, la ley Notarial y la ley de Enjuiciamiento civil. El artículo 5.<sup>º</sup> del Código civil es bien terminante.

La Administración, al pedir prueba, no puede rechazar los títulos más perfectos que definan la propiedad, y contentarse con la posesión, que es título supletorio y menos perfecto. Si se tiene título de propiedad es inútil la información posesoria y debe presentarse aquél. Pero este precepto confirma que cuando se trate de prescripción, es indispensable, si no hay título civil, información posesoria hecha con los requisitos de la Hipotecaria; y como tales informaciones se tramitan ante los Juzgados, y éstos las aprueban previo dictamen del Fiscal, es consecuencia lógica que la Administración, en esa disposición, ha admitido, como siempre, la intervención judicial para definir los derechos de posesión de las aguas.

## V

Frente a este estado de derecho constante surge la Real orden que al principio hemos extractado. Frente a la definición del estado legal constituido por leyes y Reales decretos-leyes, aquélla

fija un nuevo orden de cosas. Descartemos el caso de que las Comunidades no tengan veinte años de antigüedad aprobados, porque entonces se exige la información. Pero si solicitan las inscripciones de aprovechamientos las Comunidades de Regantes que tengan sus ordenanzas aprobadas hace más de veinte años, la Real orden prescribe se prescinda de la información posesoria para justificar el derecho a las aguas, porque la Administración, al aprobar las ordenanzas, si no reconoce los aprovechamientos, tiene conocimiento de ellos y consiente su disfrute; y transcurridos veinte años desde la aprobación, está probada la prescripción de un modo fehaciente.

La Real orden, pues, afirma, no sólo la competencia de la Administración para inscribir el aprovechamiento del agua en el Registro administrativo de las públicas, apreciando ella por sí las pruebas como lo estime justo y procedente, sino la facultad administrativa de examinar la prescripción de las aguas y declarar que se ha producido ésta, ya que tal declaración es inexcusable al acordar la inscripción en el caso de que no se haya presentado documento alguno ni aun información judicial, sino meramente el hecho de la aprobación de las ordenanzas, del cual deriva la Real orden de la presunción de posesión del agua.

## VI

¿Qué son y qué concepto jurídico merecen las Comunidades de Regantes? ¿Son personas colectivas con personalidad jurídica independiente a la de los individuos que las integran? ¿O constituyen una mera agrupación de personas individuales para regular el disfrute de las aguas?

La mancomunidad de intereses a que dan lugar los aprovechamientos colectivos de aguas, dice la Exposición de motivos de la ley de éstas, *exige una administración común*. Esta ha sido recomendada, desde la más remota antigüedad, a Juntas elegidas por los mismos interesados, que con el nombre de Sindicatos u otro equivalente, han cuidado de la administración de los fondos comunes y de la buena administración de las aguas, con arreglo a ordenanzas especiales: se conserva esta institución haciéndola obli-

gatoria... Tomando ejemplo del famoso Tribunal de las aguas de Valencia, se establece por la Ley un Jurado en cada comunidad, cuyas atribuciones se limitan a la policía de las aguas y cuestiones de hecho entre los interesados, sin que alcance a resolver las de derecho, que son las más arduas y costosas, *ni aun las de mera posesión*. Y en armonía con estos conceptos, se crean o restablecen las Comunidades de Regantes y sus sindicatos y Jurados de Riego en los artículos 228 a 252 de la ley de Aguas.

Las Comunidades de Regantes las define perfectamente la sentencia del Tribunal Supremo (de lo Criminal) de 13 de Marzo de 1879, al declarar *que no son asociaciones particulares, sino Cuerpos que ejercen funciones públicas*, en parte administrativas y en parte judiciales... Y el mismo Tribunal Supremo, en Sentencia de lo Civil de 1 de Abril de 1882, declara que las funciones de los Sindicatos de las Comunidades se limitan a la *administración y distribución de las aguas entre los regantes*, y a representar a la Comunidad ante los Tribunales y autoridades, pero *en lo que se refiere a la propiedad, no es posible reconocerla* atribución alguna de carácter público.

Si, pues, no son asociaciones particulares, sino cuerpos que ejercen funciones especiales para administrar las aguas y distribuirlas entre los regantes; si sus atribuciones, según la Ley, sólo tienden a esa administración común, se ve que no se dan en ellas los caracteres necesarios para que se las pueda estimar como personas colectivas, constitutivas de una personalidad propia, superior e independiente de sus individuos, que se funden en el cuerpo social, como ocurre en las Sociedades civiles y mercantiles, sino que son meramente, como su nombre expresa, Comunidades, es decir, agrupación de intereses y derechos en comunidad, análogos a las comunidades de bienes, aunque con más atribuciones, por el carácter público de que la Ley les ha revestido. En ellas se conservan siempre los individuos con su propia personalidad y con el dominio de sus tierras: las acequias de riegos pueden ser comunes; pero es más bien el uso lo que es común, ya que, según el artículo 408 del Código civil, en las acequias, los cauces y márgenes son propiedad de las tierras a que vayan destinadas las aguas, y esas tierras son particulares.

El artículo 233 de la ley de Aguas no da lugar a dudas res-

pecto de la individualidad que conservan los regantes en la Comunidad, puesto que, de una parte, los gastos hechos por la Comunidad en la construcción de presas o acequias, son sufragados, no por la Comunidad, como sería lógico si ésta fuera una persona colectiva, sino por los regantes, en equitativa proporción; los nuevos regantes sufrirán un recargo para el pago de las presas, y si uno o más regantes hacen obras por su cuenta en las presas para aumentar el riego, los demás no tienen derecho al aumento de riego, sino que el agua será de libre disposición de quien hubiese costeado las obras. Preceptos más contrarios a la idea de la sociedad que éstos, no pueden darse. Ellos evidencian, además, que el hecho de constituirse la Comunidad no implica idea de permanencia absoluta, ni de seguridad de aprovechamientos, y, por lo tanto, que falta la idea de fijeza y de continuidad en que se basa la prescripción, aun suponiendo constituida en forma la Comunidad.

El 235 confirma lo mismo, puesto que para establecer un molino en una acequia es preciso permiso, no de la Comunidad, sino de los regantes, y éstos votan por la propiedad que cada uno representa, en vez de la igualdad absoluta que hay en las acciones de las Sociedades.

En ninguno de los artículos de la ley de Aguas se dice que al constituirse las Comunidades de Regantes hayan de justificar la propiedad de las aguas: al deducir la presunción de propiedad del hecho de estar constituidas las Comunidades, se infringe la regla de lógica elemental, fijada por el Código al hablar de los contratos (artículo 1.253), que dice es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de demostrar o deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas de sana crítica. En suma, con la indicada deducción, se verifica una especie de traslación entre el hecho y el derecho, para afirmar que por el hecho de estar constituida una Comunidad hace veinte años, tiene derecho al agua que hoy utiliza y en la forma que la utiliza. Deducción un tanto aventurada por las variaciones que en ese tiempo puede haber habido y que el mismo artículo 234 de la Ley reconoce y autoriza. Pero esa variación impide establecer, aparte de todo lo dicho, la presunción *juris et de jure*, de que la prescripción que se busca se ha producido. No es de olvidar que, conforme a la

Real orden de 9 de Julio de 1880, a los regantes que no se hayan sometido a los acuerdos de la Comunidad para ejecutar obras que aumenten el riego, no se les puede obligar a que contribuyan a su ejecución. Por otra parte, según declara la Sentencia de 9 de Mayo de 1891, no prohíbe el artículo 234 de la Ley, ni ningún otro, la admisión de nuevos regantes ni la adopción de nuevas reglas; el 233 presupone que eso ocurra. No hay, pues, una situación definida y permanente como es la que ha de originar la prescripción de un derecho.

Cierto es que, conforme al artículo 3.<sup>º</sup> de los modelos oficiales de ordenanzas aprobados por Real orden de 25 de Junio de 1884, se exige que en las ordenanzas consten los títulos con que se posean las aguas; pero, aparte de que no exige que se presenten esos títulos a la Administración, la cual está obligada a aprobarlas sin otra limitación que oír al Consejo de Estado, según el artículo 231 de la ley de Aguas, es lo cierto que esa mera indicación de títulos, y la noticia que por ello adquiera la Administración, no equivale, ni mucho menos, a un título de propiedad justificativo del derecho, ni a una información judicial, ni da más facultades de las que la ley de Aguas le atribuye, y si la indicación de título se reduce a decir que se poseen desde tiempo inmemorial o por títulos antiguos con solución de continuidad respecto de los actuales poseedores de las aguas, como suele ocurrir, envuelve ello una inseguridad que va en contradicción de la idea del Registro, todo esto aparte de las razones fundamentales respecto de la competencia ya expresadas.

La Real orden de 13 de Noviembre de 1929, que en su aspecto positivo no hay que decir que reconocemos tendrá sus efectos, atribuye a la Administración facultades que las leyes vigentes no le habían reconocido, por ser privativas de los Tribunales. ¿Subsistén aquellas leyes? El lector juzgará.

Una consecuencia por demás curiosa se produciría con la misma: un particular hace una información posesoria de aguas, pero formulada oposición por un tercero, no puede aprobarse aquélla ni, por tanto, inscribirse en el Registro de la Propiedad; el particular, entonces, que está utilizando aguas de un río, se hace inscribir en una Comunidad de Regantes que tenga sus ordenanzas aprobadas hace más de veinte años y que, naturalmente, utilice las

aguas de ese río; entonces el defecto desaparece; se inscriben las aguas en el Registro administrativo y permanecerá en su posesión el particular ya que ésta, alegando la inscripción de la Comunidad y de las aguas en el Registro, es puramente administrativa. Esta sorprendente conclusión, en que sin llegar a un pleito se obtiene un derecho real que los Tribunales niegan, es inexcusablemente lógica conforme a la Real orden.

No creemos, por ello, que contribuya la misma a facilitar las relaciones que deben existir entre el Registro de la Propiedad y el Administrativo, ya que si bien da facilidades extraordinarias para éste no se ajusta ni tiene en cuenta preceptos fundamentales del primero. Ello no obstante es preciso reconocer que ha dado una solución, un tanto inesperada, a la contradicción entre las disposiciones administrativas y el Reglamento Hipotecario a que antes nos hemos referido.

LA REDACCIÓN.

# El Registro de actos de última voluntad <sup>(1)</sup>

## ANTECEDENTES

Para que nuestros lectores, y en especial los Registradores de la Propiedad, llamados a redactar la Memoria reglamentaria, conozcan con exactitud el criterio de las Cortes que aprobaron la primitiva ley Hipotecaria sobre el «Registro de testamentos», en su relación con el sistema, reproducimos a continuación las observaciones hechas en el Congreso por el Sr. Marichalar y la contestación del Sr. Permanyer en la sesión celebrada el 11 de Enero de 1861.

El Sr. Marichalar :

... Ahora bien : para huir de generalidades, para entendernos en el terreno práctico a que generalmente los abogados somos muy aficionados, voy a expresar mi teoría por medio de un ejemplo, y no creo que esto sea ofensivo a nadie. Supongamos que muere uno teniendo hecho testamento y a su defunción se ignora el hecho; y, por consiguiente, se empieza a proceder en concepto de abintestato ; se hacen todas las diligencias que la ley de Enjuiciamiento preceptúa para declarar el abintestato. Estas diligencias se reducen, según los artículos 358 de la ley de Enjuiciamiento y siguientes, a que el Juez, prudencialmente, averigüe si ha muerto testado o intestado. Uno de los medios de hacer la averiguación es practicar información en la cual declaren los parientes, los amigos y los vecinos del difunto.

