

# Reformas jurídicas que imponen los avances científicos y sociales

(Continuación.)

## IV

### INCITACION MATEMATICA

No podemos dudar de que todas las ciencias, por muy distintas entre sí que puedan parecernos, tienen en común bastantes reglas aplicables indistintamente, pues éstas no son más que apariencias distintas. por su ropaje, de los fenómenos del razonar de la mente humana. Pues como dice P. ROUSSEAU (*La Conquista de la Ciencia*), si bien todos los instrumentos de una orquesta son distintos, están sometidos sin distinción a las reglas del contrapunto, que son precisamente las que permiten realizar su labor al Director de ella. Y es precisamente la busca de esas reglas generales, el afán al que deben de dedicarse con preferencia los profesionales de unas y otras, así como a un continuo análisis de las reglas probadas en cualquier otra ciencia, con el fin de indagar si ellas son susceptibles de aplicación a la nuestra, pues el logro de ese esfuerzo por parte de los científicos de todo orden, conseguirá ir incrementando el escaso grupo de reglas susceptibles de aplicación a todas las ciencias y que por ello deberíamos denominar, más bien que generales. reglas universales.

Fue el genial y malogrado GAULOIS (muerto en 1832 en la tercera decena de su vida), el primer formulador de la teoría de los grupos en el campo de las Matemáticas, la cual resultó tan fecunda, que ha sido probada y confirmada sucesivamente en el campo de la Cristalografía, de la Geometría, del Álgebra, de la Química, y finalmente en el de la Lógica, en el cual han demostrado su plena eficacia Georges BOULIGNAD y Paulette DESTUCHES-FÉVRIL. Hora es pues de tratar de asegurarse de si esa teoría es o no válida y susceptible de aplicación en el campo del Derecho, y caso de serlo, extraer de ella las consecuencias que de la misma puedan derivarse en nuestra ciencia.

#### TEORÍA DE LOS GRUPOS.

No nos interesa el desarrollo matemático de la teoría de los grupos de sustituciones, ni la clasificación de éstos en grupo continuo y grupo discontinuo de transformaciones; sólo nos interesa a nuestro efecto la esencia de esta teoría.

Esa esencia es sencilla. Si tenemos un tetraedro regular apoyado sobre una mesa, y si, por ejemplo, la cara en contacto con ella es la cara número 1 y queremos pasar a que lo sea la número 4, podemos llegar a esa situación de varias formas, bien directamente pasando de una a otra, o bien pasando a apoyar sobre la mesa las caras 2 y 3 como medio de llegar a que quede definitivamente sobre ella la 4, que es la que pretendíamos situar en esa situación. En definitiva, el tetraedro quedará siempre en reposo sobre la cara 4, después de la operación u operaciones que hayamos realizado y para las cuales partimos del estado inicial de ser la 1, la que se encontraba en esa situación.

De esa sencilla síntesis podemos deducir, que lo típico y lo esencial en esta teoría de los grupos, consiste en dos notas fundamentales cuya concurrencia o no son las que determinan si entre una serie de fenómenos puede o no constituirse un grupo formado por varios de ellos. La primera nota básica es la de que en todos tendrán que existir dos invariantes, o sea, y en el ejemplo señalado, las posiciones iniciales y finales de aquél cuerpo geométrico; la segunda serán las variantes posibles, es decir, la posibilidad de

llegar de una a otra variante, en virtud de un grupo de operaciones que puedan sustituirse o permutarse una por otras sin alterarse por ello el resultado final.

A primera vista parece que la cosa es sencilla; que siempre habrá posibilidad de conseguirse el resultado apetecido mediante un número ilimitado de posibilidades; pero esto no es cierto y podemos verlo con facilidad en un ejemplo en el que quizá exageremos la imposibilidad en mérito a la demostración. De la cara número 1 a la número 4, no puede pasarse al través de las caras números 5 y 6, pues tratamos de un tetraedro que sólo tiene cuatro. Es de evidencia incuestionable, diréis, pero esto ocurre sólo en casos similares al del ejemplo, porque precisamente para ello lo hemos buscado, no así en la generalidad de los demás. Para una persona poco ducha en el juego del ajedrez, le parecerá en principio, que mediante dos jugadas del caballo puede llegarse a una casilla a que se hubiera llegado en una sola, de haberlo querido antes; pero un jugador de ajedrez sabe que esto no es siempre posible, sino que son contados los movimientos iniciales de esa pieza para que pueda darse aquél resultado en el segundo de ellos; luego si las invariantes del fenómeno fueran la casilla inicial y la final determinada, y la posibilidad de hacer sólo dos jugadas, las variantes, sustituciones o permutaciones de las operaciones que no afectan al resultado, son más limitadas que el número de casillas a que puede saltar el caballo desde cualquiera otra del tablero.

¿No os parece sugestiva la teoría? Al ver su formulación, ¿no nos da la sensación de que ella ha recogido algo que hemos tratado de aplicar al Derecho desde hace tiempo, quizá inconscientemente? Tratemos pues de aplicarla, entre otros casos posibles, a la clasificación de los derechos reales, y al hacerlo observaremos, que al respetarse los principios básicos de ella se aclara aquella clasificación y resulta que hemos de atribuir a uno de los grupos de éstos algún derecho real que hasta ahora habíamos colocado en otro, por razones que entonces nos parecieron aceptables y que ahora se nos revelan como improcedentes.

## CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES.

A primera vista todos los derechos reales podemos encuadrarlos en uno de los dos grandes grupos siguientes: el de la propiedad, o derecho real por excelencia, y el de todos los demás que no son más que limitaciones de aquél. Pero esta clasificación no nos es útil debido precisamente a su amplitud, ni para ellas se requeriría la aplicación de la teoría de los grupos; lo que nos interesa son las clasificaciones con grupos de contenido más preciso, pero sin llegar tampoco a que éstos sean tan numerosos que más que una clasificación realicemos una enumeración. En base a esas ideas podemos clasificar los derechos reales en:

- Derechos reales de contenido pleno.
- Derechos reales de uso de cosa ajena.
- Derechos reales de consumo parcial de cosa ajena.
- Derechos reales sobre cosa ajena que amplían el dominio sobre la propia, o derechos reales de ampliación de las facultades dominicales.
- Derechos reales de garantía.
- Derechos reales de retención en garantía.
- Derechos reales de adquisición preferente. Y;
- Derechos reales de concurrencia en las titularidades.

En todos estos términos y aplicando la teoría de los grupos, indagaremos cuáles son las invariantes constitutivas y cuáles los derechos reales en concreto que, poseyéndolas, se diferencian entre sí por las variantes posibles, reuniendo por tanto las características necesarias para ser incluidos dentro de cada uno de los términos de esa clasificación.

## DERECHOS REALES DE CONTENIDO PLENO.

En este grupo no se puede hacer ninguna aplicación de la teoría sobre ellos. Realmente está formado sólo por el derecho real por excelencia, que es el de propiedad, sin que exista ningún otro que

pueda sustituirlo cumpliendo su finalidad. Unicamente y por seguir un rigor lógico, podríamos hacer una clasificación dentro de él: el caso normal comprensivo del derecho de propiedad plena; el anormal o de propiedad limitada, en el que se incluirán todas aquellas sobre las que recaigan algunos de los derechos reales de que después trataremos, y finalmente, el grupo de los derechos preparatorios de este de propiedad consistentes en ciertas especies de posesión, y aún este grupo, sólo en aquellas legislaciones en las que sea posible esta construcción de la posesión, no ya como hecho o como facultad inherente al dominio, sino como derecho de segundo grado en defecto de propiedad y como tránsito hacia ella.

#### DERECHOS REALES DE USO DE COSA AJENA.

Las invariantes que hay que considerar para admitir a un derecho real dentro de este grupo son claras. Por tratarse de derechos reales, la primera invariante será la de que se encuentren dotados de cierta permanencia y oponibilidad frente a terceros, lo cual excluirá de este grupo, al carecer de esa invariante, a aquellas situaciones que podrían confundirse con derechos reales que están dentro de él, como ocurre con las de precario o con las de mera detentación de la cosa.

Por recaer sobre cosa ajena, el usuario o titular de cualquiera de los derechos reales de este grupo, tendrá que ser un sujeto de derecho distinto al titular del de la propiedad sobre la cosa; con lo cual quedan excluidos de este grupo las comunidades, así como todas aquellas figuras jurídicas en las que, para gozar de este uso, tenga que transferirse la misma propiedad de la cosa, como en cierto sentido ocurre con las reservas, etc.

Finalmente, por tratarse de derechos reales de uso, habrán de serle atribuidos todas las facultades encaminadas a que éste sea posible, pero nada más que ellas.

Dadas estas invariantes, ya nos será fácil el determinar qué derechos reales las reúnen, formando así este término de la clasificación con todos ellos, los cuales se diferenciarán entre sí según las variantes respectivas propias de cada uno, siempre que éstas

no impidan la consecución de las invariantes antes dichas, antes al contrario, tiendan a conseguirlas.

