

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925 POR
D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

— * —

NUMERO CONMEMORATIVO DEL CENTENARIO
de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1881

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1968.

AÑO XXXVII

Enero - febrero 1961

Núms. 392-393

Influencia de la Ley Hipotecaria sobre la renovación del Derecho y la Cultura jurídica en nuestra patria

Está ya muy desprestigiado el mito del progreso indefinido de la Humanidad (1). El siglo XIX está muy lejos de confirmarlo. Se va viendo que ese siglo, a pesar de su apariencia brillante en algunos aspectos de la vida, preparó y fomentó los gérmenes de la crisis mundial que hoy padecemos (2).

Concretándonos a nuestra patria, es indudable que la centuria de que se trata no respondió plenamente a lo que parecía exigir una tradición jurídica tan brillante como la española y un genio jurídico tan destacado y sobresaliente como el del pueblo español (3). Los legisladores y los tratadistas de esta época se dejaron influir, quizá demasiado, por lo forastero y lo exótico, en detrimento de la continuidad de nuestra tradición jurídica. En la esfera del Derecho privado, y mucho más en la del Derecho público,

(1) Véase nuestra conferencia *Evolución jurídica y progreso jurídico*, Bilbao, Patronato de la Universidad de Deusto, 1956.

(2) Véase nuestro Discurso *Crisis mundial y crisis del Derecho*, Madrid, 1960, cuya nueva edición, ampliada, está a punto de aparecer.

(3) Véase nuestro estudio *La vocación jurídica del pueblo español*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948.

la literatura jurídica—legislativa y científica—no siempre se nos muestra sobrada de aciertos. Nuestros juristas no lograron hermanar cumplidamente las exigencias de los nuevos tiempos con el debido respeto a las concepciones jurídicas nacionales. Se ha hablado, con referencia a esta época, de la «extranjerización del Derecho español», y se ha dicho que «la cultura española en el siglo XIX y en el primer tercio del XX es un conglomerado, más que una síntesis, de elementos muy diferentes», en gran parte importados, bajo la influencia de los cuales nuestra cultura pierde su unidad y su carácter orgánico (4).

Y, sin embargo, es exagerada y un poco injusta la crítica con que se juzga hoy al siglo XIX, denigrándolo. Lo cierto es que, cuando menos en España, dicho siglo, en lucha con problemas y empresas difícilísimas, nos ha dejado, en la esfera del Derecho, realizaciones y creaciones provechosas y bastante duraderas.

Es así de notar:

a) Que, en el terreno científico, nuestros escritores de esa época no solían limitarse a ser importadores de doctrina. Se da pocas veces el caso de que se adoptase una orientación o una teoría extranjera, sin llevar a ella atenuaciones, modificaciones o adaptaciones que le dieran ya una cierta expresión original y española (5).

b) Que, en sus raíces ideológicas, la doctrina jurídica española fué sana en todo momento, pues el positivismo nunca alcanzó, entre nosotros, excesivo predominio.

c) Que, en el plano de las realizaciones legislativas, el siglo XIX dió frutos no despreciables. De algunos de ellos estamos todavía viviendo.

El Código civil de 1889 no fué ciertamente una obra perfecta que merezca, en todos sus aspectos, un juicio enteramente favorable. Pero hoy se va reconociendo la exageración de las críticas acerbas que hace años se le dirigían. «No es el Código—dice FEDERICO DE CASTRO—la obra cumbre que correspondía a nuestra gloriosa tradición jurídica; pero, dentro de su consciente finalidad modesta, ha sido y sigue siendo útil; sus autores merecen respeto y agradecimiento, porque, a pesar de lo desfavorable de los tiempos y circunstancias en que se redactó, han sabido conservar la esencia tradicional de nuestro Derecho y hacer elegantemente, con los mínimos medios, una buena obra española» (6).

Y la Ley Hipotecaria de 1861, aunque fundamentalmente ins-

(4) ALFONSO GARCÍA GALLO: *Curso de historia del Derecho español*, t. I, 5ª edición, Madrid, 1960, págs. 663 y sigs.

(5) CASTÁN: *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1950, pág. 78.

(6) *Derecho civil de España, parte general*, t. I, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, pág. 231.

pirada en sistemas inmobiliarios extranjeros, obedeció a necesidades de reforma apremiantemente sentidas y supo realizar su cometido con tales aciertos, que la institución que creara se ha adaptado poco a poco a la vida jurídica de nuestro pueblo y se nos muestra cada vez más viva y pujante.

Pero no es nuestra intención hacer aquí el elogio ni el balance de aciertos y desaciertos de la Ley Hipotecaria. Plumas muy autorizadas se han encargado de poner de relieve los méritos de su texto y de su magnífica Exposición de Motivos, sin silenciar los puntos vulnerables de su orientación o de sus desarrollos.

En definitiva, si nuestra Ley Hipotecaria de 1861 recibió su inspiración de las legislaciones germánicas, no fué una copia servil de ellas, pues hizo concesiones muy importantes a las ideas jurídicas nacionales. Hay en el sistema creado por ella rasgos netamente españoles. RAMOS FOLQUÉS nos cita a este respecto el no haber dado valor constitutivo a la inscripción y haber respetado la teoría del título y el modo, así como haber modelado la figura del tercero hipotecario... (7).

Y si el texto legal puede ser criticado en cuanto a su estructura y método de exposición, por desenvolver en múltiples artículos y con distinta fortuna el principio de protección del tercero, provocando así, como advierte ROCA SASTRE, «tanta literatura inútil, en detrimento de la noción exacta del verdadero juego de la protección registral», ello respondía a la novedad que para nuestro Derecho implicaba la publicación de esta Ley y que hizo creer a sus autores que convenía explicar en diferentes supuestos el criterio fundamental adoptado (8).

Por nuestra parte, hemos de limitarnos ahora a perfilar unas reflexiones, muy breves y someras, sobre la influencia que esta importante Ley ha ejercido sobre la renovación de la cultura jurídica patria y, concretamente, sobre el estudio científico del Derecho civil y su aplicación práctica.

Claro es que semejante tema ni siquiera tiene los atractivos de la novedad y la originalidad, pues ya nos decía, hace algunos años, muy documentadamente el docto Registrador RAMÓN DE LA RICA, que «la legislación del Registro ha contribuido de modo muy acusado a nuestro progreso jurídico» (9).

* * *

(7) *Lexicografía hipotecaria: su necesidad. Los principios: en la Filosofía y en la Ciencia del Derecho; en el Derecho positivo; los principios generales del Derecho; la fisonomía del Derecho hipotecario español; significación de los principios hipotecarios en España*, publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, marzo 1947, pág. 146.

(8) *Derecho hipotecario*, 5.ª ed., Barcelona, Bosch, 1954, t. I, pág. 55.

(9) *Contribución de la legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico*, Conferencia dada en el Centro de Estudios Hipotecarios, publicada en la revista «Información Jurídica», 1951, pág. 503 y en edición separada.

Consecuencia y fruto, más o menos próximos, de la primera Ley Hipotecaria, son, sin duda, los organismos, instituciones y publicaciones que han tomado a su cargo la elaboración, científica y práctica, del Derecho hipotecario, y que no han podido desenvolver su cometido sino con un permanente contacto con el Derecho civil.

Mencionaremos, aunque están en la mente de todos, los siguientes:

a) La Dirección General del Registro de la Propiedad, creada en el Ministerio de Justicia en el propio año 1861 y sustituida después por la Dirección General de los Registros y del Notariado (10), que ha sabido dar vida a esa doctrina, llamada, con más o menos propiedad, *jurisprudencia hipotecaria*, que tan merecido prestigio ha conquistado y que es, sin duda, un complemento valiosísimo de la genuina jurisprudencia civil del Tribunal Supremo.

b) El Centro de Estudios Hipotecarios, creado en el año 1941 como órgano cultural del Colegio Nacional de Registradores y que tiene por misión el fomento y divulgación de los estudios de Derecho inmobiliario.

c) La REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, fundada en el año 1925 por don JERÓNIMO GONZÁLEZ, y que ha sabido recoger, en los treinta y seis volúmenes que desde esa fecha hasta el momento presente tiene publicados, no sólo las aspiraciones y los ideales del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, sino también las inquietudes investigadoras y culturales de Registradores y Notarios, enriqueciendo la producción jurídica patria con excelentes trabajos sobre los más variados temas relativos a la Propiedad territorial y al Derecho privado en general.

Pero no se redujo a esto la acción y la influencia transformadora de la Ley Hipotecaria. El sistema creado por ella exigía juristas competentes que dieran forma legal a los negocios jurídicos relacionados con la constitución y extinción de los Derechos reales sobre bienes inmuebles. Y a esta necesidad, aparte de sus otras específicas finalidades, respondió, inmediatamente después de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. Con acierto se ha dicho que Notarios y Registradores, en la actual manifestación de su cultura jurídica y relieve social, son hijos y hechura del sistema inmobiliario introducido por los legisladores de 1861 (11). De este modo todas las organizaciones culturales que son hoy honra y prez del Notariado—como

(10) Sobre la historia, organización y funcionamiento de esta Dirección General, véase el libro *El Ministerio de Justicia*, publicado por la Subsecretaría de este Departamento, con un prólogo de FERNÁNDEZ CUESTA, en el año 1946, páginas 299 a 336.

(11) RAMÓN DE LA RICA: *Contribución de la legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico*, loc. cit., pág. 533.

la Academia Matritense del Notariado, con sus espléndidos *Anales*; las *Semanas Notariales*; la doctísima «*Revista de Derecho Notarial*»—, tienen un cierto parentesco en línea recta con la obra fecunda de los legisladores de 1861.

* * *

Es un timbre de gloria para los Registradores de la Propiedad haber dedicado esfuerzos muy inteligentes a la creación, *ex novo*, de toda una disciplina jurídica, con honores de rama autónoma del Derecho: la ciencia del Derecho inmobiliario. Mas como la verdad es que, en el fondo, el Derecho inmobiliario es Derecho civil, pues hemos de conceptuarlo, con ROCA SASTRE, como mero *desenvolvimiento* de una parte o aspecto de este Derecho (12), no puede sorprendernos que los hipotecaristas hayan cultivado, conjunta y enlazadamente, el Derecho inmobiliario y el Derecho civil.

Ello ha sido beneficiosísimo para la cultura jurídica patria. Al penetrar los Registradores, lo mismo que los Notarios, en el campo del clásico Derecho civil y estudiar sus instituciones todas, han aportado al tratamiento de las mismas el sentido y la metodología realista tan vinculado a sus tareas profesionales, prestando así un gran servicio a la ciencia del Derecho, al poder contribuir a la corrección del ambiente jurídico, un tanto unilateral, que ha dominado en España, pecando casi siempre de excesivo legalismo o de un teoricismo también exagerado.

Si se repasan los nombres de los más significados escritores de materia hipotecaria, empezando por GÓMEZ DE LA SERNA y siguiendo por OLIVER, ALVAREZ MARTÍNEZ, MOSCOSO DEL PRADO, CALDERÓN NEYRA, GALINDO Y ESCOSURA, DÍAZ MORENO, PAZOS, MORELL Y TERRY, ARAGONÉS, URIARTE BARASÁTEGUI, LÓPEZ DE HARO, CAMPUZANO, ATARD, GENOVÉS AMORÓS, RAMOS FOLQUÉS, LA RICA, VENTURA-TRAVESET, VILLARÉS PICÓ, RUIZ ARTACHO, CÁNOVAS COUTIÑO, SAPENA, AZPIAZU, CABELLO DE LA SOTA y tantos otros, tomados un poco al azar, principalmente entre los pertenecientes al Cuerpo de Registradores, en todos ellos vemos la figura de un docto civilista, con orientación teórico-práctica. Y no hay que decir nada de los valores cumbres, siempre tan actuales, de JERÓNIMO GONZÁLEZ y RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, que tan brillantes aportaciones han traído al estudio de las instituciones civiles y aún de la temática general del Derecho. No hay que olvidar los estudios que el primero de estos dos sabios juristas dedicó a la Metodología jurídica (13).

(12) ROCA: *Derecho hipotecario*, ed. cit., t. I, págs. 13 y sigs.; SANZ con criterio radical, entiende que no existe la pretendida autonomía del Derecho hipotecario (*Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1947, t. I, págs. 23 y sig).

(13) Véase nuestras reflexiones sobre *La personalidad, la metodología y la obra de don Jerónimo González*, como prólogo a la edición de los *Estudios de*

La espléndida contribución de Registradores, Notarios y también Jueces y Magistrados—por no citar otras profesiones—a la producción jurídica es exponente del relieve y altura alcanzado en nuestra patria por los respectivos Cuerpos. Pero a la vez demuestra cuán relativas y artificiales son las fronteras que separan a sus diversas funciones y a las disciplinas jurídicas que una especialización, quizá exagerada, ha querido diferenciar.

Hay que anhelar una reacción en favor de la unidad del Derecho, cuando menos en la esfera privatística. Son casi idénticos los problemas de fondo que se presentan a la consideración de Notarios, Registradores y Jueces; y tienen una gran afinidad, desde un punto de vista formal, las técnicas de la elaboración judicial, registral y notarial del Derecho (14).

Es deseable que todos los juristas, en nuestras respectivas misiones, realicemos una labor coordinada y de propósitos unitarios. No deben reaparecer nunca ciertas polémicas enojosas y poco constructivas que en algunos momentos se han alzado entre Registradores y Notarios (15). Y sería sensible, que, en altas esferas, surgiesen discrepancias de criterio entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros. Afortunadamente son pocas las que hasta ahora han llegado a producirse.

Trabajemos todos por el prestigio de España y de su Derecho, y agrupémonos hoy para celebrar la conmemoración del acontecimiento que significó la publicación de la primera Ley Hipotecaria. Por nuestra parte—y éste ha sido el propósito único de estas líneas—, nos asociamos con todo fervor, en nombre de la Magistratura española, al homenaje que tributa a la Ley Inmobiliaria registral de 1861 y a sus ilustres autores la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS.

Derecho hipotecario y Derecho civil, publicada por el Ministerio de Justicia, 1948, tomo I, especialmente págs. 12 y sigs.

(14) Pueden verse nuestros libros *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)* Madrid, Instituto Editorial Reus, 1947, y *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1946.

(15) Se refiere a ellas, lamentándolas, PASCUAL MARÍN, en el prólogo de su *Introducción al Derecho registral*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1947, págs 3 y sigs.

Ensayo sobre el derecho de superficie

El derecho de superficie, de configuración moderna, constituye uno de los dispositivos posibilitadores de la propiedad separada y la manifestación típica de la propiedad horizontal (1). Su estudio cuenta con bastante literatura jurídica, y a ésta aportamos el presente ensayo (2).

* * *

Según el concepto moderno, el derecho de superficie es el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo

(1) El derecho de superficie origina una verdadera propiedad horizontal, más que la propiedad de casas por pisos o departamentos, conocida usualmente como propiedad horizontal.

(2) Entre la bibliografía sobre el derecho de superficie destacamos la obra de SALIS, *La superficie*, en el «Trattato di Diritto civile italiano», bajo la dirección de VASALLI. Además, también es del mismo autor la obra *La proprietà superficiaria*, de aparición anterior.

Siempre que citemos a SALIS sin más indicación, nos referimos a aquel estudio primeramente indicado.

Entre los autores españoles es indispensable tener en cuenta el estudio de JERÓNIMO GONZÁLEZ, *El derecho real de superficie*, publicado en «Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil», que incluyen obras completas de este mismo autor, tomo II, pág. 221.

de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación preexistente.

* * *

El derecho de superficie, que es una figura jurídica vetusta, tiene una historia relativamente abundante, pues su vida ha sido procelosa. Aquí, por razones de brevedad, explicaremos a grandes trazos, y en cuanto pueda servir a su actual configuración, las variantes que con el tiempo ha tenido el perfil institucional de este Derecho real. Por esto comenzamos por prescindir de hablar de un supuesto contrato superficiario que se dice celebró la reina Dido con los númeridos.

En Roma, ya en tiempos de la República, el Estado concedió a sus ciudadanos terrenos de dominio público (*ager publicus*) próximos al Foro, para la construcción de pequeños edificios (*tabernae*, etc.), a cambio del pago de un canon periódico (*pensio* o *solarium*). Más tarde fueron particulares los que también concedieron derechos de superficie para construcción de edificios, a veces a través de arrendamientos *ad aedificandum*. Generalmente se trataba más bien de edificaciones que de plantaciones.

Primeramente el derecho de superficie tuvo carácter de derecho *personal* u *obligacional*. Después se protegió con interdictos, hasta que en el Derecho romano post-clásico fué considerado como un Derecho *real*, y transmisible. Pero el derecho de superficie no pasó de ser en el Derecho romano un *ius in re aliena* sobre la edificación construída por el superficiario, ya que sólo lo conoció como un derecho de construcción y de goce de lo construído. Esto es importante tenerlo presente.

En el *Corpus* el derecho de superficie solamente atribuye la facultad de aprovechar la edificación construída por el superficiario, pero sin llegar nunca a implicar la figura jurídica de propiedad *separada*, o sea, la *propiedad superficiaria* de la edificación—como modernamente se concibe el derecho de superficie—, ya que la propiedad de lo edificado la adquiere por accesión, a medida que se construye, el *dominus soli*, es decir, el dueño del suelo o terreno.

Esta concepción fué debida a que el Derecho romano no reconoció la figura de la propiedad de la edificación como propiedad

separada horizontalmente de la del suelo o terreno, sencillamente porque siempre actuaba la *accesión* en materia de bienes muebles incorporados a fincas, principio éste de la *accesión*, operante siempre sin excepciones y manifestado en las reglas clásicas *superficies solo cedit* o *quo inaedificatur vel implantatur solo cedit*, dominante en las Fuentes romanas. Esto imposibilitaba reconocer al constructor en suelo ajeno la propiedad sobre lo construido o edificado, aunque lo consintiere el *dominus soli*. Por ello el derecho de superficie únicamente podía atribuir al superficiario un simple *derecho real de goce* sobre lo edificado, un *usus* en sentido amplio. La edificación perdía su individualidad o entidad propia al ser incorporada al suelo o terreno ajeno, haciéndose *pars fundi* y adquiriendo su propiedad el *dominus soli* por título originario de *accesión*. Para el Derecho romano todo cuanto se eleva o construye sobre el suelo o terreno de otro y permanece durablemente conexo con él, pasa a ser parte constitutiva de la finca, y su propiedad pertenece inmediatamente al propietario de ella.

La rigidez de la *accesión* en su fuerza atributiva manifestada en dicha regla *superficies solo cedit*, se explica en Roma, porque —como afirma BARASSI (3)—respondía al concepto romano de la propiedad como pleno dominio o señorío sobre una cosa y, por tanto, sobre una finca, que en especial antes de la *urbs politica* implicaba *soberanía* con un poder de absorción integral en sentido vertical, bajo la regla *cuius est solum, eius est a celo usque ad centrum... a sidera usque ad inferos... usque ad superis... ad profundum*.

Esta es la configuración del derecho de superficie en el Derecho romano, además de estas dos otras características suplementarias:

El *ius superficiei* sólo es posible en materia de *edificaciones*, mas no de *plantaciones* u otra superficie vegetal. SALIS ofrece serias razones en favor de esta afirmación (4).

El *ius superficiei* sólo cabe por vía del ejercicio del derecho de *construcción* anejo, que el derecho de superficie atribuye al superficiario, mas no por vía de *compra u otro acto adquisitivo* (5).

(3) *Proprietà e comproprietà*, 1951, pág. 608.

(4) *La proprietà superficciaria*, pág. 100.

(5) Así suele afirmarse; pero un texto de POMPONIO (*Digesto*, XXIII, 3. frag. 32) habla de la posibilidad de vender la superficie en una finca edificada.

Se dice que el Derecho germánico aportó la idea inversa de dar mayor valor a la edificación o plantación, o trabajo, que al suelo o terreno, por cuya razón admitió la propiedad de la edificación o plantación separada del suelo o terreno. Pero creemos que más que llegar a éste resultado sembró un ambiente favorable a dicha admisión unido a los residuos consuetudinarios del Derecho local o aborígen y a las influencias del Derecho helénico oriental, impregnando luego al Derecho romano cuando, tiempo después de la invasión bárbara, resurgió en pleno renacimiento, abriendo la amplia fase o período del Derecho común europeo o *ius commune*, denominado también Derecho intermedio.

En el *ius commune* (que termina con la época de las codificaciones) el derecho de superficie alcanza cierta importancia, pero en España y muchos otros países romanizados fué absorbido dentro del esquema o estructura de la *enfiteusis*, a veces con algunas particularidades.

El renacimiento del Derecho romano reinstauró la rigidez de la accesión con su fórmula *superficies solo cedit*, y, si bien el clima germánico había debilitado esta rigidez, la creación de la concepción del *dominium divisum*, producto de Glosa, impidió apurar la evolución hacia el sentido moderno del derecho de superficie, prefiriéndose ver en este derecho algo análogo al establecimiento enfiteutico. El derecho de superficie como *ius in re aliena* no evolucionó hacia la figura de la propiedad separada superficiaria, sino que se detuvo en la configuración del *dominio útil* enfiteutico, que, si bien representó un avance, no fué pleno.

Y así los glosadores y comentaristas afirman que con el derecho de superficie sólo el *utile dominium transit in superficiarium*, el contrato superficiario lo catalogan entre *ex quibus transfertur dominium utile*, y se concluye en proclamar que *superficiarius censetur, de consuetudine, quasi emphyteuta*.

Esta subsunción del derecho de superficie en la enfiteusis no impide que aquél ofrezca algunas diferencias (6).

(6) Por ejemplo:

En la enfiteusis, el canon o pensión es esencial, mas no lo es en la superficie, pues cabe adquirirla por compra, donación, etc.

El derecho de superficie se concreta o localiza a la superficie y no al suelo, mientras que—dice CUIACIO—la enfiteusis abarca toda la finca, el suelo y superficie, ya que *superficiarius habet tantum ius in superficie, emphyteuta*

En la segunda mitad de la época del *ius commune* la rigidez de la regla clásica romana *superficies solo cedit* se va debilitando y el derecho de superficie va asimismo desprendiéndose de la enfiteusis y evolucionando hacia la concepción moderna del derecho de superficie concebido como *propiedad separada*.

Pero el proceso es fatigoso, en contraste con la propiedad de casas por pisos o locales, que en el fondo es otra especie de propiedad separada, ya de antiguo reconocida.

* * *

En la época codificadora o moderna, los Códigos civiles de Prusia (1794) y de Austria (1811) admitieron timidamente la idea del derecho de superficie como propiedad separada.

Los Códigos civiles francés e italiano (de 1865) pasaron en silencio este derecho, si bien hicieron perder a la *acesión* la rigidez romana, de suerte que la regla *superficies solo cedit* es considerada como presunción *iuris tantum*, enervable por pacto.

El Código civil alemán disciplinó el derecho de superficie de una manera franca, pero insuficiente, lo que originó la publicación de la Ordenanza de 15 de enero de 1919, reformadora del derecho de superficie en el tipo moderno.

Lo mismo hizo Austria al regularlo más ampliamente en la ley de 26 de abril de 1912 y Ordenanza de 11 de junio de 1912.

Suiza, en su Código civil, también regula francamente este derecho.

Italia, en su nuevo Código civil de 1942, contiene una amplia regulación del derecho de superficie.

También Inglaterra ha regulado este derecho en cuanto hace relación a los *building lease*.

* * *

in universo predio. Y es que la enfiteusis es un dominio desdoblado en un dominio directo y en un dominio útil, mientras que en la superficie hay dos dominios que recaen sobre objetos distintos en una finca, uno la superficie y otro el suelo, separados horizontalmente.

La superficie se extingue al perecer la edificación, salvo pacto en contrario, mientras que la enfiteusis no. Por esto afirma BALDO: *destructa superficie, puta combusta domo... fructus est contractus superficiei interitu*.

El superficiario, a diferencia del enfiteuta, no pierde las mejoras.

La superficie es predominantemente urbana (edificación), por bien que en el *ius commune* se admite en lo agrario; en cambio, en la enfiteusis ocurre al revés.

En España, el Código civil ha pasado por alto el derecho de superficie, y en su artículo 358, así como el 361, regula la accesión en forma que recuerda la rigidez romana.

Se dirá que nuestro Código civil en su artículo 1.611, párrafo último, habla de los «foros, subforos, *derechos de superficie* y cualesquiera otros gravámenes semejantes», es decir, reconoce explícitamente la existencia del derecho de superficie, pero nosotros no lo entendemos así, pues en este precepto se anuncia una Ley que desenvolverá el principio de *redención de dominios*, pero, aparte de que esta Ley ya se ha dictado (con el Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926, convertido en Ley) y en ella no se hace referencia alguna a la superficie, hay que concluir que dicho artículo 1.611 no se refiere al derecho de superficie en sentido técnico, sino a lo sumo al tipo medieval absorbido por la enfiteusis, y, para el futuro, el artículo 1.655 del propio Código más bien impide su creación.

Las sentencias de 4 de julio de 1928, 3 de julio de 1941, 13 de febrero de 1942, 21 de abril de 1951 y 24 de octubre de 1959, no significan esfuerzo jurisprudencial alguno dirigido a dar carta de naturaleza en nuestro sistema al derecho de superficie.

Pero con anterioridad al Código civil, la Ley Hipotecaria de 1861, con una visión más amplia que aquél, contempló la existencia del derecho de superficie como derecho autónomo, o sea, desligado del molde enfiteutico, y así en el número 5.º del artículo 107, destinado a determinar los bienes que pueden hipotecarse con restricciones, admitió como susceptibles de hipoteca «los *derechos de superficie*, pastos, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de *los demás partícipes en la propiedad*», palabras, éstas últimas, amputadas en la vigente Ley Hipotecaria. Y fué el artículo 27 del Reglamento Hipotecario de 1863, seguido por el de 1870, el que concibió el derecho de superficie como propiedad separada del suelo, al disponer que «en toda inscripción relativa a fincas en que *el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantación a otra*, se expresará con claridad esta circunstancia».

La exposición de motivos de dicha primera Ley Hipotecaria de 1861 barruntó la noción moderna del derecho de superficie y la previa dulcificación del juego de la accesión, ya que en ella se

dice que esta dulcificación puede tener lugar mediante «los *convenios* que pueda haber entre el que es *dueño de la superficie* y el que *lo es de lo alzado*», pues ha de entenderse que aquí con la palabra «superficie» quiso indicar el «suelo».

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado demostró que dicho artículo 27 del Reglamento Hipotecario de 1863, y del de 1870, respondía a la realidad vivida, pues varias resoluciones (de 12 de junio de 1863, 23 de marzo de 1864, 4 de noviembre de 1867, 29 de abril de 1871, 22 de julio de 1874, 2 de octubre de 1884, 30 de julio de 1908, y otras) aplican dicho precepto a casos en que se establece como cosa natural que la edificación, arbolado o viñedo pertenece en propiedad a una persona, y el suelo o terreno a otra distinta, reiterando que a la inscripción del vuelo ha de preceder siempre la del suelo.