Esto hecho, se publica el estado del negocio, primero, por treinta días, y después de los treinta, por veinte más, que son

(1) V. en el número anterior «La Memoria de este año».

cincuenta ; pasado este término, y hasta tomando en cuenta el que puede mediar entre los dos indicados, que será el de otros diez días, tendremos que se invierten dos meses en la publicación de estos pregones. Yo quiero suponer, señores, que para las informaciones indicadas y demás actuaciones necesarias se consuman otros dos o cuatro meses : de modo que a los seis meses se declara abintestato y se declara en favor del pariente más próximo que se supone heredero. Después de la declaración pide y obtiene un testimonio ; con él y con el inventario registra a su nombre y como propietario de los bienes, y al día siguiente los vende y el dinero desaparece. ¡Cuán fácil es que desaparezca el dinero ! Aparece después de la venta el consiguiente testamento ; resultado, señores : que esa acción hereditaria, que ese derecho hereditario, que por nuestra legislación tenía, cuando menos, una prescripción de treinta años, desde luego ha concluído, porque el heredero por testamento, heredero que resulta ignorante, con ignorancia invencible, se queda sin los bienes. Los terceros adquirentes de buena fe, habiendo adquirido de quien en el Registro apareció ser dueño, y habiendo justificado su adquisición, oponen una excepción terminante al derecho testamentario, que destruye, con sólo el transcurso de seis o siete meses, un derecho que hasta ahora duraba por treinta años. Esto, si se quiere llevar el argumento a las herencias intestadas, nos encontraremos con lo mismo ; pero al buen entendedor con pocas palabras basta, y yo me dirijo a perfectos entendedores. Este es el defecto que encuentro en la ley actual : que el derecho hereditario queda por él destruido ; si yo hubiera de venir aquí a indicar el defecto sin indicar el remedio, me hubiera callado ; pero voy a indicarle, porque es fácil y puede llevarse a efecto en el tiempo en que la ley ha de estar sin regir.

El remedio para este mal, señores, es un Registro de testamentos, que sencillamente se puede establecer. En cada Registro, que me parece que son 469 los que van a resultar en España, se puede abrir un libro de testamentos. Todo el que quiera hacer testamento y registrarlo podrá acudir a ese libro a decir que ha hecho testamento, y nada más ; y si no quiere acudir, puede encargarlo al escribano ante quien se haga el testamento y decir el testador al escribano que registre este testamento. El escribano, sencillamente, pasará una nota al Registrador del partido, di-

ciendo: «Don Fulano de Tal, vecino de tal parte, por ante mí ha hecho testamento, cerrado o abierto, con esta fecha», y nada más. Recibido por el Registrador este oficio, le sentará en un libro que lleve por orden alfabético, e inmediatamente dará cuenta a un Registro que se establecerá en la Audiencia, diciendo simplemente: «Por ante tal escribano, Don Fulano de Tal ha hecho testamento de tal clase.» Este Registro, que en la Audiencia se podrá llevar bajo la inspección del regente, a quien se dan grandes atribuciones por esta ley, por el Secretario de la misma Audiencia en un libro también por orden alfabético de apellidos, comprenderá, por consiguiente, la noticia de todos los testamentos cuyos autores hayan querido registrarlos; ¿y qué es lo que de esto resultará? Que si cuando uno muere se duda de si ha hecho o no testamento, con quince certificaciones se prueba el hecho; quince certificaciones de quince Secretarías de Audiencia, las cuales, atendiendo a la facilidad de comunicaciones que hoy existen, no es mucho decir que se reúnen en quince días. De este modo se tiene la fe positiva de que aquel hombre ha muerto testado o intestado. Se me dirá que no se hallan, en este caso, los que no testan por ante escribano. Los que no testen por ante escribanos, que se imputen a sí mismos el testar de un modo que no da tantas garantías como el establecido por la ley; pero inmediatamente que la ley concede un medio de garantizarse, no se puede acusar a la ley de no dar medios de garantía. El Registro de los testamentos, como yo lo establezco, será un medio de garantía. Todo el que quiera testar, si quiere garantizarse, testará de modo que el testamento se registre; y el que no quiera testar así, que se impute a sí mismo las consecuencias que esto pueda tener después de muerto. Este es un medio sencillo y esto es lo que creo que falta al sistema; de este modo el derecho hereditario se afirmaría más; de este modo, con más rapidez que por los medios tardíos de hoy, se podría justificar el testamento o el abiente-  
tato con precisión, sin que pudiera caber ningún género de suposición gratuita.

El Sr. Permanyer:

... Tercera y última observación del Sr. Marichalar, que ha formulado feliz, pero enérgicamente, con la tesis que sentó en medio de su discurso, diciéndonos que por esta ley el derecho here-..

ditario queda desheredado. No, señores, el derecho hereditario no queda desheredado ; el derecho hereditario, después de planteada esta ley, quedará tan incólume como puede quedar atendida su naturaleza ; quedará en el mismo estado en que había vivido hasta ahora, sin que nadie tratase de excitar en su favor la compasión que hoy invocaba mi amigo el Sr. Marichalar.

Decía el Sr. Marichalar : por el artículo 33 de la ley, la inscripción no consolida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a la ley. Pero luego, según el 34 : «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anulen o resuelva el derecho de otorgar, en virtud de título anterior no inscrito o de causa que no resulte claramente del mismo Registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse, en perjuicio de terceros, otro título posterior también inscrito.

Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después que empiece a regir la presente ley, y no será aplicable, en ningún tiempo, a título inscrito con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título. Y de esto deduce S. S. que si mañana, a la muerte de un particular, se procede a juicio de abintestato, y llenadas todas las formalidades que en la ley se prescriben para declarar deferida la herencia intestada, llegare a probarse la coartada, en una palabra, la no existencia del testamento, adjudicará esa herencia a los parientes más próximos, y, sin embargo, será posible que haya un testamento oculto, pero válido ; en cuanto se tenga noticia de esa existencia, se pasarán dos, cuatro, seis años, y los parientes próximos en favor de quienes se ha declarado la herencia, en uso de su derecho, estarán en verdadera posesión de los bienes, podrán transmitirlos y enajenarlos, y estos traspasos se registrarán, y el tercer poseedor, amparado con el Registro, en virtud del artículo 34, hará frente a la demanda reivindicativa que contra él se entablare, si después de aquel juicio hubiera aparecido otro legítimo heredero en virtud de un testamento que antes se ignoraba. Esta me pa-

rece que es la dificultad del Sr. Marichalar ; y la consecuencia, la fórmula, la síntesis de esta objeción, la traduce o presenta su señoría diciéndonos que antes era tan imposible que aconteciera el hecho, pero que el derecho del verdadero heredero no se extinguía sino en el período ordinario de la prescripción, por treinta años, al paso que ahora quedará extinguido a los ciento ochenta días, a los seis meses, al año, máximo a que podrán llegar, a lo sumo, los trámites y dilaciones a que haya dado lugar el juicio de abintestato.

Pues bien : debemos convenir, convenimos en que esto es un mal ; ojalá pudiera remediarlo completamente. Pero lo que debonegar, lo que niego, y creo que tampoco estaba en el ánimo del Sr. Marichalar sostenerlo, es que ese mal, que es inconveniente, provenga de la ley en proyecto. Ese mal está en la naturaleza de las cosas ; ese mal tiene una solución en los principios generales del derecho, en las disposiciones que actualmente están vigentes y que lo estarán después de publicada la ley Hipotecaria. Me explicaré.

Si hay un heredero presunto abintestato y como tal posee, y como tal dispone y enajena, por consiguiente, bienes heredados, como que de cualquiera de los actos y disposiciones que verifique el heredero intestado nacen derechos en favor de un tercero, en favor del adquirente, si mañana el heredero intestado presunto deja de serlo porque ha aparecido otro testamentario, caducará, como ha caducado siempre, el derecho del heredero presunto intestado, y el heredero testamentario tendrá acción para reclamar y conseguir que se le dé la herencia que otro tenía, no ilegítimamente, pero sí por efecto de un error o ignorancia. Hasta aquí no hay conflicto. Pero llega el caso de que el presunto heredero abintestato, antes de everiguar que existía el testamento, haya hecho actos de enajenación ; el verdadero heredero, el heredero testamentario, en rigor de derecho, en tesis absoluta, debería adquirir y obtener la totalidad de la herencia. Pero podrá reclamarlo, y lo obtendrá en cuanto pueda conseguirlo, del que sin derecho ocupaba su lugar ; no lo obtendrá cuando para ello sea preciso lastimar el interés de un tercero, que adquirió contratando de buena fe, y que contra la declaración del heredero, que nuevamente ha sido declarado tal, se presenta armado con la inscrip-

ción, o el Registro, en interés del mismo, legitima el acto consumado.

Esta es la solución de la ley. Pero pregunto: ¿podía ser otra? Veámoslo, pues.

El heredero que lo es por título gratuito y ciertamente digno de respeto, pero bajo el aspecto moral, por no decir económico, bajo el aspecto moral, de acuerdo en esta parte con el económico, el derecho del adquirente por título gratuito no es tan recomendable como el adquirente por título oneroso. Si, pues, un poseedor, que lo es con justo título, que lo es a título oneroso, como lo será, si no en todos los casos, en la mayor parte de aquellos a que se refería la impugnación del Sr. Marichalar; si ese adquirente con justo título, a título oneroso y de buena fe, se presenta delante de la ley enfrente de otro adquirente que lo fuera a título gratuito, por más sagrado que sea su derecho adquirido como heredero testamentario, pero a consecuencia de un testamento cuya existencia se ignoró por más o menos tiempo, yo apelo a los sentimientos, y no sólo de los jurisconsultos, sino de los que no lo son, para que me ayuden a dar solución lógica y equitativa a este problema. ¿Puede hacer más la ley que optar por el que más se recomienda en el terreno de la moralidad y en el de la verdadera justicia? Pero añadiré aún otra consideración. El derecho del heredero, señores, no sólo es verdaderamente gratuito, sino que es derecho derivado de la voluntad del testador; y cuenta que, en el terreno de los buenos principios, el verdadero interesado en que el testamento se cumpla no tanto lo es el heredero como el testador. Si, pues, el testador no ha adoptado todas las precauciones necesarias para asegurar que su última voluntad sea conocida y ejecutada; si la existencia del testamento es ignorada, a pesar de las muchas y exquisitas formalidades que en la ley común están prescritas para los casos en que ocurran juicios de abaintestato, díganme los señores diputados: ¿de quién será la culpa, a quién deberá imputarse que se haya ignorado la existencia legal de ese testamento? ¿A quién si no al testador, que al tiempo del otorgamiento no tomó las precauciones necesarias y convenientes para ello, deberán imputarse las consecuencias? Dígalo el Sr. Marichalar y dígalo cualquiera de los que me dispensan la honra de escucharme.