Pero antes de pasar a enumerar los que se encuentran en esas circunstancias, convendrá hacer una subclasificación en atención a la importancia del uso sobre la cosa ajena que se atribuya al titular del derecho y respecto a aquél de que sea suceptible la cosa misma, considerada en su totalidad, y en consideración a lo cual podemos distinguir: de atribución total; de atribución parcial, y de atribución indeterminada.

Derecho real de uso total de cosa ajena: El derecho de usufructo, en general, y el derecho de superficie.

Derecho real de uso parcial de cosa ajena: El derecho de balcón; el derecho de asiento; la servidumbre de pastos; la servidumbre de saca de agua o de abrevadero; el derecho de arbolado o de vuelo; la servidumbre de leñas; la servidumbre de colocación de colmenas; la servidumbre de paso para ganado; la servidumbre de tendido de conductores para energía eléctrica, y la servidumbre de acueducto, tanto en favor de un sujeto de derecho unipersonal como de uno pluripersonal, pero siempre en favor de ellos mismos, pues si lo fuera en favor de unos predios, no tendríamos ya la invariante que antes indicamos de existir dos sujetos de derecho directos, uno al través de los dos predios, con lo cual no podríamos incluir estos derechos reales en este grupo en atención a las reglas de lógica que la teoría sobre los grupos nos impone.

Derecho real de contenido impreciso del uso sobre la cosa ajena: El derecho de uso; el de habitación; la servidumbre de saca de cosechas en fundo ajeno; los derechos de arrendamiento, tanto rústicos como urbanos, que lleven anejos el derecho de poderlos traspasar a terceros sin el consentimiento al efecto del arrendador.

En el último de los elementos de este subgrupo ocurrió un fenómeno curioso que dio origen a otros derechos reales, los cuales han de ser incluidos también en él.

Casi por una evolución natural del contenido respectivo de los derechos del propietario y del arrendatario en el arrendamiento, evolución que dejó incólume el aspecto económico de ellos, pudo pasarse a una desmembración del dominio de la cosa objeto de ella, el cual pasó así a distribuirse entre aquellas dos partes de la referida relación jurídica, originando el que esa alteración reci-

biera el espaldarazo de un nuevo derecho real, la enfiteusis. Y continuando esa tónica, se llegó hasta la inversión de los términos de la misma, dejando siempre inalterable la esencia del fenómeno económico, o sea el uso de la cosa por uno de los intervinientes y la percepción de una renta por parte del otro, con lo que pasó a ser propietario el que la usaba o tenía, convirtiéndose en titular de un derecho real limitativo del dominio el perceptor de la renta o antiguo propietario en una relación arrendaticia; con lo cual aparecieron los censos consignativos y reservativos, que económicamente no son otra cosa que un arrendamiento a la inversa, aunque jurídicamente sean considerables sus divergencias.

Y no se piense que ese fenómeno evolutivo ocurrió sólo en un remoto pasado, cesando cuando surgieron esos nuevos tipos de derechos reales; esa evolución continuó creando continuamente situaciones intermedias, haciéndola cesar sólo nuestra codificación civil. De poco antes de que ocurriera esa codificación, conocemos un fallo jurisprudencial (sobre la finca La Laguna, del municipio del Padul) en el que se reconocía la existencia de un arrendamiento indefinido o perpetuo! (pues el contenido del fallo y los términos de él no permitían determinar si lo consideraban de una u otra clase), no extingible por la voluntad del arrendador sola y con derecho por parte de los diversos arrendatarios de cederlo, dividirlo, etc., pero sin requerirse para ello el consentimiento del propietario y si sólo la consignación en un registro que se llevaba por una comisión de los arrendatarios mismos. ¿Ante qué relación jurídica nos encontramos en ese caso?

#### DERECHOS REALES DE CONSUMO PARCIAL DE COSA AJENA.

Aparte de las invariantes de tratarse de derechos reales y de tener que recaer sobre cosa ajena, ambas idénticas a los del grupo anterior y en las que por ello ya no entraremos a precisarlas, tienen como invariante típica los de este grupo. la de que en él no se trata ya de un uso de la cosa, que así es conservador de su esencia, lo que en virtud de estos derechos se atribuye a su titular y respecto a la cosa ajena sobre la que recaen, sino que aquí lo que se les atribuye es un derecho de consumirla, si bien no lo sea con el

carácter de un consumo total de la misma, sino sólo parcial, pues si lo fuera total, esto supondría en el aspecto económico la transferencia íntegra de la propiedad al tercero, en tanto que al serlo parcial, estos derechos reales son compatibles con la subsistencia de un derecho real de propiedad por un tercero respecto a la cosa sobre la que ellos recaen.

Los derechos reales dotados de las invariantes propias de este grupo son escasos, encontrándonos sólo con los mal llamados usufructos especiales sobre minas, montes, rebaños u otros de análogo contenido, respecto a los cuales vemos con claridad al aplicarles la presente teoría, que no pueden ser confundidos con los demás usufructos, de los que los separan diferencias que afectan al fondo y no ya sólo las formales relativas a las distintas cosas sobre las que aquéllos y éstos recaen.

#### DERECHOS REALES DE AMPLIACIÓN DE LAS FACULTADES DOMINICALES.

Existen bastantes casos en la vida jurídica en los que las facultades dominicales sobre un fundo se amplían de tal forma que, rebasando en su ejercicio el marco propio que constituye el fundo objeto de ellas, recaen con mayor o menor intensidad sobre otros fundos a los que el derecho de propiedad no alcanzaba y respecto a los cuales y en virtud de estos especiales derechos de que aquí vamos a tratar, se aminoran las facultades normales sobre ellos de sus respectivos titulares. Esto hizo el que de antiguo se denominara a estos derechos con el nombre de servidumbres, pues realmente el predio minorado prestaba esa función en favor del favorecido.

Las invariantes de este grupo, aparte de las generales de constituir un derecho real y de recaer sobre cosa ajena, que por haberlas tratado en otros anteriores omitimos estudiar en el presente, son las dos siguientes: La existencia de un fundo, para cuyo mejor, o más elevado aprovechamiento se concede a su titular la facultad de minorar el uso que en otro fundo corresponde al titular de él; diferencia que separa sensiblemente a este grupo de los anteriores pues aquí el derecho de que se trata corresponde a un fundo y no a un sujeto de derecho, aunque en definitiva sea

éste, y como titular del predio dominante, el que lo disfrute, como después exponemos con más detalle. Y la existencia también de otro fundo, cuyas facultades de utilización por parte de su titular han sido minoradas por la existencia de este derecho

En este grupo de derechos reales, los sujetos de derecho de los respectivos dominios sobre los fundos de que se trata son algo secundario, lo esencial es siempre la subordinación entre los predios. Por ello, es la vida y las necesidades de éstos los que originan determinados efectos, incluso extintivos, en la relación misma que supone estos derechos reales, y no la vida y necesidades de los sujetos de derecho titulares del de propiedad sobre los fundos respectivos, y así vemos que las legislaciones se fijan en una causa de extinción para estos derechos reales cuyo origen sólo está en los predios y no en los sujetos titulares de éstos, como es la de que no sea posible utilizar el fundo ajeno para incrementar las posibilidades del propio, bien porque el predio dominante desaparezca o haya ocurrido lo mismo con la causa que fundamenta ese uso, o bien porque no sea posible efectuar dicho uso sobre el predio sirviente, dadas las circunstancias que en el mismo hayan sobrevenido.

Ante la tipicidad de estas dos invariantes desaparece la posibilidad de incluir en este grupo a las mal llamadas servidumbres personales, que nosotros hemos incluido ya en otros anteriores, pues en ellas no existe tal servidumbre, sino sólo un derecho de uso o de consumo sobre la cosa ajena. Y decimos que es impropia aquella denominación de servidumbres personales, pues al derecho a disfrutar de la cosa por un sujeto de derecho no puede aplicársele nunca el calificativo de servidumbre, ya que en ese caso sería servidumbre incluso el derecho de propiedad, pues la idea de servidumbre lleva implícita la de existir una igualdad de naturaleza entre el que sirve y quien es servido, por lo cual se llamó servidumbre en la antigüedad a la esclavitud, en lo que ambas partes eran personas humanas, para una vez paliada ésta aplicarse ese término al trabajo personal bajo la orden y la dependencia de otra, ambas también personas, pero sin que se aplicase nunca aquella denominación al trabajo que prestaban al hombre los animales de su propiedad, pues ya no tenían la misma naturaleza los dos miembros de la relación, sino que uno de ellos era una persona

humana y el otro un ser irracional. Con ello apreciamos que, en nuestra teoría de los grupos, al desecharse de este grupo de las servidumbres a las ahora llamadas servidumbres personales, no se hace otra cosa que corroborar jurídicamente la postura seguida al efecto por la semántica, conforme a la cual sólo podríamos denominar servidumbres a las prediales, pues en éstas servidor y servido son ambos predios o fincas, pero no a las personales, pues en ellas era persona uno de los términos de la relación y cosa o finca el otro.