Pero dicho artículo 27 desapareció en los Reglamentos Hipotecarios posteriores, y los casos de propiedad superficiaria ya no volvieron más a ser objeto de recursos gubernativos a la Dirección. No obstante, la resolución de 24 de abril de 1913 entendió que el artículo 358 del Código civil, regulador de la accesión, establecía una presunción que podía ser destruída mediante prueba en contrario. La de 19 de septiembre de 1917, después de aludir a la legislación extranjera sobre el derecho de superficie, reconoció la carencia de normación del mismo en nuestro ordenamiento legal. Y la de 15 de junio de 1929 declaró que la hipoteca sobre un derecho de arrendamiento *ad aedificandum* inscrito se extendía a las edificaciones levantadas por el arrendatario, por ser accesorias de la industria que el mismo explotaba y hallarse incorporadas o unidas a tal derecho arrendaticio.

Y así, fuera de aquella referencia del artículo 107 de la Ley Hipotecaria actual, el derecho de superficie permaneció en la penumbra en el Derecho español, mientras que la figura de la propiedad de casas por pisos o locales, constitutiva de un viejo supuesto de propiedad separada, fué desarrollándose con amplitud, hasta que se hizo necesaria la reforma del artículo 396 del Código civil por la Ley de 26 de octubre de 1939, que resultaba insuficiente.

Y de este modo continuaron las cosas hasta que una Ley administrativa de urbanismo, Ley sobre régimen del suelo y ordena-

ción urbana de 12 de mayo de 1956, reguló el derecho de superficie de cuño moderno en cinco de sus artículos (los 157 a 161). Posteriormente el Reglamento Hipotecario vigente, después de su reforma del año 1959, se ha ocupado, en su artículo 16, del derecho de superficie a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, así como también, en cierto modo, el artículo 30 del mismo (7) (8).

* * *

Al derecho de superficie moderno se le han atribuido varias *ventajas*, pero nosotros somos escépticos acerca de su éxito. Por esto nos limitamos a reseñar las ventajas más destacadas que se le atribuyen:

1.^a Se dice que el derecho de superficie, al separar jurídicamente la propiedad de la edificación de la propiedad del terreno, permite que *el incremento del valor de los terrenos*, por efecto de la urbanización o de otras causas, lo gane el *dominus soli*, con exclusión del superficiario.

Nosotros no comprendemos esta ventaja, aunque el derecho de superficie sea temporal, pues si es de duración indefinida la ventaja dicha no aprovechará al *dominus soli*.

2.^a A base de puntualizar más, se señala la ventaja de evitar la especulación de solares en las ciudades importantes y de población creciente, donde a veces los capitalistas acaparan los terrenos de los extrarradios, reteniéndolos el tiempo necesario para lucrarse en la plusvalía de los mismos, lo que implica un estan-

(7) Véase ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario* (5.^a edición), tomo IV, pág. 285, donde el derecho de superficie se concibe en sentido moderno.

(8) La Ley del Suelo regula el derecho de superficie a los efectos de «la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los planes de ordenación» urbana. Pero el artículo 16 del Reglamento Hipotecario lo regula a los efectos registrales, pero como institución general.

Creemos que no puede estudiarse el derecho de superficie en la Ley del Suelo aisladamente de la regulación de este mismo derecho por el Reglamento Hipotecario, ni inversamente, sino que ambos textos se complementan recíprocamente, aunque, como afirma GULLÓN (*La superficie urbana*, 1960, pág. 10), la primera se inspira en principios que no tienen razón de ser en un ordenamiento privado.

Claro que la Ley del Suelo, como ordenamiento urbanístico de tipo administrativo, contrasta con el sentido del Reglamento Hipotecario, de ámbito más general; pero esto no ha de ser óbice para que englobemos las normas de ambos cuerpos legales referentes al derecho de superficie.

camiento en la construcción urbana y la congestión de la población. Ante esto, el Municipio expropia estos terrenos y los concede a personas modestas en derecho de superficie, y él se lucra del incremento sucesivo de valor.

Esta ventaja ya tiene más consistencia, a pesar de que necesita el auxilio de un medio tan doloroso como la expropiación forzosa, que siempre implica sacrificio para el expropiado. Una vez efectuada la expropiación y concedido el derecho de superficie, el Municipio pasa a ser el *dominus soli*, aprovechándose de la *plusvalía* si el derecho de superficie es temporal, pues si es de duración indefinida se complican las cosas. Seguramente a ello responde la Ley del Suelo.

Claro que si se trata de terrenos que hace tiempo el Municipio es propietario, y éste los concede en derecho de superficie temporal, no requiriéndose, por tanto, el recurso de la expropiación, la concesión del derecho de superficie permite, como afirma NUSBAUM (9), que el Municipio se beneficie del alza del valor de los terrenos, que queda en el Erario público en vez de quedar en poder de los especuladores de terrenos; y a la vez redundará a favor de la solución del problema de la vivienda, que el éxodo de la población rural agrava.

3.^a Hasta aquí en vistas al *dominus soli*, pero hay que tener en cuenta a la otra parte, o sea, al superficiario.

Se sostiene que el derecho de superficie constituye una fórmula magnífica para el superficiario, pues, como afirma HEDEMANN (10), sin necesidad de aprontar el capital necesario para la compra del terreno, se mueve en él como dueño en tanto dura el derecho de superficie. Esto es evidente, sobre todo si el superficiario sólo ha de satisfacer un canon. Pero, para llegar a este resultado, el superficiario ya contaba con el instrumento del censo enfiteutico, despojado del laudemio y del comiso, sobre todo si la superficie es por tiempo indefinido (11).

Además, en el derecho de superficie temporal concurre un fallo que desacreditó ya antes a la enfiteusis temporal. El superficiario

(9) *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, 1929, pág. 140.

(10) *Derechos reales*, 1955, II, pág. 308.

(11) No obstante, históricamente el laudemio ha servido beneficiosamente para reducir el importe del canon.

urbano construye o crea el edificio del mismo modo que el primer enfiteuta creó la finca que anteriormente, por ser un yermo apartado del pueblo, era una tierra casi sin valor. Al terminar el derecho de superficie por vencimiento del plazo, o también la enfiteusis temporal, se produce un hecho incómodo para el superficiario, pues pierde lo edificado, que será el producto de su trabajo y la sede de su familia, lo que hace recordar los graves problemas colectivos a veces de orden público, que originaron la temporalidad de los foros en Galicia y los establecimientos a primeras ceapas en Cataluña, así como las luchas de los colonos en el año 1860 en Irlanda, las de Provenza y en tantos lugares de Europa, lo que impuso la intervención legislativa con prórrogas indefinidas y después con la redención de los derechos del dómino o señor.

Por esto, donde se haya empleado el derecho de superficie temporal es de esperar que al vencer el término de la concesión se produzca alguno de estos hechos, cuando abarcan a masas de población.

Como resumen de lo que llevamos dicho, repetiremos lo que expone NUSSBAUM cuando dice que no cree que los esfuerzos del legislador tengan gran éxito en la práctica, porque el derecho de superficie supone una gran subordinación a los derechos del propietario del suelo, no ofrece aliciente alguno para el porvenir y, ni económica ni psicológicamente, encierra para el superficiario el estímulo que supone considerarse dueño del terreno sobre el que construye.

Todo lo expuesto impedirá que el derecho de superficie pueda ser un instrumento tan eficaz de colonización como lo ha sido la enfiteusis, lo que no quiere decir que el problema de la vivienda haya de solucionarse a través de la enfiteusis, a la que tanto deben muchas poblaciones (como Barcelona). Los tiempos han cambiado, y, en definitiva, ha sido una fórmula que ha funcionado en sentido excesivamente favorable para el enfiteuta, el proletario, el económicamente necesitado, especialmente una vez purificada la enfiteusis de elementos feudales.

* * *

El derecho de superficie tiene las características fundamentales siguientes:

1.^a *El derecho de superficie es un derecho real.*—No se discute el carácter de *derecho real* del derecho de superficie, que ya en el Derecho romano se considera como un *ius in re aliena*, o sea, un *poder directo* y «*erga omnes*» sobre una cosa.

Confirma este carácter, en nuestro sistema, no sólo la denominada Ley del Suelo, sino el mismo artículo 16 del Reglamento Hipotecario, al considerarlo *inscribible* en el Registro de la Propiedad, a base de emplear una fórmula más clara en este sentido que respecto del derecho de opción.

2.^a Este derecho real tiene por objeto *tener o mantener* en terreno o inmueble *ajeno* una edificación o plantación *en propiedad separada*, obtenida por medio del ejercicio de un *derecho anejo de construir o plantar*, o en virtud de un *acto de adquisición* de una edificación o plantación preexistente.

Aquí radica el objeto *básico y diferencial* del derecho de superficie. Para mejor exponer la materia prescindiremos del caso de plantaciones y nos concretaremos aquí, de momento, a las *edificaciones*, y edificaciones *sobre el suelo*.

Nuestra Ley del Suelo configura el derecho de superficie como *derecho de construir* (edificaciones) en el suelo ajeno, la *propiedad de cuyas edificaciones corresponderá al superficiario*.

Por tanto, la Ley del Suelo regula un derecho de superficie de tipo moderno, es decir, como un derecho que puede originar la *propiedad separada superficiaria*, o sea, aislada jurídicamente del suelo en sentido horizontal, o sea, como *propiedad horizontal*. Pero olvida destacar que, a diferencia del Código civil italiano, el derecho de superficie entraña el derecho de *mantener* la propiedad de lo edificado, pues éste atribuye al superficiario el derecho de *hacer y mantener* en suelo ajeno la propiedad de lo edificado.

El Reglamento Hipotecario, en su artículo 16, concibe el derecho de superficie como «*derecho de construir* edificios en suelo ajeno», sin destacar con vigor que la propiedad de lo edificado queda de *propiedad del superficiario*, y sin que, además, exprese que confiere el derecho a *tener o mantener* esta propiedad en terreno ajeno. No obstante presupone que la propiedad de lo edificado corresponde al superficiario, ya que dispone que transcurrido el plazo de duración del derecho de superficie, lo edificado

«pasará a ser *propiedad del dueño del suelo*», lo que demuestra que antes esta propiedad pertenecía a otro, que, naturalmente, ha de ser el superficiario. Esto mismo expresa la Ley del Suelo.

Nuestra legislación, al pretender configurar el derecho de superficie, olvida poner de relieve el dato tan esencial y característico como es el derecho a *tener* o *mantener* en terreno ajeno la *propiedad de una edificación*. Y, además, únicamente admite que la *propiedad de la edificación* sólo pueda obtenerla el superficiario mediante el ejercicio del *derecho anejo de construir o edificar*.

A continuación vamos a exponer este objeto institucional del derecho superficiario moderno:

El derecho de *tener* o *mantener* una *edificación propia* en *terreno ajeno* es el *objeto básico* del derecho de superficie. No puede constituir este objeto el *derecho de construir o edificar*, pues en el derecho de superficie este derecho de construir o edificar tiene un carácter puramente *medial* o *instrumental*, ya que el superficiario no construye simplemente para construir (como ocurre en el contrato de obra o empresa), sino como simple medio para lograr la plenitud del derecho de superficie, pues éste cabe también por el procedimiento de comprar o de otra manera adquirir, del dueño de una finca edificada, la propiedad del edificio separada de la propiedad del suelo (12).

Tampoco el derecho de superficie puede tener como objeto básico *obtener la propiedad separada de una edificación*, pues ésta podrá ser la *causa*, *motivo* o *finalidad* del derecho de superficie, más no su objeto, ya que el derecho de superficie no es un negocio de adquisición, sino un derecho o relación jurídica. Esto aparte de que el derecho de superficie puede obtenerse también por un acto de adquisición.

Queda, por tanto, como elemento fundamental del concepto de derecho de superficie, el ser un derecho de *tener* o *mantener* en suelo o terreno ajeno una edificación en propiedad.

Una de las legislaciones más expresivas en este sentido es la alemana; el artículo 1.012 del Código civil, mantenido por la ci-

(12) Esto no quiere decir que el derecho de construir pueda ser completamente extraño al derecho de superficie, pues normalmente, aunque la concesión sea por tiempo limitado, el superficiario tiene el derecho de reconstruir la edificación cuando ésta perezca total o parcialmente; pero más bien se trata del *derecho de reconstruir*.

tada Ordenanza de 15 de enero de 1919, dispone que «una finca puede ser *gravada* de modo que a la persona favorecida por la carga le corresponda el derecho transmisible y heredable de *tener* sobre o bajo la superficie una *edificación*». Y, si bien a este derecho de superficie se le denomina *Erbbaurecht*, que más bien indica que es un *derecho hereditario de edificación*, el Derecho alemán admite obtener la propiedad separada de la edificación, además de por vía de un derecho de construir o edificar (que es lo más corriente), por vía de adquisición de lo ya edificado.

Actualmente, abandonadas las demás teorías que querían explicar la esencia del derecho de superficie (13), la doctrina, así como las leyes, tratan de precisar la naturaleza de la *relación jurídica*, en virtud de la cual el superficiario *mantiene* la propiedad de la edificación en terreno de otro, que constituye la sustancia de derecho de superficie (14).

De esta manera puede centrarse el problema. Una cosa es el *derecho de superficie*, que es la expresión de aquella relación jurídica que permite al superficiario *tener* o *mantener* en terreno de otro la propiedad de la edificación, y otra es la *propiedad de esta edificación*, cuya existencia hace posible el derecho de superficie, y que, por esto, se denomina *propiedad superficiaria*. No es que el derecho de superficie tenga una doble naturaleza, unas veces la propiedad de una edificación y otras el derecho a tener esta propiedad en terreno ajeno, pues lo primero es la *propiedad superficiaria*, y lo segundo es propiamente el *derecho de superficie*.

El *derecho de superficie* es el *soporte jurídico* de la *propiedad superficiaria*, y sólo puede ésta subsistir mientras subsista aquél, de suerte que, extinguido el derecho de superficie, desaparece la propiedad superficiaria como tal.

El ejemplo legislativo más expresivo de esta distinción lo ofrece

(13) Fueron varias estas teorías, las cuales, como afirma CARRARA, hicieron de éste un problema *atormentado*. Entre dichas teorías se destacaron:

La que veía en el derecho de superficie un *acto de enajenación del espacio*. Era la adoptada por COVIELLO y que recuerda el denominado «derecho de *vuelo*», frente al «derecho de *suelo*».

La que pretendía que implicaba una *venta de cosa futura*, pues el derecho anejo de edificación había de ser ejercitado para la efectividad del edificio, o sea, de la futura edificación. Esta teoría era seguida por SEGRÉ, en la que se prescindía del otro medio de alcanzar la propiedad separada de una edificación.

(14) Véase BARASSI, ob. cit., pág. 612.

el Código civil suizo, que en su artículo 675 establece que «las construcciones u otras obras sobre o bajo una finca, o unidos a ella de alguna manera durable, puede tener un propietario distinto, siempre que sean inscritos *como servidumbre* en el Registro de la Propiedad», y en su artículo 779 dispone que «el propietario puede establecer a favor de tercero *una servidumbre* que le atribuya el derecho de tener o de hacer construcciones sobre o bajo una finca». Ambos preceptos llevan como epígrafe marginal el de «Derecho de superficie».

Y así WIELAND (15) nos dice que, mediante una *servidumbre* autorizando al favorecido para hacer o *mantener* una construcción en finca de otro, aquél pasa a ser propietario de la construcción mientras la servidumbre subsista, continuando el terreno de propiedad del concedente.

Esta servidumbre puede ser *personal* o *predial*, o sea, a favor de una persona individualmente determinada o a favor de la persona que en cualquier o todo momento sea propietario de otra finca y mientras lo sea. En el primer caso hay una titularidad nominativa de la servidumbre, o sea, ordinaria y aisladamente transmisible; en el segundo caso hay un derecho subjetivamente real, cuya transmisión sigue necesariamente a la de la otra finca. En el primer caso el derecho de superficie se *inmatricula* en hoja registral separada y se inscribe la propiedad superficiaria en la misma, y, además, se hace constar como *gravamen* en la hoja registral de la finca del *dominus soli*; en el segundo caso, en lugar de aquella inmatriculación del derecho de superficie en hoja registral separada, se inscribe como *calidad* del predio dominante, y como *gravamen* en el predio sirviente.

Así, pues, el Código civil suizo, en su afán de simplificación, considera al derecho de superficie *como una servidumbre*, al objeto de que el régimen de ésta sirva de régimen del derecho de superficie.

Evidentemente, aquel *derecho de tener* en terreno ajeno una edificación en propiedad separada en sentido horizontal, parece recordar el juego de la *servidumbre* y, concretamente, de la *servidumbre de apoyo* u *oneris ferendi*.

(15) *Les droits réels dans le Code Civil suisse*, I, pág. 269.

BARASSI (16) ve en la adopción del juego de la servidumbre la ventaja de aplicar el artículo 1.069 del Código civil italiano, que, como el artículo 543 de nuestro Código civil, dispone que el dueño del predio dominante podrá hacer a sus costas en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre; pero entendemos que esta ayuda es inútil si existe un precepto específico que, como el artículo 954 del propio Código civil italiano, disponga que «el perecimiento de la edificación no implica, salvo pacto en contrario, la extinción del derecho de superficie», lo que equivale a reconocer al superficiario el derecho de reconstruir la edificación (17).

Nosotros creemos que, en la función de la servidumbre predial y la del derecho de superficie, hay semejanza, pero no plena identidad, y que cada una de estas dos figuras tiene sus normas u ordenamientos específicos diferenciados.

La semejanza entre el dispositivo de la servidumbre predial y el dispositivo del derecho de superficie nos sirve para poner de manifiesto la *separación* jurídica existente entre la propiedad del suelo y la propiedad de la edificación que radica en él, así como para dar la idea de que en el derecho de superficie se produce un mecanismo algo análogo al de la servidumbre predial *oneris ferendi*. Pero las divergencias son muchas; tantas, que alargaríamos demasiado si las enumeráramos (18).

(16) Ob. cit., pág. 618.

(17) En contra de la adaptación de la figura de la servidumbre en el derecho de superficie, milita, según algunos, la circunstancia de que la servidumbre predial atribuye al predio dominante determinada utilidad del predio sirviente, pues es esencial que en éste subsista, aunque limitado, el goce del respectivo propietario, cosa que no ocurre con el derecho de superficie, en el que el suelo está *completamente destinado a sostener la edificación*. Pero, en contra de esto, se opone que es típico en la servidumbre de apoyo la completa substracción del goce del propietario del predio sirviente en aquella parte de su suelo cubierta por el fundo dominante. BARASSI entiende, además, que al propietario del predio sirviente le queda toda ventaja residual eventual, que se hace actual al extinguirse el derecho de superficie por caducidad u otra causa.

(18) En la servidumbre predial prevalece el criterio de *duración indefinida*, o sea, que ha de tener *causa perpetua*, pues está destinada a satisfacer intereses permanentes del predio y no transitorios o provisionales, conforme resulta del espíritu de nuestro Código civil y de la sentencia de 13 de noviembre de 1929. En cambio, el derecho de superficie lo mismo da que sea temporal o perpetuo.

La servidumbre predial *oneris ferendi* presta una utilidad parcial a otro

Pero aquí si debemos tratar de lo que seguidamente exponemos:

En el derecho de superficie con derecho anejo de construcción, la propiedad superficiaria *no existe aún al tiempo de la constitución* de aquél, sino tan sólo después, una vez efectuada la edificación. Por tanto, hay una fase preliminar en la que, por faltar todavía la edificación, el derecho de superficie no puede desplegar su cometido u objeto que es el de que el superficiario pueda *tener* la edificación de su propiedad en terreno ajeno.

Esto ha hecho decir a algún autor que mientras la edificación no exista no cabe hablar del derecho de superficie como *derecho real* y que, por el contrario, una vez construida *sobra* el derecho de superficie. Y así, en tal fase preliminar, se ha querido ver tan sólo una *obligación real*, o sea, conectada con la propiedad de la finca sobre la que se erigirá la edificación, pues la existencia de ésta es una especie de *conditio iuris* para la *realidad* del derecho de superficie (19). Expresa SALIS que si por tal derecho se entiende el de hacer y mantener una edificación en suelo ajeno, parece que no pueda hablarse ya del *derecho de superficie* hecha que esté la edificación, sino de *propiedad superficiaria* sobre lo edificado, ya que el derecho de superficie presupone una edificación que todavía se ha de construir. Y así el derecho de superficie sólo interesaría, o sea, volvería a interesar, de entenderse (como hace el Código civil italiano) que la destrucción o perecimiento de la edificación no supone la extinción del derecho de superficie, por conservar su titular el derecho de reedificar o reconstruir, derecho éste, que no prevé la Ley del Suelo española.

Creemos que en todo esto hay cierta confusión:

En cuanto a la fase anterior a la edificación, la duda acerca de la *realidad* del derecho de superficie descansa sobre una excesiva equiparación de este derecho hacia la figura de la servidumbre predial. Así BARASSI (20) trae a colación aquí el obstáculo que

fundo o edificación, mientras que en el derecho de superficie la edificación, toda, recae sobre el suelo.

En la servidumbre predial *oneris ferendi* la función de apoyo sirve para permitir situar en el predio sirviente construcciones que sirvan para sostener paredes del edificio construido en finca contigua, mientras que en el derecho de superficie siempre se ha de tratar de edificaciones, o sea, de pisos, locales, departamentos; pero ya hablaremos después de esto.

(19) Véase BARASSI, ob. cit., pág. 615.

(20) Ob. cit., pág. 614.

representa para dicha *realidad* el artículo 1.029 del Código civil italiano (que, aunque no tenga correspondencia en el Código civil español, hay base para sostener la existencia de la misma norma), según el cual cabe la constitución de una servidumbre a favor de un edificio a construir, pero el efecto de esta constitución sólo se producirá cuando el edificio esté ya construido. De este precepto hay que deducir que antes de la construcción del edificio no queda todavía creada la servidumbre, sino la obligación de las partes de respetar la formación futura de la servidumbre cuando la edificación se haya terminado, quedando, por tanto, excluido en esta fase la existencia de un derecho real. Pero esta norma es específica del régimen de las servidumbres prediales y extraña al derecho de superficie cuando la edificación pende de construcción, pues en éste, el ordenamiento jurídico proclama su existencia inmediata como derecho real, que si bien aún no desempeña su función de permitir al superficiario *tener* una edificación en terreno ajeno, está destinado a desempeñarla. Esta razón, fundada en una exigencia de política jurídica en este tipo de derecho de superficie, es lo que requiere la finalidad del mismo. Como afirma SALIS, este derecho de superficie *se constituye con el efecto de que el superficiario adquirirá la propiedad* de lo que efectivamente edifique, sin que durante aquella fase preliminar, ni el *dominus soli* ni otra persona pueda oponerse a la construcción, ni pretender que lo que se construya se haga propiedad del *dominus soli* o de sus sucesores.

El ordenamiento institucional del derecho de superficie quiere este efecto real, y la Ley lo declara inscribible, aunque se encuentre en dicha fase preliminar como lo demuestra en España la propia Ley del Suelo, no sólo con la inscripción inmediata del derecho de superficie con derecho anejo de construcción, sino porque establece la extinción del derecho de superficie si el superficiario no construye en el plazo señalado al constituirse, y cuyo plazo no podrá exceder de cinco años en las concesiones superficiales hechas por el Estado y otros entes públicos (21).

(21) El Código civil italiano se limita a disponer que «el derecho de hacer la construcción en suelo ajeno se extingue por su prescripción, por efecto del *no uso* durante veinte años».

Por tanto, en este aspecto, el derecho de superficie es un derecho real *autónomo*.

La Relación Real al Código civil italiano (especie de exposición de motivos), afirma que el derecho de superficie es un derecho real autónomo, pero que «deviene derecho verdadero de *propiedad* sobre lo construido cuando la construcción se realice». Pero esto siembra confusión, ya que da la impresión de que el *derecho de superficie* se transforma o metamorfosea en *propiedad superficial*, lo que hace decir a SALIS lo indicado antes, esto es, que una vez hecha la edificación, ya no puede hablarse del derecho de superficie, sino tan sólo de la propiedad superficial, porque el derecho de superficie presupone una edificación a efectuar todavía. Mas esto no es cierto, pues, como afirmamos antes el derecho de superficie posibilita la existencia constante de la propiedad separada superficial, pero no es ni se confunde con la propiedad separada, del mismo modo que no se confunde el soporte como dispositivo, con lo que es soportado. El derecho de superficie, mientras subsista, opera constantemente en su misión impeditiva de los efectos de la accesión, aunque se halle concluida la edificación.

Esta función del derecho de superficie se acusa en alto grado en el Código civil suizo, al adoptar como dispositivo de soporte la servidumbre. El Derecho alemán responde a la misma idea, por más que se considere que la edificación o propiedad separada es *parte esencial integrante del derecho de superficie*. Gracias a esta fórmula alemana se resuelve lógicamente el problema de la conexión del derecho de superficie con la propiedad superficial, sin necesidad de considerar el derecho de superficie como un derecho subjetivamente real, o sea, perteneciente al que en cada momento resulte ser propietario de la edificación, que no puede ser otro que el titular de la propiedad separada superficial. Ninguna legislación permite enajenar la propiedad superficial aisladamente del derecho de superficie, por considerarse inconcuso que la enajenación del derecho de superficie entraña la enajenación de la propiedad superficial. Esta conexión la resuelve acertadamente el Derecho alemán, y con ella, la función específica de soporte del derecho de superficie.

El Derecho español no contempla este problema, pero hay base

para sostener la aplicación de lo que acaba de exponerse respecto del Derecho alemán.

Ahora bien, si nos vemos forzados a catalogar el derecho real de superficie en uno de los tres tipos de derechos reales, según sean de goce, de adquisición y de garantía, lo situaremos entre los primeros, pero con atribución de características propias, de suerte que no pueda confundirse con el usufructo, con la servidumbre y demás derechos de goce.

3.^a El derecho de superficie *hace posible la propiedad separada del edificio respecto del terreno donde radica.*

En este cometido, el derecho de superficie se produce de *dos maneras* distintas: una, mediante *enervar* o *neutralizar* los efectos atributivos de la *accesión*, cuando el derecho de superficie entraña el derecho anejo de construir la edificación en propiedad separada, y otro, mediante *escindir* o *dejar sin efecto* los efectos atributivos ya realizados de la *accesión*, cuando el derecho de superficie se constituye con la cesión de una edificación ya preexistente.

Hay que examinar ambos supuestos:

a) *Derécho de superficie con derecho anejo de edificar.*—Es el caso más frecuente.