He aquí cómo si perjuicios ocurren en el caso imaginado por el Sr. Marichalar, esos perjuicios no quiere la nueva ley, no debió querer que recayesen sino en el que los ha ocasionado; en el testador, que no cuidó de dejar rastro por donde se supiera la existencia de su testamento; en el testador, o lo que es lo mismo, en el que el testador quiso favorecer, en el que ha de sucederle en sus derechos por título lucrativo; y éste es el heredero. Es visto, pues, señores, que no sólo por lo raro, por lo excepcional del caso; a que se refiere la objeción del Sr. Marichalar, es esta objeción desatendible, porque raro será que acontezca, aun cuando no se hayan tomado medidas de ninguna clase por parte del testador, para que no se ignore que ha hecho testamento, sino atendible porque las leyes se hacen para los vigilantes y no para los que duermen, y, por consecuencia, todo el que hace testamento y tiene el deseo y la esperanza de que ese testamento sea una verdad y surta sus efectos, tiene la obligación moral (de que la ley escrita no debía ni podía dispensarla) de hacer, por su parte, todo cuanto pueda para conseguir el efecto positivo y real de esa última voluntad que él ordena en uso del derecho que le concede la ley. Por tanto, señores diputados... (a pesar de que, lo confieso frádicamente: para llevar nuestro derecho al último grado de perfección posible, vale la pena de estudiar el problema que nos ha propuesto, con su acostumbrada profundidad, el Sr. Marichalar). Pero no debe ser esto óbice a la completa aprobación de la ley que estamos discutiendo, ni tampoco pudiera adoptarse sin ulterior y muy detenido examen el remedio que para obviar ese inconveniente nos estaba proponiendo el Sr. Marichalar, y que tanto ha recomendado al Congreso el Gobierno de Su Majestad. ¿Qué es, señores, el Registro de testamentos, medio que ha considerado su Señoría de muy fácil y sencilla realización? ¿Ha imaginado su señoría lo complicadísimo, lo trascendental de esa medida que viene proponiendo para completar a su manera el Registro civil de la propiedad? Está dicho pronto: «un Registro de testamentos». Pero ¿qué Registro, señores, para llenar su objeto? Habría de ser un Registro único, universal, al que se llevasen los testamentos otorgados en toda España, y aun en el extranjero y en ultramar, porque no siendo así no se habría dado un solo paso para llegar al desideratum del Sr. Marichalar. Dice, empero, su

señoría : «Bastará un Registro en cada Audiencia.» De modo que, al abrirse un juicio abintestato, habría que acudirse a todas las Audiencias de España. ¿Y qué se haría con los testamentos otorgados en el extranjero? En el extranjero, todos los españoles pueden testar válidamente con arreglo a la ley española en el fondo y sustanciación de sus disposiciones, aunque pudiendo acomodarse a la ley del país en donde lo hagan, en cuanto a las solemnidades o forma externa.

¿Y los testamentos de los particulares a quienes interesa, como puede interesar en gran manera, divulgar que lo han otorgado? Pero, señores, ¿y el testamento ológrafo que en el proyecto del Código civil viene ya admitido y lo quedará tal vez definitivamente cuando se dé la última mano a nuestra legislación civil?

En todos estos casos, no sería acaso conveniente, sería justo, ni siempre posible, que los testadores cumpliesen la formalidad, que sería entonces condición innecesaria y obligatoria, la de llevar a los Registros sus testamentos en el acto mismo de haberlos otorgado, para que en ningún caso pudiese llegarse a ignorar su existencia, inmediatamente después de su fallecimiento. He aquí, señores, cómo, tal vez, el remedio es peor que el mal, y, cuando menos, ineficaz, para dejar orillado el inconveniente que se ofrecía al Sr. Marichalar; he aquí cómo la dificultad propuesta por su señoría, tan digna, sobremanera digna de tenerse en cuenta y hacer de ella un profundo estudio y discurrir los medios legales y convenientes de orillarla por completo, según los buenos principios económicos y jurídicos, sin embargo, no puede ser esto un obstáculo para que demos nuestra unánime y completa aprobación a la ley Hipotecaria.

Por la busca y copia,  
J. G. M..

# Por folletos y revistas

*Los Cabildos de Nación ante el Registro de la Propiedad.*— Del informe presentado por el doctor Ricardo Rodríguez Cáceres, Registrador de la Propiedad de Santiago de Cuba, en un recurso gubernativo.

\* \* \*

Hagamos un modesto historial de los llamados Cabildos de Nación o Cabildos Afrocubanos, como los llama con donosura el ilustre polígrafo doctor Fernando Ortiz, en la serie de obras que ha publicado bajo el rubro de «Hampa Afrocubana».

Don Esteban Pichardo, en su importante *Diccionario de voces cubanas*, edición de 1862, dice: Que por Cabildo se entiende «la reunión de negros y negras bozales en casas destinadas al efecto, en los días festivos, en que tocan sus atabales y tambores y demás instrumentos nacionales africanos, cantan y bailan en confusión y desorden, con un ruido infernal y eterno, sin intermisión. Reunen fondos y forman una sociedad de pura diversión y socorro, con su caja, capataz, mayordomo, rey, reinas (sin jurisdicción), etcétera».

Cada nación o región africana tenía sus Cabildos, y así se denominaban Cabildo Arará, Cabildo Carabalí, Cabildo Bibí, Cabildo Briche, Cabildo Congo, Cabildo Abaya, Cabildo Suama, Cabildo Lucumí, etc., según la comarca africana a que pertenecían sus asociados, que eran los que por derecho debían disfrutar de los beneficios de semejantes asociaciones.

El Cabildo, dice Fernando Ortiz, en su brillante artículo publicado en el número primero del volumen XVI de la revista *Bimestre Cubano*, era «Algo así como el capítulo, consejo o cámara

que ostentaba la representación de todos los negros de un mismo origen». Un magnate esclavizado, cuando no el mismo jefe de la tribu, pero generalmente el más anciano, era el rey del Cabildo, quien en su país recibía otro nombre, a quien en castellano se le daba el de capataz o capitán; nombre, el primero, tomado del jefe del trabajo a quien estaban sometidos los negros, y el segundo, prestado por la jerarquía militar a que tan aficionados eran aquéllos y en uno y otro caso derivados, como también cabildo, de caput, cabeza.

El rey disfrutaba de considerable poder entre los cofrades, era el que guardaba los fondos de la confraternidad, imponía multas a sus súbditos, era, como dice Ramón Meza y Suárez Inclán, en un artículo publicado en el *Diario de la Marina*, de la Habana, de 8 de Enero de 1903, «sacerdote del culto idólatra que profesaban las tribus», y tenido en gran estima, respeto y consideración. Su muerte resultaba siempre un acontecimiento social, como lo relata, en sus *Crónicas de Santiago de Cuba*, D. Emilio Bacardí, al hablarnos, en el tomo II, página 226, de la muerte del rey congo José Trinidad XXXV, ocurrida en 1848, haciendo un solemne entierro, al que se unió por casualidad una descarga de la artillería española, que se encontraba cerca del cementerio, haciendo prácticas de tiro.

Y el rey del Cabildo tenía de cierto modo una función oficial, pues era el intermediario, según Ortiz, entre la sociedad de los blancos y sus súbditos, acrediándosele ante el Capitán general o ante las autoridades respectivas como «embajador» de su colonia, esto es, de la respectiva nación africana.

Estas instituciones de hombres de color estaban no sólo toleradas, sino también autorizadas por las autoridades españolas, no ya por lo que dejamos dicho, sino, además, porque es sabido que en el siglo XVIII se concedió el derecho de asociación a los esclavos, y éstos se reunían en Cabildos, que tenían vida independiente o estaban unidos a alguna parroquia; en los distintos barrios de la Habana, primero, y después se esparcieron por toda la isla.

No es necesario que estudiamos el origen de tales Cabildos, que no es, como lo demuestra el Dr. Ortiz, una institución peculiar de Cuba, sino que tiene su origen en las antiguas cofradías de

gitanos existentes en España, y aun Ortiz de Zúñiga, en su obra *Anales eclesiásticos y seculares de Sevilla*, que cita el referido polígrafo Dr. Ortiz, nuestro ilustre compatriota, refiere los bailes y fiestas de los esclavos africanos en la capital andaluza, durante el reinado de D. Enrique III, o sea en 1390, y a la institución de un mayoral entre ellos para jefe o juez de todos.

Pero es lo cierto que en Cuba se desarrollaron de manera notable, y aún se recuerdan sus manifestaciones externas y sus fiestas, especialmente la del día de Reyes, que han dejado a nuestro *folk-lore* tantos y tan importante antecedentes, y a nuestras costumbres una inagotable fuente de historias, cuentos y antecedentes, que los que amamos nuestras queridas tradiciones, recordaremos siempre como un pasado lleno de tristezas y de dolores, pero que no dejaba de tener peculiares encantos.

Todos los Cabildos o la mayor parte de ellos tenían sus casas, donde celebraban sus actos y protegían a los cofrades. Además de las enunciadas funciones, practicaban la muy señalada de redimir de la dura y torpe esclavitud, institución contraria a la naturaleza, como decían los romanos, y que subsistió en Cuba hasta época relativamente reciente, a aquellos de su nación y raza que se hallaban valetudinarios, demasiado débiles o enfermos y también a los ancianos. Y además de las cuotas que señalaban a sus asociados, la de un real a los curiosos que presenciaban sus raros espectáculos y otras fuentes de riqueza, tenían la muy importante de las donaciones y legados que les hacían, y también la de inmuebles, donde poco a poco iban situando sus casas, de sobra conocidas en la República, por la importancia que muchos Cabildos llegaron a alcanzar. Aquí, en Santiago de Cuba, además del Cabildo Lucumí, que nos ocupa, existían otros denominados Cabildo Bibí, Cabildo Congo del Rey Meichor, Cabildo Suama y otros, como Arará, Carabalí, Cocoyé, etc.

Y he de llamar la atención del Juzgado respecto a las varias causas criminales que en el Juzgado de Instrucción de esta ciudad se han seguido de oficio, con motivo de que los detentadores de lo ajeno, más de una vez, han hecho víctima de sus afanes ilegítimos a las míseras viviendas de aquellas cofradías, que situadas en «época pretérita a extramuros y echados a las orillas de la ciudad», como disponía el bando de Buen Gobierno y Policía de 1792, en su

artículo 3.<sup>º</sup>, de las principales ciudades cubanas, hoy, merced al urbanismo y desarrollo siempre creciente, de aquéllas, han venido a quedar situados en muy importantes lugares de la población, fenómeno que se ha observado en la Habana y otros lugares, y que ha sido acicate para los que de buena fe, creyéndose con derecho o maliciosamente, hayan pretendido usurpar semejantes bienes, que de otro modo pasarían, como bienes vacantes, a los establecimientos de beneficencia, que tan necesitados están de recursos y amparo.

Ese bando<sup>º</sup> de Buen Gobierno y Policía, como el dictado en 1842, señalando para las festividades de los Cabildos «los domingos y fiestas de guardar», demuestran que el Gobierno español toleró siempre la existencia de tales instituciones, regulando tan sólo su funcionamiento, situación y prohibiendo que levantaran altares de «nuestros santos», para los bailes que formaban al uso de su tierra.

Los referidos Cabildos tenían su organización y estaban regulados por disposiciones de su libre determinación, como lo demuestra Bachiller y Morales en su trabajo *Tipos y costumbres de la Isla de Cuba*, en la página 31, cuando dice: «que dichos Cabildos formaban sus reglas, que guardaba el escribano del mismo».

Con la abolición de la esclavitud comenzó la decadencia de los Cabildos, pero no obstante, en 2 de Enero de 1877, se dispuso por el Gobierno general que las reuniones de los Cabildos para elegir capataz y administrar sus fondos fueran presididas por el celador más antiguo del distrito. En 1882, por Real orden de 24 de Abril y disposición del Gobernador general, de 7 de Junio, se exigió que los Cabildos renovaran anualmente la licencia del Gobierno, y se dispuso que no procedía prohibir la mezcla de africanos y criollos en los Cabildos, debiéndose, «sin causar molestias a los negros y sin violentar sus costumbres y con habilidad y prudencia», procurar que aquellas asociaciones «vayan perdiendo su actual carácter y se constituyan en análoga forma que las sociedades de recreo, con arreglo a la legislación común».