Parecerá inútil ya el decir que en este grupo hemos de incluir todas las denominadas servidumbres prediales, como son las de abrevadero, las de aprovechamiento o de saca de aguas, las de acueducto, las de parada o partidor, las de estribo de presa, las de luces y vistas, las de apoyo de construcciones, las de paso, las de salida o de caída de aguas, etc.; pudiendo añadirse a esas tan conocidas otras semejantes que son usuales en la práctica jurídica, como ocurre con la de prohibición de buscar aguas en los terrenos propios que están contiguos al predio dominante, pese a que esa actuación se realice fuera del límite de distancia marcado al efecto por nuestra legislación actual, así como su complementaria, consistente en autorizar la busca de aquella agua en terreno propio, establecida en favor del dueño o los dueños de un manantial colindante y con la finalidad de que pueda así incrementarse el caudal de aguas del mismo; aparte de otras servidumbres semejantes que sería prolijo enumerar.

#### DERECHOS REALES DE GARANTÍA.

En la situación de desarrollo a que ha llegado el Derecho en la actualidad, todas las obligaciones recaen en definitiva sobre el patrimonio del obligado, bien lo sea directamente por tratarse de obligaciones de dar, bien indirectamente, en los supuestos de cumplimiento anormal de ciertas de ellas al transformarse en la indemnización de daños y perjuicios. Pero puede ocurrir que en el instante en que sea necesario proceder para el cobro de la obligación contra el patrimonio del deudor no exista este patrimonio porque haya desaparecido, o porque aún existiendo, surjan otros acreedores cuyos créditos, sumados a los del actor, excedan con

mucho del total patrimonio del obligado, con lo cual se dará lugar al fenómeno de la concurrencia de créditos con la pérdida parcial en cada uno de éstos que esto suponga.

Para obviar estos inconvenientes, y aparte de las fianzas personales que no siempre son posibles, se acudió a una serie de derechos cuya finalidad era precisamente la de dar al acreedor una seguridad de que llegado aquél momento podría cobrar su crédito sin que sufriera ninguna de esas situaciones perjudiciales, Derechos a los que se denominó en la forma antes dicha de derechos de garantía, tanto si éstos eran prestados por alguien ajeno a la obligación, en cuyo caso el término tenía un sentido más propio; como cuando eran los bienes ya propios del deudor los que se afectaban a ese pago, en los que la garantía no era algo nuevo, pues ya hemos dicho que de las obligaciones del deudor responden todos sus bienes, sino que lo que se realizaba era sólo una concreción de ésta a unos bienes determinados, de forma que éstos, y cualquiera que fuesen las incidencias futuras de su titularidad, responderían siempre, con carácter preferente, a la deuda a que fueron afectados especialmente. Afección que revestía las dos formas procesales admisibles para ella, que son las de enajenación de la cosa y pago del crédito con el precio obtenido por ella, o la de dación de la cosa en pago de aquél crédito.

Las invariantes de este grupo y además de las generales que al principio expusimos con detalle de tratarse de derechos reales y de ser éstos recaentes en cosa ajena, son las de que las cosas a que estos derechos se refieren quedan afectas a satisfacer el crédito del acreedor con preferencia a cualquier otro, bien enajenándolas y satisfaciéndolo con su importe, o bien adjudicándolas en pago de él en la forma que antes hemos dicho.

Como elementos de este grupo hemos de considerar: el derecho real de hipoteca, el de prenda, el de anticresis y el de retroventa, o más propiamente, la compraventa con pacto de retro de la cuál es aquél una de sus partes. Para cuya ordenación hemos seguido la idea temática de todos ellos, pero en un orden inverso a su mayor o menor perfección, es decir, que hemos partido del más evolucionado y perfecto, para terminar con el más imperfecto y en el que la idea de la garantía está expresada más groseramente.

En la hipoteca, la idea de aseguramiento que involucra la garantía está solo en estado potencial, sin llegar a interferir en las facultades dominicales del titular de la cosa hasta el instante en que sea necesaria actualizarla o ponerla en ejecución, debido al incumplimiento de la obligación a que ella se refería.

En la prenda, la garantía interfiere ya las facultades dominicales del titular de la cosa, pues desde el instante en que se constituye se efectúa un desplazamiento posesorio de ella en favor del acreedor, que puede ser, bien de la posesión de derecho derivada del de dominio, con su consiguiente posesión de hecho, o bien sólo de aquélla, porque en virtud de una ficción similar a la de la «*constitutio posesorio*» en la tradición, la posesión de la cosa por el dueño de ella, que lo será el deudor o el fiador, se transforma en una posesión en concepto de depositario, pero de un depositario con derecho de uso, en nombre o por cuenta del acreedor que es el poseedor de derecho de ella. Siendo aplicable en lo demás la tónica de la hipoteca.

En la anticresis no sólo existe una mayor interferencia del titular del derecho de garantía sobre las facultades dominicales pertenecientes al dueño de la cosa, y constituyente de ese derecho, sino que la garantía misma inicia su eficacia en cuanto a los frutos de la cosa, desde el instante de su constitución—frutos por intereses y en lo que excedan, a cuenta del capital—, quedando en potencia respecto a las demás facultades dominicales de aquélla hasta el instante de la ejecución, en la misma forma que las dos anteriores.

Finalmente, la compraventa a pacto de retro es la más extraña a este grupo y constituye el término más grosero de él en cuanto a la garantía que envuelve. En ella se invierten en parte los términos o el orden procesal que hemos ido viendo en los demás. La garantía produce su eficacia total desde el instante de su nacimiento como tal, esto es, una vez surgida la deuda, pues desde ese momento se produce el fenómeno de la ejecución de la cosa con el fin de satisfacer la deuda que ella garantiza, como si ésta hubiera sido impagada, lo cual es la etapa final de los demás derechos de garantía: ejecución que se realiza sólo en la modalidad de adjudicación en pago de aquélla, si bien esto se encubre al través de la apariencia de una compraventa.

Ahora bien, esa ejecución encubierta es sólo provisional, de tal forma, que una vez satisfecho el crédito que garantizaba dentro del plazo para ello, queda sin efecto aquella medida procesal de la ejecución, ineficacia que opera al través del ejercicio de la denominada acción de retroyente, la cual no es así otra cosa que un hecho resolutorio de aquella ejecución provisional del crédito sobre la cosa que lo garantizaba y no una condición resolutoria de la primitiva y aparente compraventa, como puede parecer a primera vista, pues aparte de ser esta resolución un requisito institucional del contrato y no un elemento accidental del mismo, los efectos que produce no son los de una condición resolutoria propiamente dicha, sino los de un hecho resolutorio, como ya hemos indicado.

De otra parte, en esta modalidad tan especialísima de los derechos reales de garantía y sin que por ello queden alteradas las invariantes que señalamos para que puedan ser tenidos como tales, ya que quedan subsistentes en el fondo de esta extraña figura jurídica, se origina paradójicamente un derecho real para el deudor, sobre la cosa ajena ya del acreedor, lo cual encubre la realidad de constituir un derecho real, del acreedor, con una apariencia tan amplia que parece uno de propiedad plena, sobre una cosa propia del deudor; derecho de propiedad este último que tiene una apariencia tan reducida, como la de haber pasado a ser una acción para la retroventa de la cosa.

Finalmente hemos de decir, que este último elemento del grupo, y pese a que pueda opinarse que no debería de haberse incluido propiamente en él, podrá quizá serlo en otro, pero nunca entre los de adquisición preferente o derecho de retracto legal con que lo denomina y regula nuestro Código; ya que si ese Cuerpo legal hubiera seguido en este extremo cierta lógica jurídica, al regularlo como un derecho de preferente adquisición debería de haberlo hecho como una modalidad del de opción, pero no como del retracto. Efectivamente, en aquélla, la enajenación de la cosa en favor del que ejercita el derecho se provoca por una actuación de éste, en tanto que en el de retracto, la enajenación en favor del retrayente se provoca en virtud de la que voluntariamente se realizó por el dueño de la cosa en favor de un tercero. En la opción, el precio en que se podrá realizar la enajenación es conocido

desde el instante de surgir ese derecho; en tanto que en el retracto, es precisamente esa posterior enajenación a un tercero la que fija también el precio en que ha de ser adquirida la cosa retraída. Circunstancias todas, que, como indicamos, deberían haber obligado a que el legislador, y si no quería regular la compraventa a pacto de retro como un derecho de garantía, lo hubiera hecho como una opción convencional y no como un retracto de ese orden, a no ser que a éste le hubiera dado una denominación y regulación distinta a la actual.

Pero esta contradicción legislativa se debe a que el legislador no pudo olvidar lo que es en realidad la compraventa a pacto de retro, y se fijó en el hecho de que la cosa «volvía» a su dueño una vez que éste satisfacía la cantidad que se le había entregado por el acreedor, y por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1944 no pudo menos de decir, que sería aplicable a estas compraventas la Ley de Usura cuando se apreciase el que ellas encubrían un préstamo. Y a esto podríamos añadir nosotros, si estas compraventas no son un préstamo unido al deseo o a la necesidad del acreedor de hacer suyo el inmueble por falta de pago de aquél, ¿qué serán estas ventas tan anómalas y que finalidad perseguirían? Piénsese, para no extrañarse mucho por su admisión cómo tales derechos de garantía, en que esta forma de ellos es la propia de inteligencia menos educadas, es decir, de aquellas mentes que, como otro medio de garantía, utilizan aún el de la entrega en prenda al acreedor de las copias de los títulos de adquisición por el deudor de sus bienes propios; pues si no tienen las copias de ellos, pensarán, no podrán enajenarlos y hacer desaparecer el patrimonio del deudor que asegura al acreedor del cobro de su crédito, y lo chocante es que el deudor obra bajo esa creencia.