Ya hemos dicho que el Derecho romano no llegó a reconocer la propiedad superficiaria, debido a atribuir a la accesión de muebles a inmuebles plena rigidez, estableciendo la regla *superficies solo cedit* sin excepción. Por esto, el derecho de superficie era en el Derecho romano un derecho real de goce de la edificación construida por el superficiario en suelo ajeno, pues la edificación, a medida que avanzaba su construcción, era automáticamente adquirida por el *dominus soli*.

Esto constituye un obstáculo poderoso para admitir la propiedad separada superficiaria. Conforme expresa SALIS, en la adquisición por accesión de edificaciones unidas al suelo, propio o ajeno, en ningún momento puede surgir una cosa nueva con distinta entidad o individualidad y autonomía en relación al terreno, porque terreno y edificación son considerados como formando una cosa única y no como dos cosas distintas, aunque íntimamente conexas. El derecho de la accesión, hecho *físico* con anterioridad

de *jurídico*, no consiente que pueda pensarse en la coexistencia de dos propiedades sobre dos cosas que forman una cosa sola e indivisible. Los materiales de la construcción pierden su autonomía una vez unidos para formar una edificación, y ésta, en cuanto se halla ligada íntimamente con el suelo por la *inaedificatio*, no adquiere el carácter de cosa autónoma, sino que deviene parte integrante de la finca. Puede afirmarse que, en este caso, la adquisición por el *dominus soli* surge a título originario, es decir, por el hecho de haberse construido o edificado en su terreno adquiere la edificación en virtud de la *expansión* del dominio del suelo a la obra o trabajo productores de una *res nova*. En una palabra, el dominio del suelo absorbe todas las cosas unidas a él. Esta conexión entre el suelo y la edificación, únicamente puede ser rota de dos maneras: una ya admitida implícitamente de antiguo en la figura de la *propiedad de casas por pisos o locales*, y la otra, admitida y disciplinada últimamente, que es el *derecho de superficie* con la propiedad superficiaria separada (22) (23).

Se discute—dice BARASSI—si el principio *superficies solo cedit* es la expresión de una verdadera *necesidad jurídica* o sólo una enunciación de *Derecho positivo*, independiente de la lógica jurídica. En Derecho romano era lo primero. Para el Derecho moderno es lo segundo, y, en consecuencia, el Código civil francés (art. 553) y el italiano del año 1865 (art. 448) ya presumieron que la pro-

(22) Destaca SALIS reiteradamente que en este caso del derecho de superficie, la propiedad superficiaria se adquiere por *modo originario*. Pero para CARRARA la propiedad superficiaria surge por efecto de la voluntad del concedente, dirigida a constituir un derecho de propiedad sobre la superficie en favor del concesionario. Pero este autor hace esta afirmación por entender que no cabe confundir el derecho de superficie y el arrendamiento agrario *ad meliorandum*, porque en este contrato la voluntad del concedente no se dirige a ceder al colono la superficie ni a cederle las mejoras y renunciar al juego de la accesión, así como tampoco conceder al arrendatario el «derecho de apoyo» para las plantaciones a efectuar.

(23) Para BARASSI, además de estas dos excepciones al principio de la accesión, existen otras, tales como:

El *derecho de palco* en un teatro (o de butaca).

Las *construcciones sobre terrenos de dominio o uso público*.

Las *construcciones ferroviarias* sobre suelo o terreno privado o público.

Pero estas dos últimas no son verdaderas excepciones, y la primera hace pensar en la servidumbre personal.

El arrendamiento *ad aedificandum* no implica verdadero derecho de superficie de tipo moderno, sino simple derecho de goce sobre lo que el arrendatario edifique, ya que la propiedad de la edificación la adquiere por efecto de la accesión el propietario del terreno.

piedad de la edificación pertenecía al propietario del suelo, admitiendo, por tanto, el *pacto en contrario*, que es el constitutivo del derecho de superficie. El Código civil italiano de 1942 o vigente, conserva dicha presunción, pues establece el juego de la accesión, pero «salvo que resulte otra cosa de un título o de la Ley», y, además, regula el derecho de superficie. En una palabra, se ha llegado a admitir que por pacto o título, el dueño del suelo *renunciara* a la accesión para el caso de edificar otro en terreno ajeno (propio del renunciante), gracias a lo cual se hizo posible el derecho de superficie, con la consiguiente propiedad separada superficiaria (24).

Pero la postura del Código civil español responde más bien al criterio de rigidez romana. En su artículo 358 dispone que «lo *edificado*, plantado o sembrado en predios ajenos... *pertenece al dueño de los mismos*», con lo que consagra como imperativa la norma *superficies solo cedit*. El artículo 361 del mismo Código no significa excepción alguna. Claro que expresa que «el dueño del terreno en que se *edificare*, plantare o sembrare de buena fe, *sólo tiene el derecho a hacer suya la obra*, plantación o siembra, *previa la indemnización* establecida, de suerte que es libre de hacerla o de no hacerla suya, lo que da la impresión de que no es una norma de *ius cogens*; pero este mismo precepto dispone que, para el caso de que no quiera hacerla suya, *obligará al que la fabricó* o plantó a *pagarle el precio del terreno*, y al que sembró, la renta correspondiente. Es decir, de todos modos el Código mantiene la *integridad* de la propiedad de la finca, edificada, pues, o lo edificado se lo queda el *dominus soli*, o se lo queda el constructor, lo que es indicio de la negativa absoluta del Código de permitir la posibi-

(24) Se discute acerca de si la renuncia de la accesión por el *dominus soli* produce efectos únicamente *inter partes*, o si los produce *erga omnes*. El problema queda reducido a dilucidar qué ocurre con la edificación construída por un tercero en el terreno del *dominus soli*, sobre todo cuando este tercero ha procedido de buena fe, sin que pueda privar esta buena fe la circunstancia de constar inscrito el derecho de superficie, cosa necesaria, pues en él la inscripción es indispensable.

Nosotros creemos, con SALIS, que la accesión en este caso se produce, pero en favor del superficiario, lo que equivale a afirmar que la renuncia de la accesión por el *dominus soli* elimina a éste del proceso de la accesión, en tanto subsiste el derecho de superficie, y pasa a ocupar su lugar vacío el superficiario.

Véase en este punto GULLÓN, ob. cit., pág. 26.

lidad de la propiedad separada, base vital del derecho de superficie (25).

De ahí que de no hacer perder a dichos artículos 358 y 361 su rigidez e imperatividad no hay cabida para el derecho de superficie de estructura moderna en nuestro sistema jurídico, pues si siempre ha de producirse la accesión únicamente cabe como posible el derecho de superficie de tipo romano, que es el que atribuye al superficiario la simple facultad de goce de lo edificado, sin que de ningún modo pueda hablarse de la propiedad separada superficiaria.

Lo extraño del caso es que al promulgarse el Código civil era admitida la propiedad separada superficiaria, y la Ley Hipotecaria anterior lo presuponia, así como era ampliamente reconocido por el mismo Código otro tipo de propiedad separada en régimen de propiedad de casas por pisos o locales, cuyo ulterior desarrollo se ha producido en nuestros días, manifestado por la reforma en 1939 del artículo 396 del Código y de la otra reforma introducida por la Ley de 21 de julio de 1960.

Pero a pesar de todo lo dicho, la Ley del Suelo del año 1956 ha implantado en España el derecho de superficie de tipo moderno, sin cuidar siquiera de prepararle el terreno, haciéndole perder previamente la rigidez a dichos artículos 358 y 361 del Código civil; es decir, ha legislado en esta materia teniéndole sin cuidado el obstáculo que para este derecho de superficie representaba el régimen de la accesión en nuestro Código, dándose el caso cho-

(25) Y esto aun en el caso del *constructor de buena fe*, pues si es de *mala fe*, la incorporación de la edificación al terreno impone siempre el paso de la propiedad de aquélla al *dominus soli*, conforme resulta del artículo 362 del Código civil, que dispone en este caso que el constructor *pierda* lo edificado.

Sin embargo, en el caso del constructor de *buena fe*, la jurisprudencia y un sector de la doctrina española entienden que la adquisición de lo edificado no se produce automáticamente a favor del *dominus soli*, pues de momento surge una opción a favor de éste, que, mientras no se ejercite, hace que lo edificado permanezca sin atribuir, de suerte que incluso cuando el *dominus soli* opte por adquirir lo edificado, se requiere la *previa indemnización*. Así lo declaran las sentencias de 2 de enero de 1928 y 23 de marzo de 1943, sentencia esta última favorablemente comentada por BONET y por HERNÁNDEZ GIL. De esta forma también lo entienden PÉREZ y ALGUER, para quienes el *dominus soli* no adquiere *ipso iure* la propiedad de lo edificado. Pero todo esto es inadmisibles porque, entre otras razones, de no ser así, sobraría el derecho de retención a favor del constructor. Lo mismo afirma SALIS (en *La propiedad superficiaria*, 1939, pág. 99, nota).

cante de ser una Ley de urbanismo, o sea, de orden administrativo, la que ha introducido una figura de Derecho privado a espaldas del contenido de nuestro Código civil.

Sin embargo, nosotros tenemos que entender que dicho artículo 358 del Código es como si estuviera actualmente redactado así: «Lo edificado... en predios ajenos... pertenece al dueño de los mismos..., salvo lo dispuesto en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y demás disposiciones sobre la materia.»

b) *Derecho de superficie constituido en la cesión de una edificación preexistente.*—Tiene lugar cuando se constituye el derecho de superficie para posibilitar que el dueño de una *finca edificada* pueda eficazmente *enajenar* al superficiario *la edificación reservándose la propiedad del terreno*. O bien, inversamente, que enajene el terreno a tercero reservándose la propiedad de la edificación, o que enajene a tercero la edificación y a otro el terreno.

En estos casos el derecho de superficie se constituye en contemplación a una *edificación preexistente*, respecto de la cual el juego atributivo de la *accesión*, con la regla *superficies solo cedit*, ya actuó a su tiempo, y ahora, con el derecho de superficie y consiguiente enajenación se *escinde*, quedando resueltos entre partes aquellos efectos de la accesión.

Aquí, tomando ideas de SALIS (si bien éste las refiere a la propiedad separada simple), en el primer caso de derecho de superficie, o con derecho anejo de construir, el superficiario obtiene la propiedad superficiaria de la edificación de *modo originario*, a título de especificación, mientras que en el caso que examinamos el superficiario adquiere la propiedad superficiaria por *modo derivativo*, en virtud de un acto de enajenación. Allí, el superficiario adquiriría una *res nova*, que él, con el derecho de construir, hizo surgir; en el caso presente la cosa o edificación ya preexistía.

En el Derecho alemán, estas dos maneras de obtener la propiedad superficiaria de la edificación, previa constitución del derecho de superficie, aparece clara en WOLFF, quien expresa que según el Código civil alemán, el titular de la superficie sólo es propietario de la edificación *cuando él la ha construido*. Si, por el contrario, *al constituirse el derecho de superficie hubiera encontrado ya fabricada la edificación*, entonces ésta conserva el ca-

rácter de parte integrante esencial de la finca, siendo, por consiguiente, propiedad del dueño del suelo. Con razón la Ordenanza del derecho de superficie, en su artículo 12, ha modificado este particular, y, a su tenor, tanto la *edificación levantada en virtud del derecho de superficie*, como la *existente con anterioridad*, es parte integrante esencial del derecho de superficie y propiedad del superficiario. La edificación preexistente cesa con ello de ser parte integrante de la finca.

El Código civil italiano, bajo el título *Della superficie*, en su artículo 952, que lleva por epígrafe *Constituzione del diritto di superficie*, dispone lo siguiente:

«El propietario puede constituir el derecho de hacer y mantener sobre el suelo (26) una construcción a favor de otro, cuya propiedad adquiere.»

«Igualmente puede enajenar la propiedad de la construcción ya existente, separadamente de la propiedad del suelo.»

Consideramos poco expresivo este segundo párrafo por cuanto no exige la previa o simultánea constitución del derecho de superficie. Pero la exposición de motivos de dicho Código (mejor dicho de la Relación real) es algo más expresiva, pues afirma que el Código *delinea el derecho de superficie en su doble perfil*, distinguiendo el caso en que el *dominus soli* conceda a otro el derecho de hacer y mantener sobre el suelo una nueva construcción (concesión *ad aedificandum*), del caso en que el propietario de la construcción ya existente en su finca enajene la propiedad de lo edificado separadamente de la propiedad del suelo.

Pero SALIS no es de esta opinión, por bien que ha evolucionado bastante (27). Según este autor, hay que distinguir entre la *propiedad superficiaria* y la *propiedad separada* (que en el fondo es la distinción entre la *propiedad separada superficiaria* y la *propiedad separada simple* o no superficiaria). En los dos supuestos, por tratarse de propiedades separadas, en la *finca edificada* la *propiedad del suelo* pertenece a una persona y la *propiedad de la edificación* a otra, quedando *separada* jurídicamente la propiedad

(26) En otro artículo permite la concesión del derecho de hacer y mantener construcciones debajo del suelo.

(27) Hablamos de SALIS repetidamente porque es el autor que, nosotros sepamos, ha examinado más a fondo el derecho de superficie y la propiedad superficiaria.

de estas dos cosas—físicamente unidas—por una *línea horizontal*. En una palabra, en ambos casos—dice—se produce el fenómeno de la *propiedad horizontal* (28).

La hipótesis de *propiedad superficiaria* tiene lugar—según dicho autor—cuando en virtud de un derecho de superficie el superficiario edifica o construye, adquiriendo en propiedad lo construido o edificado.

La hipótesis de *propiedad separada* tiene lugar cuando el dueño de la finca edificada *enajena* la propiedad de la construcción ya existente a otra persona, reteniendo para sí la propiedad del suelo o terreno, o inversamente, o enajena separadamente ambas cosas a personas distintas.

Este segundo supuesto ya se daba, según SALIS, antes del Código civil de 1942 en la propiedad de casas por pisos o locales. El primero, en cambio, ha necesitado dicho Código de 1942.

Y así, este autor sostiene que, mientras con la constitución del derecho de superficie se llega a la formación de la propiedad superficiaria, en cambio, la propiedad separada puede existir independientemente de la constitución y existencia del derecho de superficie. El Código civil italiano se produce con cierta ambigüedad en este punto, cosa que no han visto PUGLIESE, SIMONCELLI y BALBI. La diferencia entre la propiedad superficiaria y la separada—dice—radica en aquélla indicada antes; en la primera, la propiedad superficiaria se adquiere por *modo originario*, mientras que en

(28) Evidentemente, en la propiedad superficiaria hay una propiedad separada horizontal, de suerte que la denominación de *propiedad horizontal* cuadra mejor a la propiedad separada superficiaria que a la propiedad separada por pisos o locales. En esta última, la propiedad separada de los distintos pisos o locales se halla dispuesta orgánicamente dentro de la finca edificada global, con sus partes en copropiedad. Es decir, los varios pisos o locales se hallan integrados diferencialmente en propiedad separada dentro de un todo orgánico, pues forma parte de una finca unitaria, sin que la posibilidad de inscribirse cada piso o local bajo hoja registral separada o distinta destruya la unidad del inmueble, ya que es una simple prevención destinada exclusivamente a descongestionar el Registro de la Propiedad. En cambio, la propiedad superficiaria, por más temporal que sea el derecho de superficie que la soporta, desdobra la propiedad de un inmueble en dos propiedades distintas dispuestas horizontalmente, con objetos separados, cada uno de los cuales vive su vida, sin interferencias de elementos comunes.

En una palabra, la propiedad superficiaria es una propiedad separada *horizontal*, en tanto que la propiedad por pisos o locales es una propiedad separada *orgánica*. Sin embargo, la denominación de esta segunda como propiedad horizontal ha tomado carta de naturaleza y la adopta la Ley reguladora de la misma, de fecha 21 de julio de 1960.

la segunda la propiedad separada se adquiere por *modo derivativo*. Pero donde tal autor pretende encontrar diferencias, es en caso de perecimiento de la edificación, pues entiende que en la propiedad superficiaria dicho perecimiento no extingue el derecho de superficie, que continúa presente a pesar del perecimiento; en cambio, en la propiedad separada el perecimiento de la edificación extingue el derecho, y, por ende, su antiguo propietario no podrá reconstruirla, salvo que el *dominus soli* le hubiera concedido un *derecho de superficie*. Y es que—afirma—este *dominus soli* sólo le ha concedido puramente la propiedad separada de la edificación, que se extingue al perecer ésta, y con ello ha entendido reservarse alguna eventualidad futura, eventualidad imposible si la concesión de la propiedad separada fuese perpetua. En la propiedad superficiaria el *dominus soli* ya ha pensado y puntualizado si la concesión era temporal o perpetua. Sin embargo, BARASSI no lo entiende así, por considerar que conforme al Código civil italiano hay propiedad superficiaria en uno y otro caso.

El pensamiento de SALIS parece claro. Si el dueño de una finca edificada vende, por ejemplo, la edificación, enajena una cosa que puede perecer y, como mientras no perece subsiste, cuando perece se extingue la propiedad separada, pues su titular compró una cosa determinada. En cambio, en la propiedad superficiaria el derecho de superficie tiene una duración limitada o ilimitada, pero una duración preestablecida, y hasta agotado el plazo subsiste el derecho de superficie y, por ende, aunque perezca la edificación, surge el derecho de reconstruirla. Pero dicho autor admite que, en la hipótesis de propiedad separada, ésta se troca en superficiaria cuando al enajenar la edificación el *dominus soli* faculta al adquirente para poder reconstruirla si perece. Pero más tarde SALIS (29) va desprendiéndose de su criterio y admite que hay propiedad superficiaria (no propiedad separada simple), siempre que en caso de enajenación de lo edificado no se prohíba al adquirente la facultad de reconstruir en caso de perecer la edificación.

Nuestro parecer es que no cabe admitir la figura de la *propiedad separada simple*, o sea, sin el soporte jurídico del *derecho de superficie* o del sistema de *propiedad por pisos o locales*. Y esto,

(29) En: el *Condominio negli edifici*, año 1956.

porque el edificio es elemento esencial integrante de la finca sobre la que se ha edificado, como unidad global orgánica, y, por tanto, inseparable en su propiedad de ella, a menos que esta compenetración jurídica en una propiedad única permita separarla por la constitución de un *derecho de superficie*, o por la adopción del régimen de *propiedad de casas por pisos o locales*. Fuera de estos casos (y otros semejantes) no cabe hablar de propiedad separada simple de una edificación.

Este, creemos, es el criterio imperante en la legislación española (30), puesto de relieve con cierta inflexibilidad por la resolución de 4 de noviembre de 1925, recaída en un caso en que por escritura pública el propietario de una finca edificada vende dos habitaciones de ella. En dicha resolución se declara que en nuestro sistema hipotecario el edificio viene a formar con su solar un todo único, en el sentido económico y jurídico, compuesto de partes íntimamente relacionadas y materialmente enlazadas, que se prestan tan poco a ser objeto de una propiedad aislada, como los materiales empleados en la construcción, las ruedas de un reloj en marcha o los órganos de un animal vivo, y esto no por capricho del legislador o por exagerada orientación doctrinal, sino porque desde el momento en que las partes integrantes de un objeto se presentan como necesarias para la existencia del todo y son, más que cosas independientes, verdaderos trozos que se encuentran en reciproca dependencia corporal, carecen de las condiciones presupuestas o exigidas por el mismo carácter absorbente e ilimitado del derecho de dominio, tal y como aparece reflejado en nuestras Leyes civiles (31).

(30) En lo que respecta al régimen de propiedad de casas por pisos o locales, la Ley de 21 de julio de 1960 confirma nuestro criterio acerca del carácter esencialmente previo de la constitución o establecimiento de dicho régimen, para poder ser objeto de enajenación los diferentes pisos o locales, del mismo modo que el derecho de superficie es presupuesto esencial previo para que el dueño de una finca edificada pueda eficazmente enajenar al superficiario la edificación preexistente, que subsistirá como propiedad separada superficial en tanto no venza el término de duración del derecho de superficie. Por tanto, toda enajenación de un piso o local o de un edificio o planta de éste, sin antes haberse respectivamente establecido el sistema de propiedad de casas por pisos o locales o constituido el derecho de superficie, tal enajenación será radicalmente nula.

(31) Claro que esta resolución parece no prever el derecho de superficie de cuño o molde moderno, y si bien insinúa el sistema de propiedad de casas por pisos o locales, se aferra a la doctrina del Tribunal Supremo cuando ex-

Hay, pues, que concluir que nuestro Derecho es contrario a admitir la propiedad separada simple de edificaciones, pues sólo cabe admitirla en virtud de la constitución de un *derecho de superficie* o del establecimiento de un *régimen de propiedad de casas por pisos o locales* (32) y otros análogos.

Pero es que, además, creemos que en el estado actual de la legislación española *tampoco cabe el derecho de superficie constituido en la cesión de una edificación preexistente*, o sea, la propiedad separada obtenida mediante un acto de adquisición y mantenida por virtud del derecho de superficie. Y no cabe porque nuestro Derecho sólo ha pensado en el derecho de superficie con derecho anejo de edificación (33).

Es lógico que la Ley del Suelo sólo haya pensado en esta clase de derecho de superficie, porque es una *Ley de fomento de la construcción urbana*, o sea, de incrementación de las edificaciones, y

presa que, según ésta, el mero hecho de estar dividida en pisos o habitaciones una casa no borra la comunidad real y efectiva, ya que el derecho de cada partícipe, por ser absolutamente inseparable del edificio entero, lejos de destruir, presupone la existencia de la comunidad y está subordinado a la misma.

(32) Dice acertadamente SALIS (en su obra *Il condominio negli edifici*, 1956, pág. 21) que del *condominio del suelo* no deriva necesariamente que la edificación que construyan los condóminos sea una propiedad de casas por pisos, pues del *condominio del suelo* derivaría necesariamente el *condominio de lo edificado*, precisamente en virtud del principio *quod inaedificatur solo cedit*, o sea, que la cualidad o situación jurídica de una finca sin edificar se contamina a lo que sobre ella se edifique. Por tanto, para evitar este fenómeno no hay más remedio que establecer previamente el régimen de casas por pisos o locales, por cuya razón este régimen tiene la virtud de evitar el juego de la accesión, pues de lo contrario, la comunidad del suelo se extendería a lo edificado.

Y es que la propiedad de casas por pisos o locales tiene lugar de dos maneras: comprando un piso al dueño de la finca edificada, siempre previo establecimiento del régimen de propiedad por pisos o locales, ya que de no ser así, la compra sería imposible, pues estaríamos ante un caso de propiedad separada simple, que es inadmisibles; o bien los condueños de un terreno sin edificar acuerdan hacerlo, previo pacto del régimen de propiedad de casas por pisos o locales, de manera que sin este trámite la comunidad del suelo o terreno contaminaría la edificación.

El régimen de propiedad de casas por pisos o locales tiene, pues, la misma virtud del derecho de superficie: evitar el juego atributivo de la accesión y posibilitar la existencia del régimen de propiedad de casas por pisos o locales. Nuestro artículo 396 impone la copropiedad del suelo en la propiedad de casas por pisos, mientras que el Código civil italiano sólo la presume. Por tanto, en nuestro Derecho no será posible que sobre un edificio en propiedad superficial existiera el régimen de propiedad de la edificación por pisos o locales.

(33) Véase nuestro *Suplemento al Derecho Hipotecario*, pág. 64. Compárese con lo que en el mismo se expone en la página 23.

el derecho de superficie de esta clase que examinamos ahora es natural que no le interese. Lo que es criticable es que, desde el momento que el artículo 16 del Reglamento Hipotecario quiso regular el derecho de superficie, supliendo incluso normas de la Ley del Suelo, no hubiera tenido del derecho de superficie una visión más amplia o comprensiva de ambas clases examinadas.

Por tanto, en lo sucesivo únicamente nos ocuparemos del derecho de superficie con derecho anejo de edificar en suelo ajeno.

4.^a El derecho de superficie, institucionalmente, puede ser de *duración temporal* y de *duración indefinida*.

En Alemania, Suiza e Italia caben una y otra duración, si bien generalmente es temporal, con plazos variables, que a veces llegan a noventa y nueve años. Se comprende que, incluso temporal, el espacio de tiempo ha de ser largo, pues ha de ser suficiente para que el superficiario goce del edificio en su vida normal.

La Ley del Suelo admite únicamente el derecho de superficie de duración temporal, debiéndose determinar ésta al tiempo de constituirlo; pero creemos caben prórrogas. Sin embargo, esta misma Ley del Suelo no permite que la duración exceda de cincuenta años cuando el derecho de superficie lo conceda el Estado u otros entes públicos.

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario sólo permite la inscripción del derecho de superficie cuando el plazo de su duración no exceda de cincuenta años. Este precepto reglamentario viene a modificar la Ley del Suelo, pues si, según ésta, la inscripción es constitutiva en materia de derecho de superficie, y también lo es, según dicho artículo 16, del Reglamento Hipotecario, prácticamente equivale a preceptuar que nunca el derecho de superficie podrá en España tener una duración superior a cincuenta años.

5.^a El derecho de superficie puede referirse a edificaciones *sobre el suelo* y a edificaciones *debajo de él*. Por tanto, lo correcto, desde el punto de vista doctrinal, es que en este derecho la edificación sea *en terreno ajeno*. Se afirma que el Derecho romano, atento al sentido literal de la palabra *superficie*, solamente admitió dicho derecho sobre el suelo.

La doctrina italiana también admite el derecho de superficie *sobre una propiedad superficiaria* (derecho de mayor elevación o

de sobre elevación) y *debajo de una propiedad superficiaria* subterránea o en el subsuelo. Lo que no cabe todavía es un derecho de superficie sobre un derecho de superficie sin propiedad superficiaria.

El derecho de superficie sobre el suelo y el de debajo del suelo pueden pertenecer a personas distintas.

Es normal el derecho de superficie *sobre* suelo ajeno, pero no hay razón para no admitir el derecho de superficie *bajo* el suelo ajeno, como bodegas, sótanos u otras edificaciones en el subsuelo.

La Ley del Suelo prevé solamente el derecho de superficie relativo a edificaciones *sobre* el suelo de finca ajena. En cambio, el mencionado artículo 16 del Reglamento Hipotecario admite el derecho de superficie respecto de «edificios *en suelo ajeno*», relativo a nuevas construcciones «*bajo el suelo* de fundos ajenos» y referente al levantamiento de «nuevas construcciones *sobre el suelo*» de fundos ajenos. Lo que no prevé es la edificación debajo de una edificación subterránea. Por ello empleamos la fórmula de edificaciones en *terreno o inmueble* ajeno.