Por el bando del Gobierno civil provincial de Diciembre de 1884 se prohibió la reunión de los cabildos de negros de Africa y su circulación por las calles en Nochebuena y el día de los San-

tos Reyes. El día 6 de Enero de 1885, dice Ortiz, «fué la primera Epifanía silenciosa que celebraba Cuba».

En 2 de Enero de 1887 se estableció por el Gobierno general que «para que fuese legal la situación y domicilio de los Cabildos era de necesidad que estuviesen empadronados, sometidos a la ley de asociaciones», y se ratificó lo anteriormente expuesto, por disposición de 4 de Abril de 1888 del Gobierno civil, que prohibió que en lo sucesivo se autorizara ningún Cabildo con el carácter antiguo, sino que debía exigirse su organización, de acuerdo con la legislación común.

Y hubo más: el Gobernador Rodríguez Batista, cuando reprimió las sociedades secretas de ñáñigos, regularizó los Cabildos, que le parecían instituciones anormales, y les obligó a adoptar una denominación católica, la de un santo de la Iglesia, y a fijar un precepto para que a la disolución del Cabildo sus bienes pasaran a propiedad de una iglesia, donde estuviere el santo y constare la cofradía. Y así podemos ver aún, dice el tantas veces citado doctor Fernando Ortiz, «varias sociedades africanas, supervivencia de los antiguos Cabildos, sosteniéndose en fiera lucha por su vida contra la creciente hostilidad y apatía del ambiente social que le es adverso, cobijadas bajo una advocación católica, pero sostenidas por el factor social más misoneísta, por la fe y el rito religioso, por el credo fetichista africano, que confiesan y practican, mal encubierto por una catolización superficial de ídolos lucumíes».

#### OTERO VALENTÍN (J.)—*Determinación específica de Derechos reales.*

De los tres aspectos que ofrece la determinación de derechos reales, régimen jurídico, límites externos y compatibilidad con otros derechos, el autor estudia sólo el primero.

Admitida en nuestra legislación la libre configuración de derechos reales, hay necesidad de formar un criterio sistemático sobre la materia, fundándose en lo más específico, que es el art. 9.<sup>º</sup>, regla segunda de la Ley hipotecaria, donde se enumeran las siguientes circunstancias: la naturaleza, extensión, condiciones, cargas y valor, si constase en el título.

De ellas, el valor puede no constar y la naturaleza se expresará en el título, y si no se le da nombre ninguno, el Notario le aplicará

uno conocido en Derecho, y si no le hubiese, se limitará a consignar los derechos y obligaciones que estipulen los otorgantes. Las cargas son algo circunstancial ; quedan, pues, sólo la extensión y las condiciones ; pero la extensión tiene, jurídicamente, varias acepciones, por lo que sería mejor que la ley exigiera el régimen del *Derecho*, pues se trata de uno nuevo, o que se desdobra del dominio pleno en favor de otro u otros titulares ; tampoco la palabra *condiciones* es apropiada, puesto que pueden figurar en los demás actos o contratos, debiendo ser sustituida por la de *modalidades*, cuyo término indica *cómo son*, o cuál es su finalidad.

Los requisitos para la determinación de los derechos reales son : previos, específicos y complementarios.

*Requisitos previos.*—En la constitución de estos derechos, a pesar de tener los otorgantes facultades dominicales indiscutibles, pueden establecerse limitaciones por la ley, por consideración al título, llegándose a veces a imponer la previa autorización, bien por la misión tutelar u otras causas, debiéndose acreditar otras el objetivo de tal derecho por expediente que justifique su utilidad.

Requisitos específicos que caracterizan el contenido jurídico :

1.<sup>º</sup> *Denominación del derecho real.*—Será preciso dar al derecho real una denominación, que revele su finalidad, y si los interesados le dan un nuevo nombre, no se debe rechazar : a pesar de esta libertad, todas las denominaciones se fundarán en estas categorías : *rei utilitas*, garantía, constitución de un servicio en provecho del inmueble, limitación de facultades dominicales u obtención de una *posición* sobre finca ajena, lo cual no impide que se emplee la denominación local o específica de que tan rica es España.

2.<sup>º</sup> *Su objeto o finalidad.*—Esta determinará las facultades reales que delimitan la propiedad, por su ejercicio y comercialidad.

3.<sup>º</sup> *Capitalización del Derecho real.*—Siendo a título oneroso, se capitalizarán las fincas distribuyéndose el derecho real con relación al valor de la finca o fincas que lo soporten, o se formularán las bases para ello. Los Códigos antiguos ya se ocuparon de esta cuestión ; hoy los otorgantes tienen completa libertad para hacerlo, sin más limitación que la ley de la usura, si es a título oneroso, o los deberes del otorgante, si a título gratuito.

4.<sup>º</sup> *Proporcionalidad con el valor de las fincas a que afecta.*—Los interesados son libres de fijar su cuantía, sin más limitación que

la usura y que los inmuebles puedan soportar las pensiones o intereses, con los beneficios que produzcan ; de nuestro Código civil se deduce que no excederá de las tres cuartas partes.

Los derechos reales de simple garantía pueden afectar al valor de todas las fincas, sin proporcionalidad.

*Canon o pensión garantizante del derecho.*—Tratándose de pensiones, se fijarán por años, en un tanto fijo o en proporción al rendimiento, y si se gravan varias fincas, se distribuirá entre ellas el derecho real ; pero si la pensión es periódica, bastará fijar la cuantía de la renta, el período en que ha de pagarse y el tiempo que ha de durar la pensión.

*Régimen del derecho constituido.*—Los modos de ejercer el derecho también tienen que ser fijados, para no lesionar las facultades de los titulares de las fincas ; unos tienen ya fijado su régimen, como en el de primeras cepas, otros se apoyan en las costumbres, pero deben especificarse en las escrituras, para que no queden expuestos a futuras interpretaciones.

*Tiempo de la vigencia del derecho real.*—Puede quedar indeterminado, pero sin llegar a constituir vinculación ; también pueden regularse, fijando como plazos la vida de una o varias personas, pero sin exceder los límites legales.

*Formulación instrumental.*—Se necesita escritura pública.

*Requisitos posteriores a la determinación.*—Además de la escritura pública, se precisa, en muchos de estos derechos, ciertas diligencias, como la inscripción en el de hipoteca, etc. ; también pueden caducar, si el concedionario no hiciese uso de ellos, dentro de cierto plazo.

No en todos los derechos será necesario observar todas estas circunstancias, habiendo también algunos que se constituyen *por sí*, sin determinarse la finca a que afectan, siendo inmuebles, como propiedad especial y como derecho real ; ejemplo, las minas, las concesiones de obras públicas, etc.

(*Revista de Derecho privado*, 1929, pág. 40.

P. OERTMANN.—*Invalides e ineficacia de los negocios jurídicos.*—  
Idem, pág. 66.

GUIDO ZANOBINI.—*El Notariado en Italia.*—Idem, pág. 81.

LACAL (Pascual).—*Cuestiones prácticas.—Interpretación del artículo 1.483 del Código civil.*

Si en la escritura de compra no se menciona una carga que tenía el inmueble y que estaba inscrita, ¿podrá el comprador pedir la rescisión del contrato? Se advierte, en primer lugar, que al hablar el artículo de las cargas aparentes, se refiere, indudablemente, a las servidumbres, que son únicamente las que pueden o no manifestarse, no a las demás cargas, que no se exteriorizan por ningún signo en el fundo a que afectan. Además, la carga debe ser desconocida por el comprador, pues si le era conocida, *sibi imputet*; pero el caso es que debe serle conocida por el Registro; siendo ésta sólo una presunción, como toda presunción admite prueba en contrario. Además, la Ley hipotecaria es ley de terceros, y como el comprador no es tercero, sus relaciones con el vendedor se regularán por el Código civil y tendrá que respetar dichas cargas, porque no se puede perjudicar al acreedor, que es tercero, pero podrá pedir la rescisión o indemnización. Claro que si el vendedor es insolvente, sufrirá perjuicios irreparables, pero no se le puede negar *a priori* la acción. Esta teoría es congruente con las disposiciones del Código en los contratos en que media error o dolo. Efectivamente, cuando el comprador adquiere el inmueble, creyéndole libre de cargas, ha consentido con error, y cuando el vendedor le oculta los gravámenes, ha habido dolo.

Se confirma también la doctrina por el artículo 1.502; pues, si no pudiera concedérsele la rescisión o indemnización, ¿para qué serviría concederle el derecho de suspender el pago del precio, cuando tenga el temor fundado de ser perturbado en la posesión o en el dominio por el ejercicio de una acción hipotecaria? Y no se diga que este precepto es para el caso en que la carga se inscriba después de otorgada la escritura de venta, porque si así fuese, de otro modo se hubiese redactado dicho artículo.

Adviértase finalmente que la interpretación contraria obedece a un supuesto extraño a la ley civil, que implica un peligro, que procurarán evitar los autores de la ley Hipotecaria con la creación del libro Diario y los efectos extraordinarios atribuidos al asiento de presentación.—Id., pág. 93.

**JOANIQUET (Aurelio).**—*Comentarios a una Real orden reciente de Hacienda, en que se concede que los depósitos que se constituyen por razón de cargas o gravámenes, durante el expediente de expropiación forzosa, se puedan constituir en títulos de la Deuda Interior perpetua amortizable, percibiendo los intereses el expropiado.*—Id., pág. 95.

**L. DE HARO (Carlos).**—*La tradición y el trámite en el Registro.*

1.<sup>o</sup> *Régimen hipotecario español.*—Es el de servir a las relaciones jurídicas creadas por derecho civil, respecto a la propiedad inmobiliaria, de registro voluntario, con efectos plenos entre terceros y prefiriéndolas a las no registradas.

2.<sup>o</sup> *Tradición en Derecho civil.*—Elaborados en Derecho romano los conceptos de título y modo, y aplicados a la compra-venta con más precisión que a ningún otro contrato, resultaba que sin la desposesión del *tradens* y la toma de posesión del *accipiens*, no se trasladaba la propiedad, a pesar del título; luego para la tradición se necesitaba la posesión. Dados los distintos casos, podía ocurrir que el vendedor no poseyese, y entonces se trataba de la cesión de acciones o derechos, en que se apoyaba la acción reivindicatoria; pero si vende el dominio mismo, el comprador no goza de tal acción, porque no se le ha hecho tradición de la cosa. Si al vender el dominio hace constar el vendedor que no posee, lo que transfiere es el derecho básico de la situación; y si no hace constar que otro posee la cosa, la relación jurídica no tiene valor.

3.<sup>o</sup> *La tradición en Derecho inmobiliario.*—Se estableció sobre el registro de las relaciones jurídicas; luego si el que enajena sin poseer en Derecho civil no puede efectuar la tradición, en cambio el asiento del Registro supone poseedor y basta para efectuar la tradición.

Cuando se instauró en España el régimen inmobiliario se proclamó la diferencia de las dos tradiciones; se afirmó la sustitución de la tradición por la del consentimiento, pero sólo entre los contrayentes, pues las relaciones entre terceros se regían por la inscripción en el Registro. Por lo tanto, la posesión contra inscripción es precaria, cualquiera que sean las razones y títulos en que pueda apoyarse.

Esta doctrina la aceptó el Tribunal Supremo en varias sentencias.