#### DERECHOS REALES DE RETENCIÓN EN GARANTÍA.

Retener implica el continuar teniendo algo que debería de ser entregado o ser devuelto y sólo se devuelve lo que no es propio de uno; por lo que si esta retención es protegida por el Derecho, tenemos así otro derecho real en cosa ajena o notas invariantes para un grupo de ellos.

Esta retención sólo la concede el Derecho, en los contados casos en que lo hace, como una garantía de ciertos créditos que han surgido en favor del tenedor con ocasión de esa tenencia, en contra del propietario de ella, respecto al cual y por su falta de pago ha sido concedida esta retención. Con esto tendremos las otras invariantes de este grupo.

Pero aquí las invariantes no nos son útiles para fijar los distintos términos que pueden o no ser incluidos en este grupo, ya que él está formado solamente por uno, el llamado derecho de retención, que puede ser concedido con motivo de distintas situaciones jurídicas. De este derecho sólo hemos de decir, que para su existencia se requiere: la previa posesión de una cosa ajena en virtud de un título legítimo; el que llegado el momento en que ella deba de ser restituida no hayan sido abonados por su propietario determinados gastos realizados legítimamente por el tenedor; el que la ley, o el pacto al efecto en el contrato que originó aquella tenencia, autoricen al poseedor a retenerla por esa causa, y que las cantidades que le son debidas al que realiza la retención, se las compense éste con los frutos de la cosa (según se dice por el artículo 502 del Código civil, que por la existencia de lagunas legales habrá de aplicarse a los demás supuestos de retención regulados por el mismo), o le sean abonadas por el titular de ella, instante en el que cesará el presente derecho de retención, por haber desaparecido el crédito que con ella se garantizaba.

Aunque este derecho sólo es recogido esporádicamente por el Código civil en algunos supuestos concretos, sin dictar preceptos que lo regulen de una manera unitaria y sin que siquiera aquellos que los recoge den casi normas sobre él, no vemos inconveniente legal en que pueda originarse también en virtud de un pacto al efecto. Es más, en estos supuestos de constitución contractual de este derecho real, entendemos que el defecto de las estipulaciones sobre él deberá de ser suplido por las normas legales dictadas para la anticresis, salvo las disposiciones de ésta referentes a la enajenación de la cosa para satisfacerse con ello la deuda garantizada, ya que ese derecho de enajenación no procede en este especialísimo derecho real de garantía, pero en todo los demás, son tales las analogías entre ambos, que bien podría decirse que el

derecho real de retención no es más que una anticresis que se limita a gravar el usufructo de la cosa.

#### DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.

El objeto de los derechos de este grupo, es el de conceder a una persona el privilegio de poder adquirir una cosa, a título oneroso, con preferencia a cualquier otra. Por tanto, además de las invariantes generales idénticas a las de los grupos anteriores, de constituir derechos reales sobre cosa ajena, tienen como típica la de que mediante éstos pueda adquirirse por su titular, y con preferencia a todos, la cosa sobre la que recaigan y aun ello en virtud de decisión unilateral de éste, sin requerirse el consentimiento al efecto del transmitente, el cual fue prestado, en principio, desde el instante en que nació cualquiera de estos derechos reales de adquisición preferente de cosa ajena. Dentro de este grupo podemos considerar, los derechos de opción, los de retracto y los de tanteo, en todos los cuales se dan las invariantes dichas, diferenciándose unos de otros en el elemento variante de que vamos a tratar.

Los elementos necesarios para cualquier adquisición a título oneroso son siempre, los de un consentimiento prestado por parte del transmitente y del adquirente, el de una cosa sobre la que recae el negocio jurídico y el de un precio, o contraprestación por la entrega de esa cosa de uno al otro contratante. Y de esos elementos veremos que unos constituyen las invariantes de este grupo, en tanto que otros son los que, por sus diversas modalidades posibles, constituyen las variantes que tipifican a uno y otro de los diversos derechos reales que hemos enumerado como formando parte de él.

El consentimiento del transferente para la enajenación, es una de las invariantes de todos ellos, pues él va implícito en el acto de concederse el derecho real de preferente adquisición, de que en cada caso se trate; sin que por tanto pueda sostenerse que mediante esos derechos se ha comprometido el transmitente futuro a consentir en su día en la transmisión, pues esto constituiría una promesa de transmisión y no una voluntad transmisiva. Comprendiéndolo así la jurisprudencia, ha precisado con claridad el

distinto efecto que esa apreciación produce, pues sentando como base que el Juez no puede prestar el consentimiento en nombre de una de las partes de la litis, pero sí realizar en nombre de ellas los hechos a que las mismas estuviesen obligadas, determinó en relación con un caso de opción que se le planteaba, que así como en las promesas de venta el Juez no puede sustituir la voluntad del que prometió vender, o sea prestar en nombre de él su consentimiento, por lo que en el caso de incumplimiento sólo podría imponer la sanción supletoria general de la indemnización de daños y perjuicios en favor de la otra parte contratante, en las opciones, y dado que el consentimiento para la enajenación se prestó por el transmitente, de una vez para siempre, desde que concedió ese derecho real, la aceptación prestada por el titular de él, o adquirente, perfeccionaba el contrato, originándose así, en el caso de incumplimiento por parte del transmitente, no una falta de perfección de aquél, sino una falta de cumplimiento, la cual sí puede ser suplida por el Juez en nombre del obligado, mediante la realización de la entrega de la cosa objeto de aquel contrato perfecto, que es en lo que consiste su consumación.

El consentimiento del adquirente es otra de las invariantes de esos derechos reales. Este constituye el elemento potestativo de ellos y que por su nacimiento le es concedido al titular de los mismos. Si el derecho a adquirir no fuese una facultad que se le concede al titular del derecho de preferente adquisición, sino una obligación impuesta a él, ya no estaríamos ante uno de estos derechos, sino ante un caso de enajenación en el que la consumación del contrato ha quedado aplazada, etc.; si, por otra parte, esa facultad no fuese coercitiva respecto al adquirente, sino que su ejercicio requiriese otra decisión del transmitente en este sentido, tampoco existirían estos derechos, como decíamos antes, sino que a lo sumo estaríamos ante una promesa de vender u otra figura similar. De otra parte, el ejercicio de esta facultad concedida al titular del derecho real de preferente adquisición, extingue este derecho, pues con él se ha producido la finalidad que se perseguía, la de adquisición de la cosa. La invariante, pues, consistirá en la potencialidad por parte del titular de estos derechos reales, de que la adquisición o no de la cosa de que se trate quede atendida a su potestad.

La cosa sobre la que ellos recaen es otra invariante de estos derechos, pues ha de ser conocida con precisión desde el momento de su nacimiento, ya que mal podría hablarse de derechos reales en cosa ajena, si por desconocerse ésta, no pudiese precisarse si ella era o no ajena; con lo cual faltaría uno de los elementos esenciales de todo derecho real, la cosa sobre la que ellos recaen, y una característica de todos estos últimos, la de que esa cosa corresponda a una persona distinta a la del titular de ellos.

Finalmente, tenemos el elemento del precio, y si bien para la validez del contrato transmisivo éste deberá de ser cierto, la calificación del artículo 1.447 del Código civil de que se entenderá que es cierto cuando se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada, es la que da pie para ese elemento variable de estos derechos reales, que según los distintos supuestos origina uno u otro de los que hemos señalado como formantes de este grupo, y de lo cual pasamos a tratar.

La opción es el más perfecto de los tres derechos reales que enumeramos como comprendidos en el presente. En él, es conocido desde siempre el precio, por lo que el efecto transmisivo pretendido con este derecho real, queda pendiente sólo de la voluntad del titular del mismo; lo cual es, como ya indicamos, una de las características típicas de todos los del grupo. Para la consumación de la transmisión, que involucra la extinción de este derecho de preferente adquisición, sólo se requiere la decisión al efecto de su titular, pues todos los demás elementos de aquélla están ya emitidos y en espera de esta posible aceptación.

En el retracto, la incertidumbre se refiere ya no sólo a si se decidirá o no por su titular el ejercitar su derecho de preferente adquisición, sino a cuál sea el precio para ella, pues esa circunstancia quedó a decidir por otra persona, o sea, por la que adquiriese la cosa sobre la que recae el retracto. Conocido así el precio, desde ese instante se convierte el derecho real de retracto en idéntico a uno de opción, como si ésta hubiera nacido en ese momento; lo cual ha involucrado el que, hasta ese instante, no sólo existiese una incertidumbre en cuanto al precio en sí, sino también en si podría tener o no efectividad el derecho, pues la incertidumbre de aquél estaba en función de la existencia o no de éste posible adquirente, que era el que iba a fijarlo. El retrac-

to es así una opción sujeta a una condición suspensiva, o mejor dicho, a un hecho suspensivo.