Merece atención especial el denominado *derecho de mayor elevación* o de *sobreedificación* concedido a tercero que, en rigor, es un verdadero *derecho de superficie* sujeto al régimen específico de éste, a menos que se le someta al *régimen de propiedad de casas por pisos o locales*, en cuyo caso se tratará de un caso de propiedad separada, pero sujeta a este régimen especial. Este doble régimen del derecho de mayor elevación lo adopta el repetido artículo 16 del Reglamento Hipotecario. Pero aquí tratamos exclusivamente del derecho de sobreelevación en régimen de derecho de superficie.

El derecho de mayor elevación presupone un derecho de superficie con derecho anejo de construir, y no un derecho de superficie en vistas a una enajenación de una planta superior.

Sin embargo, para que se trate propiamente de un derecho de mayor elevación de tipo superficiario, es preciso que el propietario de la finca edificada lo conceda a tercero, pues si él, el mismo propietario, es quien eleva su edificio, más que un derecho superficiario de mayor elevación, se tratará de una *facultad* que todo propietario de un edificio tiene de elevarlo con nuevas plantas, o sea, una facultad integrante del dominio.

Acerca de quién puede conceder este derecho de superficie de mayor elevación nos ocuparemos después.

6.^a Al dar, al principio, el concepto del derecho de superficie nos hemos referido tanto al relativo a una *edificación* como a una *plantación*.

Debemos observar que bajo la palabra *plantación* comprendemos tanto el arbolado como el viñedo u otra superficie vegetal, y que, en este caso, la propiedad separada de la plantación presupone un derecho de superficie *sobre el suelo*, sin que sea posible hablar del subsuelo ni del derecho de mayor elevación.

Algunas legislaciones, como la alemana, suiza e italiana, sólo admiten el derecho de superficie respecto de *edificaciones*, y se afirma que lo mismo ocurría en Derecho romano.

En cambio, afirma MAROI (34) que la forma primordial y más espontánea de propiedad es la que recae sobre arbolado, como propiedad separada de la del suelo en que están radicados, de suerte que la difusión de esta figura, ignorada por el Derecho romano, estuvo muy extendida en la antigüedad y también en la misma época moderna. Insiste en que es la más antigua forma de propiedad individual, la que recae sobre el arbolado, cuya propiedad separada se adquiere plantando. Se dice que la misma es de origen germánico, pero—observa—que es absurdo considerar que es germánico todo cuanto se desvía del Derecho romano.

Sin embargo, MAROI más que al derecho de superficie se refiere a la propiedad de finca rústica perteneciente a varias personas, a cada una de las cuales les corresponde el goce de una determinada clase de árboles y demás vegetales, explotando, por ejemplo, unos, el arbolado, otros, el viñedo, y otros, la siembra de legumbres o cereales. En una palabra, es una especie de finca en común, o mejor dicho, el dominio de la finca está en condominio, pero con distribución del aprovechamiento de productos. Dicho autor cita, entre otros países donde suele darse esta especialidad, a Extremadura, con su derecho de *apostar*. Es decir, se trata de lo que CASTÁN califica de comunidad entre copropietarios con derecho a aprovechamientos diferentes, que tiene la particularidad de que, a diferencia de la indivisión pura, cada participa-

(34) *Scritti giuridici*, I, pág. 50.

ción es de igual cualidad en cuanto al dominio, pero distinta en cuanto al disfrute. Varias sentencias del Tribunal Supremo han calificado de comunidad estas situaciones, a fines de hacer funcionar el retracto. Pero el derecho de superficie es otra cosa.

La aplicación del derecho de superficie a las plantaciones, que ya hemos visto que varias legislaciones rechazan, doctrinalmente tiene muchos adversarios. Según éstos, en materia de superficie vegetal la accesión opera sin contemplaciones, conforme a la regla *quod plantatur solo cedit*, sin perjuicio de aquellos contratos agrarios productores de un derecho personal (arrendamiento, aparcería, etc.) o de un derecho real (enfiteusis, establecimiento a primeras cepas), que permiten aprovechar agricolamente fincas ajenas.

Y es que las reglas de la accesión son distintas según se trate de la *plantatio* o de la *in aedificatio*, pues en aquélla las raíces y otras circunstancias imponen una unidad orgánica con la tierra, sobre todo tratándose de la siembra, como lo demuestra el mismo artículo 361 del Código civil español.

SALIS se ha esforzado, con éxito, en demostrar la diferencia existente entre la edificación y la plantación, por ser diferente el ligamen existente para la plantación en contraste con la construcción, pues la plantación y el terreno se compenetran íntimamente. La Relación real al Código civil italiano de 1942 opone como obstáculos la promiscuidad que la plantación origina y los peligros que para la agricultura representaría la admisión de la propiedad superficiaria vegetal. Sólo excepcionalmente en materia de viveros, y también, como dice PUGLIESE, en materia de árboles plantados por el dueño de un edificio alrededor de éste, puede admitirse cierta separación. Y lo mismo cabe afirmar de la venta de plantas o arbustos destinados a ser trasplantados o cortados. Pero son casos excepcionales. En general, la propiedad separada no se presta en materia de superficie vegetal.

Pero, además, su admisión sería superflua desde el momento que el cultivo y el aprovechamiento agrícola permiten conseguir la misma finalidad mediante contratos agrarios y constitución de derechos reales. Además, de tener que ser temporal, el derecho de superficie podría originar aquellos problemas de desarraigo de

familias campesinas que cuando son en masa plantean graves problemas.

Nuestra Ley del Suelo sólo regula el derecho de superficie respecto de edificaciones, cosa muy natural, dada su índole urbanística. El citado artículo 16 del Reglamento Hipotecario parece seguir igual sistema, pero, en rigor, no es así, pues el propio Reglamento Hipotecario, en su artículo 30, número 3.º, permite la inscripción del «derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas», debiéndose practicar la inscripción «en el folio de aquélla sobre la que se constituya» dicho derecho.

A pesar de la denominación que emplea este Reglamento, el derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas es un derecho de superficie sobre plantaciones o superficie vegetal, aunque no utilice materialmente el concepto de «superficie». Y es que el derecho de superficie es siempre un *derecho real de vuelo* sobre finca ajena, conforme resulta del tan repetido artículo 16 del mismo Reglamento al calificar de «derecho de superficie» al derecho de «levantar nuevas construcciones sobre el vuelo» de fundos ajenos.

Este concepto mismo de «derecho de vuelo» lo emplea también del Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado de 30 de mayo de 1941, en cuyo artículo 58 dispone que «*el vuelo* de las masas arbóreas creadas deberá en todo caso ser inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre del Estado, sin perjuicio de los derechos sobre el mismo que se reserven al propietario del suelo». Y la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 dispone, en su artículo 11, que «se inscribirá obligatoriamente a favor del Patrimonio Forestal del Estado en el Registro de la Propiedad competente el *derecho real de vuelo* adquirido por dicho organismo mediante consorcios...»

Así pues, dicho artículo 30 del Reglamento Hipotecario admite, aunque sea con otro nombre, el derecho de superficie sobre plantaciones u otra superficie vegetal, si bien éste se registrará por las normas generales y las que permita extraer de dicho precepto reglamentario.

El referido artículo 30 del Reglamento Hipotecario establece que en la inscripción de este derecho se hará constar: su duración, la plantación o siembra en que consista, el destino de éstas y de

las mejoras en el momento de la extinción del derecho, los convenios y prestaciones estipuladas, y, si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real. Y añade que iguales circunstancias deberán constar en las inscripciones de consorcios a favor de la Administración forestal o de los particulares (35).

* * *

Para la constitución del derecho de superficie hay que distinguir sus requisitos o elementos:

1. Como *elemento personal*, por parte del *concedente*, la concesión del derecho de superficie equivale a un *acto de gravamen*, que requiere la *capacidad de disponer* inmuebles y el *poder de disposición* de los mismos.

Solamente podrá conceder el derecho de superficie el *propietario de la finca*, y si ésta se hallaba en condominio se requerirá la unanimidad de todos los condóminos (36).

De tratarse de la concesión de un *derecho superficiario de mayor elevación*, también podrá únicamente concederlo el propietario de la finca edificada o todos sus condueños. Sin embargo, si en la finca edificada el edificio perteneciere en propiedad superficiaria, es dudoso a quién corresponde la concesión: ¿Al propietario del suelo? ¿Al propietario de la edificación? ¿A ambos?

Para SALIS corresponde concederlo al superficiario de la edificación, porque, según él, una vez el *dominus soli* haya concedido el derecho de superficie a un tercero, surgiendo por virtud del derecho de construcción la correspondiente propiedad superficiaria del edificio, quedó neutralizado el efecto de la accesión respecto del suelo, pues en lo sucesivo el área donde la accesión podrá operar será la propiedad superficiaria, de suerte que la accesión favorecerá al propietario de la edificación y no al *dominus soli*, como si situara más alto la planta de la propiedad en la que actúa la accesión, produciéndose el mismo resultado que se pro-

(35) Sin embargo, aquí nos limitaremos al derecho de superficie relativo a edificaciones.

(36) Se discute sobre si puede constituir o conceder un derecho de superficie el enfiteuta, pero entendemos que no hay obstáculo para ello, sobre todo si en lugar del criterio del dominio dividido se estima que el enfiteuta es el propietario de la finca, aunque sujeto al gravamen del censo enfiteúutico.

vocaría si otro estrato del terreno se situara cubriendo el edificio objeto de propiedad superficiaria.

Nosotros no lo entendemos así, pues creemos que la concesión del derecho superficiario de mayor elevación debe emanar de la propiedad total, es decir, necesita el consentimiento conjunto del *dominus soli* y del superficiario.

Y lo mismo creemos ha de entenderse cuando se trata de un derecho superficiario de mayor elevación sobre una casa cuya propiedad se distribuye por pisos o locales, de suerte que en este caso sólo podrá constituirse tal derecho con el consentimiento de todos los propietarios de los distintos pisos o locales y que conjuntamente representan la propiedad de la finca edificada (37).

2. Como *elemento real*, ya hemos visto que el derecho de superficie puede recaer *sobre* o *bajo* suelo ajeno, e incluso *sobre la edificación ya construida*, así como en rigor *debajo de la edificación construida en el subsuelo*.

Asimismo, ha de tratarse de *edificaciones* en general.

WOLFF (38) afirma que por edificación se entiende toda construcción que represente un todo independiente, e incluye aquí no sólo los edificios, bodegas o sótanos, sino los puentes, diques, muros, monumentos, fuentes y esclusas. En semejante sentido se produce WIELAND (39) (40).

En la doctrina italiana prevalece un criterio amplio, pues si lo corriente es que el derecho de superficie se refiere a edificios, se extiende a otras construcciones adheridas al suelo y en las que se empleen materiales propios de la construcción. SALIS habla a estos efectos de la necesidad de emplear materiales a fin de obtener una nueva cosa apta para proporcionar en sí misma

(37) La Ley sobre propiedad horizontal, de 21 de julio de 1960, en su artículo 11, complementado por el artículo 16, prevé la construcción de nuevas plantas en una finca edificada sujeta al régimen de propiedad horizontal, y para ello requiere el acuerdo unánime de los propietarios todos de los pisos o locales de la finca. Sin embargo, hay que entender que dicho artículo 11 no alude al derecho superficiario de mayor elevación, sino a la sobreelevación en régimen de propiedad horizontal, y como ejercicio del poder dominical que compete al conjunto de la masa de propietarios de pisos o locales.

(38) Ob. cit., III, 2, pág. 3.

(39) Ob. cit., pág. 270.

(40) En cambio, el derecho de superficie solamente cabe respecto de edificaciones en su totalidad; prohíbe respecto de los pisos, locales y departamentos de un edificio.

una utilidad diversa de los materiales singularmente contemplados.

Es, pues, esencial que se trate de algo incorporado al suelo, de suerte que sin el derecho de superficie sería absorbido por el suelo por el proceso de accesión. Lo epidérmico o transitorio, como quioscos, baños y otras instalaciones sobre cuyos materiales no pueda normalmente operar la accesión a favor del *dominus soli*, por ser desmontables.

Las concesiones de tranvías, ferrocarriles y otras cosas destinadas al servicio público son concesiones administrativas, regidas por el Derecho administrativo, y no derecho de superficie. No lo son los nichos, sepulcros, panteones, capillas funerarias y otras obras o construcciones en los cementerios, pues son cosas reguladas por leyes de policía. Y tampoco los bancos en iglesias, que son cosas religiosas. Ni tienen tal carácter las líneas de conducción eléctrica, telegráficas, telefónicas, oleoductos, etc.

Los palcos de un teatro, son casos de propiedad separada, mas no superficiaria.

Estas exclusiones se producen automáticamente como consecuencia de que no se trata de edificaciones susceptibles de servir de base para un derecho de superficie. Y, además, este criterio permite establecer una distinción fundamental entre el derecho de superficie y las servidumbres prediales. Por tanto, no seguimos a WOLFF (41) cuando afirma que por edificación se entiende toda construcción que represente un todo independiente, e incluye aquí, no sólo los edificios, bodegas o sótanos, sino los puentes, diques, muros, monumentos, fuentes y esclusas. En el mismo sentido WIELAND, en el Derecho suizo.

Por último, el derecho de superficie, en caso de edificación, puede extenderse a una porción de terreno no edificada, siempre que por su destino útil sea *accesorio* de la edificación, como, por ejemplo, un jardín, corral, espacio de separación de edificios, patios comunes para luces y ventilación, etc. En el caso del jardín, el derecho de superficie se referirá a una superficie vegetal o espacio verde; pero lo decisivo será que la edificación sea lo principal y el jardín lo accesorio (42).

(41) Ob. cit., pág. 3.

(42) GULLÓN (ob. cit., pág. 81) empieza por configurar en estos casos un derecho de servidumbre y alude a la buena doctrina seguida por el Derecho

3. En cuanto a los *modos y forma* de adquisición del derecho de superficie, distinguiremos estos aspectos:

El modo normal de adquisición del derecho de superficie es, por la declaración de voluntad del *dominus soli*, concertada o aceptada por el superficiario, es decir, por *negocio jurídico*. Este negocio jurídico puede ser un *contrato o donación* y también un *testamento*.

Si atendemos al modo de producirse la vigente Ley de Expropiación forzosa el derecho de superficie puede constituirse también por *expropiación*.

¿Pero puede originarse por *usucapión*? Hay mucho que hablar de esta cuestión.

Empecemos con el *derecho de superficie con derecho conectado de construir*. Si, como hemos visto antes, la existencia *previa* del derecho de superficie es lo que neutraliza el efecto de la accesión y posibilita la formación de la propiedad superficiaria de la edificación, la usucapión no podrá darse, porque a medida que el usucapiente construya en predio ajeno, en virtud del ejercicio de aquel derecho anejo de construcción, todo lo que vaya edificando lo adquiere el *dominus soli* por efecto de la accesión, de suerte que, aun admitiendo la usucapibilidad del derecho de superficie, en este caso se encontraría siempre sin posibilidad de obtener la propiedad superficiaria de la edificación.

Esto es la *usucapión ordinaria*, o sea, cuando un *non domino* produce un título idóneo de constitución de un derecho de superficie, o sea que es un título correcto como tal a favor de otra persona que procede de buena fe, y que realmente le atribuiría este derecho de ser aquél un *verus dominus*, defecto éste que hay que superar por medio de la *posesión o ejercicio* de dicho presunto derecho de superficie por el tiempo que para la usucapión ordinaria señale la ley. Esta posesión o ejercicio del derecho de superficie podría admitirse a base de considerar que la envuelve

alemán, que es la del texto. Véase en este punto WOLFF (en el *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, II, 2, página 4), donde, además, trata del problema sobre si se convierte también en propietario el superficiario, cuando ha edificado más allá de los límites de su derecho de superficie, ya porque construyó un piso más de los que podía construir, a tenor del contenido de su derecho de superficie, o ya porque construye más allá de la parte del terreno asignado al efecto.

el hecho de construir la edificación el pretendido superficiario o de pagar periódicamente el canon al *dominus soli*, de consignarse esta prestación en dicho título idóneo; pero así y todo siempre tropezaríamos con el referido obstáculo de que sin previa existencia legal del derecho de superficie, todo cuanto se construyera se haría automáticamente propiedad del *dominus soli* por efecto de la accesión (43).

En la usucapión extraordinaria sólo se requiere la posesión en concepto de titular durante el tiempo fijado por la ley, pero ocurriría lo mismo, y, además, si el pretendido usucapiente construyera en el terreno ajeno, entrañaría la ejecución de actos dominicales que implicarían posesión en concepto de dueño que podría ocasionar la usucapión del dominio de la finca, y no tan sólo la usucapión del derecho de superficie.

¿Y en el *derecho de superficie en vistas de la enajenación de edificación preexistente?*

En este caso parece que el esfuerzo no es tan grande, pues no se trata de neutralizar los efectos atributivos de la accesión, sino tan sólo de escindir los efectos de una accesión ya operada. Y si esta escisión puede producirse por negocio jurídico, parece que la usucapión, al menos la ordinaria, podrá funcionar, en el sentido de producir esta escisión una vez consumada.

Nosotros creemos que aquí cabe la usucapión ordinaria y la extraordinaria (44).

Por último, el derecho de superficie puede adquirirse por efecto de la *fe pública registral* sobre la base del art. 34 de la ley Hipotecaria.

—Respecto del *título instrumental* en que conste la constitu-

(43) Este criterio obstativo de la usucapión ordinaria en nuestro caso es señalado también por SALIS, pero de otra manera, pues como, según él, en esta clase de derecho de superficie, éste consiste en el derecho de construir, la construcción cedería en favor del *dominus soli*. Mas nosotros centramos el obstáculo en el carácter previo que el derecho de superficie tiene para la existencia de la propiedad separada superficiaria, sólo posible por neutralización de la fuerza atributiva de la accesión. Para SALIS, como para la usucapión ordinaria también se requiere la posesión del derecho de superficie, posesión que no es más que la actividad correspondiente al ejercicio de un derecho real inexistente. esta actividad correspondiente al ejercicio del derecho de superficie consiste en construir.

(44) En cambio, es más clara la posibilidad de usucapión de un piso o local de una edificación en régimen de propiedad de casas por pisos o locales, pues, como afirma SALIS, el piso o local ya existe como propiedad separada.

ción o adquisición del derecho de superficie, debe ser el adecuado al modo de adquisición de este derecho.

Nuestra Ley del Suelo dispone que la concesión del derecho de superficie deberá ser formalizada en *escritura pública* y previa *subasta o adquisición directa* cuando el concedente sea el Estado u otro ente público (45).

La Ley del Suelo parte de la premisa de que el derecho de superficie sólo puede ser objeto de concesión por *contrato*, sin pensar en los otros posibles modos de adquisición. El artículo 16 del Reglamento Hipotecario, con más amplitud, emplea el concepto de *título público*, en que se establezca el derecho de superficie, dentro del cual entran aquellos modos de adquirir este derecho, si bien alude a pactos o estipulaciones contenidos en dicho título público, lo que denota que también este precepto sólo piensa en el negocio jurídico contractual como único modo de constitución del derecho de superficie. Evidentemente, en todo esto hay cierta imprecisión.

Además, según dicho artículo 16 del Reglamento Hipotecario, para poder ser inscrito dicho título público en que se establezca el derecho de superficie, deberá el mismo reunir o contener, además de las circunstancias generales necesarias para la inscripción, estas siguientes:

Fijación del *plazo de su duración*, que, como hemos dicho antes, no puede ser superior a cincuenta años.

Determinación del *canon o precio* que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituye a *título oneroso*.

Plazo señalado para realizar la edificación (que no podrá exceder de cinco años), sus *características generales, destino y costo* del presupuesto.

Pactos relativos a la realización del *acto de disposición* por el superficiario.

Garantías de trascendencia real con que asegure el cumplimiento de los pactos del contrato, sin que sean inscribibles las

(45) Aunque la Ley del Suelo disponga que la concesión del derecho de superficie «en todo caso deberá ser formalizada en escritura pública», no creemos haya de darse a este precepto otro alcance que el de considerar incluida la constitución del derecho de superficie entre la lista de actos comprendidos en el primer párrafo del artículo 1.280 del Código civil en relación con el 1.279 del mismo.

estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso (46).

—La *inscripción* del título en que se establezca el derecho de superficie tiene carácter *constitutivo*, como en las hipotecas (47).

La Ley del Suelo dispone que la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de superficie, se requiere «como *requisito constitutivo de su eficacia*», y el citado art. 16 del Reglamento Hipotecario preceptúa que el mismo deberá inscribirse «para su *eficaz constitución*» (48).

Es indudable que el pensamiento de estos dos preceptos es que tenga *valor constitutivo* la inscripción del derecho de superficie, pero la fórmula empleada no es del todo correcta, pues en el caso de inscripción constitutiva, la inscripción, juntamente con el título público correspondiente, son requisitos necesarios para el nacimiento o existencia del derecho real de superficie, y no sólo para su eficacia.

* * *

(46) La Ley del Suelo calla en este extremo

(47) Ni la Ley del Suelo ni el Reglamento Hipotecario después de su última reforma del año 1959, han dispuesto que el derecho de superficie, con la propiedad separada superficiaria, deban o puedan figurar registralmente en hoja separada, como si se tratara de una finca independiente, al menos a los solos efectos registrales, a pesar de militar más serias razones institucionales para ello en el derecho de superficie que en el régimen de propiedad de casas por pisos o locales, pues bien mirado hay superior dosis de separación o aislamiento en aquél que en éste. Tanto es así, que, según el Derecho alemán, al derecho de superficie hay que abrirle imperativamente una hoja distinta del Registro de la Propiedad, como si se tratase de finca diferenciada del suelo. Lo mismo ocurre con el Derecho suizo. Seguramente este silencio de nuestra legislación obedeció a la circunstancia de admitir sólo el derecho de superficie con una duración máxima de cincuenta años, a pesar de no ser ésta una razón suficiente. No obstante, LA RICA (*Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario*, pág. 33) admite como potestativa la inscripción del derecho de superficie en hoja registral separada, cosa que dudamos.

(48) Aunque nosotros no estemos conformes en generalizar el sistema de *inscripción constitutiva*, creemos que en el derecho de superficie está justificado adoptarlo, debido a la indole propia de este derecho, pues mientras no se construye no está materializado, y una vez hecha la edificación es normal pensar que ésta pertenece al dueño del suelo. Estimamos estéril la controversia entre GULLÓN (ob. cit., pág. 70) y FOSAR BENLLOCH (*El derecho de superficie*, en «Anales de la Universidad de Valencia», 1954-55), sobre la necesidad de la tradición como factor constitutivo coadyuvante del derecho de superficie, requisito éste que consideramos superfluo por la propia esencia del derecho de superficie, razón que confirma la necesidad de que su inscripción tenga carácter constitutivo.

Entremos ahora en el examen de los *efectos* del derecho de superficie. Son los *derechos* a favor del *dominus soli* y del *superficiario*, que recíprocamente implican obligaciones (49).

A) *Derechos del dominus soli*.—Los más característicos son los siguientes:

1) Derecho a la *contraprestación*.—Este derecho no existe cuando el derecho de superficie se constituye por legado o donación, o sea, *gratuitamente*.

Cuando el derecho de superficie se constituya a *título oneroso*, la *contraprestación* podrá consistir:

En el percibo de un *precio*, en caso de venta, o de *otra cosa* no dineraria en caso de permuta, en cuyos supuestos rigen las reglas de la compraventa o de la permuta respectivamente (50).

En el derecho a percibir un *canon periódico*. Es el antiguo *solarium* o pensión superficiaria. Hay que suponer que será un canon dinerario.

En la constitución del derecho de superficie se determinará el importe de este canon superficiario por toda la duración de dicho derecho. Este importe puede pactarse progresivamente, o sea, con un aumento gradual periódico. Creemos que cabe incluir una cláusula de estabilización.

Ante el silencio de nuestra legislación, hay que entender que este canon periódico sólo atribuye al *dominus soli* un derecho personal o de crédito, de carácter también periódico, sin que implique la *carga real* propia de la pensión en los censos, ni menos obligación *ob rem*. Confirma esta consideración la circunstancia de que el artículo 16 del Reglamento Hipotecario expresa que

(49) Bajo el concepto de *dominus soli* comprendemos el dueño del terreno objeto del derecho de superficie y también el dueño de la edificación en propiedad superficiaria en caso de derecho superficiario de sobreelevación.

(50) El artículo 16 del Reglamento Hipotecario habla de *precio*, mientras la Ley del Suelo habla del pago de una *suma alzada*, lo que es lo mismo.

SALIS plantea el problema del caso de proceder la acción rescisoria por lesión *ultra dimidium*. Para este autor, esta rescisión no puede implicar la transmisión—nosotros decimos *reversión*—de la propiedad superficiaria al *dominus soli*, porque entonces el derecho de superficie se extingue *ex tunc* (salvo terceros subadquirentes) y el superficiario se encontraría en la misma situación del edificante en suelo ajeno. Y afirma que, si el edificio está concluido, el *dominus soli* no podrá pedir su demolición, pues se aplicarán las reglas de la acción como si se tratase de un edificante de buena fe, pues éste construyó a ciencia y paciencia del *dominus soli*.

en el título público de constitución del derecho de superficie podrán establecerse las *garantías de trascendencia* real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato, garantías que, entendemos, sólo podrán ser la hipoteca o prenda, más no el pacto comisario, pues precisamente este artículo rechaza la inscripción del pacto de comiso en la superficie. Si se trata de una hipoteca será de renta, con los efectos que la misma produzca. No creemos que pueda pactarse que el canon periódico implique carga real de tipo pensión de censo (51).

Esto así, convendrá garantizar el pago del canon mediante hipoteca o prenda; de lo contrario, si el superficiario queda insolvente por enajenar su derecho, sin que el adquirente asuma el débito del canon periódico, el *dominus soli* sólo podrá perseguir para el cobro al primer superficiario, sin que el nuevo superficiario quede obligado al pago, a pesar de ser él quien proceda a construir la edificación, y, por tanto, ser el primer propietario de ella.

La falta de pago de los cánones vencidos sólo autorizará al *dominus soli* para reclamar judicialmente el pago de los cánones atrasados. Es lo mismo que viene a decir el artículo 1.805 del Código Civil sobre la renta vitalicia, con la diferencia de no estar previsto, como lo está en este precepto, el derecho del percceptor de exigir el aseguramiento de los cánones futuros.

Nuestra legislación sobre el derecho de superficie, no establece expresamente esta norma, pero cabe deducirla del tan citado art. 16 del Reglamento Hipotecario cuando preceptúa que no serán inscribibles las estipulaciones que sujeten al derecho de superficie al *comiso*, de modo que se rechaza el *pacto de comiso*, con mayor razón no lo establece *de iure*. Se dirá que el comiso no se identifica con la acción de resolución del contrato, pero el resultado es parecido, y si no se admite el comiso, hay

(51) Es un olvido imperdonable que la Ley del Suelo o el Reglamento Hipotecario no regularan este supuesto, como otros análogos, en el sentido de implicar obligaciones *ob rem*, o sea, que su titular pasivo no fuese subjetivado, sino determinado por la circunstancia de ser a la sazón titular del derecho de superficie, es decir, que el obligado personalmente fuese el que sea titular del derecho de superficie al surgir cada obligación, y en el caso del canon o pensión, al tiempo de devengarse ésta. Este es un vacío evidente de la legislación española en general.

que entender que rechaza también la acción resolutoria por impago de pensiones.