Pueden coexistir el dueño, el poseedor y precarista, pero como terceros entre sí; en cuanto media alguna gestión o acto dejan de ser terceros para convertirse en partes, sujetas ya al Derecho civil; así sucede con el acto obstativo, en virtud del cual el precarista o poseedor *alieno nomine* formula oposición contra el verdadero poseedor mediante un acto que le convierta en poseedor en nombre propio, ya sea sin causa o con causa, de buena o mala fe, y desde este momento salimos del campo hipotecario para entrar en el civil.

4.<sup>a</sup> *La posesión registrable contradictoria de inscripción.*— Si el régimen hipotecario acepta las relaciones de derecho civil y en éste pueden coexistir el dominio en una persona y la posesión en otras, lo mismo debe ocurrir en derecho hipotecario. Al no poder inscribir el poseedor simultáneamente con el propietario se le coloca en la situación siguiente:

1.<sup>a</sup> En cuanto el titular enajene y el adquirente inscriba, al poseedor se le convierte en precarista.

2.<sup>a</sup> El poseedor no puede prescribir contra el adquirente hasta pasados treinta años.

En cambio, si se le permite inscribir, resulta:

1.<sup>a</sup> No cambiaría su carácter de poseedor por el de precarista, porque la inscripción de dominio del tercero adquirente no implicaría tradición hipotecaria.

2.<sup>a</sup> La prescripción se verificaría a su favor a los diez o veinte años, con justo título y buena fe, aunque enajene quien tiene inscrito el dominio.

En cuanto al titular del dominio inscrito, cuando no haya posesión registrada a nombre de otro, no podrá perjudicar a éste, si enajena, convirtiéndole en precarista; y en otro caso, como por estar inscrita la posesión a nombre de otro el adquirente no es tercero, éste gozará de los mismos derechos que el enajenante.

La inscripción posesoria está afecta a la condición resolutoria de dominio que a otro pertenezca, y a veces conviene que éste se inscriba para poderlo juzgar con relación a la posesión inscrita a favor de otra persona. El procedimiento adecuado para inscribir la posesión, estando ya inscrito el dominio u otra posesión

debe tener carácter contradictorio, interviniendo en él los titulares de dominio o de otra posesión, limitándose a la declaración de posesión sin afectar a la propiedad.

5.<sup>o</sup> *La previa inscripción.*—Hay confusión al hablar de inscripciones previas como si fuesen opuestas al tipo común, que llamaremos corrientes; lo que ha ocurrido es que al establecer el Registro en subsitución de las antiguas Contadurías se concedió un año para verificar la inmatriculación de las fincas, y a los que hubieran dejado pasar este plazo sin verificarlo y sus títulos fuesen posteriores a la promulgación de la ley hipotecaria, se les obligaba a inscribir *previamente* todos los títulos hasta llegar a uno que fuera anterior a la ley, y como estos títulos podían no existir se podía hacer la inmatriculación por información poseitoria.

*El traclo.—El traclo en la reforma de 1909.*

El traclo tiene carácter posesorio y se relaciona con poseedores consecutivos; por lo tanto, los títulos inscritos determinan el traclo, constituyendo sus jaiones dos inscripciones coordinadas, faltándose a él cuando alguna se sustituye por una mención, que es requisito de otra inscripción, así como también entre dos asientos hay traclo: dicha sustitución obedeció al error de calificar como previas ciertas inscripciones por la circunstancia de no estar practicadas, cuando se va a efectuar aquella que se reduce a mención.

El preámbulo de la reforma de 21 de Abril de 1909 afirma que se debe observar el traclo sucesivo; pero esto produciría perturbaciones, cuando se trata de inscripciones, que por ser solamente *transitorias* o formularias, no tienen finalidad práctica: por eso en el artículo 20 de la ley se formulan algunas excepciones a él, refiriéndose todas a títulos hereditarios.—*Idem*, pág. 97.

**SÁNCHEZ PEGUERO (C.).—*Los orígenes del artículo 2.<sup>o</sup> de nuestro Código.***

El autor busca el origen de la fórmula *juris quidem ignorantia cuique nocere* encontrándola especialmente en Paulo. Sigue estudiando todo el Derecho romano, encontrando la justificación del principio en que las escasas normas promulgadas en el período

de los Reyes nacieron en los comicios curados y fueron, por lo tanto, conocidas de todos ; examina los distintos medios de publicidad y la preocupación de los legisladores para que nadie pudiese alegar ignorancia, sin que se exigiera un conocimiento acabado de las leyes, sino bastando el adquirido en una vida diligente o consultando a los expertos, dándose el caso de que al aumentar el caudal de las leyes, sin medios de ordenación suficientes para su busca, los mismos aplicadores del Derecho las desconociesen, existiendo una gran benignidad de hecho para éstos.

A fin de humanizar la dureza de tal principio hubo dos reacciones : una consistente en distinguir entre la ignorancia o error de hecho y la de derecho : de origen bizantino, según unos y clásico, según otros, aparecen en seguida las excepciones para confundir los dos campos, lo cual hace que la distinción se haga casuística y se propenda siempre a la benevolencia, o sea a inclinarse al lado del error o ignorancia de derecho ; la otra reacción consistió en establecer excepciones a favor de la mujer, de los infantes, púberes y menores de veinticinco años, de los rústicos y aun de los militares.

Finalmente, dicho principio pauliano pasa a todos los pueblos a través del derecho germánico, recogiéndolo nuestra legislación visigótica, pasando a la Novísima Recopilación y finalmente a la obra codificadora del siglo xix.—Idem, pág. 145.

**OSORIO MORALES (JUAN).**—Refiriéndose a una interpretación del artículo 1.483, ya estudiado, disiente de ella, estableciendo los siguientes casos :

1.<sup>º</sup> Que ni el titular del gravamen, ni el comprador hubiesen inscrito : entonces se aplica el Código civil.

2.<sup>º</sup> Que el titular del gravamen hubiera inscrito, inscriba o no después el comprador ; entonces no podrá ejercitarse acción rescisoria ni pedir indemnización, porque para ello sería necesario que éste desconociese la carga, lo cual es imposible jurídicamente, porque la inscripción implica presunción *juris et de jure* de que es conocida por todos, no pudiéndose alegar ni el error ni el dolo, porque éstos no pueden ser causa de rescisión, sino de

nulidad del contrato, y estando inscrito el gravamen será jurídicamente imposible probarlos ; y

3.<sup>º</sup> Que la carga no esté inscrita, aunque haya inscrito el comprador ; como no hay lesión ni perjuicio, no se podrá pedir el saneamiento. Queda excluido el caso de que la carga se inscriba después de la compra y antes de la inscripción del comprador, pues entonces como hay perjuicio y no podrá tener conocimiento de él por el Registro, puede ejercitarse durante un año la acción de rescisión, y pasado éste, la de nulidad fundada en el error o dolo.—Idem, pág. 150.

CASTÁN (J.).—*El nuevo Código civil mexicano.—Un ensayo de Código privado social.*

Después de bosquejar un panorama de la codificación civil moderna, en la que se pasa de los códigos de tipo individualista, cortados por el patrón romano, a la transacción entre el individualismo y la solidaridad social, sin que la postguerra haya producido más que remiendos o copias de los viejos códigos, se ha llegado en la época actual en algunos países a la socialización del derecho.

Después de una breve historia de la codificación civil en Méjico, fija el espíritu y tendencia del nuevo Código en la armonización de los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo, que imponía el Código civil de 1884. Respecto a la estructura y plan, consta de 3.044 artículos, más nueve transitorios, distribuidos en cuatro libros, subdivididos en títulos y capítulos y precedidos de unas disposiciones preliminares. Los libros tratan : el primero, de las personas ; el segundo, de los bienes ; el tercero, de las sucesiones, y el cuarto, de las obligaciones.

Las disposiciones preliminares se ocupan de «la obligatoriedad de las leyes, conflicto de las mismas e interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

Libro I. Personas.—La capacidad se adquiere por nacimiento, aunque el concebido se tiene por nacido para los efectos que declara el Código : sólo se reputa nacido el feto que vive veinticuatro horas desprendido enteramente del seno materno, o es presentado vivo al Registro civil. Señala las causas de la incapacidad natural y legal :

fija la mayor edad a los veintiún años e indica el medio de obtener la emancipación.

Son personas morales: La Nación, los Estados y Municipios, las demás Corporaciones reconocidas por la ley, los Sindicatos, Asociaciones profesionales, Sociedades Cooperativas y Mutualistas y otras Asociaciones que se propongan cualquier fin lícito, menos las religiosas, siempre que no sean desconocidas por la Ley.

Matrimonio: Fija las condiciones para contraerlo, siendo de notar que lo prohíbe a los borrachos habituales, morfinómanos, etcétera. Admite el divorcio, señalando como causas las criminológicas, las de orden eugénico, las de orden individual. Las relaciones personales entre los cónyuges se establecen sobre la base de igualdad y reciprocidad. El régimen económico del matrimonio se expresa en el pacto matrimonial. Los hijos se clasifican en hijos de matrimonio y nacidos fuera de matrimonio. Se admite la adopción. La patria potestad se ejerce por el padre y la madre, y, a falta de éstos, por el abuelo y abuela paternos o maternos. Concede los mismos derechos a la familia legítima que a la ilegítima, y admite la investigación de la paternidad, pero limitadamente. Regula sólo la tutela de autoridad y funda el patrimonio de familia.

Libro II. Bienes.—En la posesión sigue la teoría de Ihering: en la propiedad no varía su significado tradicional, lo mismo que en la accesión. En cambio, varía la noción de usufructo considerándolo como derecho real y temporal de disfrute de los bienes ajenos, y en la prescripción adquisitiva disminuye los plazos y suprime el justo título. Los derechos de autor se consideran como un privilegio que el Estado concede por tiempo limitado.

Libro III. Sucesiones.—La edad de testar se fija a los diez y seis años. El testamento puede ser ordinario, que se divide en público abierto, público cerrado y ológrafo, y especial, que puede ser privado, militar, marítimo y hecho en país extranjero. En la sucesión legítima heredan los descendientes, cónyuge, ascendientes, colaterales dentro del cuarto grado, y, en ciertos casos, la concubina. En el albaceazgo acepta el concepto anglosajón, que lo basa en la ejecución testamentaria, como institución de liquidación de las herencias, más que regularlo como institución dependiente de la facultad del testador, que es el clásico en las legislaciones modernas.

Libro IV. Obligaciones.—Se admite como fuentes de ellas el

contrato, la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, las obligaciones que nacen de los actos ilícitos y el riesgo profesional.

Toda la materia de contratos está articulada en el deseo de limitar la autonomía de la voluntad, sustituyéndola por la solidaridad social. Las Asociaciones se distinguen de las Sociedades por el fin preponderantemente económico de éstas.

Es también digna de mención la reglamentación de la promesa, la compra de esperanza, la prestación de servicios profesionales, hospedaje, aparcería rural, que se tratan muy deficientemente en los Códigos civiles.

En cuanto a hipotecas se sigue a la ley hipotecaria española, y en el Registro se consagra la voluntariedad y relatividad de la inscripción.—Id., pág. 185.

**LLORENS (E. L.).—*El Notariado de los países anglosajones*.—Idem, página 227.**

**MASPONS Y ANGLASELL (F.).—*El testamento parroquial de Cataluña*.**

Aunque tiene su origen inmediato en una ley de las decretales de Gregorio IX, admitida por el capítulo de Cortes 40 de las Cortes de Barcelona de 1599, su origen remoto es consuetudinario, lo mismo que el sacramental, el nuncupativo ante sólo dos testigos, etcétera, siendo de notar que si antiguamente su existencia se hizo precisa por el aislamiento en que vivían los habitantes de muchas localidades, hoy, con el afán de excursionismo que lleva cada año miles de habitantes a pueblos de infima categoría, se hace aún más necesario.