Finalmente, en el tanteo, que es el más imperfecto de los tres, la certeza del precio revelada por ser aquel por el cual se pretende adquirir la cosa por un tercero, origina una situación jurídica análoga a la de la opción, como hemos indicado en el caso de retracto; pero esta apariencia es más insegura, inseguridad que origina ciertas consecuencias de las que pasamos a tratar. Efectivamente, en el retracto existe realmente una tercera persona que de una manera veraz—saivo en los supuestos de confabulación—fija el precio por el hecho de ser aquél en que él adquiere; pero en el tanteo, la existencia misma de la persona, así como su declaración respecto al precio en que se pretende adquirir, son hechos cuya veracidad queda atendida en principio a la sola declaración del transmitente, y esto podría involucrar el que se incurriese en la prohibición determinada por el artículo 1.449 del Código civil, de que el precio no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes. El hecho de que el precio indicado por el transmitente sea o no el real, no puede ser así más que una presunción que se confirmará o no mediante la posterior enajenación y que obligará a una nueva postura legal, la de determinar que procederá en el caso de disconformidad entre ambos, en virtud de la acción dolosa que esa manifestación falsa del transmitente revela. Desde luego, procederá siempre una indemnización de daños y perjuicios, pero aparte de ésta que es de orden general, se manifiestan dispares las tendencias en cuanto a otras de orden más específico, preponderando la tesis (en el tanteo legal en los arrendamientos urbanos) de que debe de originarse un retracto por ese hecho de enajenarse la cosa a un precio distinto a aquél que se indicó como tal al titular del derecho de tanteo; en tanto que otros se inclinan por la opinión de que debe de estimarse como nula la transmisión realizada con ese fraude. Siendo nuestra jurisprudencia del parecer de la primera de esas opiniones, si bien sus fallos no contenían nunca una tesis general, pues por haber sido dados en casos de tanteos legales, ello cambiaba necesariamente el enfoque de la cuestión, al convertirla en una de interpretación de las fuentes legales en este punto, cosa muy distinta a decidir sobre si constituiría o no

un elemento natural en un contrato de tanteo, huérfano de normación legal.

#### DERECHOS REALES DE CONCURRENCIA EN LAS TITULARIDADES.

En estos derechos reales, aparte de la invariante general de tratarse de derechos reales y de recaer sobre cosa propia de su tenedor, tienen como peculiaridad, la de que los sujetos de derechos que los ostentan son de un rango igual, en cuanto a la clase de derecho en el que concurren con otros titulares, aunque puedan diferenciarse entre sí por la cuantía respectiva del de cada uno. Es decir, que cada cotitular tiene una titularidad jurídica plena respecto al derecho real de que se trate en cada caso, siendo limitada la titularidad económica o contenido en ese orden de su derecho, por la concurrencia en él de los demás cotitulares.

Como elementos de este grupo hemos de considerar: las comunidades con fin propio y las comunidades con fin subordinado al de otro derecho real. Distinción que origina consecuencias muy distintas en el orden jurídico; pues en tanto que en las primeras es preponderante el elemento personal, y la voluntad de cualquiera de éstos, en contra de esta situación, provoca inmediatamente la cesación de la comunidad, bien por la división de la cosa o bien por la división del importe económico de ella; en las segundas, siendo el fin de la comunidad extraño a los sujetos de derecho que la componen, mientras subsista esa finalidad tendrá que subsistir la situación de comunidad, sin que sea posible el pretender su cesación por enajenación o división; las participaciones en estas comunidades, siguen las incidencias de la vida jurídica de la propiedad de las fincas, para cuya mejor explotación nació la comunidad sobre otra.

Las comunidades con fin propio son las normales y las más corrientes en la vida jurídica, por lo que su misma generalidad nos exime de estudiarlas; pero no así respecto de las segundas, porque careciendo de normación precisa en nuestra legislación, ya que no se le puede dar el nombre de tal a las esporádicas reglas dictadas para éste o aquel supuesto, deberemos realizar al menos una enumeración que nos sirva de orientación para una futura labor jurisprudencial y doctrinal.

La más antigua de todas estas comunidades en nuestra práctica jurídica es la de la medianería que se regula por nuestra legislación involucrada entre las servidumbres, pero de las que hay que separarla en todo caso, incluso de aquella servidumbre que nosotros hemos indicado antes bajo la denominación de servidumbre de apoyo de construcción.

Si concibiésemos la medianería como una servidumbre, deberíamos admitir en rigor lógico, como es norma general de todas ellas, el que de la misma sólo nacerían derechos en favor del predio dominante y ninguna obligación de este respecto a la conservación y demás de la pared del predio sirviente, sobre la que aquél se apoya. Pero es más, también en buena lógica jurídica, la apreciación de la medianería como una servidumbre nos obligará a admitir que ella tendrá que extinguirse cuando desaparezca el predio sirviente, el cual no es en este caso el fundo contiguo, sino la pared misma de él sobre la cual se apoya el predio dominante, y esta solución resultaría antisocial, pues por muy ruínosa que pueda estar la casa y por muy justificada que pueda resultar el derribo de la pared sirviente, los perjuicios que de ello puede ocasionarse en el dominante y por ende en la sociedad, obligarían a impedir esa situación. Pero ante esos dos intereses contrapuestos, cada uno con razones que justifican su protección, ¿qué postura habría de tomarse por el legislador?; la de permitir un derecho de expropiación de la pared y del terreno que ella ocupe, en favor del predio dominante, o la de obligar al dueño de éste a que rehaga la pared de apoyo pero sobre su propio terreno, concediéndosele para ello un derecho de preaviso por parte del dueño del predio sirviente o algo similar. Cualquiera de las soluciones que se adoptasen se saldría ya demasiado del marco de las servidumbres, ¿y todo para qué?, ¿para conservarse dentro de éstas a un derecho que ha sido colocado indebidamente como una más? Porque lo que no puede siquiera ocurrirnos, es el sostener que, debido a esa servidumbre, se impida el que el dueño del predio sirviente pueda derruir un edificio cuyo estado lo haga necesario, o que incluso se le haya ordenado así; o que se le obligue para ello a realizar las obras necesarias para que con el derribo no se deteriore la pared que sufre la servidumbre.

Por el contrario, concebida la medianería como un derecho de concurrencia en la titularidad, y dentro de ellos como una comunidad subordinada a un fin, que en este caso es el de la sustentación de los dos edificios, todos esos derechos y obligaciones que resultan tan violentos de ser deducidos de un derecho calificado como de servidumbre, serían los que lógicamente, y sin desvirtuar las normas generales sobre la propiedad, tendrían que deducirse de esta situación de comunidad. Como comunidad peculiar subordinada a un fin, mientras éste subsista no podrá hablarse de división de ella, de cesación, etc., o sea que habrá de mantenerse mientras exista alguno de los edificios que la utilizaba en su finalidad de apoyo. Como comunidad, cada comunero puede utilizar la totalidad de la cosa en provecho propio, según su destino y sin pedir un uso similar por los otros. Por la misma causa, cada copropietario tendrá derecho a obligar a los demás a contribuir a los gastos de conservación de la cosa. Como comunidad de tipo especial, o sea comunidad subordinada a un fin, cada comunero podrá variar su utilización de la cosa común, siempre que no perjudique el derecho de los demás y siendo de su cuenta los gastos que esta alteración en su favor originen en la cosa, si bien con derecho de reintegro por parte de los otros comuneros si éstos aprovecharan con posterioridad esas obras. En fin, todos esos derechos son derivaciones necesarias de la naturaleza jurídica de este derecho, y sin necesidad de que para ello hayamos tenido que violentar la normación jurídica normal, como ocurría cuando la calificábamos de servidumbre.

Otra comunidad de este tipo, o sea, de aquellas en que la comunidad está subordinada a un fin ajeno a ella, es la de los elementos comunes de un edificio, en los casos de propiedad horizontal en ellos. Comunidad en la que no tenemos que recordar su carácter de inseparable de los distintos pisos susceptibles de aprovechamiento independiente, con su secuela de indivisibilidad, etc., para apreciar que el condominio es en estos supuestos algo accesorio de aquel dominio dividido de cada piso, siguiendo la vida y las incidencias de cada uno de éstos.

Con análogo fondo, aunque por la forma pueda parecernos otra cosa, es la regulación de los nacimientos de aguas que son

aprovechadas por varias fincas, denominados en Canarias, donde primero fueron regulados, Heredamientos de aguas, y que después se han extendido por el párrafo 5.º del artículo 71 del Reglamento Hipotecario, en su última reforma, a otras situaciones análogas, de comunidades indivisibles sobre nacimientos de aguas.

Y así podríamos enumerar otras situaciones en que debería de admitirse esta comunidad especial, a semejanza de las hasta ahora reguladas; de todas las cuales podríamos extraer el principio general de que, en esta clase de derechos reales, su constitución debería de declararse obligatoria siempre que la comunidad fuese necesaria para un mejor aprovechamiento o un mejor disfrute de otros derechos reales individualizados o independientes entre sí; así como que, el principio rector de todas ellas, sería el de que esa participación comunitaria tendrán que ser inseparables de aquellos derechos, perdiéndose con ello el carácter de indivisibilidad, o de cesación voluntaria de la comunidad, que informa a la comunidad que es tradicional en nuestro Derecho.