Pero, además, hay una razón fundamental para llegar a la misma conclusión: En general, en los contratos con prestaciones recíprocas rige la norma encarnada en el art. 1.124 del Código Civil, de que el incumplimiento por una parte contratante de su prestación, faculta a la otra para optar, bien por exigir el cumplimiento, bien por reclamar la resolución del contrato. Pero en el contrato oneroso de renta vitalicia, esta opción no cabe por impago de la renta o pensiones debidas, porque en este contrato una parte transfiere a la otra un capital en bienes muebles o inmuebles, y la otra constituye la renta vitalicia, de suerte que con esta constitución ha cumplido su prestación; el impago de alguna o algunas rentas o pensiones atribuye unos créditos singulares, pero sin afectar a la subsistencia del contrato, en sí mismo considerado, pues éste ha quedado cumplido como tal (52). Lo mismo es aplicable a nuestro caso, en el que el *dominus soli* concede un derecho de superficie a cambio de una constitución de renta, pensión o canon periódico (53).

La contraprestación también puede consistir en *exonerar* de la obligación que normalmente tiene el *dominus soli* a indemnizar al superficiario el valor de la edificación cuando se extinga el derecho de superficie por transcurso del tiempo fijado de su duración, exoneración que podrá ser total o parcial.

La Ley del Suelo califica este caso de *reversión gratuita* de la propiedad de lo edificado, una vez llegado el término conve-

(52) Véase ENNECERUS, KIPP y WOLFF, II-2, pág. 481.

(53) Para SALIS, en caso de impago del canon el *dominus soli* tiene dos caminos: la acción resolutoria del contrato de concesión de derecho de superficie, con resarcimiento de daños, o la acción de cumplimiento, o sea, proceder ejecutivamente sobre los bienes del superficiario para el cobro de los cánones debidos y resarcimiento de daños. Si el *dominus soli*—afirma—sigue el primer camino, la resolución es de efectos *ex nunc*, o sea, desde el primer día de la falta de pago, mas no *ex tunc*, o sea, desde el día del contrato. Por tanto, a diferencia del caso de resolución *ex tunc*, la edificación construida no pasa por accesión al *dominus soli*, o sea, a título *originario*, sino que *ex nunc* la adquiere por adquisición *derivativa*, esto es, por transferimiento, sin que el *dominus soli* pueda pretender la demolición, pero debe indemnizar el valor pericial de la edificación, detrayendo naturalmente el importe de los cánones debidos y los daños. Si el *dominus*—dice—opta por el segundo camino, podrá ejercitar la acción ejecutiva, con resarcimiento de daños, pudiendo ejecutar incluso el mismo derecho de superficie, que, junto con la propiedad superficiaria, hará tránsito al que resulte adjudicatario en el proceso de ejecución.

nido. El art. 16 del Reglamento Hipotecario habla de que podrá estipularse «la *reversión* del todo o parte de lo edificado en favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido».

El empleo aquí de la palabra *reversión* es inadecuada; puede utilizarse en ciertos supuestos del derecho de superficie (como hace la legislación alemana), pero si existe uno en que no procede hacerlo, es precisamente cuando el derecho de superficie se extingue por caducidad, o sea, por extinción del plazo de duración. Y más inadecuado es, como hace el Reglamento Hipotecario, no emplear el concepto de *reversión gratuita*, sino simplemente el de *reversión*, ya que si entiendo que al expirar el plazo revierte la propiedad de lo edificado al *dominus soli*, no es necesario pactar este resultado, pues lo establece la Ley y la lógica jurídica.

Pero ya hablaremos de aquella indemnización y de la reversión en otro lugar oportuno (54).

Por último, la contraprestación puede consistir en «varias de estas modalidades a la vez», dice la Ley del Suelo, y a ello no hay que oponer objeción alguna.

2) Derecho sobre las circunstancias de la *construcción, mejoras, destino, uso y conservación de la edificación*.

En cuanto a la *construcción*, el propietario del terreno tiene derecho:

A exigir que la edificación se construya en el plazo señalado en el acto de la constitución del derecho de superficie, sin que este plazo pueda exceder de cinco años cuando haya sido concedido por el Estado u otros entes públicos, de suerte que la infracción traerá consigo la extinción del derecho de superficie,

(54) Queda por indicar aquí que de faltar los otros tipos de contraprestaciones y, además, esta exoneración de la indemnización, la constitución del derecho de superficie será a título gratuito, pues precisamente esta indemnización, normalmente obligada, mantiene la gratuidad, debido a ser meramente compensatoria del tránsito de la propiedad de la edificación que a favor del *dominus soli* se produce al caducar la superficie por transcurso del plazo.

La constitución gratuita del derecho de superficie sólo puede tener lugar por vía de donación o de legado. Pero creemos que, también por donación o legado, puede constituirse en cierto sentido a título oneroso si el donante o causante dispone del terreno a favor de una persona y del derecho de superficie a favor de otra, con las contraprestaciones que establezca entre ellas, siempre que los legatarios o donatarios lo acepten. La prueba está en que la enfiteusis puede constituirse por legado, y la enfiteusis es esencialmente onerosa.

sin que el dueño del suelo esté obligado a indemnizar en cuantía superior a los dos tercios del importe de la mejora que representare la parte construida. Así resulta de la Ley del Suelo y del art. 16 del Reglamento Hipotecario, si bien éste impone el tope general de cinco años de plazo para construir como requisito para la inscripción del título público constitutivo del derecho de superficie.

A exigir que la edificación se construya del *modo* o bajo las *características generales* determinadas en el acto constitutivo del derecho de superficie. Así resulta de la Ley del Suelo y del citado art. 16 del Reglamento Hipotecario. Entrará, pues, aquí la fijación de la altura de la edificación y demás medidas de la misma, tipo de edificio y su estilo, empleo de determinados materiales, etc.

Previsiones sobre la *reconstrucción* en caso de perecimiento de la edificación ya construida, a menos que se haya vetado el derecho de reconstruir.

—En cuanto a *mejoras*, el *dominus soli* podrá exigir el cumplimiento de lo pactado sobre obras de mejoramiento de la edificación y podrá impedir que con ellas se altere el aspecto arquitectónico del edificio y demás características fijadas al mismo en el acto de la constitución.

Respecto del *destino* de la edificación, el dueño del suelo podrá exigir el cumplimiento de lo pactado en este punto, como, por ejemplo, la prohibición de destinar el edificio a actividades comerciales o industriales, o a determinadas actividades industriales nocivas, a clínicas u hospitales, a profesiones inmorales, etc.

El citado artículo 16 del Reglamento Hipotecario prevé el pacto o cláusula referente al *destino* de la edificación.

Relativamente, al *uso y conservación* de lo edificado, el dueño del suelo puede exigir el cumplimiento de lo pactado sobre:

La prohibición de colocar maquinaria o instrumentos sonoros.

Exigir las reparaciones y obras de conservación necesarias.

El pago de contribuciones, impuestos y arbitrios.

La obligación de asegurar la edificación y pago de las primas correspondientes etc. (55).

(55) Para lograr la efectividad de estos derechos, el *dominus soli* contará lógicamente con un derecho accesorio de inspección, control o verificación.

El problema básico respecto de este tipo de derechos del *dominus soli* es el valor que respecto de terceros subadquirentes puedan tener estos pactos o cláusulas contenidos en la constitución del derecho de superficie. En el Derecho alemán las relaciones contractuales derivadas de estos pactos o cláusulas forman parte del *contenido* del derecho de superficie y, por tanto, se impondrán como limitaciones estatutarias a todo sucesor universal o singular, incluso a compradores.

La doctrina se hace eco de la necesidad de atribuir trascendencia real a todos estos pactos, como si impusieran obligaciones *ob rem*, o sea, conectadas con la cosa, y exigibles a cualquier persona que a la sazón sea propietaria de la edificación, sin necesidad de configurarlas como servidumbres prediales a favor de la propiedad del suelo o terreno.

En nuestro Derecho, el mencionado artículo 16 del Reglamento Hipotecario permite que las partes o interesados establezcan «*garantías de trascendencia real* con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato». Pero: ¿qué clase de garantías son éstas? Nosotros entendemos que se tratará del derecho real de hipoteca o de prenda, pero en este caso estas garantías sólo podrán asegurar una cantidad importe de una indemnización o cláusula penal dineraria, pues no creemos que en dicho precepto se autorice a revestir tales pactos de eficacia real, como si se tratase de dichas obligaciones *ob rem*. Esto último sería lo deseable para llenar un evidente vacío de nuestra legislación en el caso de derecho de superficie, pues en el régimen de propiedad de casas por pisos, el artículo 5.º de la vigente Ley de 21 de julio de 1960 llega al mismo resultado.

3) Derecho de *tanteo* y de *retracto*.

Nuestro legislador, aficionado a los tanteos, retractos y derechos de adquisición, establece en la Ley del Suelo que «en toda enajenación onerosa (del derecho de superficie), el concedente ostentará el derecho de *tanteo* y, a falta de preaviso formal y expreso, de *retracto*, cuyos plazos y efectos serán los previstos por los artículos 1.637 y siguientes del Código civil». Conforme veremos después, también lo concede en el caso inverso al superficiario.

Somos enemigos de tanto retracto y tanteo, que constituyen un

elemento perturbador del tráfico jurídico y producen más perjuicios que ventajas, pero quizá en el derecho de superficie son tan aceptables como lo son en el censo enfiteutico. Pero ni Alemania, ni Suiza e Italia establecen este tanteo y retracto superficiario (56).

4) El *dominus soli* tiene otros derechos derivados de normas que examinamos en otros lugares del presente estudio, entre ellos, por ejemplo, el de *adquirir o hacer suya la edificación* en los casos de extinción del derecho de superficie o de reversión propiamente dicha, así como el *derecho de autorizar al superficiario para enajenar su derecho de superficie* mientras no hubiere edificado en la mitad por lo menos de lo convenido, salvo pacto en contra, etc.

B) *Derechos del superficiario*.—Los más característicos son los siguientes:

1. Derecho de *construir* la edificación.

Este derecho corresponde propiamente al titular del derecho de superficie con *derecho anejo de construcción*, pero en éste y en el otro tipo, naturalmente, corresponde al superficiario el *derecho de reconstrucción* en caso de perecimiento de la edificación, total o en su mayor parte, salvo que se hubiere pactado este perecimiento como condición resolutoria del derecho de superficie.

Como facultades integrantes de dicho derecho de construir el superficiario, dentro del espacio fijado, puede realizar por sí y por medio de los directores, técnicos y operarios de la obra todos los actos preparatorios y directos dirigidos a efectuar la edificación. Por consiguiente, puede colocar andamios, excavar fundamen-

(56) Lo absurdo era conceder el derecho de tanteo por el artículo 396 del Código civil en materia de propiedad de casas por pisos, y el derecho de retracto añadido por el Tribunal Supremo. Estos tanteo y retracto eran inconcebibles, pues si bien está que estos derechos de adquisición preferente se den en el condominio indiviso puro, e incluso en la enfiteusis y derecho de superficie, pero no en la propiedad de casas por pisos, en que dicho precepto del Código proclamaba el principio de propiedad privativa o exclusiva de cada piso, y a la que la Ley facilita su expansión como medio para resolver el angustioso problema de los arrendamientos urbanos, constituyendo esta propiedad una fórmula recomendada oficialmente, que debe ser estimulada, procurando que en el tráfico de pisos o locales la contratación se desenvuelva con plena normalidad y por su precio real, cosa que dichos tanteos y retractos perturbaban.

Esto, que hace tiempo venimos diciendo, ha tenido eco en las alturas donde se preparan o confeccionan las Leyes. La Ley de 21 de julio de 1960 suprime radicalmente dichos derechos en la propiedad por pisos o locales.

tos (57), depositar herramientas y materiales, preparar éstos, transportar estos elementos, etc.

A este objeto, el propietario del suelo está obligado a eliminar a sus costas todos los obstáculos que puedan dificultar u obstruir este derecho del superficiario, verificando todo lo necesario para dejar apto el terreno para la construcción.

2. Derecho de *tener o mantener* en el terreno o inmueble ajeno la propiedad separada superficiaria de la edificación, que es la función básica y típica del derecho de superficie. En consecuencia, corresponden al superficiario sobre la edificación todos los derechos inherentes al derecho de propiedad de la misma, siempre dentro de las limitaciones establecidas y las derivadas de la duración del derecho de superficie y de las demás circunstancias de este derecho.

Ya hemos hablado antes suficientemente de este derecho fundamental.

3. Derecho de *enajenar, gravar y de otro modo disponer* del derecho de superficie, tanto por actos entre vivos como por causa de muerte.

La Ley del Suelo preceptúa que el *derecho de superficie* «será transmisible y susceptible de gravamen, con las limitaciones que se hubieren fijado al concederlo». Pero la misma Ley establece una limitación consistente en que, en tanto no se haya edificado la mitad, por lo menos, de lo convenido, el superficiario no podrá enajenar su derecho sin autorización del propietario del suelo, salvo pacto en contrario.

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario se limita a prever los «pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario».

El contraste en este punto entre la Ley del Suelo y el Reglamento Hipotecario muestra la superioridad de la primera en este aspecto.

En primer lugar aquélla proclama el principio de disponibilidad del derecho de superficie, limitándose el Reglamento Hipote-

(57) El superficiario puede al construir utilizar el derecho de medianería cuando ésta sea forzosa, y convenir la medianería con el dueño del predio vecino, pues en este orden el superficiario se produce como si fuese el propietario del suelo.

cario a hablar de los pactos relativos a la realización de los actos dispositivos del superficiario. Claro que puede que el Reglamento Hipotecario pensara en la innecesidad de repetir una norma ya proclamada por la Ley del Suelo (58), pero valía la pena de producirse de otra manera, y, sobre todo, precisar el alcance en estos pactos, pues no cabe pensar que el Reglamento Hipotecario sólo atribuya la facultad de disponer del derecho de superficie cuando ello se hubiera pactado con el título constitutivo, ya que esta facultad dispositiva ha de considerarse institucional (59), de suerte que creemos no puede ser prohibida directamente (60) con efectos reales, o al menos la prohibición de su disposición encontraría en su acceso al Registro de la Propiedad el obstáculo que impone el artículo 27 de la Ley Hipotecaria (61).

Sin embargo, cabe discutir si el derecho de superficie puede ser constituido como derecho subjetivado o personalísimo, es decir, como derecho cuya titularidad solamente pueda corresponder a una determinada persona, extinguiéndose, por tanto, al fallecer ésta, en cuyo caso sería imposible su enajenación entre vivos y

(58) De ser así, debemos concluir que la Ley del Suelo y el Reglamento Hipotecario se complementan en este punto, sin que, en general pueda hacerse discriminaciones fundadas en que la primera mira exclusivamente al aspecto urbanístico de carácter administrativo.

(59) El artículo 107 de la Ley Hipotecaria permite su hipoteca.

(60) En cambio, puede sujetarse a prohibiciones temporales y racionales de disponer o de limitaciones fideicomisarias o de otra clase, derivadas de un título sucesorio, por ejemplo.

(61) Este precepto de la Ley Hipotecaria no impide naturalmente aquella limitación establecida por la Ley del Suelo de que el superficiario no podrá enajenar su derecho sin autorización del propietario del suelo en tanto no se hubiera edificado en la mitad de lo convenido, salvo pacto en contrario; y no la impide porque se trata de una limitación legal.

Sin embargo, es una limitación legal que deja amplio margen al pacto, pues permite pactar su eliminación. Además, aunque subsista, puede el propietario del suelo autorizar la enajenación, y creemos que en todo caso puede renunciar este derecho de control, pues está establecido a su favor.

Pero esta limitación, de existir, plantea varios problemas. Uno de ellos es que la misma obliga a tener que acreditar en todo caso de disposición del derecho de superficie que se ha cumplido la circunstancia de haberse edificado al menos la mitad de lo previsto, salvo que ya figure registrada como terminada la obra nueva consistente en la edificación o que se acompañe la autorización del propietario. La forma natural de acreditar tal circunstancia es la certificación del arquitecto.

Otro problema es si esta limitación impide la transmisión por causa de muerte, problema que opinamos hay que resolver negativamente. En cambio, entendemos que la enajenación forzosa por ejecución judicial queda imposibilitada, salvo que se trate de ejecución en méritos de hipoteca autorizada por el dueño del suelo.

por causa de muerte. En cambio, creemos que podrá pactarse el tiempo de duración del derecho de superficie por durante la vida del superficiario, lo que impedirá su transmisión por causa de muerte, mas no la entre vivos, aunque ésta quedará dificultada. Entendemos que no será admisible el pacto de que la transmisión o gravamen del derecho de superficie implique la extinción del mismo.

La Ley del Suelo, además, se produce aquí con correcto tecnicismo, pues establece la disponibilidad del *derecho de superficie*, o sea que es este derecho el que propiamente se transmite, grava o de otra manera se dispone, independientemente de si está o no terminada la edificación correspondiente. Esta puntualización es importante. No se enajena o grava la propiedad superficiaria sino el derecho de superficie, con el que se halla inseparablemente conectada la propiedad separada superficiaria, si existe.

Sin embargo, la Ley del Suelo, como el Reglamento Hipotecario, debían precisar más la relación que la propiedad superficiaria guarda respecto del derecho de superficie, que es su soporte. Hubiera sido recomendable que a semejanza del Derecho alemán se hubiere dispuesto que la edificación o propiedad separada superficiaria era parte esencial integrante del derecho de superficie.

Por tanto, todo adquirente del derecho de superficie adquirirá con él la propiedad superficiaria sobre la edificación (62).

El titular del derecho de superficie, ¿podrá constituir un derecho de superficie sobre el suyo propio? En nuestra legislación no se prohíbe, pero entendemos que para ello debe existir la propiedad superficiaria, o sea, existir la edificación.

También el superficiario podrá gravar con servidumbre su derecho de superficie con propiedad superficiaria, pero su subsis-

(62) Hay autores que dudan acerca de si el objeto del acto dispositivo es el derecho de superficie o la propiedad superficiaria, mas olvidan que antes de la edificación puede ser enajenado el derecho de superficie, aunque se requiera en principio la autorización del *dominus soli*, y además que el derecho de superficie es el factor básico que posibilita la existencia de la propiedad superficiaria, pues constituye su soporte y factor impeditivo de la accesión. GULLÓN (ob. cit., pág. 16) vacila, pero es que parte de la idea de que cuando el superficiario ha hipotecado la construcción y renuncia el derecho de superficie a favor del dueño del suelo, la hipoteca sigue gravando exclusivamente el edificio. Pero después vuelve al buen camino.

tencia quedará supeditada a la extinción del derecho de superficie (63).

No cabe duda que entre las facultades dispositivas del superficiario entra la renuncia propiamente dicha, o sea, no traslativa, del derecho de superficie, aunque no exista edificación alguna construida y exista dicha limitación de disponer sin autorización del dueño del suelo, en tanto no se haya construido la mitad de la edificación convenida.

Por último, no puede considerarse que la inscripción del acto dispositivo tenga valor constitutivo para la trascendencia real del acto porque la inscripción constitutiva la exige la Ley en el derecho de superficie para que éste nazca o exista, así como para sus modificaciones que alteren su extensión o substancia, mas no para su enajenación y gravamen (64).

4. Derecho de *tanteo* y de *retracto*.

La Ley del Suelo dispone que «en las *enajenaciones onerosas* efectuadas por el propietario del terreno *a favor de los particulares*, el superficiario también ostentará los mismos derechos de *tanteo* y, en su caso, de *retracto*», que antes se ha concedido al dueño del suelo.

Lo dicho antes para el caso inverso es aplicable aquí, pero obsérvese que en el caso que nos ocupa, estos derechos de adquisición preferente no proceden en toda enajenación onerosa, sino tan sólo en las que sean a favor de particulares, es decir, se excluyen las enajenaciones onerosas a favor del Estado y demás entes públicos.

5. El superficiario tiene otros derechos, como, por ejemplo, el de percibir la indemnización que corresponda cuando el derecho de superficie caduque y haga tránsito al *dominus soli*.

* * *

Por último, entremos en el estudio de los supuestos más importantes de extinción del derecho de superficie.

(63) Igualmente puede adquirirlas en beneficio de su derecho de superficie con propiedad superficiaria existente. Véase GULLÓN, ob. cit., pág. 85.

(64) Si el gravamen consiste en el derecho real de hipoteca, la inscripción será naturalmente constitutiva por exigencias de la regulación de la hipoteca misma.

A) Extinción del derecho de superficie *por transcurso del tiempo de duración* fijado.

Es el clásico supuesto de extinción de un derecho por caducidad, es decir, por haberse agotado el tiempo de vida que se le señaló al ser constituido, dentro del tiempo máximo determinado por la Ley.

La Ley del Suelo dispone que «el derecho de superficie se extinguirá por transcurso del plazo que se hubiere determinado al constituirlo». Ya hemos visto que para poder ser inscrito y, por tanto, para existir, la duración del derecho de superficie no puede exceder de cincuenta años. Y agrega esta Ley que «cuando se extinga el derecho de superficie, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto del pacto, deberá satisfacer al superficiario una *indemnización* equivalente al valor de la construcción según el *estado* de la misma en el nombre de la *transmisión*». El artículo 16 del Reglamento Hipotecario dispone que, «transcurrido el plazo, lo edificado *pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario*».

Sobre esta caducidad del derecho de superficie por vencimiento del término resolutorio, es decir, por decurso del plazo de su duración, examinaremos primeramente sus efectos normales y después el alcance de los pactos en este supuesto.

Al vencer el término fijado para la duración del derecho de superficie, éste queda *automáticamente extinguido*.

Si en tal momento *no existe edificación* construida, el *dominus soli* recobra su antigua libertad de movimientos y, aunque sea otro el que construya en lo sucesivo, operará perfectamente la *accesión* con la regla *superficies solo cedit*. Extinguido el derecho de superficie, nadie puede obstaculizar ya su facultad dominical de construir fundado en la anterior existencia del derecho de superficie. En cambio, si la *edificación existe*, la propiedad de la misma *hace tránsito* al *dominus soli*, y éste deberá *indemnizar* al superficiario el valor que la edificación tenga al tiempo de caducar el derecho de superficie.

El *tránsito de la propiedad* de la edificación al *dominus soli* constituye un fenómeno semejante al de la *accesión*, pues si el derecho de superficie paralizó el efecto atributivo de ésta, la paralización fué por todo el tiempo de duración del derecho de super-

ficie, que constituía el obstáculo, de modo que una vez extinguido éste recobra la accesión su poder de atribución, y la propiedad de la edificación deja de ser una propiedad separada superficiaria y a ella se extiende la propiedad del terreno (65).

En cuanto a la obligación del *dominus soli* de *indemnizar* al superficiario, su exigencia es lógica, pues en el fondo es una resultancia de la actuación de la accesión, al quedar descongelada, ya que hay que asimilar este caso al en que concurre buena fe.

No creemos que esta indemnización haya de ser previa al tránsito de la propiedad de lo edificado al *dominus soli*, pues éste queda obligado a indemnizar, y dicho tránsito es automático.

La Ley del Suelo dice que esta indemnización deberá satisfacerla el *dueño del suelo* al *superficiario*, pero habría sido mejor referirse *al que a la sazón sea dueño del suelo*, como persona obligada a indemnizar *al que también a la sazón sea el superficiario*. Así debe entenderse. Si la propiedad del terreno y el derecho de superficie han cambiado de titulares, aunque sea por venta u otro título no hereditario, hay que estar a la titularidad de uno y otro que se halle vigente al tiempo de caducar el derecho de superficie, como si la obligación de satisfacer dicha indemnización fuese una obligación *ob rem*, en su aspecto activo y pasivo, aunque la misma cristalice al tiempo de extinguirse el derecho de superficie. Sería absurdo que el que en este tiempo fuese propietario del suelo, obtuviera la propiedad de la edificación y que la indemnización tuviera que pagarla el primer *dominus soli*.

Por ello no estimamos necesario normalmente garantizar con hipoteca el pago de tal indemnización (66). El obligado a su pago será el que al caducar el derecho de superficie sea el *dominus soli*. Si acaso, la hipoteca se requerirá a partir de este momento.

(65) En nuestra opinión, el superficiario carece del *ius tollendi*.

(66) SALIS parte de la idea de que se trata de una obligación personal del primer *dominus soli*, y que para afectar la finca precisa constituir hipoteca en garantía del pago de la indemnización. Y añade que en el supuesto de haberse constituido esta hipoteca y de que se haga la misma valer ejecutivamente por el superficiario, una vez caducado el derecho de superficie, de ello resultará la consecuencia extraña siguiente: como dicha hipoteca sólo afecta al terreno, ya que no se extiende a la edificación, de procederse a la adjudicación por subasta del terreno, el *dominus soli* se verá privado del mismo, pero conservara la propiedad de la edificación, a menos que se entienda que al hacer tránsito de ésta al *dominus soli*, la hipoteca se extiende asimismo a la propiedad de la misma.

Claro que si por pacto se exoneró al *dominus soli* de la obligación de satisfacer dicha indemnización, ésta no procederá. Aunque cambiara la titularidad del derecho de superficie por título que no sea de herencia, el nuevo superficiario carecerá de acción para exigir la indemnización (67).

Podrán establecerse pactos o prevenciones referentes a dicho tránsito de la propiedad superficiaria al *dominus soli* por caducidad del derecho de superficie, aparte de la estipulación relativa a dicha exoneración de la obligación de indemnizar; pero estos pactos, prevenciones y estipulaciones no podrán excluir la extinción automática del derecho de superficie, ya que la temporalidad de este derecho constituye una norma de *ius cogens*, pues nuestra legislación no permite la duración indefinida de este derecho. Mas esto no impedirá que al tiempo de su extinción puedan los interesados acordar la renovación o prórroga del derecho de superficie. También será admisible el pacto originario de que, al caducar el derecho de superficie, el superficiario deberá adquirir la propiedad del terreno (68).

No obstante, el artículo 16 del Reglamento parece admitir el pacto en contrario a dicho tránsito de la propiedad superficiaria al *dominus soli*, pero creemos que debe querer referirse a los demás supuestos de pacto ya indicados (69).

(67) Como este pacto o cláusula de exoneración constará normalmente en la inscripción del derecho de superficie, surtirá efectos reales, esto es, respecto de terceros, pues sería injusto que, a pesar de esta exoneración, el superficiario tuviera acción para reclamar el importe de la indemnización.