Ha experimentado dos fases: la antigua, en que se regía por las Sinodales de cada Obispado, con diferencias, aunque no substanciales, bastando la autorización del párroco, sin intervención de otorgantes ni testigos, y otra, la que se adoptó a partir del final del primer tercio del siglo pasado, en que se exige dicha intervención.

Le corresponde al párroco la autorización por el cargo, sustituyéndose aquéllos unos a otros automáticamente, pero sólo en el

territorio de la parroquia, y pudiendo testar todos los que se encuentran dentro de la demarcación, sean o no *parroquianos*.

Como la especialidad de este testamento sólo consiste en sustituir la intervención del Notario por la del párroco, cuando no haya Notario, habiéndolo, ningún pároco de su distrito puede autorizar; con estas disposiciones se anula dicha facultad cuando es necesaria, no sólo en los núcleos parroquiales distantes varios kilómetros de la residencia notarial y cuyos habitantes están a veces incomunicados, sino aun en la misma Barcelona, donde por su enorme radio los vecinos de los suburbios no pueden sin grandes dificultades recurrir al Notario; por todas estas razones los párocos continúan autorizando testamentos, dándose el caso de que, en las parroquias payesas, el 95 y a veces el 100 por 100 de lo testamentos están autorizados por los párocos.—Idem, página 252.

M. M. TRAVIESAS.—*Obligaciones reciprocas*.—Idem, páginas 273 y 321.

FUBINI (F.).—*Incumplimiento del contrato por parte del deudor; sus consecuencias para la actuación del acreedor*.—Idem, página 353.

CASTÁN (José).—*Alrededor de la distinción entre las Sociedades civiles y las comerciales*. Editorial Reus.

Divide el autor la cuestión en los siguientes epígrafes:

I. *Interés del tema*.—Es nulo científicamente, pero de gran importancia práctica, mientras subsista la duplicidad de legislaciones y no haya perfecto acuerdo doctrinal al distinguir los actos civiles y mercantiles.

II. *Indicaciones históricas*.—En derecho romano no existía tal distinción: sólo en la Edad Media, al constituirse la clase de comerciantes, se sintió tal necesidad, siguiendo a la divergencia económica la jurídica y logrando alcanzar ciertas normas particulares fuerza de ley por la necesidad de publicidad y vínculo de solidaridad en favor de los terceros.

III. Criterio fundamental distintivo de *ambas categorías de sociedades*.

Para fijar la naturaleza civil o comercial se ha atendido a la condición de las partes (criterio profesional), a la intención, a la constitución de las mismas (criterio formal) y a su objeto.

Los dos primeros criterios son inaceptables. Quedan el formal y el objetivo; el primero, poco científico, tiene la ventaja de su sencillez; el segundo, aunque más incierto, es más racional y goza de gran predominio.

Si el criterio formal ha predominado en algunas legislaciones, hoy se admite por todas el objetivo, pero atenuado, merced a la autorización de que las sociedades civiles pueden adoptar el tipo comercial, resultando las dos siguientes modalidades:

1.<sup>a</sup> Sistema objetivo puro, que aplica las formas comerciales a las civiles, sin perder éstas su carácter, adoptado por algunas sólo para ciertas sociedades civiles, como la ley belga, o para todas, como España, Chile, Portugal y Brasil.

2.<sup>a</sup> Sistema mixto (objetivo en principio y formal para ciertas sociedades), como Alemania, Francia, Argentina y Méjico. En la legislación española ha habido tres períodos:

1.<sup>o</sup> Código de Comercio de 1829. Fué aceptado el criterio objetivo.

2.<sup>o</sup> Código de Comercio de 1885. Aunque en el artículo 1.<sup>o</sup> número 2.<sup>o</sup> y en el 116 parece predominar el formal, de los artículos 117, párrafo 2.<sup>o</sup>, 123 y 124 se deduce que hay que atender a la naturaleza de las operaciones, resultando, por lo tanto, oscuro y contradictorio. Por eso, en el Código Mercantil de la Zona hispanoamericana y en el anteproyecto de la reforma del libro II del Código de Comercio, se ha procurado corregir tal oscuridad.

3.<sup>o</sup> Código civil de 1889. En el artículo 1670 se consagra el criterio objetivo y el proyecto de reforma también, como se ha dicho, lo adopta, aunque dejándose influir algo por el formal.

Aunque algunos autores todavía se inclinan a la forma más que al objeto, como Buron y Blanco Constans, la generalidad de civilistas y mercantilistas, como Sánchez Román, Alvarez del Manzano y otros, optan por el objetivo.

Nuestra jurisprudencia es confusa; unas veces cree superfluo deslindar la naturaleza civil o mercantil de las sociedades, como la sentencia de 30 de Octubre de 1906; otras le da una solución equivocada, al hacer depender la distinción de que se haya o no

formalizado el contrato mediante escritura pública, como la de 31 de Mayo de 1912; otras parece seguir un criterio mixto, como la de 19 de Enero de 1925. En otros países también se ha incurrido en el mismo error que nuestro Tribunal, como en las Decisiones de 29 de Noviembre de 1896 y 4 de Marzo de 1889 de la Corte de Génova: la que parece ajustarse más a la teoría científica es la Dirección de los Registros que, en la Resolución de 1.<sup>o</sup> de Agosto de 1922, hace depender el carácter mercantil de una sociedad de que tenga por objeto verdaderos actos de comercio.

IV. *Dificultades de aplicación del criterio distintivo entre ambos tipos de sociedades.*—Por muy científico que sea el criterio de distinción, presenta grandes dificultades en la práctica, porque muchas sociedades realizan a la vez actos civiles y mercantiles; ¿cómo distinguirlas? Según un criterio, la sociedad de objeto complejo debe reputarse comercial, aunque las operaciones comerciales sean menos importantes o frecuentes que las civiles; según otro criterio, serán siempre civiles, a no ser que las partes quieran sujetarlas a las reglas mercantiles; y, según otro, que parece más aceptable, se atenderá al objeto principal, o sea a los actos más frecuentes e importantes; pero puede darse el caso de que una sociedad civil cambie de operaciones y, entonces, se convertirá en mercantil.

Aun prescindiendo de estas dificultades, hace nebulosa tal distinción la dificultad de distinguir entre actos civiles y mercantiles. Como en nuestro Código no hay un criterio fijo, los tratadistas se abstienen de las fórmulas sintéticas, limitándose a citar casos, sin llegar a una enumeración cerrada, y reina en la práctica tal confusión, que se ha llegado a la solución absurda de constituir sociedades de naturaleza dudosa, como civiles o mercantiles, a gusto de los contratantes.

Se ha considerado el Derecho civil como el relativo a la economía agraria y el mercantil como relativo a la mercantil e industrial, lo que parece confirmado por el artículo 1.<sup>o</sup> de nuestro Código; pero hay que distinguir tres clases de industrias: mercantil, assimiladas a ella y todas las demás; las dos primeras son mercantiles y las tercera civiles, a no ser que se ejerzan habitualmente actos de la industria mercantil.

Prácticamente, absorbidas por el Derecho mercantil las indus-

trias manufactureras y de transporte, quedan dentro del civil sólo la agrícola o pecuaria y las extractivas, como la minería y la pesca, salvo el caso de que transformen los productos.

Donde más dudosa está la cuestión es en las siguientes sociedades :

1.<sup>a</sup> Las dedicadas a operaciones inmobiliarias. Muchas legislaciones, como la francesa, las incluyen siempre entre las civiles, por faltarles las condiciones de circulación, facilidad y rapidez en las transmisiones, propias de las mercantiles ; pero el Código italiano admitió el primero la comercialidad de los inmuebles y le han seguido, entre otros, los de Méjico, Portugal y el Japón. Nuestro Código, aunque no explícitamente, admite la comercialidad al suprimir la exclusión que de las compras de bienes raíces hacía el artículo 360 del de 1829 y, sobre todo, la declaración explícita de la Exposición de Motivos del Código actual sobre este punto. De acuerdo con ella, la doctrina admite estas sociedades como mercantiles, siempre que realicen su objeto con intención de lucro.

2.<sup>a</sup> *Las sociedades para la construcción de inmuebles.* Según la jurisprudencia francesa y belga por ser las construcciones una variedad de la locación de obra, deben ser civiles ; pero otro sistema más racional, fundándose en que la empresa constructora pone los materiales y la mano de obra y edifica por cuenta y sobre terreno de otro, las incluye entre las mercantiles, ya que si no proporcionan la mano de obra, merecerán, por lo menos, el título de empresas de manufactura.

FEDERICO BRAVO.

(Se continuará.)

# Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

*(Continúa la Resolución de 22 de Noviembre de 1929.)*

No obstante los expuestos desenvolvimientos y los notables precedentes que se encuentran a favor de la anotación preventiva forzosa en la Real orden de 11 de Mayo de 1863, es indudable que en ninguna disposición legal se emplean términos que impongan de un modo ineludible la toma de anotación preventiva, y que lo mismo las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Enero de 1876 y 1 de Mayo de 1884, que la de 21 de Febrero de 1912, se limitan a regular los efectos del embargo no anotado respecto a tercera personas, sin afirmar la necesidad de que la anotación se tome, en todo caso, para que la enajenación sea válida.

Esta doctrina, congruente con el carácter rogado de nuestro procedimiento civil y con el principio de voluntariedad hipotecaria, yace también en el fondo de los comentarios citados por el Registrador recurrente, porque Galindo y Escosura, con razonamientos en verdad que no se hallan a la altura de su mérito, piden la reforma de la ley para que no sea preciso en ningún caso el embargo de los bienes hipotecados, Morell entiende la obligatoriedad de la anotación únicamente como requisito del embargo para que perjudique a tercera personas, y Manresa, de opinión radical a favor del embargo obligatorio, declara a renglón seguido que el juicio ejecutivo puede continuar aun cuando no pueda tomarse dicho asiento.

**TESTAMENTO. INTERPRETACIÓN. LA CLÁUSULA TESTAMENTARIA POR LA QUE EL CAUSANTE, PARA EL CASO DE QUE EL HEREDERO NOMBRADO MUERA SIN HIJOS, LE SUSTITUYE CON TODOS LOS SOBRINOS**

DEL TESTADOR QUE SOBREVIVAN, COMPRENDE A TODOS LOS QUE EN CUALQUIER GRADO PUEDAN OSTENTAR TAL CARÁCTER, Y NO EXCLUYE, COMO SE PRETENDE EN CIERTA ESCRITURA, A TODOS LOS QUE NO SEAN HIJOS DE LOS HERMANOS DE DICHO TESTADOR.

*Resolución de 27 de Noviembre de 1929. (Gaceta de 21 de Enero de 1930.)*

Ante el Notario de Tarragona, D. Tomás Caminal y Cáno-  
vas, se formalizó escritura de entrega de legado específico orde-  
nado a favor de un sacerdote por D.<sup>a</sup> Alberta Bertrán y González,  
la que dispuso en testamento de bienes procedentes de su tío don  
Alberto González Font, el que la había instituído heredera con  
condición que se alegaba cumplida, acompañando información *ad  
perpetuam*, de la que resultaba la inexistencia de determinada clase  
de parientes del testador.