#### TENDENCIAS ACTUALES DE LA HUMANIDAD Y ACTUACIONES A QUE ELLAS OBLIGAN AL DERECHO

Dando un paso más en la idea de TOYMBEE, ya que ella presupone una personalización diferenciadora de las varias civilizaciones por él consideradas, y cuya personalización le era indispensable para poder hablar de incitaciones y de respuestas entre unas y otras (creo que si dicho autor hubiese intuido que su idea matriz tenía tal fondo individualista la hubiese repudiado, pero es que pudo más en sus construcciones filosófico-históricas el fondo colectivo de su subconsciente liberal inglés, que sus careadas y personalistas ideas políticas, tan opuestas a todo liberalismo) hemos de pasar a la teoría de TEILHAR DE CHARDIN y apreciar con él el fenómeno del reencuentro de la humanidad consigo misma, intuyendo los efectos que esto habrá de producir.

Resumiendo en una gran síntesis ambos pensamientos, pues constituyen dos cortes en el tiempo de la humanidad, vemos, que ésta, siguiendo su tendencia innata a la expansión, trató siempre de ocupar todo el espacio posible en un movimiento siempre adelante, que era compartido por todos y por cada uno de los grupos que la constituían. Pero dada la escasa densidad demográfica de la humanidad en los primeros tiempos de su historia y los grandes espacios disponibles para absorber esa tendencia expansiva, sólo consiguió en sus primeros tiempos alejar unos de otros, a cada uno de los focos de expansión, hasta llegar con la increíble lentitud de los fenómenos históricos, a separarlos en el espacio y en el tiempo de tal forma, que no llegaron a tener noticias unos de otros, ni aún siquiera de su punto común de partida. Por esto, cada uno llegó a creer que él era en sí mismo el universo; o lo que es lo mismo, la humanidad, pues este concepto es relativamente reciente y era aquél el equivalente en dichos tiempos.

Esa creencia, creadora de una autosuficiencia y una auto-superioridad, constituyó el pilar básico del subconsciente colectivo de cada uno de los grupos sociales existentes sobre el planeta, que fue reflejado en las concepciones cosmogónicas, religiosas, etc., de cada uno, formadas, en sus ideas matrices, antes de llegarse al estadio siguiente, en el cual se iniciaron ya los contactos entre algunos de ellos, en las zonas limítrofes de sus respectivas expansiones.

En esa etapa de la historia humana, en la que la ininterrumpida tendencia del grupo humano a la expansión puso en contacto, más o menos estrechamente, a los diversos grupos derivados de aquél inicial, que desconocían ya sus orígenes comunes, es cuando se producen esos fenómenos de las incitaciones-respuestas de una a otra Civilización, que tan acertadamente estudia aquel autor y del que apenas acabamos de salir.

Pero esta fase, con haber sido de extraordinaria duración, fue superada, y las ondas de pensamientos, o de cultura, emitidas por cada uno de aquellos grupos, dieron la vuelta a la Tierra, pasando de una a otra de las Civilizaciones limítrofes, hasta volver por opuesto camino a su punto de origen. Si bien esos pensamientos que volvieron a su respectivo punto de origen, lo

hicieron modificados en parte por la influencia de los distintos grupos sociales que le habían servido de vehículo en este lento peregrinar.

Ahora bien, este retorno a si misma de la Civilización, no fue un fenómeno que se produjo respecto a una u otra de las varias Civilizaciones del planeta, sino respecto a todas, originando así en cada una, varias situaciones de hecho, que motivaron ineludibles derivaciones en el pensamiento social, que estamos aún viviendo y que podemos centrar en dos problemas fundamentales:

Con doloroso renunciamiento por parte de cada grupo social, éstos han comprendido que cada uno de ellos no es el todo, no es de por sí el depositario del universo o de la humanidad. Y esta nueva idea se contrapone a la antigua que sólo concebía a los otros grupos sociales como subordinados al nuestro y aptos para ser asimilados por él; en postura de soberbia egolatría del grupo de que en cada caso se trataba y cuya desaparición, ante aquella evidencia, se está realizando forzada por las circunstancias, si bien con dolores que, no por ser en el espíritu de los pueblos, dejan de ser más reales.

En segundo lugar, las distintas civilizaciones, y si bien tienen aún un punto geográfico que es su centro y en el que ellas predominan, se han extendido por todo el planeta situándose unas respecto de otras no en la antigua forma de la vecindad colateral, sino en la de coexistencia vertical, análogamente a lo que ocurre en la naturaleza con las distintas capas estratigráficas; pero en capas que, a diferencias de estas materiales y casi inmutables de las edades geológicas, son similares a las de las distintas clases de aire en la atmósfera, originadas en tener el aire de cada una, una humedad y una temperatura distinta e incluso un distinto movimiento horizontal, pero en las que pese a todo ello, se inicia su mezcla en las zonas de contacto, para terminar homogeneizándose toda la masa aérea si es suficiente el tiempo de su permanencia en superposición.

Este último estadio es la finalidad a la que nos encaminamos ineludiblemente los actuales grupos sociales, quizá (soñemos) como fase previa a una expansión extraterrestre de la humanidad. Y las directrices de esa fusión de civilizaciones, de esa homogeneización de las varias que en nosotros se encuentran más o menos

superpuestas respecto a la de cada uno, es la preocupación inmediata e inaplazable de todo el pensamiento social, en sus distintas modalidades o compartimentos, por lo que con mayor razón aún deberá de serlo en el Derecho, pues éste, no lo olvidemos, es la más humana de todas las ciencias del grupo social.

Nuestra Civilización Occidental ya se va preparando para el advenimiento de ese hecho, en cuanto a alguna de las facetas de la misma susceptibles de que se produzca ese fenómeno sin necesidad de una decisión preconcebida al efecto. Nuestro pensamiento artístico, tanto en pintura como en escultura, en música, etc., había llegado a descubrir tal número de medios técnicos de expresión, que pudo realizar en una forma grandiosa los diversos pensamientos geniales en todos esos órdenes. Pero esa perfección formó unos postulados incoercibles en la conciencia colectiva, que dieron lugar a que ésta repudiara sistemáticamente cualquier otro pensamiento artístico ajeno, salvo cuando lo admitía como una moda, o como una novedad, en la que lo de menos era su esencia artística.

Había, pues, que demoler esos conceptos, para que dejando libre la mente de toda idea artística preconcebida, ocasionadora de indudables prejuicios, fuera posible el que ella recibiese las ideas de esta clase provenientes de otras Civilizaciones, pudiendo así formar con ellas, junto con las propias que pronto recordaría dado lo profundamente arraigadas que estuvieron, una concepción nueva en el orden artístico, con una visión más universal y, en consecuencia, integradora de las facetas de este orden propias de cada una de las distintas civilizaciones. Y este lavado cerebral previo se está consiguiendo con las nuevas formas que se denominan artísticas, las que no son arte, lo reconozco, pero que están produciendo admirablemente aquella finalidad de carácter transitorio en la conciencia artística social.

Lo que ocurre en estos aspectos, y a los efectos que a nosotros nos interesan, es que si bien ese fenómeno de parálisis en la labor creadora es posible en el arte, o sea, en el sector artístico del pensamiento humano, no es posible en el sector del derecho. Un grupo humano puede vivir cierto tiempo sin un concepto del arte o sin una preocupación sobre él, o a lo sumo con ligeras subsistencias del mismo remanentes de un patrimonio artístico anterior; pero esto no es posible en cuanto al Derecho. Sin Derecho

de cualquier clase, el grupo humano de que se trate caerá necesariamente en el caos destructivo, en cuya situación sólo puede mantenerse durante una brevísima etapa de su existencia, so pena de que el retroceso espiritual que ello representa llegue a un punto en el que el fenómeno se convierta en irreversible, y acabemos no ya con la civilización de que se trate, sino con nosotros mismos como seres pensantes.

Hay, pues, que partir de la base en el campo del Derecho, de que el advenimiento de cualquier nueva situación respecto de él no puede ocurrir sobre un estado social en el que no exista aquél, sino en un estado social que intuyendo estos hechos futuros que producirán una reforma más o menos profunda en el sector jurídico de una civilización, habrá preparado con antelación su recepción por su ordenamiento jurídico, para que ésta no tenga que producirse al través de estados anárquicos, que no por lo escaso de su duración, dejarán de imprimir dolorosas llagas en el cuerpo social. Y con la mente puesta ya en esa idea, debemos de indagar cuáles sean las bases fundamentales de las concepciones jurídicas de Oriente y Occidente para determinar cuál deberá de ser la reforma que habrá de realizarse en las de esta última, con el fin de poder conseguir que el acoplamiento futuro de ambas, en una civilización más homogénea, se convierta sólo en una cuestión de forma, sin tenerse que alterar el fondo, que es tan difícil e incluso peligroso de formar en el momento que se necesite.