Todos estos pactos, estipulaciones o prevenciones deberían surtir efectos reales y ser inscribibles o constables en el Registro de la Propiedad, sin necesidad de asegurar su cumplimiento con garantías reales. De garantías hemos visto que habla dicho artículo 16 del Reglamento Hipotecario, las cuales como tales no funcionarían bien del todo. Tales pactos, estipulaciones o prevenciones la Ley debe considerarlas como integrantes del contenido del derecho de superficie, como formando su estatuto jurídico y provistas, por ende, de efectos reales. Esto constituye un grave vacío de nuestra legislación, que en materia de propiedad de casas por pisos empieza a desaparecer.

(68) Admite SALIS que, dada la independencia existente entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria, cabe pactar que, al caducar el derecho de superficie, no se produzca aquel tránsito de la propiedad superficiaria al *dominus soli*, sino que ésta subsista como *propiedad separada* no superficiaria, si bien cuando perezca la edificación quedará extinguida esta propiedad, sin derecho a reconstruirla. Mas como nosotros rechazamos este tipo de propiedad separada simple, no estamos de acuerdo con esta opinión.

(69) Evidentemente, este «pacto en contrario» de que habla dicho artículo 16 del Reglamento Hipotecario es algo conturbador. GULLÓN (ob. cit., página 13) da a entender que se trata del pacto de que, a la terminación del

B) Extinción del derecho de superficie por *infracción de la obligación de tener concluida la edificación dentro del plazo pactado*, que no podrá exceder de cinco años, contados desde la constitución de dicho derecho.

Según la Ley del Suelo, esta infracción provocará *siempre* la extinción del derecho de superficie, sin que el dueño del suelo quede obligado a indemnizar al superficiario en cuantía inferior a los dos tercios de lo que representare la mejora.

Creemos que, en este supuesto, será de aplicación lo expuesto sobre la caducidad del derecho de superficie por decurso de plazo, con la variante de que la indemnización no deberá satisfacerse sino cuando la parte construida signifique una mejora, y aun así, no podrá exceder de dichas dos terceras partes del valor de esta mejora al tiempo de extinguirse dicho derecho superficiario.

C) Extinción del derecho de superficie por *abandono del superficiario*.

Nuestra legislación no prevé esta hipótesis. La legislación alemana la admite, pero siempre que lo consiente el *dominus soli*.

Nuestro parecer es que cabrá la renuncia o abandono unilateral si el acto constitutivo del derecho de superficie lo permite, pero, a falta de este pacto, deberán aplicarse por analogía las normas del Código civil sobre la enfiteusis, especialmente cuando las contraprestaciones de la concesión superficiaria consista en el pago de un canon periódico. ¿Y en los demás casos? Hay base para estimar que si la concesión superficiaria fué gratuita o cuando, siendo onerosa, la contraprestación no consista en un canon, debería admitirse la renuncia o abandono unilateral.

derecho de superficie, el superficiario seguirá siendo dueño de la obra. Pero nosotros estimamos que esto no es admisible. Este autor (ob. cit., pág. 40) afirma que tal precepto contempla el supuesto de que a la terminación de la superficie la propiedad separada del suelo sea del ex superficiario y no del *dominus soli*, si bien no de una manera exclusivamente centrada a ello, sino comprensiva de los diversos pactos que sobre la propiedad de la edificación se pueden hacer, siendo indudable que no excluye la propiedad separada, cuyo nacimiento se producirá en el momento del derecho real de superficie. El mismo autor concluye que las partes tienen libertad para pactar solamente que a la terminación del derecho de superficie la propiedad no pasará al propietario del suelo, pero nada más, naciendo en este momento, no antes, una propiedad separada, porque el dueño se obliga *propter rem* a transmitir la propiedad de la edificación al superficiario.

Claro que los efectos de la renuncia o abandono serán la extinción del derecho de superficie y el tránsito de la propiedad superficiaria de la edificación a favor del *dominus soli*, si estuviere construida (70).

D) Extinción del derecho de superficie por *mutuo disenso*.— Este supuesto no admite discusión sobre su procedencia y efectos.

E) Extinción del derecho de superficie por *expropiación forzosa*.

Puede ser total o parcial, pero en uno y otro caso el precio de la indemnización se distribuirá entre el superficiario y el *dominus soli*, a proporción del respectivo valor que el derecho de uno y otro tuviere al tiempo de la expropiación.

F) Extinción del derecho de superficie por *confusión*.

Tiene lugar cuando se reúnan en una misma persona la cualidad de superficiario y la de *dominus soli*.

Esta reunión se produce cuando el superficiario adquiere el dominio del terreno por compra, legado, herencia u otro título, o inversamente, y también cuando un tercero adquiere por cualquier título uno y otro derecho.

Impedirá que la confusión sea definitiva cuando, por ejemplo, el *dominus soli* sea propietario del terreno, pero gravado de sustitución fideicomisaria o por derecho de recobrar derivado de una venta con pacto de retrovender, o por una reserva sucesoria, o por cualquier otra condición, de especie resolutoria.

G) Extinción del derecho de superficie por *perecimiento de la edificación*.

Esta extinción sólo tendrá lugar cuando se hubiere pactado.

El derecho de superficie subsiste durante todo el tiempo de su duración, de suerte que si la edificación en propiedad superficiaria perece totalmente o en parte considerable que la haga inservible, el superficiario podrá reconstruirla, pues es regla admitida

(70) Para SALIS, después de hecha la construcción, la propiedad no puede extinguirse con la renuncia o abandono del superficiario ni puede ser adquirida por el *dominus soli*, ya que falta un acto de transferencia. El efecto de la renuncia no se manifestará sino en lo futuro y precisamente cuando perezca la edificación, pues entonces operará la accesión. El pensamiento de este autor es que, a pesar de dicha renuncia, subsiste la propiedad de la edificación como propiedad separada, cosa que nosotros no admitimos.

que el perecimiento de la edificación no implica la extinción del derecho de superficie. El Código civil italiano así lo preceptúa, pero admite el *pacto en contrario*, en cuyo supuesto dicho perecimiento originará la extinción del derecho de superficie.

Consideramos aplicable a nuestro Derecho esta doctrina.

* * *

Para completar esta materia relativa a la extinción del derecho de superficie es necesario tratar: primero, de las causas que no implican extinción del derecho de superficie o cuya aplicación es dudosa, y, segundo, de los efectos de la extinción del derecho de superficie respecto de las hipotecas y demás Derechos reales impuestos sobre el derecho de superficie.

Primero. ¿En nuestro ordenamiento legal, cabe propiamente hablar de la *prescripción* como causa de extinción del derecho de superficie?

En rigor, esta causa sólo sería aplicable especialmente al derecho de superficie con derecho anejo de construir. El Código civil italiano admite esta prescripción por el no uso durante veinte años de la facultad o derecho de construir.

De admitirse esta causa en nuestro Derecho, el tiempo de prescripción debería ser el general de treinta años. Pero, ¿cabe esta prescripción? Todo depende de si el plazo para realizar la construcción (que no puede exceder de cinco años) es de imposición preceptiva, y que, aun de no adoptarse, regirá dicho plazo de cinco años. Considerándolo así, no cabrá dicha prescripción del derecho de superficie, pues el transcurso de este plazo implicará más bien la resolución automática del derecho de superficie.

Otro caso dudoso es el relativo a si cabe pactar como causa de extinción del derecho de superficie una *condición resolutoria*.

Nosotros creemos que sí, pero siempre que, con el cumplimiento de la condición resolutoria pactada no se consiga un resultado equivalente al del *comiso*, ya que del tan repetido art. 16 del Reglamento Hipotecario resulta su exclusión.

Ha de tenerse en cuenta que, según el art. 1.648 de nuestro Código civil, el comiso procede por *falta de pago de pensiones* de tres años consecutivos, por *incumplimiento de pactos* o por *dete-*

rioro de la finca. Luego si en el derecho de superficie no cabe el comiso, la condición resolutoria sólo extinguirá el derecho de superficie en los casos en que no se trate de falta de pago de pensiones, de incumplimiento de pactos o de deterioro de la finca (71).

Segundo. ¿Qué efectos produce la extinción del derecho de superficie sobre las *hipotecas y demás Derechos reales* impuestos sobre el mismo?

La Ley del Suelo dispone que «la *extinción* del derecho de superficie por *decurso del término* provocará la de los *Derechos reales* impuestos por el superficiario, pero si éste tuviera derecho a indemnización, ésta quedará subrogada en los [derechos] de garantía». Y añade que «si por cualquier *otra causa se reunieran* en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, los Derechos reales que recayeren sobre uno y otro derecho *continuarán* gravándolos separadamente» (72).

(71) En Alemania ha preocupado esta materia de la extinción del derecho de superficie por cumplimiento de condiciones resolutorias. La Ley ha puesto coto a las pretensiones de los propietarios de los terrenos dirigidos a conseguir cuanto antes la extinción del derecho de superficie mediante exigir estipulaciones que funcionasen como verdaderas condiciones resolutorias, lo que redundaría en perjuicio de los superficiarios, haciendo poco apto para el crédito hipotecario el derecho de superficie.

Sin embargo, admite pactar que el superficiario vendrá obligado a transmitir al *dominus soli* el derecho de superficie, con la propiedad superficiaria, cuando no cumpla determinadas obligaciones integrantes del contenido del derecho de superficie, entre ellas las obligaciones de pagar cierto número de pensiones vencidas. El incumplimiento de estas obligaciones origina, pues, dicha obligación de transmitir, al modo de una *reversión*, no de efectos automáticos reales, sino atributiva al *dominus soli* de una pretensión de reversión. En este caso, el derecho de superficie y la propiedad superficiaria de la edificación son adquiridos por el *dominus soli* gracias a la transmisión obligada por parte del superficiario, y, por tanto, el derecho de superficie subsiste, sin extinguirse por confusión, a pesar de tener como titular el mismo *dominus soli*, como si se tratara de un derecho real sobre cosa propia.

Esta reversión tiene la ventaja de que las hipotecas sobre el derecho de superficie subsisten. Pero en nuestro Derecho no parece posible aplicar este criterio a pesar de que tanto la Ley del Suelo como el artículo 16 del Reglamento Hipotecario emplean la palabra «reversión» precisamente en caso impropio de caducidad; esto aparte de que, como vamos a ver seguidamente, no se requiere este rodeo para lograr aquella subsistencia en las hipotecas.

Además, esta subsistencia en una misma persona de la propiedad del suelo y de la titularidad del derecho de superficie es inadmisibles en nuestro sistema, salvo en casos excepcionales, como el que veremos seguidamente.

(72) Este modo de expresarse la Ley del Suelo es correcto, pues los Derechos reales recaen propiamente sobre el derecho de superficie y sólo por extensión afectan a la propiedad superficiaria. Por tanto, no cabe afirmar que la hipoteca u otro derecho real se constituye sobre la propiedad superficiaria, pues recaen directamente sobre el derecho de superficie.

Por tanto, los efectos son distintos según que el derecho de superficie se extinga por caducidad, o sea por vencimiento del término de su duración, o que se extinga por otras causas; en el primer caso, la extinción del derecho de superficie y consiguiente tránsito de la propiedad superficiaria de la edificación al *dominus soli*, produce la extinción del derecho de hipoteca y demás Derechos reales, mientras que subsisten en otro caso.

Pero esto sugiere algunas consideraciones:

No es de pensar que esta subsistencia de la hipoteca y demás Derechos reales sea siempre independiente de la duración del derecho de superficie, ya que es lógico que se extingan cuando venza el tiempo en que naturalmente habría caducado automáticamente el derecho de superficie.

Cuanto se dice de la extinción del derecho de superficie por decurso del plazo de su duración, ha de estimarse igualmente aplicable al caso de que el superficiario infrinja su obligación de edificar en el plazo, no superior a cinco años, antes de mencionada, ya que este incumplimiento origina también dicha caducidad.

La subsistencia de la hipoteca y demás Derechos reales, fuera de los casos de caducidad del derecho de superficie, hace naturalmente que este derecho subsista, con la propiedad superficiaria de la edificación, a los exclusivos efectos de dicha hipoteca y demás Derechos reales, y por mientras se hallen vigentes, produciéndose entonces un supuesto de derecho en cosa propia (73) y (74).

(73) SALIS distingue según se trate de una hipoteca sobre el derecho de superficie o sobre la propiedad superficiaria. Pero esta distinción es inadmisibles.

(74) Hay bastante semejanza en este caso con el previsto por el número 1.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, que proclama la subsistencia de la hipoteca sobre el derecho de usufructo cuando éste concluya por voluntad del usufructuario. Pero la Ley del Suelo en estos casos no habla de conclusión del derecho de superficie, ni de extinción de este derecho por su confusión con la propiedad del suelo, sino de la *reunión* de uno y otra en una misma persona, reunión esta que no implicará la extinción del derecho de superficie mientras la subsistencia del derecho de superficie, y por ende, de la propiedad separada, resulte útil para el titular de la hipoteca u otro derecho real afectante a este derecho superficiario. A veces la subsistencia podrá también resultar útil para el *dominus soli*, como por ejemplo, cuando después de constituido el derecho de superficie fallece el propietario del terreno y adquiere éste su heredero o legatario con el gravamen de sustitución fideicomisaria. Si este heredero o legatario compran al superficiario el derecho de superficie con la consiguiente propiedad de la edificación, será de interés para ellos que la extinción no se produzca, pues entre tanto el fideicomiso del suelo no contamina a la superficie.

Véase en este punto a GULLÓN, ob. cit., pág. 19.

Hablemos ahora de los gravámenes existentes sobre el terreno.

Cuando el *dominus soli*, después de haberse concedido el derecho de superficie, grava el terreno con hipoteca u otro derecho real, estos gravámenes se extenderán a la edificación superficiaria existente si el derecho de superficie se extingue por caducidad. Lo mismo ocurrirá cuando esta extinción se produzca por otras causas, salvo que el superficiario haya gravado su derecho con hipoteca u otro derecho real, pues mientras éstos subsistan la Ley del Suelo dispone que los Derechos reales que recayeren sobre los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario continuarán gravando *separadamente* sobre uno y otro derecho respectivamente.

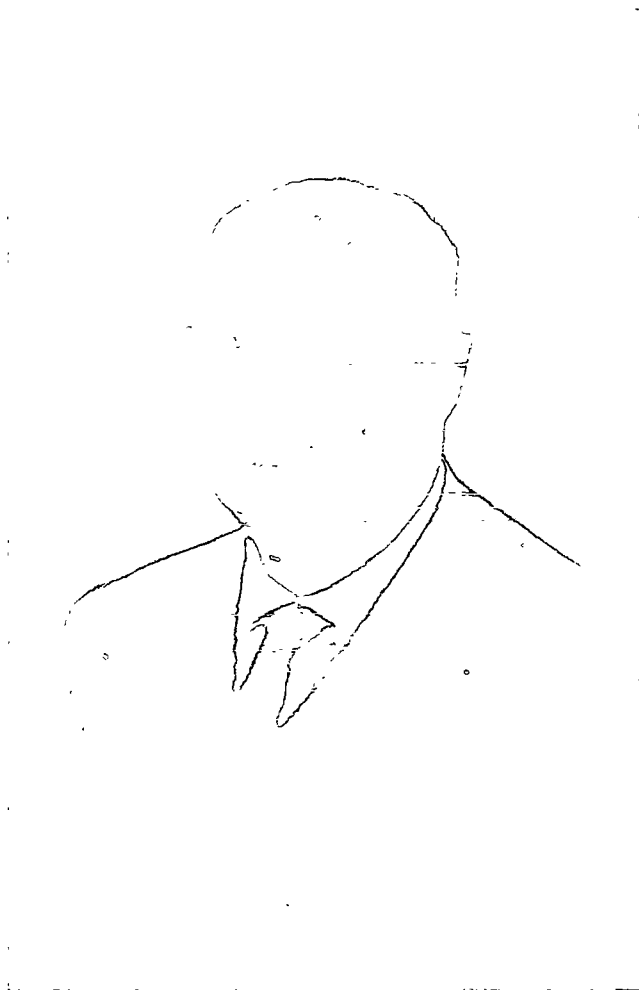
Respecto de la hipoteca y demás Derechos reales que ya graven el terreno al tiempo de concederse el derecho de superficie, hay que estimar, por regla general, que se extienden o propagan a éste y, por tanto, a la propiedad superficiaria sobre la edificación que posteriormente se efectúa (75), a menos que el titular de la hipoteca u otro derecho real consientan lo contrario. Además, en caso de hipoteca, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria, no se producirá tal extensión cuando la finca hipotecada pasare a un tercer poseedor y éste concediere a otro el derecho de superficie, base de la nueva edificación que, como propiedad superficiaria, se construyere sobre el terreno hipotecado (76).

RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE,

Notario de Barcelona
y Registrador de la Propiedad.

(75) El artículo 2.816 del Código civil italiano dispone que la hipoteca inscrita sobre el terreno no se extenderá a la superficie.

(76) Respecto del derecho arrendaticio, regido por la Ley especial de arrendamientos urbanos, que recaiga sobre la propiedad superficiaria, cabe sostener su subsistencia en todo caso, incluso en el de extinción por caducidad del derecho de superficie, salvo que se dé el supuesto previsto en el número 12 del artículo 114 de dicha Ley arrendaticia, que permite la resolución del arrendamiento constituido por el usufructuario, en el caso de extinción del usufructo, cuando el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario fueren notoriamente gravosas para la propiedad. Puede verse con más extensión este problema en nuestro *Suplemento al Derecho Hipotecario*, 1960, pág. 155.



Ilustrísimo señor don Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro,
Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad

LEY HIPOTECARIA

A QUE SE REFIERE

LA AUTORIZACION PEDIDA POR EL GOBIERNO.

A LAS CORTES

Convencido el Ministro que soberbio de la urgente necesidad de reformar nuestra defectuosa legislación hipotecaria, si tal nombre merece el cúmulo de disposiciones inconsonantes que la forman, deducidas unas de las prácticas del derecho romano, lo más celtas de las instituciones del sistema feudal, consideró como una de sus primeras obligaciones el de acudir á la comisión de Códigos para que con el celo é inteligencia que tanto la distinguen en su ley, se acordara antes el proyecto de ley hipotecaria que le estaba encomendada.

Y los trabajos sus predecesores, con la que en otros países, habian presentado en dos legislaturas consecutivas las bases que habian de servir de fundamento al proyecto de reforma. Estas bases, si bien reducidas en número, dejaban ya comprender que en vista del desarrollo de la industria y del comercio, del espíritu de especulación que agita á las sociedades modernas, y del prodigioso aumento de la riqueza pública, la nueva ley debería á la propiedad hipotecaria, suscribir y por medio de sus disposiciones legales, que le son esenciales para su aumento y mejora. La igualdad en sus derechos, como ya puede llegar al grado de perfección que reclama su importancia, en emprender obras, cuando se exigen considerables anticipos, sin cotener, por decirlo así, en el caso de ser las familias que multiplicando sus fuerzas naturales por la acción de la potencia obradora humana. Estos recursos las proporcionan el crédito territorial que en desarrollo de cambio de una buena legislación hipotecaria, porque dando á conocer el verdadero estado de la propiedad, asegura á los que tienen parte en tales negocios el reembolso y el interés de sus capitales.

Estas consideraciones arraigadas en el ánimo de todos, y la escasa capacidad por poner cuanto más de los beneficios de una legislación á la altura de las necesidades presentes, no concilian que en adelante á la publicación del Código civil, del que esta ley habia de formar una de sus partes; ley por otro parte de tal carácter y de tan gra-

ve, e implicaciones, que los pueblos más adelantados en civilización están continuamente y con sumo estudio retocando para mejorarla.

El Gobierno ha creído preferible al sistema de hacer seguir hasta ahora, presentar la ley íntegra á la deliberación de las Cortes, para que examinando el conjunto de sus disposiciones, y recomendando mejor sus fundamentos, pudieran con tranquilo ánimo prescribir su voto á la comisión de Códigos, respondiendo con laudable celo á la confianza del Gobierno, presentándole en obra, acompañándola de una exposición de los motivos que le sirven de fundamento, y que á la vez expresen la extensión, espíritu y alcance de todas sus disposiciones.

Examinados ambos documentos, y conforme con su dictamen el Ministro que suscribe, tiene la honra de presentar á las Cortes, competentemente autorizado por S. M. el adjunto proyecto de ley hipotecaria. Como dicho expediente para ilustrar la discusión, acompaña la consulta y exposición de motivos, que están como el mejor preliminar y la autorización contenida de la ley.

Madrid 2 de Julio de 1863.—Benigno Fernandez S. J. de C.

EXPOSICION

de los motivos y fundamentos del proyecto de ley hipotecaria.

La comisión de Códigos tiene la honra de elevar á V. E. el adjunto proyecto de ley de hipotecaria. Al cumplir con este deber, cree que está en el caso de suministrar los fundamentos cardinales del proyecto y de las disposiciones más importantes que contiene.

No necesita la comisión examinar las vicisitudes de nuestro actual sistema hipotecario. El Código anterior en 1.º de Mayo de 1805, según es manifestado por la necesidad imperiosa de la reforma. Con sobrado motivo cree que en estas leyes hipotecarias están contenidas por lo común y por lo común, porque en su máxima esencia representa la propiedad,

Leyenda: Facsímil del DIARIO DE LAS SESIONES DE CORTES, en el que se inserta la Ley Hipotecaria, y en el que puede leerse la autorización pedida por el Gobierno y el comienzo de la famosa Exposición de Motivos.

DIARIO

DE LAS

SESIONES DE CORTES.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS.

Proyecto de ley, remitido por el Senado, autorizando al Gobierno para plantear la ley hipotecaria.

AL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS.

El Senado, habiendo tomado en consideración lo propuesto por el Gobierno de S. M., ha aprobado el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º El proyecto de ley hipotecaria, presentado por el Gobierno al las Cortes, no publicará desde luego como ley en la Península ó islas adyacentes

Art. 2.º Esta ley empezará a regir dentro del año siguiente á su promulgacion en el día que señale el Gobierno. Y el Senado lo pasa al Congreso, acompañando el expediente, para los efectos prescritos en la Constitución.

Palacio del Senado 29 de Noviembre de 1866.—El marqués del Duero, Presidente.—Manuel Cantero, Senador Secretario.—El marqués de Santa Cruz, Senador Secretario.

Legenda Facsimil del DIARIO DE LAS SESIONES DE CORTES, relativo al proyecto de ley remitido por el Senado al Congreso de los Diputados autorizando al Gobierno para plantear la Ley Hipotecaria.

La década 1851-1861

CIRCUNSTANCIAS HISTÓRICAS DE LA PRIMERA LEY HIPOTECARIA

¿Y qué no se ha dicho del estúpido «siglo XIX», como se le ha calificado con absurdo y repetido sin criterio?

(P. FÉLIX GARCÍA.)

No pretenden estas páginas ofrecer más que un ligero boceto del escenario y de los personajes y sucesos históricos entre los que se desarrolló el proyecto y apareció la Ley cuyo centenario conmemoramos.

Y ello no sólo por un afán de investigación retrospectiva, sino porque compartimos lo que ha escrito JULIÁN MARÍAS, en su reciente artículo *La España Contemporánea*: «Si las generaciones que van a regir a España en la segunda mitad del siglo XX tuvieran en su mente la línea clara de lo que ha sido la historia de los últimos doscientos años, me sentiría, sólo con eso, increíblemente más esperanzado. El porvenir próximo de España depende en buena parte de que predomine el trazo nítido de la tinta de los historiadores o la turbia de todos los calamares.»

Para dar a nuestra ligera evocación cierta perspectiva histórica ordenada, intentaremos presentar algunos datos, figuras y rasgos —más bien siluetas—, de los diez años que precedieron a la Ley, distinguiendo, aunque se interfieran en su contexto, los apartados que siguen:

I. El Madrid de la década 1851-1861.—II. Transición literaria.—III. La reina. Su séquito personal. Sus primeros ministros.—IV. Del panorama europeo al nacional. a) Reflejos de Europa. b) Inmediato antecedente español.—V. Efemérides política del decenio. a) Bienio de «orden». b) Cinco años y medio de «relevos». c) Dos años y medio de «equilibrio».—VI. Reverso y anverso de la unión liberal.—VII. El Parlamento Largo.—VIII. Visperas gloriosas.—IX. Gobierno y Comisión redactores de la Ley.

I.—EL MADRID DE LA DÉCADA 1851-1861.

El Madrid del decenio que nos ocupa—a partir de 1851—no es de fácil reconstrucción, sobre todo si pensamos en el actual. Casi es su contrafigura. Lo que no es de extrañar; pues si toda la nación en julio último contaba con un censo de población de más de 30.000.000, hace un siglo oscilaba entre los 10 y los 15 (10.541.221 en 1797, y 15.494.514 en 1857), sin contar que en dos provincias, como Teruel y Guadalajara, la población ha descendido.

Albergaba, pues, Madrid en 1851, el cuarto de millón de habitantes, y estos 250.000 vecinos, que no madrileños, se acumulaban en una Villa con características como éstas: vieja, más que antigua; sus contados palacios y edificios señoriales alternaban con pobre y vulgar caserío en calles estrechas, empedradas, y aproximadamente de la misma extensión y carencia de urbanismo de hacía un par de siglos. Para que nada faltase, aparecía encerrada en una cerca de puertas y postigos, por los que apenas podía asomarse a los desolados campos de sus alrededores.

No es que dejaran de construirse palacios; pero lenta y aisladamente. Así, el de las Cortes, empezado en 1843 sobre el solar de la antigua iglesia y convento del Espíritu Santo, se terminó precisamente en 1850, y se abre como pórtico de esta década parlamentaria.

Pero al acabar aquel año, como si presintiera la Villa y Corte que en los venideros, y a lo largo del decenio que se contempla, iba a multiplicar rápidamente su población—esto es, ya en 1851—, un Ministro civil de un gobierno militar, el Abogado extremeño, formado en Sevilla, don Juan Bravo Murillo, acometió y realizó, en

dos etapas, la magna empresa de dotar a Madrid de las abundantes y finas aguas que ofrecía el río Lozoya, a sesenta kilómetros de la capital.

Merece este acontecimiento que se recuerden algunos detalles de tanto interés, cuanto hubieron de superar sus realizadores la pobreza de medios y las dificultades propias de aquellos tiempos. La primera piedra de la gran presa—de treinta y un metros de altura, en la garganta del pontón de Oliva—fué colocada con el nombrado Ministro por el rey consorte don Francisco de Asís, el 11 de agosto de dicho año. Y digase también, en honor de los gobiernos progresistas, que desplazaron al moderado iniciador de las obras, que éstas pudieron continuarse hasta 1857, venciendo estos graves apuros económicos; y gracias a la continuidad del esfuerzo llegaron, por fin, las aguas canalizadas al depósito de la calle Ancha de San Bernardo.