El Registrador de la Propiedad de Tarragona denegó la ins-  
cripción de dicha escritura, que se le había presentado con la in-  
formación y el testamento de D.<sup>a</sup> Alberta, por observarse los de-  
fectos siguientes: 1.<sup>º</sup> Doña Alberta Bertrán adquirió las fincas  
legadas por herencia de su tío D. Alberto González Font con la  
cláusula de institución del tenor siguiente: «En todos sus restan-  
tes bienes muebles y raíces, derechos y acciones que hoy día posee  
y en lo sucesivo puedan pertenecerle por cualquier título o causa,  
nombra heredera usufructuaria por durante toda su vida a su her-  
mana Manuela González y Font, viuda de Bertrán, sin estar obli-  
gada a prestar caución ni a dar cuenta a persona alguna de su  
administración; y heredera propietaria de los mismos bienes a su  
hija y sobrina del testador, la antes nombrada Alberta Bertrán y  
González, la cual, si es heredera y muere con uno o más hijos que  
lleguen a la edad de testar, podrá disponer libremente de todos  
los bienes hereditarios; mas si la dicha Alberta Bertrán, heredera  
suya, no fuese por haberle premuerto dejando hijos, le susti-  
tuye a sus hijos por igualdad y libremente; pero si no fuese here-  
dera suya por no poder ni dejar descendientes legítimos, o bien,  
aun cuando llegue a ser realmente heredera, muriera sin descen-  
dientes legítimos o con tales que ninguno de ellos llegara en nin-  
gún tiempo a la pubertad, en cualquiera de estos casos la sustituye,

y herederos universales instituye a todos los sobrinos del testador que sobrevivan en aquella fecha, por iguales partes y a sus libres voluntades, según la que sólo podría disponer libremente de la herencia en el caso de morir sin hijos; pero no dejándolos, la sustituyó e instituyó herederos universales a todos los sobrinos del testador, sin distinción de grado ni limitación alguna, puesto que el testador no la impuso, y sólo manifiesta claramente que, cumplida la condición, la heredera no puede disponer de la herencia, y si bien de la «información *ad perpetuam memoriam*» resulta haber premuerto a la heredera los otros dos sobrinos, hijos del hermano del testador, del mismo expediente resulta que murieron dejando varios hijos que, dada la generalidad de la sustitución, es indudable que están comprendidos en el llamamiento del testador, como sobrinos suyos que son en distinto grado. 2.º Porque aun admitiendo la posibilidad de que el llamamiento se refiera a sobrinos, hijos de hermanos solamente, como se pretende en la información practicada, la premociencia de aquéllos a la testadora no puede facultar a ésta para la libre disposición que el testador no le concedió para el caso de cumplirse, como se ha cumplido, la condición de morir sin hijos, y que entonces quedaría sin efecto e incumplida la institución testamentaria. Y no pareciendo subsanables dichos efectos, tampoco procede la anotación preventiva, aunque se hubiese solicitado.»

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general acuerda declarar que la escritura de qué se trata no se halla extendida con arreglo a las formalidades legales, por lo que se refiere al primer defecto de la calificación, confirmando en esta forma el auto apelado con los siguientes considerandos:

El principio de legalidad sobre que se apoya nuestra ley Hipotecaria para limitar las perjudiciales consecuencias que de otro modo pudiera provocar la fe pública de los asientos del Registro, impone a los Registradores el deber de examinar el contenido y forma de los títulos que se presenten a inscripción y de rechazar los que por la ambigüedad de sus términos puedan engendrar situaciones de dudosa legitimidad o favorecer transmisiones faltas de sólido fundamento, con evidente peligro de los terceros que contraten confiados en los asientos inmobiliarios.

Si bien los argumentos desenvueltos por el Notario recurrente a fin de demostrar que en el testamento otorgado por D. Alberto González Font en 9 de Julio de 1883 aparecen llamados, para el caso de que D.<sup>a</sup> Alberta Bertrán González muriera sin descendientes legítimos, únicamente los sobrinos carnales del testador que la sobrevivan se fundan en sólidas razones filológicas y jurídicas, no puede negarse que la opinión implícita en la nota del Registrador y en el auto recurrido, que admiten la posibilidad de que el testador haya llamado a todos sus sobrinos, carnales o de grados más distante, encuentran apoyo, primero, en la generalidad de la frase «todos los sobrinos del testador», que comprende tanto a los hijos de hermanos o hermana como a los que se encuentren en grado más remoto; segundo, en la particularidad de que el testador lega a sus sobrinos D. Manuel González Puig dos casas, ordenando que la propiedad de ellas «pase íntegramente a los hijos que tenga su dicho sobrino»; tercero, en el hecho de que al legar inmediatamente a su sobrina D.<sup>a</sup> Alberta Bertrán González otras dos casas, la sustituye a todos los sobrinos del testador que existan el día de la muerte de la legataria, sin sucesión legítima; y, por último, que en el mismo Código civil, cuando se emplea la palabra «sobrinos», con referencia a los carnales, se añaden frases que tienden a limitar la extensión de la palabra.

Sin negar el prestigio y valor que para la resolución de cuestiones jurídicas, originadas por el sentido y extensión de un vocablo, tiene el Diccionario de la Real Academia Española, ha de advertirse en el caso discutido que la definición invocada por el recurrente comprende no sólo a los hijos de hermano, sino también a los de primo o prima, cuando se emplea sin algún adjetivo determinante, y que de admitir el llamamiento de estos últimos y no el de los hijos del sobrino, se daría preferencia a los parientes del quinto grado sobre los del cuarto, aparte de que la designación de «resobrino», para el hijo de sobrino carnal, es de las menos usadas, literaria y vulgarmente.

Las enormes diferencias existentes entre la familia romana y catalana, en lo que se refiere a su organización, régimen, relaciones personales y patrimoniales, extensión y perpetuación, no permiten obtener grandes enseñanzas por el más detenido examen de los textos de jurisprudencia clásica, en donde se usan las palabras

«sobrini, sobrina», para designar un parentesco de sexto grado (L. 3 proem. Dig.-38, 11; Inst. Lib. III, título VI, párrafo sexto); pero aun en los momentos en que tal palabra se circunscribía al ámbito que hoy tiene, la glosa *ad sobrino tuo* (L. 2.-Cod. Com. de sucesion. 58-6.<sup>o</sup>) y la que sigue *ad non interveniente*, así como la glosa final de la L. 1.<sup>a</sup> *Dig. De Lege Julia, rep.* 48, 11, llevan al ánimo la convicción de que no se denominaba «sobrino» tan sólo el «hijo del hermano», ni hoy puede apoyarse la resolución del problema planteado en tan obscura argumentación.

Aunque el Fuero Juzgo (ley 8.<sup>a</sup>, título II, libro IV) emplea la palabra «sobrino» para indicar únicamente a los parientes en tercer grado, que hoy se llaman sobrinos carnales, ha de añadirse que aclara el concepto con la frase *dun hermano*; del mismo modo que el Fuero Real (ley 13, título VI, libro III) se refiere a sobrinos *fijos de hermanos*, y las Partidas (leyes 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>, título XIII de la Partida sexta) al *sobrino fijo de tal hermano*, y únicamente en las leyes de Toro (ley 8.<sup>a</sup>) se usa de la palabra «sobrino» sin otra determinación, para referirse a los carnales; pero precisamente al limitar el campo de la representación, cuyo planteamiento tradicional desvanecía toda duda sobre las personas a quienes alcanza el precepto.

En el árbol genealógico de consanguinidad de la causa 35, cuestión quinta, del Decreto de Graciano, a que alude el Notario recurrente en el escrito de apelación, lejos de limitar la aplicación del concepto de sobrinos a los hijos de los hermanos, se llama a aquéllos *fratris filius, sororis filius*, reservando la denominación de sobrino más próximo (*propior sobrinus*) o de más próximo al sobrino, como afirman otros, al primo del padre o de la madre, que están, respecto de una persona, en tercer grado canónico y quinto civil; y, por otra parte, la palabra latina que indicaba el parentesco del sobrino carnal, como la catalana de ella derivada, procedía de distinta raíz y no da ninguna luz para resolver este recurso.

En el testamento discutido, D. Alberto González y Font, después de haber nombrado heredera usufructuaria a su hermana, la viuda de Bertrán, instituye por heredera propietaria a su hija y sobrina del testador, la antes nombrada Alberta Bertrán y González, y para el caso de no dejar descendientes legítimos nombra.

sustitutos y herederos universales, como se ha indicado, a todos sus sobrinos, y en atención a que esta cláusula establece un fideicomiso condicional, en el que los llamados toman posesión de la masa relictiva sucesivamente hasta que se distribuya entre el grupo que ocupa el tercer lugar, puede afirmarse que la heredera propietaria de Alberta Bertrán, en el caso de que no existan los indicados sobrinos del testador, tiene, con arreglo al espíritu del Derecho catalán, a la máxima *Semel heres, semper heres* y a la doctrina que favorece al heredero gravado con la obligación de restituir, cuando la transmisión al fideicomisario es imposible, un derecho preferente a las personas que pudieran ser llamadas en el supuesto de diferirse abintestato la misma herencia, por lo que en este segundo punto ha de revocarse la nota recurrida.

SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES. PROcede LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO TRABADO SOBRE LA PORCIÓN DE FINCAS INSCRITAS COMO GANANCIALES QUE AL PROCESADO PUEDA CORRESPONDER EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CON SU MUJER, YA FALLECIDA, PORQUE COMO SIGUEN PERTENECIENDO LOS BIENES A LOS CÓNYUGES O A SUS HEREDEROS, Y NO A PERSONALIDAD DISTINTA, PUEDE LIMITARSE LA LIBRE DISPOSICIÓN DEL VIUDO SOBRE LA PARTE QUE LE CORRESPONDA AL LIQUIDAR, EN EVITACIÓN DEL EJERCICIO DE ACCIONES QUE BURLEN LOS DERECHOS DE LOS ACREDITORES.

*Resolución de 2 de Diciembre de 1929. (Gaceta de 23 de Enero de 1930.)*

En el Registro de la Propiedad de Vélez Rubio se presentó mandamiento expedido por el Juzgado en causa criminal, en la que se decretó embargo sobre las fincas que en el mismo se describen, en relación con otro fechado el 26 de Marzo de 1926, ordenando la anotación sobre la parte de dichas fincas que pueda corresponder al procesado al hacer la liquidación legal de gananciales con su mujer, ya fallecida, y el Registrador denegó «por el defecto insubsanable de aparecer inscritas las fincas a nombre del procesado, con la cualidad de gananciales, y no haberse practi-

cado la correspondiente adjudicación ; por otra parte, la anotación que se pide de la parte que pueda corresponder al viudo en las fincas descritas está en pugna con los principios fundamentales del sistema, aun ceñida al derecho abstracto sobre la masa de bienes de la sociedad de gananciales».

El Juez que ordenó la anotación informó, como el Ministerio fiscal, que procedía denegar la anotación hasta que estuviese especialmente determinada la participación del procesado y se hiciera la previa inscripción a su nombre ; el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador y la Dirección general confirma el auto apelado en virtud de las siguientes razones :

La cuestión planteada en este recurso es la de si puede embargoarse al cónyuge viudo la porción que haya de corresponderle en los bienes gananciales sin necesidad de hacer la liquidación de la sociedad conyugal.