La idea matriz, o por lo menos una de las fundamentales del pensamiento occidental es la del individualismo a ultranza, el cual no es, como puede parecer a primera vista, una creación del liberalismo inglés o una derivación de las ideas de la Revolución francesa, sino una parte de la civilización que constituye la base de la nuestra en la actualidad, de la ya lejana civilización griega clásica, en la cual, y ya en sus primitivas manifestaciones en ella, si bien favoreció quizá sus ramas artísticas, literarias e incluso filosóficas, resultó funesta para el sector social y político de ella. En ambas ramas, la social y la política, es sólo eso, una rémora que nosotros hemos heredado de aquella civilización, pues como aquélla, no hemos sabido aprovecharnos de sus esencias útiles, e impedir el que las demás proliferen en un fenómeno que ha asfixiado a las tendencias contrarias a ese individualismo.

Frente a este individualismo, el Oriente es y ha sido siempre tierra fértil en la que arraigó el colectivismo. Su arte, su vida, su pensamiento todo, tienden a rebajar todo personalismo para procurar el anonimato dentro del grupo humano de que se trate; anonimato que se pretende en todos los aspectos de su cultura social.

Ya indicamos antes, y repetimos de nuevo, que si el individualismo es estimulante y beneficioso en ciertos aspectos, la absorción del yo en el nosotros, que es lo que caracteriza al colectivismo, tiene ventajas no desdeñables. Y sin llegar a los extremos del alma oriental, si hemos de preparar la nuestra para un colectivismo que palle los defectos de aquél individualismo.

Nos parece oír, sin que nuestros oídos oigan, los acerbos comentarios que esa opinión provoca. Nos parece oír decir que, esa teoría no es ni más ni menos que una teoría socialista. Pero no es eso; no incurriremos nosotros en el error de pretender una vuelta atrás en la marcha de la vida. El socialismo es ya un concepto y una postura manida y anticuada, no es en suma más que una pieza de museo, que si aparentemente sobrevive, es porque su denominación ha servido para rotular otros deseos y hasta otros rencores, que no han sabido o no han querido adoptar el nombre que verdaderamente les corresponde, utilizando como disfraz la denominación expresada que, de no ser por ello, estaría ya arrinconada en el campo de los trastos viejos de la civilización.

Las clases sociales, y no ya refiriéndonos a las clásicas, sino a aquellas típicas del pasado siglo de obreros, burgueses, capitalistas, etc., se utilizan aún en la actualidad, más como artificio dialéctico que como representaciones de algo real. Hoy existen, desde luego, personas que poseen superabundantemente de todo, en tanto que otras carecen de casi todo; pero esos conceptos no guardan ya correlación con los de capitalista y obrero de tiempos pasados. Conocemos propietarios de cerca de mil hectáreas de regadío (la posesión de la tierra era el distintivo del capitalista en nuestra patria), por cada una de las cuales cobran, cuando lo hacen, cinco pesetas; así como obreros manuales (el trabajo que manchaba las manos, era distintivo de obrerismo en nuestra patria), cuyos ingresos mensuales sobrepasan los deseos y las necesidades de los antiguos ricos.

No nos engañemos. Esa cuestión de obreros y patronos es ya algo de... Zola y de su época. Hoy es tan fácil como antes el descender de una a otra, pero es mucho más fácil que antes el subir por la escala de ellas. No hay compartimentos estancos; el trabajo posibilita saltar las débiles barreras artificiales existentes entre ellas. Es este último el verdadero signo del poder actual; pero poderío que se basa más en su calidad que en su cantidad.

Pero no sigamos. Bástenos advertir que esta idea no es del todo nuestra, sino que la hemos leído en obras de muy diversas materias y especialmente con ocasión del llamado fenómeno alemán, o sea del resurgimiento de la Alemania Occidental; sosteniéndose por ellos el que la riqueza de un país—lo cual podemos decir igualmente de los individuos aislados—no se puede medir en el orden de vida del mundo actual por el número de riquezas materiales en minas, tierras fértiles, etc., sino por el número, tesón y cultura de sus ciudadanos. Según ya hemos dicho con motivo de otras tesis en capítulos anteriores, copiando incluso párrafos de las obras actuales en que así se indica y a los cuales por tanto nos remitimos de nuevo.

Precisado así que por colectivismo no entendemos el manido concepto de igualitarismo de clases, o sea, indicado el aspecto negativo de esa idea, pasemos ahora a determinar su aspecto positivo o cuál sea el contenido del mismo en el pensamiento del mundo actual.

La sociedad, considerada como una reunión de individuos o de átomos humanos con el total cuerpo social, está dividida en clases, ¡quién lo duda!, pero clases muy distintas a las arcaicas que antes repudiamos, radicando las bases diferenciadoras de éstas en la idea temática con que ahora se enfocan estas cuestiones. A nuestro juicio, hemos de dividir todo el cuerpo social en tres grupos o clases fundamentales: La que denominaremos grupo potencial, que está constituido por la infancia e incluso por el sector juvenil de la sociedad que se encuentra en el período de aprendizaje. La activa, o clase constituida por todos aquellos ciudadanos que se encuentra en la etapa de su vida apta para el trabajo y la producción, sea cual fuera el trabajo o producción a que cada uno se dedique. Y finalmente, la de reposo, que será la clase formada por aquellos elementos del grupo social que pasaron ya de

su etapa de rendimiento a la sociedad y a la que ésta se encuentra en la obligación de retribuir sin mezquindad, en mérito a aquél rendimiento que en su día obtuvo de todos ellos.

De esas tres clases no nos interesan ni la primera ni la última, pues el cuidado y la atención que cada grupo social ha de prestar a ellas, está fundado en razones de honda justicia, incrementadas además, en cuanto a la primera, por el egoísmo social de la supervivencia; pero si nos interesa la segunda, en la cual podemos hacer de nuevo varias subclasificaciones.

Si nos fijamos, por ejemplo, en lo que ocurre en algo tan de moda y actual como son unos juegos olímpicos, veremos que todos los atletas que pueden intervenir en ellos pueden agruparse en tres clases, sin tener en cuenta para ello el que pertenezcan a esta o aquella especialidad o que el trabajo que cada uno de ellos realice en razón a la rama del deporte a que se dedique sea más o menos peligroso que el de los otros. De una parte tendremos el grupo formado por los primeras medallas de todas las secciones deportivas; de otra estarán los restantes deportistas clasificados en aquéllos, y finalmente, nos encontramos con un grupo en el que tendremos que incluir a todos los deportistas, de cualquier país, a los cuales no se les consideró con habilidad bastante en su especialidad para merecer el honor de tomar parte en la competición. Y análogamente a esa clasificación, es la que podemos realizar en los restantes órdenes de la vida social; agrupando por un lado a los mejores en todos los órdenes o actividades de la sociedad, por otro a los que sin llegar a poseer esa cualidad son, sin embargo, aptos para realizar la labor a que cada uno está dedicado, y finalmente tendremos el grupo constituido por todos aquéllos que, en sus respectivas actividades, forman el grado inferior de competencia en ellas.

No, no vamos a caer en el error de preconizar un nuevo sistema aristocrático en el verdadero sentido de esta palabra, o sea en el de predominio de los mejores, y menos aún en el sentido en que, por degradación, fué aceptada aquella palabra con posterioridad, o sea de predominio de lo nobiliario. La vida es más compleja que todo eso y esa complejidad es la que ha de ser recogida y, por tanto, reflejada por el Derecho.

En el mismo caso de los deportes que hemos puesto como ejem-

plo, podemos ver tambien que es casi general en ellos la labor de equipo. En cada uno de éstos, los buenos se sacrifican para conseguir el que puedan triunfar los mejores; pero este triunfo no beneficia sólo a ellos, sino que vuelve a recaer en el equipo en total y en definitiva favorece a todos sus componentes.

Ese fenómeno no es, como pudiera creerse, un invento humano, sino que sólo es un reconocimiento por el hombre de hechos existentes en la misma naturaleza. En ella podemos ver que toda molécula compleja, y más aún si la que analizamos es una molécula orgánica, posee en general dos grupos, en los que se comprenden determinados átomos del total que la forman. El uno está formado por aquellos átomos que podríamos denominar básicos y cuyo grupo es idéntico en una serie de moléculas distintas entre sí; el otro es el que tipifica a cada una de esas distintas moléculas, por lo que generalmente ésta es expresada en las anotaciones químicas sólo por él. En tal o cual molécula será el grupo nitrogenado el que las tipifique, en otras será el grupo carboncilo, pero en todas, no tendrá más o menos importancia a los efectos de la constitución de cada una el grupo o grupos típicos que el grupo básico; todos son iguales a los efectos de la subsistencia de la molécula, aunque a los efectos de su eficacia frente al mundo exterior a ella, o sea en relación a su finalidad dentro del todo en el que esa molécula está encuadrada, tengamos que considerar al grupo tipificador, algo así como si fuera un primera medalla.