Allí las recibieron solemnemente—pasamos ya a junio de 1858—reyes y pueblo congregados, siendo Presidente del Gobierno el moderado don Francisco Javier Istúriz. Tal acontecimiento fué como el espaldarazo o punto de partida de la mayoría de edad de la capital de España.

Simultáneamente, en 1857, se firmaba un Real Decreto, al que había de seguir un estudio completo con sus correspondientes comisión y proyecto, de lo que en adelante había de llamarse, y para siempre, de una manera gráfica, el ensanche de Madrid.

Ensanche laborioso, que tarda años en acometerse y muchos más en concluirse; pero en cuya virtud las cercas desaparecieron y los viejos caminos, abiertos como abanicos junto a las antiguas puertas, se vieron jalonados de edificios de más empaque, iniciándose una etapa de progreso que no ha terminado en la historia del desarrollo urbanístico de la Corte.

Por todo ello, Madrid, en menos de cincuenta años, vió engrandecer y dignificar su casco urbano, duplicar su heterogénea población por la transformación social y renovación técnica, tanto como por el avance que aportaron los mismos cambios políticos.

Y, desde luego, por la inquietud espiritual y ansiosa de mejoras de aquella sociedad, en todos los órdenes. Ley histórica, sin duda, de cualquier crecimiento normal; pero, en este caso, obra también innegable de una época de restauración política y económica a la

que contribuyó también como exponente y medio, la Ley Hipotecaria de 1861; positivo avance jurídico desplegado, en jalones que luego esbozaremos, para dar seguridad a la propiedad urbana, tanto como a la rústica, y contribuir de este modo a su fomento por la afluencia de capitales.

II.—TRANSICIÓN LITERARIA.

Empezó esta brillante década—repetimos 1851 a 1861—liquidando la anterior, de pugna entre el final de lo romántico y el comienzo de lo neoclásico. Y, como toda etapa de transición, se ofrece combativa y contradictoria.

Desfilan y desaparecen figuras representativas de uno y otro sector literario a lo largo del decenio. En 1851, el poeta y académico duque de Frias, don Bernardino Fernández de Velasco, académico, embajador, Cruz Laureada de San Fernando y, por liberal—durante la represión absolutista—, refugiado en Francia.

En 1852, el polígrafo extremeño don Bartolomé José Gallardo, durante su mocedad oficial en Salamanca de la Contaduría de propios de aquella ciudad, y versificador erudito más que poeta.

En 1853, el presbítero zamorano y también liberal—aunque antirromántico en el campo literario—, don Juan Nicasio Gallego, que acompañó al antedicho duque en el destierro político, y, cambiadas las tornas, falleció siendo Secretario perpetuo de la Real Academia Española.

Fué este decenio fecundo: *a*), en generales y ministros poetas; *b*), en tertulias literario-políticas; *c*), en actores que eran también autores; *d*), en jurisconsultos de alto relieve, y *e*), en epígonos del romanticismo.

Pasemos lista a los más destacados con el recuento de sus nombres y rasgos en una rápida revisión.

a) De generales y ministros poetas.—Don Antonio Ros de Olano, nacido en Caracas e íntimo de Espronceda; diputado independiente en las Cortes de 1838, y veintiún años más tarde, jefe de un Cuerpo de Ejército en la guerra de Africa, llamada «Chiquita» (pero también «Grande», como veremos en el apartado 8.º, Vísperas gloriosas) que conquistó por su bravura el título, aún presti-

giado en sus sucesores, de marqués de Guad el Jelú; ministro, después, de la cartera acumulada de Comercio, Instrucción y Obras Públicas; senador, embajador, capitán general y, sobre todos estos títulos, o, a pesar de ellos, bastante *poeta*.

b) *De tertulias literario-políticas*.—Como la que presidía en el palacio de Villahermosa el marqués de Molins, don Mariano Roca de Togores, y en la que se revelaron poetas de tan varios quilates como: Zorrilla, Campoamor, Grilo o Núñez de Arce.

c) *De actores que eran autores*.—Como Julián Romea, que con su esposa Matilde Diez inmortalizó la escena española en el teatro del «Príncipe».

d) *De jurisconsultos de alto relieve*.—Como don Nicomedes Pastor Díaz, autor de la primera Ley de Propiedad Intelectual, eximio poeta fallecido en 1863. Sin contar los que luego presentaremos como especialistas en Derecho civil e hipotecario en cuanto se relacionan con la codificación y con los proyectos de leyes sobre hipotecas.

e) *De epigonos del romanticismo*.—Como la mayoría de los que antes se citan y Ventura de la Vega o Escosura, discípulos del discutido don Alberto Lista, en el Colegio de San Mateo.

Siguiendo otro criterio enumerativo—por las provincias de origen—, cuatro capitales andaluzas se ofrecen a título de ejemplo con otros tantos poetas y políticos de acción, símbolos de esta década:

Granada.—Con don Francisco Martínez de la Rosa, Catedrático de Filosofía, embajador y presidente del Consejo de Ministros, a quien veremos hasta en el «parlamento largo», pues falleció en 1862.

Cádiz.—Con don José Joaquín de Mora, ex prisionero en la gloriosa efemérides de Bailén, y cónsul de España en Londres; muerto en 1864.

Córdoba.—Con el duque de Rivas—diplomático y ex ministro también—; don Angel de Saavedra, principal importador del romanticismo en España, que con él desaparece en 1865.

Málaga.—Con don Serafín Estébanez Calderón, «El Solitario y su Tiempo», auditor del Ejército, y con aquel seudónimo biografiado—cuando falleció en 1867—por su sobrino, otro malagueño que le superó en fama, don Antonio Cánovas del Castillo.

Dos notables figuras posteriores representan las excelencias, y también las deficiencias, de la literatura que se desarrolló en esta década y que tanto había de influir en el medio social e incluso en el político. Son las del comediógrafo madrileño don Juan Eugenio Hartzenbusch († 1874), y la del costumbrista riojano don Manuel Bretón de los Herreros († 1881), Secretario perpetuo también, de la Real Academia Española, y Director de la Biblioteca Nacional.

Este ameno observador y cronista de la sociedad de su tiempo con los doce artículos que publicó en el periódico «La Ilustración», fundado por Fernández de los Ríos, bajo el título de *Un año en Madrid, De Santiago a San Juan* (1851-1852), nos permitiría, hasta con nombres y hechos, reconstruir el ambiente social y moral de aquel bienio; pero hemos de renunciar a la tentación ante los límites ya rebasados que impone el tema.

Epoca al mismo tiempo artística y erudita, se forma en ella un don Pedro Madrazo, que ingresa—año de 1865—en la Real Academia de la Historia como concienzudo autor del *Catálogo del Museo del Prado* y del *Viaje artístico de tres siglos de pinacotecas reales*. Y también de adaptación oportunista, o si se quiere, periodística, a la actualidad imperante; así don Pedro Antonio de Alarcón, en el *Diario de un testigo de la guerra de Africa*. El cual sustituye el tema, casi sin solución de continuidad, por las reseñas que habían de constituir su nuevo libro *De Madrid a Nápoles*; y, como subraya el especialista don Tomás García Figueras, con la circunstancia, que no dejaría de ser extraña en otros ambientes, de que habiendo prolongado su vida mucho más allá de la guerra del 60, no se encuentra en su segunda etapa ninguna o muy escasa referencia al hecho bélico que tanto le apasionó y que le llevó como soldado voluntario a Marruecos.

En cambio recogerá en sus *Viajes por España*, Madrid, 1833, la impresión que le produce el eclipse de sol del año 1860, que contemplara en Valencia o, en la crónica de febrero de 1861, titulada *De Hendaya a Madrid*, el estreno del ferrocarril de Burgos a Valladolid.

No todos fueron olvidos. Del mismo publicista señor García Figueras recogemos estos matices que él señala sobre la huella de la guerra de Africa de 1859-60, tan amplia y tan honda en España, en sus colonias y en los países hijos de ella; como los relativos a la interferencia de Inglaterra, extremo aclarado por reciente trabajo de un gran diplomático, don Manuel Aguirre de Cárcer, que ha hecho mucha luz sobre la realidad de esa intervención que nos cerraba el camino de Tánger. O la participación en ella de artistas como Iradier, el famoso compositor, autor, entre otras canciones de «La Paloma», que también se alistó voluntario, como Alarcón, en el batallón de Ciudad Rodrigo. O, en fin, el acento literario casi napoleónico de las arengas y rasgos de sus caudillos, recogidos por el mismo Pedro Antonio y también por Núñez de Arce, en sus deliciosos *Recuerdos de la guerra de Africa*, con pasajes que tienen toda la hondura de un romance fronterizo.

III.—LA REINA. SU SÉQUITO PERSONAL. SUS PRIMEROS MINISTROS.

La Ley Hipotecaria surge en el compás de espera de un gobierno de orden, paréntesis fecundo dentro de un agitadísimo reinado: el de Doña Isabel II. Esta señora, sabido es, que a su temperamento unió una deficiente formación, situada pedagógicamente por el Inspector de Enseñanza Media señor Benito y Durán, en la vertiente laicista del siglo XIX, al encomendarla los políticos liberales al poeta Quintana. Lo cierto es que nubió o enervó otras excelentes condiciones nativas de la regia alumna: generoso y espontáneo corazón; esplendidez irreflexiva y casi pródiga; simpática señoría natural; ingenuidad y llaneza soberanas; longanimidad, que la hacían incapaz de conocer no ya la venganza, pero ni el simple rencor.

Con todo, fué víctima de un conjunto de factores morbosos que de continuo agitaron los mezquinos intereses, dinásticos, políticos o particulares de su desdichada época; tan bastardos y encorados que anegaron desde la cuna el porvenir de Doña Isabel como reina, como mujer y aún como madre.

Contribuyeron a ello, quizá sin proponérselo, tres figuras-ejes de su máxima intimidad: su madre, la intrigante y sagaz reina

gobernadora, Doña María Cristina de Borbón; su esposo y primo hermano, el meticuloso administrador y refinado ególatra, don Francisco de Asís; y el hermano político, que le impuso, como el marido, la política, don Antonio de Orleans, duque de Montpensier; personaje que, por su codicia y deslealtad a la Corona, y por su cicatería egoísta, nunca mereció el afecto de las gentes de España, pese a sus virtudes domésticas, y a sus aficiones inteligentes, como la que sentía por los libros antiguos o por las obras de arte.

A estos tres elementos, permanentes, de su séquito personal, que llevaron por fatales derroteros a la depositaria de la Corona hasta su descrédito y caída, la Historia tiene que unir, escalonados, otros tres factores religiosos que, aun tratándose de una mujer, en el fondo creyente y hasta piadosa, tampoco lograron orientar ni, cuando fué preciso, rectificar su espontánea y a veces lamentable conducta familiar o privada. Aunque uno de ellos, su confesor, San Antonio María Claret, está ya canonizado por la Iglesia y respaldada además su labor por otra gran figura, en vías de serlo: Su Santidad el Papa Pío IX; más el confesor del meticuloso don Francisco de Asís, Padre Fulgencio; y en fin, la combatida monja del convento de Jesús, Sor Patrocinio; quienes tampoco acertaron, antes complicaron con sus intervenciones las ya nefastas de palacio en la política; si bien supieron al final, por lo menos, frente al abandono de tantos palatinos, acompañar y confortar en su destierro a la desgraciada reina.

Frente a esta doble serie de asistentes personales funestos, así del séquito familiar como del palaciego, tres duques y capitanes generales, se repartieron, con vario prestigio y fortuna—pero casi siempre con probada lealtad—, el discutido poder, en nombre de Su Majestad la reina. Y alternaron, con su anuencia—en más de un caso irreflexiva o caprichosa—, el difícil gobierno de la nación; al que rara vez tuvieron acceso autónomo hombres civiles, con la excepción que se verá en el primer bienio de la década.

De izquierda a derecha, por su significación política, están presentes en esta evocación, y luego daremos los detalles precisos de sus actuaciones, el duque de la Victoria, don Baldomero Espartero, ídolo manchego del viejo progresismo; el conde de Lucena, y más tarde duque de Tetuán, natural de las Islas Canarias, don Leopoldo O'Donnell, creador y cauce de la «Unión liberal», y el

duque de Valencia, don Ramón Manuel María Narváez, el espadón de Loja, como le tachaban sus adversarios, o el domador de revoluciones, como le encomiaban los moderados, sus adeptos.

Aunque ya expondremos en otros apartados hechos positivos que demuestran el alcance de su labor, conviene adelantar que los tres, con sus positivos defectos, fueron también los soportes fieles de aquel vacilante trono. Tanto, que éste no tardó en hundirse cuando aquéllos desaparecieron.

Pero esto no podrá apreciarse históricamente sino a), como reflejo indirecto del panorama político europeo, y b), como continuación y secuela del inmediato antecedente español. Dos miembros que distinguiremos en el siguiente apartado.

IV. DEL PANORAMA POLÍTICO EUROPEO AL NACIONAL.

a) *Reflejos de Europa*.—Llaman los historiadores «Era romántica de Europa», y también del «Capitalismo liberal», o del «Liberalismo burgués», a la que se encuadra entre los dos Congresos: de Viena, en 1815, y de Berlín, en 1878. Sus seis décadas no coinciden cronológicamente, y menos aún por el desarrollo político-social, con la de España 1851-1861, que interesa aquí bosquejar, como antecedente o prodromo inmediato de la Ley Hipotecaria de 1861.

Por ello sólo vamos a aludir someramente a dos características de dicha etapa en Europa con débiles reflejos en la que contemplamos de nuestra nación.

Primera nota general, base probable de las restantes: el acentuado contraste, que llegó hasta el desequilibrio económico, entre los grupos integrantes de la sociedad; como fruto combinado del liberalismo económico y de la creciente industrialización. Las antiguas clases sociales degeneran, otra vez, en castas; que se enfrentan en lucha política—solapada o violenta, legal o revolucionaria—, según las circunstancias.

Los burgueses, creadores o acumuladores de riqueza—esto es, los capitalistas—erigen a sus campeones en árbitros y proveedores, cuando no en detentadores del poder público.

Frente a ellos, los obreros—el proletariado—, al sentirse cada vez en mayor pobreza y desamparo, oyen con escepticismo los vie-

jos cantos a la libertad, que encuentran vacíos de contenido; o las llamadas filantrópicas a una igualdad que les suena, con razón, a ironía; con lo que el tercer miembro del lema revolucionario francés—la fraternidad—ha quedado en lucha fratricida o, por lo menos, en separación y mutua incomprensión clasista.

Este fenómeno social y político responde, como siempre, a una motivación económica. La burguesía se va transformando de agrícola en industrial; con el banderín del progreso y, por obra del doble juego alterno del maquinismo y el proteccionismo, monopoliza mercados, se enriquece, atesora y se materializa. Directa, o indirectamente, a través de la prensa y de los partidos políticos, que son su hechura y están casi siempre a su servicio acaba por regir y, en cierto modo, monopolizar la vida pública.

Contra estos factores y cauces, de la llamada opinión del pueblo, la auténtica masa obrera, que apenas cuenta con aquellos medios, empieza a utilizarlos. Además de verse abandonada y pobre, se siente explotada por unos y agitada por sus nuevos conductores. Tan materialista, desde su campo, como la burguesía, cuando, vencida o conformista, no se resigna a la miseria o a la emigración, sólo piensa, a vista de su número, en asociarse para organizar y hacer efectiva la resistencia y, cuando sea posible, la rebelión. Conjunto de esfuerzos que acaba por darle personalidad, y reconocida ésta, facilita más o menos ampliamente su acceso al poder.

Si esta evolución, más de una vez acelerada por revoluciones, no es simultánea, sino sucesiva, en los varios países europeos de superior cultura, queda dicho cuanto se retrasa o escalona, y cómo se desarrolla desigualmente, en las varias épocas y regiones españolas. En breves síntesis podrán apreciarse los reflejos del panorama político europeo en el ambiente político español, con la serie continua de ministerios regidos por generales gobernantes con matiz liberal, ecléctico o reaccionario.

Segunda nota de esta época, tristemente especial para España, es el intervencionismo extranjero. Porque entre las dos tendencias políticas predominantes: la liberal o socialista francesa y la reaccionaria o liberal española, se interfiere en nuestro país la comercial e intervencionista británica, que ya se apuntó al aludir a la guerra de Africa, y después, para citar otro caso concreto, se per-

sonaliza en el vizconde de Palmerston (1), el cual se inmiscuye en los pleitos internos de España hasta apoyar—ellos, los protestantes ingleses—a los más católicos de nuestra segunda guerra carlista; o intervenir antes en las bodas regias con su correspondiente candidato. El recuerdo de una conocida anécdota confirmará este curioso aspecto.

Actuaba el citado primer ministro inglés a la vez como sólido exponente, en el Reino Unido, del pacifismo victoriano, y en España, como frío alentador de nuestras discordias civiles; como si repitiera a su agente, el embajador británico—Bulwer—, la consigna de Lord Anglasea a los irlandeses: «Agitad, agitad, agitad». El embajador a sus órdenes debió aplicar con tanto celo la receta que Narváez hubo de emplear a fondo, y con unánime aplauso, su energía tantas veces violenta, para invitarle a abandonar España; que ya padecía superávit de gobernantes propios.

b) *Inmediato antecedente español*.—El ambiente forzado por tantas concausas en la España isabelina, que precede a nuestra década o empalma con ella y la continúa, lo sintetiza magistralmente la pluma siempre ecuánime y documentada del académico señor FERNÁNDEZ ALMAGRO. Trasladaremos parte del cuadro en que reconstruye aquella permanente situación de fuerza con el título «Punto de partida», en su *Historia política de la España contemporánea* (2).

Remonta a años anteriores abarcando el cuarto de siglo desde 1840, y parte acertadamente de este supuesto: el abrazo de los generales Espartero y Maroto, sellando el llamado convenio de Vergara, el año 1839, no liquidó la guerra civil entre constitucionales y carlistas; porque no implicaba la reconciliación de los españoles, cuya pugna persistía.

«Todo—condensa el historiador—resultaría ya forzado, año tras año, por circunstancias adversas a la normalización de la vida pública nacional. Forzado el traspaso—1840—de la Regencia de doña María Cristina al general Espartero, corazón antes que ca-

(1) LORD HENRY JOHN TEMPLE (1784-1865), el viejo «Palm», como le llamaban familiarmente sus conciudadanos

(2) Desde la revolución de septiembre hasta la muerte de Alfonso XII Madrid, Ediciones Pegaso, 1956, pág. 1.

beza del partido progresista, el más avanzado del régimen, contiguo al republicanismo incipiente de la «joven democracia», surge en 1851. Forzada la emancipación de la reina, a la que se declaró mayor de edad, cuando sólo contaba trece años. Forzado el matrimonio de Isabel II con su primo hermano el infante don Francisco de Asís, duque de Cádiz, conraindicado para proporcionar a su cónyuge la felicidad que física y moralmente pudiera apetecer. Forzada la sucesión de los Gobiernos, entre pronunciamientos, golpes de Estado, amagos que en alguna ocasión bastaron, conatos revolucionarios e intrigas de la propia cámara real o «camarilla». Forzado el juego continuo de Constituciones, proyectos y reformas: Estatuto Real de 1834, Constitución de 1837, Constitución de 1845, proyectos de reforma constitucional de Bravo Murillo en 1852; Constitución no promulgada de 1856; Acta adicional de ese mismo año, que tendía a liberalizar la Constitución de 1845; la Ley de 1857, que reformaba también este último Código, pero en sentido restrictivo, y que fué derogada en 1864...

Al margen de esos reñidos textos constitucionales—ninguno asimilado en verdad por el país—la desamortización de los bienes de la Iglesia, determinando el súbito enriquecimiento de un amplio sector mesocrático, vinculó gran parte de la burguesía española a la causa liberal. Si en la azarosa suerte de las Constituciones, la de 1845 gozó de alguna mayor fortuna, sobre todo como punto de referencia en luchas ulteriores, fué porque su carácter doctrinal o transaccional la hacía responder a un momento de tregua civil muy apetecida, y porque los moderados que la elaboraron, logrando relativa estabilidad en el poder, obtuvieron innegables aciertos de gobierno como el muy personal de su jefe el general Narváez, al evitar que repercutiese en España la Revolución de 1848. Esos aciertos, más en el orden administrativo que en el orden político, respondían a la gestión de ministros muy competentes, y no se extendieron al conjunto de la obra de gobierno, porque Narváez, verdaderamente, era hombre más eficaz por su arranque en momento determinado que por su doctrina o concepto del Estado. Con todo, la década «moderada»—de 1843 a 1854— es uno de los dos períodos gracias a los cuales el reinado de Isabel II cuenta en su haber con valiosos servicios al país. El otro período corresponde al Gobierno de O'Donnell—1858-1863—, jefe

de la Unión Liberal formado por los moderados más liberales y por los progresistas más conservadores, en un desgajamiento de sus respectivos partidos.

Obsérvese que ni Narváez ni O'Donnell gobernaron en militar, si damos a este vocablo un limitado sentido de clase. Los dos se asistieron de hombres civiles, y en nombre de la opinión nacional gustaron de moverse en el área constitucional; como no hubo pronunciamiento que no buscase su estímulo o razón de ser en este o en aquel presunto estado de la conciencia pública, tratando así de justificar el hecho de fuerza. Dábase en esto un patente fenómeno de inducción recíproca: Ejército y «pueblo» se influían mutuamente. Espartero, para gobernar muy en liberal; Narváez, en autoritario, aunque en grado desigual, según las circunstancias. O'Donnell, con expresa inclinación a posiciones intermedias. En todo caso, con criterios político-civiles, no sin que se transparentase el movimiento de las ideas—escasas las de fuente nacional—en el ir y venir de hombres y Gobiernos, textos legales y crisis del Poder.»

Y más adelante, califica así el juego de los tres generales claves que se sucedieron siempre en el poder a nombre de Doña Isabel II:

«En virtud de las dotes que acreditaron un Narváez y un O'Donnell—en quienes hubo de polarizarse la política nacional en la segunda mitad del reinado isabelino—, se evitó, ya que no el monopolio castrense del Poder, si que fuesen sus titulares las clases de tropa, como lo hizo temer, en un principio, la coacción ejercida por los sargentos en el motín de La Granja—agosto de 1836—para imponer a la reina gobernadora el establecimiento de la Constitución de 1812. En ese peligroso camino, el generalato no volvió a perder la iniciativa política.

Espartero había quedado muy atrás de Narváez y O'Donnell. No era capaz de representar, a prueba de dificultades, el papel de protagonista que la Historia había querido asignarle. Cayó de la Regencia anulado y se rehizo su prestigio en la Revolución del 54. Pero el subsiguiente «bienio progresista» se liquidó en beneficio de O'Donnell. A Espartero ya no le quedaba nada que hacer. Los hombres civiles del progresismo, aun siendo Olózaga el más cons-

picuo, no se hubieran bastado para devolver al partido su antigua preeminencia.»

En cuanto a los hombres civiles del partido moderado—podemos añadir, finalizando esta visión sintética—, salvo un excepcional presidente como Bravo Murillo, más administrativo que político, si fueron muchos de ellos ministros de positivo mérito, no acertaron, o no pudieron ser, fuera de su especialidad, más que subordinados de aquellos generales. Y si algún hombre civil como González Brabo se empeñó en destacar con propia personalidad, quedó como triste símbolo de aquella contradictoria etapa de transición política entre el absolutismo descarado y el falso constitucionalismo. Basta recordar que este prohombre de segunda en tan azaroso reinado presidió el primero y último de los numerosos gobiernos de Doña Isabel, después de combatirla al principio sin piedad ni decoro desde la prensa libertaria; para abandonarla, destronada al fin, y pasarse al campo carlista. Otro tanto pudiera decirse de Olózaga y algunos más.

En cuanto al pueblo: ignorante, pobre y desconcertado por el triste espectáculo público; en ambiente envenenado por una prensa irresponsable o pasional y en sus sectores más cultos por la masonería que inficionaba hasta los mandos; y todos alucinados por oradores turbulentos o atraídos por generales ambiciosos de segunda fila que aspiraban a escalar la primera, no pudo y, en cierto sentido, no quiso educarse en la libertad cívica. Prefirió negarla, combatirla o profanarla; y así fueron los resultados.

V.—EFEMÉRIDES POLÍTICAS DEL DECENIO.

Sobre dos vertientes políticas separadas por el pronunciamiento liberal de Vicálvaro—en 1854—se desarrolla el decenio 1851-1861, precursor de nuestra Ley Hipotecaria.

Cabe distinguir en este pórtico de la ley:

a) Dos años «de orden»: desde el 16 de enero de 1851 al 14 de diciembre de 1852.

b) Cinco años y medio «de relevos»: desde esta fecha hasta el 30 de junio de 1858; y

c) Dos años y medio «de equilibrio», a partir de aquella fecha hasta la de promulgación de aquella ley que nos ocupa: 8 de febrero de 1861.

Todavía se prolongó el quinquenio propio de la Unión Liberal otros dos años y medio (hasta el 17 de enero de 1863), permitiendo la dificultosa implantación de la misma ley. Pero el estudio de esta fase posterior excede de nuestro plan.

El que corresponde a la década previa que examinamos ofrece en el primer bienio «de orden» la presidencia continua de Bravo Murillo; en el quinquenio siguiente o «de relevos» la discontinua en que agitadamente se suceden hasta ocho gobiernos, a saber: del general Roncali, general Lersundi, conde de San Luis; duque de Rivas, general San Miguel, general Espartero con O'Donnell; éste presidente solo, y el del general Armero; y, por último, el bienio final, o «de equilibrio» compensador de fuerzas políticas, con su único regulador, O'Donnell.

a) *Bienio de orden.*—Políticamente, la década que se cuenta a partir de 1851 empezó con un tranquilo bienio que pudiera titularse «de orden». Lo caracteriza la gestión más administrativa que política de Bravo Murillo, uno de los principales benefactores de Madrid, que le ha demostrado su gratitud elevándole una estatua en la plaza que da acceso a la popular calle de su nombre.

Se había ya acreditado como Ministro de Instrucción, Comercio y Obras Públicas, y, sobre todo, al desempeñar a satisfacción la cartera de Hacienda bajo la presidencia del general Narváez, como político moderado. Pero esto fué hasta el 27 de diciembre de 1850; porque ese día dimitió resueltamente su cargo al no aceptarle el general, y por supuesto los que formaban su gabinete, importantes economías presupuestarias que él estimaba indispensables, si se quería «de verdad» sanear la Hacienda pública y reajustar la deuda del Estado.