Como el marido y la mujer, mediante la sociedad de gananciales, han de hacer suyas por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio, puede asegurarse que este régimen económico matrimonial participa a la vez de los caracteres de la copropiedad de bienes, en cuanto no puede reputarse que exista una persona jurídica distinta de los cónyuges que sea la propietaria de aquellos bienes, y de los caracteres de la sociedad sin personalidad, toda vez que es necesario un procedimiento de liquidación y adjudicación para atribuir a cada cónyuge facultades dominicales completas.

Por las diferencias existentes entre el régimen económico estudiado y la copropiedad romana, no puede permitirse el embargo de una cuota ideal sobre finca determinada antes de la liquidación ; pero precisamente por seguir perteneciendo los bienes a los cónyuges o a sus herederos y no a una personalidad jurídica diferente, debe, en el supuesto de un procedimiento de apremio dirigido contra el viudo, limitarse su derecho de disposición sobre la porción que al liquidar le corresponda y trazar sobre ella un embargo formal, para evitar la cesión, transferencia o renuncia que burle los derechos de los acreedores.

Sin necesidad de discutir cuáles son los especiales efectos de esta clase de embargos, no puede negarse su analogía con los re-

gulados en el párrafo segundo de la regla segunda del artículo 141 del Reglamento hipotecario, y hasta puede afirmarse que acreditan una oposición de las autorizadas en el artículo 403 del Código civil y que pueden servir de base para impugnar las divisiones o participaciones llevadas a cabo en fraude del anotante.

Si bien es cierto que, al fallecer la mujer casada, la ley retira al marido el mandato que le había conferido para disponer de los bienes de la sociedad conyugal, también es cierto que el mismo continúa como titular de los derechos que como socio o comunero le pertenezcan y que debe responder de las indemnizaciones, resarcimientos, costas y demás obligaciones que le vengan impuestas como resultas de un procedimiento criminal.

El criterio expuesto no contradice el sustentado en la Resolución de 1.<sup>o</sup> de Julio de 1927, que atribuye la facultad de disponer sobre toda la finca al cónyuge supérstite y a los herederos del difunto conjuntamente, puesto que en el caso ahora discutido se trata tan sólo del embargo de los derechos correspondientes al marido, y si se admite que éste con los herederos de su mujer puede enajenar la finca en todo tiempo y sin necesidad de liquidar la sociedad de gananciales, debe buscarse un remedio para evitar que dichos interesados se pongan de acuerdo para colocar fuera del alcance de los acreedores los bienes inscritos.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

## Notas bibliográficas

MORELL-CAMPUZANO.—*Comentarios a la legislación hipotecaria*, por J. Morell y Terry, Registrador de la Propiedad. Segunda edición, corregida y adicionada por D. Fernando Campuzano y Norma, Registrador de la Propiedad. Tomo III, artículos 42 a 117. «Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros», volumen XXI. Madrid.—Editorial Reus (S. A.).

Tenemos desde hace tiempo sobre nuestra mesa de trabajo el nuevo tomo tercero de la obra del Sr. Morell y Terry, libro que, aunque de fecha reciente, puede conceptuarse ya clásico, y que seguiría siendo de diaria y total aplicación en su íntegro contenido si el sensible cambio y constante evolución en materia de Derecho civil e hipotecario, la situación política, muy propicia a acojer reformas en el régimen de la propiedad, los nuevos módulos por que se rigen personas y entidades jurídicas, los ordenamientos varios de las regiones forales, y otras razones, no fueran la causa de que resulte hoy inadaptado al tiempo nuevo lo que hace bien poco era de palpitante actualidad.

El Sr. Campuzano, hombre de entendimiento cultivado, con noble afición a los estudios hipotecarios, que ha logrado ser conocido y respetado en los círculos en que se estudia el Derecho que ha merecido elogiosas consideraciones y recibido el homenaje, que es tributo debido al trabajo y al saber, es el mejor testamentario que, de haberlo podido elegir, designara, para continuar y remozar su obra, única labor a hacer, aquel ilustre compañero, el señor Morell y Terry, para quien será siempre nuestro recuerdo, muy conformes en apartar de nuestro lado el defecto de la ingratitud con el que ha sacrificado una gran parte de su laboriosa vida a reunir los materiales necesarios para escribir, con expresión clara y precisa, sin hojarasca ociosa y ridícula en una obra de ense-

ñanza, una a modo de enciclopedia muy útil, o más bien necesaria, para el ejercicio de nuestra carrera.

En el tomo de referencia, y además de otras materias que seguramente se habrán escapado a nuestra rápida ojeada, se exponen y examinan los nuevos preceptos de los Estatutos Municipal y Provincial, con relación a los embargos que pueden decretarse a favor de estas entidades administrativas. También se estudia, en lo que se relaciona con los débitos del Tesoro, el Estatuto de la Dirección general de lo Contencioso del Estado, de 21 de Enero de 1925. Se recoge la moderna orientación relativa a las prohibiciones de disponer al reseñar la jurisprudencia reciente que sobre este punto ha recaído. Igualmente es objeto de exposición y crítica el nuevo ordenamiento que el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón estatuye con referencia a los derechos del cónyuge viudo. Al tratar de las faltas subsanables, se recoge la interesante jurisprudencia relativa a la segregación de fincas, últimamente emanada del Centro directivo. También es objeto de especial estudio lo relativo a la personalidad del Notario para recurrir.

Todo esto y mucho más contiene de novedad la obra que nos ocupa, dejando al cargo de los compañeros el trabajo crítico y de apreciación. Por nuestra parte, y como necesitados de resolver a diario y con premura en el aislamiento jurídico que ocasiona la vida pueblerina, sólo hemos de lamentar el que el señor Campuzano no haya acudido, con su innegable competencia, a resolver algunas cuestiones no planteadas o expuestas sin solución, sobre las que podría pronunciarse con argumentación que reforzara la que pudiera ocurrírseños, que sugiriera nuevas facetas del problema, cuyo análisis y desenvolvimiento completaría el estudio de la cuestión, a variar doctrinas que el andar del tiempo y el rodar de las ideas colocan en el rincón de lo arrumbado, a modificar el contenido de algunas materias de ello necesitadas.

Cierto es que esta circunstancia, la de no hallar resuelta la cuestión que precisamente se nos presenta y ofrece duda, de ser deficiencia, la encontramos en toda obra de consulta, ya que sería imposible acudir a todas las que salen al paso en el terreno de la realidad. También lo es que el criterio personal, formado con un continuado estudio, debe suplir lo que acaso no sea falta en

el libro que consultamos, sino acaso minucia que se nos antoja grave problema, bien por mala comprensión, bien por falta de acción de relacionarlo con otros preceptos que destruyan el que se nos ofrece como barrera que obstaculiza nuestra marcha. Pero ocurre que en obras de esta clase cada día se pide y exige más, y que todo lo que en este caso concreto podríamos desear se haría el Sr. Campuzano en condiciones sobradadas de concederlo si no faltara en el conjunto de sus envidiables condiciones una de todo punto precisa : el tiempo.

En efecto, pesa sobre el Presidente de la Junta central de Registradores un cúmulo de atenciones como tal, como redactor de apuntes para el centro jurídico que dirige, como traductor de obras jurídicas y como abogado en ejercicio, que admira le quede vagar para dedicar atención a la obra del Sr. Morell.

Pensamos, con el deseo de acertar, que acaso entre en los planes del Sr. Campuzano el escribir, una vez terminada la obra, un apéndice en que se atienda a llenar estas exigencias apuntadas, con labor exclusivamente personal que hasta ahora no se destaca, que no se aprecia como debiera en lo que ya va publicado por la excesiva modestia de aquél, dedicando un espacio a la labor bibliográfica, cuya falta se nos antoja defecto inicial de la obra primitiva, que acaso debiera subsanarse para que no se diera el caso de que en un volumen de 700 páginas aparte de citas de autores dentro del texto, sólo aparezca una nota citando a un autor y a una obra.

*Instituciones de Derecho romano*, por PEDRO BONFANTE, Profesor de la Real Universidad de Roma. Traducción de la octava edición italiana, por Luis Bacci y Andrés Larrosa, revisada por Fernando Campuzano y Horma, Presidente de la Junta Central de Registradores de España. Publicaciones del «Instituto Cristoforo Colombo», de Roma.—Editorial Reus (S. A.), Madrid.

Un poco abandonados años atrás en Italia los estudios románistas, fueron Serafini y otros ilustres profesores de las Universidades los que, en fuerza de admirable constancia y trabajo, lograron restaurar en dicha nación el interés por el conocimiento, y

enseñanza del derecho romano, que Alemania, último pueblo en que estuvo vigente, cultivó antes y con preferencia, ocupando, en este orden, un primer término y colocándose Italia a continuación, si no al lado, como con otras palabras dice Rivier.

No es nuestro propósito, ni hace al caso, destacar la importancia que en España tiene el estudio del derecho justiniano, reducido en nuestras Universidades a uno solo de los mermados cursos académicos, ya que a unas regiones, como derecho propio o como supletorio les interesa, y a otras, como la catalana, le atañe, como vigente que se halla en su territorio, y, además, porque es el molde en que se han vaciado las legislaciones civiles vigentes, la norma que ha guiado a los civilistas modernos, sobre todo en lo que concierne al derecho privado, y más particularmente al que se refiere a las relaciones de patrimonio, reales y de obligación, conocidas estas últimas por derechos patrimoniales personales.

*Instituciones de Derecho romano* se titula la obra de cuya revisión nos ocupamos, y no porque contenga sólo la primera de las partes en que se divide el estudio de dicha materia, o sea la llamada de *Instituciones*, compendio sucinto para los no iniciados, y quede excluida la segunda, llamada de *Pandectas*, exposición más amplia y completa de todo el Derecho romano, sino por entender seguramente que tal denominación expresa mejor todo el contenido de las leyes y de la jurisprudencia romana, lo que se conoce por *Corpus iuris civilis*, comprendido en las cuatro clásicas colecciones: *Instituciones*, *Digesta (seu Pandectae)*, *Codex constitutionum* y *Novellae*.

Pedro Bonfante, Profesor de la Universidad de Roma, de quien nos hubiera sido grato hallar al frente de la traducción unas notas bibliográficas, es el autor de esta obra, del más antiguo de los derechos codificados, y en ella se acusa con relieves muy marcados el trabajo metódico y ordenado de una inteligencia culta, aquilatado y limado por la experiencia que da el hábito de enseñar y el deseo, la precisión de condensar en páginas claras, en párrafos concisos, deletreando, por decirlo así, todo el extenso contenido de tan importante rama del saber jurídico, a fin de hacerlo asequible y grato no sólo a los profesionales, sino también a los que gusten de estudiar el pasado como antecedente del presente y pue-

dan ver tras esa labor, y como premio de ella, cuanto queda por extraer, después de lo mucho obtenido, de aquella inagotable cantera romana, tipo y fundamento de las legislaciones que rigen en todos los Estados modernos.

Una traducción, no exenta de dificultades, de esta obra, hecha de la octava edición italiana, nos ofrece D. Fernando Campuzano y Horma, que oculta, fiel a su sistema de modestia, su labor, haciéndola aparecer como una simple revisión, avalorándola con un índice alfabético de muy laboriosa composición y ultimándola con otro general de innegable utilidad. Queda admirablemente recomendado este libro, sin otra tarea que la de unir al nombre ilustre del autor, Sr. Bonfante, una excelsa inteligencia italiana, el de Fernando Campuzano, que hace resaltar los méritos de la obra con una escrupulosa traducción y una cuidada revisión, que es, más bien, una innovación de todo aquello que, por no deber subsistir, debe ser eliminado.

LUIS R. LUESO.

## 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

Correspondentes 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, obetos 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 7.