Ya tenemos perfilada por analogía la idea de lo que debemos de entender por colectivismo en el momento actual, y de lo que, en consecuencia, deberá recogerse, regularse y estimularse por el Derecho a ese efecto. Un incremento y un estímulo de la labor de equipo, robusteciendo al efecto el sacrificio de todos sus componentes en pro del triunfo del mejor dentro de cada uno de ellos; pero recayendo en todos los componentes de él los beneficios que por ello se obtengan y sin que aquella posición externa de predominio del mejor lleve aneja otra similar de predominio dentro del equipo mismo.

Lo sé, lo sé; vivo en plena utopía; pero con ello no hago más que seguir algo que ya iniciaron remotos antepasados nuestros en la profesión de Derecho y que es continuado por los actuales; pues no olvidemos que aún en aquellas revoluciones que en apa-

riencia suponen una mayor ruptura de su tesis con las del pasado, si se busca en ese pasado se encuentran con que las ideas primitivas de aquéllas estaban ya en germen en él. pese a que la resolución pretenda que ella constituye un rompimiento con aquél; así como, al nacer esta misma, lo hacen también los gérmenes de las que luego serán el nervio de la subsiguiente revolución.

En una célula social típica de nuestra civilización, hemos hecho que uno de sus componentes trabaje más que el resto y que no por ello obtenga mayores beneficios que los otros, sino que, antes al contrario, le hemos impuesto un número de obligaciones superiores al de los derechos que le atribuimos, a la vez que se comete alguna defección en esta labor altruista, todos, y la ley la primera, apoyamos las medidas necesarias a forzarlo a esa actuación. No necesito seguir, basta con ello y con decir que no hemos hecho otra cosa que referirnos a la familia y a la actuación dentro de ella (por regla general) del padre.

Casi percibimos las exclamaciones. ¡Ah, eso es otra cosa! Pero, ¿por qué es otra cosa? ¿Por qué hemos encontrado un estímulo distinto al económico para que el mejor de entre un grupo de personas (por definición, el padre de familia que trabaja para ella), dé de sí lo que sea capaz en pro de la misma, sin exigir por ello una retribución mayor que el resto de los componentes del mismo? Pues busquemos y fomentemos estímulos semejantes en otros órdenes, consiguiendo con ello el llegar a un colectivismo de un orden más elevado, el cual estará alejado del mezquino interés del lucro como motor de las acciones humanas que nos fue impuesto por la idea liberal, con sus postulados sobre el libre cambio, la libre competencia, etc., que en una aplicación sin trabas nos trajeron con sus ventajas, sus graves inconvenientes.

Y, no nos extrañemos, estas ideas ya se abren camino en el noble campo de la investigación científica, en el que vemos que se dice con profundo convencimiento por hombres de la talla y de la importancia de MAX PLANCK, el descubridor de la revolucionaria teoría de los cuántos, en su obra *¿A dónde va la ciencia?*, la cual mereció el honor de ser prologada por A. EINSTEIN, que: «No es la posesión de la verdad, sino el triunfo que espera a quien la busca, lo que hace feliz al investigador. Así lo han reconocido profundos

pensadores, incluso antes de que LESSING le diera forma con su famosa frase.»

La postura del Derecho en pro de esos postulados, no puede ser la de un abstencionismo apoyado en la creencia pesimista de que aquel logro constituye un imposible, pues hemos de tener presente que es precisamente una honra y no una deshonra del género humano, ese aforismo de que es «el hombre el único animal que tropieza dos veces en la misma piedra», ya que esa reiteración en lo imposible, o que parece tal a los contemporáneos de cada momento histórico, es la que llega a conseguir que (y sigamos la metáfora) se rompa la piedra y se nos abran con ello insospechados caminos para la vida futura de la sociedad. Los grandes logros de la humanidad nos han llegado casi siempre de parte de aquellos que no quisieron reconocer la imposibilidad de lo que era imposible... para el momento histórico en que vivieron; luchando, hicieron posible lo imposible.

El Derecho há de estimular así esas tendencias, y si a él no le corresponden las actuaciones en orden a la ética y al espíritu sí le corresponde las referentes al orden material de los patrimonios con el fin de dotar a esas células sociales de posibilidades económicas separadas de la de sus diversos Componentes. Cosa realmente fácil para él.

Volvemos así a movernos de nuevo dentro de nuestro campo profesional y por ello bastará con que os recuerde ese patrimonio familiar de tan antigua tradición en las regiones forales, para que apreciéis en seguida que en él tenemos una institución colectivista. No tenemos más que extenderlo a otras esferas, y si fue concebido en el orden agrícola, hagámoslo ahora, con las variantes en el que el ordenamiento actual requiera, a la esfera del comercio, de la industria, e incluso a la de la labor intelectual. Bastará para ello con reforzar el criterio que preside nuestra sociedad de gananciales, permitiendo el que ésta pueda ser formada por los esposos y por los hijos mayores de edad.

Pero no nos limitemos a esto. Pasemos del orden familiar al general y en él veremos atisbos que podremos incrementar y ampliar; pues ¿qué otra cosa que una aplicación de las ideas colectivistas son esas comunidades consideradas como indivisibles, a que nos hemos referido en capítulos anteriores, y en las cuales

el interés del grupo predominaba sobre el individual, hasta el punto de que frente al tradicional dogma de su divisibilidad en cualquier instante en que ésta se pida, se impone en ellas el de la indivisibilidad, como son las derivadas de la propiedad horizontal y las de ciertos manantiales de aguas? Nos bastará ampliar las ideas que informan esas normaciones a otras cosas y a otros órdenes de la vida jurídica, como son el mercantil y el profesional, y aplicarles esta idea de los patrimonios, más prometedora y dúctil que la actual de las cooperativas, con lo que a la vez que crearíamos un hábito que luego sería fácil de extender a otras situaciones, organizábamos y regulábamos situaciones complejas que están pidiendo a voces que el Derecho se ocupe de ellas.

Pero no nos quedemos ahí. Regulemos otras situaciones colectivistas ya existentes, pero que carecen de normación al efecto, y así deberán de recogerse en la legislación, la investigación realizada por un equipo de científicos de todo orden; el contrato de edición, pero como un contrato complejo, en el que puedan encuadrarse situaciones como la del autor cuya actividad se adscribe a una editorial, con los problemas derivados de esa situación respecto a los repartos de los beneficios que se obtengan de sus obras y respecto a los derechos y obligaciones de todos los intervinientes en esa compleja actuación, en normas inspiradas más en la idea de cooperación y compañerismo, que en la de subordinación; regulemos las entidades formadas por individuos de una misma profesión, pero dedicadas a especialidades distintas dentro de aquélla, proveyéndolas de reglas internas sobre sus respectivos trabajos y sobre el reparto de los beneficios totales, e incluso la forma de realizarse una separación por parte de alguno de los componentes sin que por ello desaparezca la entidad como tal, o en qué supuestos procedería la disolución de aquélla. Hay mucho por hacer, y ello respecto a situaciones que ya se están presentando en la práctica, pero que huérfanas de toda regulación legal tienen que vivir fiadas sólo en la buena fe de sus componentes e incluso burlando para ello absurdas leyes prohibitivas de ellas, total o parcialmente.

En fin, podemos concluir diciendo que existe un amplio campo en el que el Derecho puede realizar una estructuración social más perfecta y útil que la actual, la que a la vez induciría unos modos

de vida menos individualistas que los preconizados por el sistema legislativo vigente, tan contrario a lo que será el futuro de la humanidad. No nos baste a este efecto con esas cacareadas reformas en las que se pretende que se ha seguido un criterio contrario a la tesis individualista, como son las que obligan a una autorización para plantar o para cortar unos árboles o para abrir un pozo, o algo semejante. Estas afectan sólo a la técnica, que con ser importante, no constituyen el fin, sino la parte externa del organismo social, siendo aquél lo que realmente debemos de intentar reformar, pues ello será lo que origine logros beneficiosos para la sociedad. Aparte de que esas exigencias de orden tecnológico puede que no tengan la finalidad de frenar el auge individualista, sino que sólo constituyan un momentáneo predominio de éste sobre aquel grupo tecnológico, de entre los muchos que se disputan la supremacía sobre el cuerpo social.

Hay que reformar la parte interna de los fenómenos, pues es desde el centro desde donde parten todos los movimientos esenciales dirigidos hacia la periferia, en la que se revelan las apariencias de algo que tuvo un origen profundo. Con ello no haremos más que copiar, una vez más, a la naturaleza, en la que existen todavía bastantes hechos por comprender o por rectificar la comprensión errónea que de ellos tenemos. Así, pues, insistamos en conseguir preceptos encaminados a esa pluriforme regulación de los patrimonios separados, aboliendo la actual identificación entre patrimonio y sujeto de derecho-persona, que sólo como norma general aplicable fuera de los casos especiales recogidos en aquéllas, deberá de ser mantenida. Estructuremos el elemento personal vario que en ellos irá involucrado, con su gama de derechos, obligaciones, etc., pero pensados en base a las ideas expuestas y no ya en aquel «doy para que des», tan rabiosamente mercantilista. Haciendo con ello un Derecho, que mirará tanto al presente como al futuro de la sociedad.

**BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE.**

**Registrador de la Propiedad.**