Con tan simpática bandera, pocos días después—el 14 de enero de este primer año de la década—, la crisis parcial motivada por la dimisión de Bravo Murillo, arrastró la total del Gobierno Narváez. Y, en cambio, el dimisionario, asistido esta vez por la opinión pública, mereció la confianza de la Corona, hasta el punto de serle confiada, con la presidencia del Consejo, la formación de

nuevo Ministerio. En él, después del cargo de presidente, se reservó la difícil cartera de Hacienda e incluyó: a Bertrán de Lis en Estado; al conde de Mirasol, teniente general Lersundi, en Guerra; al almirante Bustillos, en Marina; a González Romero y Arteta, respectivamente, en Gracia y Justicia y Gobernación; y, en fin, a Fernández Negrete, su colega de candidatura en la diputación a Cortes por Badajoz, en el primer ministerio que él había desempeñado, y todavía tripartito, de Instrucción, Comercio y Obras Públicas.

Fiel a sus convicciones parlamentarias— aunque excesivamente moderadas, como luego demostró— dos días después de jurar el cargo, el 16 de aquel enero—, comparecía ante las Cortes para exponer, como lo hizo al detalle, su programa de gobierno.

Y desde aquella fecha hasta el 14 de diciembre de 1852, esto es, durante casi dos años gobernó a España con austera serenidad, sorteando las dificultades de los graves problemas pendientes y las maniobras de una oposición belicosa, y cada día más cerrada, en la que participaban hasta algunos elementos de su propio partido.

La primera y más grave dificultad se la proporcionó el últimamente citado ministro, su compañero, Fernández Negrete; como se detallará en la biografía que ha de dedicarse a este personaje, en una de las publicaciones conmemorativas del Centenario de la Ley Hipotecaria, por ser éste el ministro que hubo de reftrendarla, formando parte de un gabinete O'Donnell.

En esquema fué que, presentado a las Cortes el 1.º de febrero un completo y meditado proyecto de arreglo o conversión de la Deuda pública y discutido amplia y reglamentariamente en varias sesiones, ya se iba a votar en la del 5 de abril, cuando, para evitarlo a todo trance, las minorías obstruccionistas promovieron una cuestión de mero trámite, y en ella votó el ministro Negrete con la oposición, provocando que se planteara la cuestión de confianza. Solicitada por el Gobierno la disolución de las Cortes, la reina no vaciló en concedérsela al enérgico presidente.

Y celebradas a partir del 10 de abril elecciones generales, las ganó el Gobierno, reuniéndose nuevas Cortes— caso insólito— antes de cumplirse los dos meses de aquella torpe maniobra. Que en vano trató luego de justificar el que, si no fué su autor, por lo menos

prestóse a ser su instrumento; como se puntualizará, cuando sea posible, en la aludida semblanza biográfica.

Con la misma actividad atendía Bravo Murillo desde el primer día a los variados empeños; con lo que el primer año de su gestión presidencial se muestra laborioso y fecundo en todos los órdenes: en el interior y de derecho privado, como en el exterior y financiero. Basta seguir revisando sus conocidas efemérides.

En el interior: el 10 de febrero se inaugura el ferrocarril Madrid-Aranjuez, segundo de los españoles—porque el primero fué el de Barcelona a Mataró, en 1848, gracias a don Miguel Biada—, celebrándose el acontecimiento con el fausto y entusiasmo que merecía: asistencia de los reyes con el Gobierno y autoridades al recorrido inicial, entusiasmo popular y presencia del constructor que lo financió, el malagueño «creador de riqueza», marqués de Salamanca. Desde el año anterior, Bravo Murillo venía favoreciendo con disposiciones ministeriales la discutida empresa que él animaba con visión amplia, de alcance nacional; y así, el 3 de diciembre del mismo año 51 presentaría a las Cortes un proyecto de conjunto, con el intento de enlazar por caminos de hierro el centro de la Nación con sus zonas más productivas; luego siguieron los tramos de Aranjuez a Almansa, de Madrid a Irún (origen de campañas de escándalo), de Barcelona a Molins del Rey, etc. (*).

(*) La expansión industrial española de la segunda mitad del siglo *xxx* no hubiera sido posible sin la inversión de capital y crédito extranjeros; esto es, sin la colaboración internacional que, a su vez, respondía a la confianza que empezaba a inspirar el Estado español al equilibrar sus presupuestos. La fundación en Madrid de la «Sociedad General de Crédito Mobiliario», en 1856, fué un acontecimiento económico de primera magnitud que completó la decisiva acción crediticia e inversora iniciada por Rothschild a través de la casa de Banca Weisweiler y Bauer. Estas dos poderosas organizaciones, de inspiración francesa, promovieron la constitución de las grandes empresas ferroviarias, que hicieron posible un serio planteamiento de la expansión económica de España.

Las minas españolas atraeron al capital extranjero, y éste fomentó los ferrocarriles. España ofrecía entonces magníficas perspectivas a las explotaciones mineras, ya que los yacimientos de nuestro país tenían fama en Europa. La casa Rothschild, desde 1845, empezó a extender su acción a nuestro campo económico, mediante la firma del contrato de arrendamiento de las minas de Almadén, suscrito por el conde de Toreno. Rothschild y Péraire, casas francesas, promueven entonces, para facilitar aquellas explotaciones, los ferrocarriles españoles. No es que el capital y la iniciativa española no los hubieran puesto en marcha, pues ya que, como se dice en el texto, el año 1848 surge el ferrocarril Barcelona-Mataró, dirigido por un inglés y realizado por una casa contratista inglesa, y en 1851 el segundo, promovido por don José, de Salamanca, el cual inauguró el Madrid-Aranjuez, que recibió el sobrenombre de «el tren

En el orden jurídico, y especialmente del derecho privado, otro gran suceso—el proyecto de codificación civil—se produce antes de transcurrir un mes. En efecto, el 8 de marzo, en la Comisión General de Códigos, presidía la sección encargada del Código Civil don Florencio García Goyena, y con la colaboración meritísima de Luzuriaga, Sánchez Rey y el propio Bravo Murillo—cuando no lo absorbía la política—, dió fin a sus largas tareas, demasiado inspiradas en el patrón napoleónico, con la notable excepción que se verá. Elevado al Gobierno el proyecto de Código Civil de 1851, aunque no pasó de tal, no por eso dejó de constituir uno de los más interesantes pasos en el difícil camino de nuestra codificación. Con dos notas particulares: primera, que lo historió y glosó comparativamente—es decir, recogiendo las discusiones y acuerdos laboriosos de la Comisión—el portavoz de la misma, el señor García Goyena en su obra, impresa el año siguiente en Madrid: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*; y dada su especial elaboración, se tiene por interpretación auténtica

de la fresa»; a continuación se construyó el ferrocarril Gijón-Langreo, etc. Entre tanto, como el contrato de arrendamiento de las minas de Almadén puso en las manos de Rothschild el monopolio del mercurio europeo—ya que era ya propietario de las minas de Jodria, compradas a Austria—, Rothschild crea la compañía de los ferrocarriles de Madrid a Zaragoza y al Mediterráneo. Iuego («y a Alicante»), el 31 de diciembre de 1856. El «Crédito Mobiliario Español» de Isaac Pereire, con el «Crédit mobilier» francés, y la «Société Générale de Belgique» firmaban la escritura de constitución de la compañía de los Caminos de Hierro del Norte de España el 29 de diciembre de 1858, en las que España participaba a través de los marqueses de Salamanca y de Comillas. Pero el primer impulso financiero es francés; tras Rothschild afuyeron a España múltiples sociedades, especialmente mineras, ya con capital belga o inglés, además del francés. Por no salir de esta época, la mera relación nominativa de sociedades comprueba esta afirmación. Así la «Compagnie Royale Asturienne des Mines», belga, fundada en 1853, o «The Tharsis Sulphur and Cooper» y «Orconera Iron Ore», inglesas, nacidas en 1866 y 1873. Sin hablar, por ser posteriores, de «The Río Tinto», en 1873; la «Société Anonyme Franco-Belge des Mines de Somorrostro» (1876), asociados a ella los Ibarra; la «Société Métallurgique de Peñarroya» (1881), etc. Es claro que el capital y la iniciativa española figuraban también asociados a estos grupos, aunque rebasan nuestro marco histórico; pero demuestran que el capital europeo llegó a España al iniciarse la segunda mitad del siglo XIX, aprovechándose de la flor de nuestros yacimientos de minerales para beneficiarlos en sus países de origen, y a cambio de otras pérdidas importantes nos dejaron:

- a) Una red de ferrocarriles eficiente,
- b) Una técnica de laboreo progresista, y
- c) Un espíritu de iniciativa del que, especialmente, supieron aprovecharse en Vizcaya y en Cataluña, para el desenvolvimiento posterior de la economía industrial española.

tica de aquel texto, incluso por el Tribunal Supremo; y, segunda nota, que la glosa de los dos títulos que en dicho tratado se dedican a la hipoteca y al Registro público (arts. 1.782 y 1.819, y los que le siguen, respectivamente), la redactó don Claudio Antón de Luzuriaga, introduciendo y desarrollando en ellos los principios germánicos de publicidad y especialidad, lo que constituye un precedente fundamental de la ley que conmemoramos. Se detallará algo más tarde este proceso.

Al fracasar el proyecto de Código Civil de 1851 que, como se ha visto, contenía dos títulos, el XIX y XX del Libro III sobre «Hipotecas» y «Registro de la Propiedad», redactados por Luzuriaga como aplicación de su célebre base 52; quedaba patente que la codificación en España requería tiempo, meditación y oportunidad para vencer las dificultades de todas clases que a ella se oponían. En cambio, por imperativos económicos, la reforma hipotecaria se consideraba casi por unanimidad urgentísima e inaplazable; y en vista de ello, se acudió al sistema transaccional de llevar a una ley la materia hipotecaria, provisionalmente, esto es, hasta que pudiera integrarse en el futuro Código Civil.

Tal necesidad, y su parcial remedio, se reflejan en las siguientes frases lapidarias con que exponía sus fundamentos, cuatro años después, el Real Decreto de 8 de agosto de 1855: «Pocas reformas en el orden civil y económico—reconocía—son de más interés y urgencia que la de las Leyes Hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas... porque ni garantizan suficientemente la propiedad... ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza... ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales. Hubieran, sin duda, estas consideraciones provocado hace tiempo la reforma, a no haberse creído que el Código Civil era lugar más oportuno para verificarla..., pero, en la imposibilidad de hacerlo, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio, y que es indispensable para la creación de los Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos de la cosa; para poner límite a la mala fe, y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados.»

En consecuencia, y para remediar prontamente aquellos males, se pidió a Su Majestad por el ministro de Gracia y Justicia, que

firmaría el Decreto—don Manuel de la Fuente Andrés—que la Comisión nombrada para formular el proyecto de Código Civil se dedicase preferentemente, y con urgencia, a formar una ley especial que resolviese los problemas hipotecarios, «sin que este pensamiento alterase de modo alguno el de la formación de los Códigos», pues no hacía más que anteponer por especiales y poderosos motivos lo que por ser de más urgencia no puede dilatarse sin inconvenientes gravísimos».

Al efecto, una Real Orden del 10 del mismo mes y año daba instrucciones acerca de las bases sobre las que debía redactarse el proyecto de Ley Hipotecaria, mandado formar por el citado Real Decreto. En ella se ordenaba, previsoramente, que la nueva ley había de partir del principio de publicidad de las hipotecas; que no se reconocieran en lo sucesivo hipotecas generales; que se establecieran formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y de los demás derechos en la cosa; que se meditara sobre la conveniencia o inconveniencia de suprimir las hipotecas legales, y, en el primer caso, que se escogiesen medios adecuados para dejar a salvo los intereses protegidos por aquéllas.

En marcha la idea, otro Real Decreto fecha 1 de octubre de 1856, crea la Comisión de Códigos; y fruto de sus trabajos fué el proyecto que antes de ocho meses—el 3 de junio de 1857—firmó y presentó a las Cortes el entonces ministro de Gracia y Justicia don Manuel de Seijas Lozano. Cuya breve exposición de motivos, respetada íntegramente por el posterior proyecto de 1858, es como embrión y anticipo de la que había de inmortalizar a los autores de la que conmemoramos, de 8 de febrero de 1861.

Sus textos son, pues, otros tantos avances precursores, a los que en esta panorámica sólo podemos aludir dejando su reproducción y estudio comparado para otras publicaciones conmemorativas del Centenario.

Tampoco pudo prosperar aquel proyecto de ley Seijas Lozano de 3 de junio de 1857 para reformar la legislación hipotecaria. Presentado al Congreso, en la sesión de 7 del mismo junio fué suspendida al poco tiempo la legislatura y la Comisión nombrada por las secciones del Congreso, no llegó a formular su dictamen.

Hubiera quedado relegado al olvido sin la feliz iniciativa del señor Fernández de la Hoz, después ministro de Gracia y Justi-

cia, pues apenas posesionado de su cargo, retiró de las Cortes, en la sesión del 9 de febrero de 1858 el proyecto en cuestión, para hacerlo suyo con las modificaciones que estimó convenientes. Terminado su trabajo, leyó el renovado proyecto al Congreso en la sesión del 11 del mismo mes; y redactado el dictamen por la Comisión de la Cámara popular, fué leído en la sesión del 18 y aprobado en las del 20 y 23.

No es propio de la presente reseña insistir en este antecedente más, de la ley de 1861, trasladando con el proyecto del Gobierno el aludido dictamen de la Comisión y hasta un extracto de los discursos que se pronunciaron en los dos días que duró tan importante debate; quede para las publicaciones a que antes se hace referencia.

Pero sí conviene añadir que tal proyecto de ley de 1858 era de autorización al Gobierno para reformar la legislación hipotecaria entonces vigente, con sujeción a las bases en él contenidas; precedente y fórmula que, aun sin bases, prosperó en la de 1861.

Aprobadas, no sin fuerte discusión, aquellas bases por la Cámara popular en 23 de febrero de 1858, pasó a la vitalicia el dictamen que las contenía; pero allí no llegó a discutirse, por efecto también de nuevas suspensiones de los trabajos legislativos y de nuevos cambios de Gabinete.

Al fin, merced al celo de la Comisión de Código, compuesta por los señores cuyos nombres habría que estampar con letras de oro: don Manuel Cortina, presidente; don Pedro Gómez de la Serna, don Pascual Bayarri, don Juan Manuel González Acevedo, don José Ibarra, don Manuel García Gallardo; don Francisco Cárdenas y don Alejandro Díaz Zafra, secretario, el ministro de Gracia y Justicia, don Santiago Fernández Negrete, tuvo la fortuna de ver aprobado por los Cuerpos Colegisladores el proyecto de Ley Hipotecaria que aquélla había redactado, y que va precedida de la famosa exposición de los motivos y fundamentos del mismo proyecto. Pero con esto hemos desarrollado hasta el final el objetivo jurídico del decenio, y antes conviene volver al resumen de la evolución política que lo hizo posible.

En el ámbito exterior y aun espiritual, el año 1851, de cuya recensión partimos, siguió, entre mayo y abril, el empeño restaurador, coronando la obra diplomática del anterior Gobierno Nar-

váez, y especialmente de su ministro de Estado, el primer marqués de Pidal, con la firma—por la reina y Su Santidad el Pápa—de las ratificaciones del Concordato de 1851, que el 17 de octubre inmediato se publicaría como ley del Reino, mejorando las relaciones de la Iglesia y el Estado español, tan alteradas por la desamortización y otras causas.

Por último, *en el orden financiero*, culminó la tarea de obligado reajuste con el arreglo de la Deuda pública; obra fundamental de aquel Gobierno que, si por sus austeridades y economías recibió el irónico título—verdadero elogio—de «Honrado Concejo de la Mesta», valió a su presidente el mote de «Ministro de bronce», que atribuyen los cronistas coetáneos a su paisana la poetisa Carolina Coronado.

Porque el incansable Bravo Murillo se propuso, y lo consiguió, ganar a las belicosas oposiciones el tiempo que le habían hecho perder—y, sobre todo a la Hacienda—interrumpiendo con maniobras de pasillo su proyecto de ley sobre el arreglo o conversión de la Deuda pública.

Por esto apenas constituido el nuevo, casi improvisado, Congreso, en 12 de junio de 1851, sometió a su dictamen aquel proyecto, y abierta discusión el 30, logró verlo aprobado el 13 de julio, pasándolo sin pérdida de fechas al Senado. Allí se volvió a discutir y aprobar el día 26, con lo que pudo obtener, el 1.º de agosto siguiente, la sanción regia que lo elevara a ley.

Así, actuaba, sin duelo, aquel restaurador de la Hacienda pública, cuyas cuentas generales publicó por primera vez; que promulgó además una ley monetaria, creó la Caja General de Depósitos y más beneficios hubiera reportado al Erario, si la gangrena de la política menuda e interesada, y su escasa flexibilidad y diplomacia ante ella, le hubieran dejado continuar.

En el año 52, segundo del bienio «de orden», empezó éste a decaer. Ya el 2 de febrero, el criminal atentado del cura Merino contra la persona de la Reina, si dió ocasión al pueblo para testimoniarle su afecto, y a doña Isabel para corresponder al mismo y mostrar su generosa piedad proponiendo al Gobierno, nueve días después, que se erigiera, en señal de gratitud, el Hospital de la Princesa, también mostró este último su dureza en el castigo del agresor, y en la preparación de medidas políticas orientadas

a la reforma de la Constitución transaccional del 45; con el doble sentido restrictivo de recortar las libertades que aquélla reconocía y, sobre todo, de simplificar al máximo—prácticamente, de eludir—su discusión parlamentaria.

Dicen algunos críticos que sólo pretendía fortalecer el poder real alentado por el éxito del golpe de Estado de Luis Napoleón en Francia. Lo cierto es que, por no participar en esta tendencia reaccionaria, elaborada por el Gabinete con el posible secreto, dimitió a comienzos de mayo el ministro de Marina, general Armero.

Pero aun contaba en principio con Palacio, porque la reina, el 20 del mismo mes, prevenía agradecida y con sincera ingenuidad, desde Aranjuez al presidente, en carta autógrafa a la que acompañaba copia de «la exposición que tratan de hacerme algunos generales y hombres políticos en queja de la marcha que sigo por consejo de mis ministros. Léala (aconsejaba la soberana) con atención, para saber quién la ha escrito; yo me lo figuro; la situación quieren agriarla; yo la endulzaré (y terminaba): cuenta siempre con el aprecio de *Isabel*».

Seguía a la firma de la señora la fecha y relación también de su puño y letra «de los Señores—con mayúscula—que es probable firmen: Pacheco, Becerra, González Brabo, San Luis, Mon, Pidal, Duque, Roca [de] Togores, Seijas, Vista Hermosa, Los Concha (sic), Rodil, Ros de Olano, Alais (sic), Sancho (¿Vicente?), Infante, Luján, Madoz, Gil de la Cuadra, Quintana, Domenes (sic), La Serna, San Miguel (Evaristo), Ríos Rosas, Nocedal, Castro, Córdova y O'Donnell».

Total, un primer lote de veintinueve personalidades de las más variadas tendencias que presentaban ya un frente serio de oposición fundada. Porque, como explica uno de los mejores biógrafos del Presidente, que reproduce aquel autógrafo (3):

«Lo más grave de todo fué el acuerdo del Gobierno de que ni la Constitución ni los otros ocho proyectos de Ley complementarios fuesen discutidos por artículos, ni siquiera por capítulos, sino que todo el conjunto de tan dilatada, compleja y trascendental obra legislativa habría de ser aprobada o rechazada en bloque por las Cortes, sometándose a su discusión y votación este artículo único:

(3) BULLÓN DE MENDOZA, ALFONSO: Bravo Murillo y su significación en la política española. Estudio histórico. Madrid, 1950, pág. 244

«Se aprueban los adjuntos proyectos de Ley sobre Constitución, organización del Senado, elecciones de diputados a Cortes, régimen de los Cuerpos Colegisladores, relaciones entre los dos Cuerpos Colegisladores, seguridad de las personas, seguridad de la propiedad, orden público, y grandezas y títulos de Reino.»

Realmente era demasiado. El señor Bravo Murillo, en el cuarto tomo de sus *Opúsculos*, trata de defender ese método de discusión, excesivamente simplista, diciendo que el conjunto de los proyectos formaba un todo orgánico y sistemático, no pudiendo, por tanto, rechazarse o modificarse una parte sin que quedasen desvirtuadas las restantes. Si se admitiese como válida esta argumentación, resultaría que, siendo como deben ser todas las leyes, y aun los Códigos más extensos, un conjunto ordenado y sistemático, procedería igualmente en todos los casos suprimir la discusión y votación por capítulos y artículos, obligando a los Parlamentos a aceptarlos o rechazarlos en bloque. Ello impediría la adopción de enmiendas que mejorasen los proyectos, privando así a los gobiernos de una provechosa colaboración, ya que no puede admitirse que aquéllos sean infalibles en sus proyectos de Ley.

Se explica la enorme hostilidad con que los progresistas y una gran parte del partido moderado acogieron los propósitos del Gabinete Bravo Murillo, cuando en el otoño de 1852 se supo que estaban ya ultimados y próximos a ser presentados a las Cámaras.»

Alude luego al proyecto de exposición, «que firmaban prestigiosas personalidades, protestando de que el Gobierno tuviese cerradas las Cortes durante muchos meses.

«La exposición, que estuvo redactada y firmada, no llegó a ser puesta en las regias manos—aunque se le anunció, como se ha visto—, temerosos los firmantes de la energía bien probada del presidente del Consejo, que hubiera tomado, como él nos confiesa en sus *Opúsculos*, graves medidas contra los protestantes. Pero, aunque frustrado aquel propósito, era ya indicio de la agitación que comenzaba a producirse en los espíritus ante la reforma preparada por Bravo Murillo. Mucho contribuyó a alentar a los discrepantes el saber que la reina madre era opuesta a la reforma.»

«Poco antes de la reapertura de las Cortes, que tuvo lugar el día 1 de diciembre de 1852, había experimentado el Gobierno nuevas modificaciones.»

«Llegó, por fin, la hora de abrir las Cortes, a las que se proponía presentar Bravo Murillo el conjunto de sus proyectos de reforma, precedidos del artículo único, que había de ser exclusivamente objeto de discusión y votación, según se ha expuesto anteriormente.

Pocas veces ha habido tanta animación y fogosidad en nuestra escena política. En efecto, intrigante una vez más (decimos nosotros y volvemos a copiar a BULLÓN): «Doña María Cristina, en entrevista tenida en el palacio de Aranjuez con el señor Bravo Murillo, y que éste ha redactado con pintorescos detalles en el tomo IV de sus *Opúsculos*, no sólo se mostró hostil a la modificación constitucional que se preparaba, sino que llegó a decir al presidente del Consejo que si ésta se implantase por un golpe de Estado se ausentaría de España en señal de protesta, y haría que sus hijos (los del segundo matrimonio) renunciasen a los títulos, honores y distinciones que tuviesen por concesión de la reina de España.»

«El presidente del Consejo, cauto y reposado, como de costumbre, nada dijo a sus compañeros de Gabinete de tan desagradable entrevista y continuó la preparación de la reforma que juzgaba conveniente para España, y que no pensaba implantar por un golpe de Estado, tan opuesto a su condición de jurista, sino con la colaboración de las Cortes. Por esto confiaba, según nos dice en el aludido libro, que no se llevaría a cabo la airada amenaza de la reina madre, ya que ésta sólo se había referido al caso de que la reforma se implantase dictatorialmente.»

La reforma preparada empezaba, pues, a hostilizarse desde el propio palacio, por quien menos debía intervenir en política. Pero, como escribe un testigo presencial y hasta hacía poco titular de la cartera de Estado, el sensato marqués de Miraflores: «No menos preparadas estaban las huestes de la oposición parlamentaria. Habíase colocado decididamente a su frente el duque de Valencia, a quien Bravo había hecho salir de España con el pretexto de una comisión honrosa; pero Narváez se trasladó a Madrid para asistir al Senado, empezando por combinar su campaña de oposición con sus compañeros Concha, O'Donnell, Mon, Pidal, San Luis, Rivas, Sotomayor y no pocos otros—a la sazón convertidos algunos en amigos ternísimos, cuando poco antes eran rivales implacables—,

apareciendo el gran contraste de las chocantes alternativas de odio o amistad, sin más criterio que las pasiones políticas y los intereses personales de cada uno. Pero dominaba, ya lo hemos dicho, el común designio de derribar el Gabinete Bravo y sustituirle por otro del que ellos hiciesen cabeza y en el que tuviese supremacía el elemento militar.»

Abiertas las Cortes el 1 de diciembre, se dió ese mismo día la batalla con ocasión de la elección de presidente del Congreso de los Diputados. Era candidato del Gobierno el prestigioso político moderado don Santiago de Tejada; las oposiciones presentaron como candidato al veterano parlamentario, don Francisco Martínez de la Rosa (uno de los conjurados, lo mismo que Calderón Collantes, aunque la reina no los cita); pero, en rigor, no se trataba solamente de la elección presidencial. Lo que se debatía y se iba a votar era si el Congreso aceptaba o no los proyectos de reforma constitucional del Gabinete Bravo Murillo. Verificada la elección, salió triunfante el señor Martínez de la Rosa por 121 votos contra 107, que alcanzó el señor Tejada.

Comentando el suceso, reconoce textualmente, aunque un poco tarde, Bravo Murillo: «que la influencia de la reina Cristina fué decisiva en esta batalla. Además del efecto que tenía que producir en muchos diputados el conocimiento de su modo de pensar—aunque ninguna relación tuviesen con aquella augusta señora—, el grupo de los especialmente afiliados a su casa, votaron con las oposiciones, como fué notorio, y componía un número mayor que la mitad de los votos de mayoría que obtuvo Martínez de la Rosa. Nueve votos, rebajados de los que se emitieron a su favor y agregados a los del señor Tejada, habrían cambiado la mayoría.»

No se amilanó ante esta derrota el intrépido presidente del Consejo. Aquel mismo día pidió y obtuvo de Isabel II el Decreto de disolución del Congreso de Diputados, que fué leído al día siguiente en las Cortes. Por él se convocaban otras para el día 1 de marzo de 1853, y estas elecciones de diputados habían de celebrarse con arreglo a la Ley Electoral vigente.

Bravo Murillo, procediendo con exquisita corrección, sometió íntegramente al voto del país la candente cuestión de la reforma constitucional. Al efecto, publicó en la *Gaceta de Madrid*, el día 3 de diciembre, todo el conjunto de los proyectos que no había po-

dido presentar a las Cortes. Ahora tenían la palabra los electores para decir si estaban o no a favor de la reforma. Al mismo tiempo, y para evitar que los ánimos se excitasen y encrespasen más de lo que ya estaban, se dictó, por el ministro de la Gobernación, una Real Orden prohibiendo a la prensa periódica la discusión de los proyectos de reforma, ya publicados. Y habiendo llegado a noticia del Gobierno que en algunas cátedras del Ateneo de Madrid se discutía y combatía la reforma, ordenó la clausura de dichas cátedras, que fueron la de Elocuencia y la de Historia, origen y progresos de los Gobiernos representativos.

La suerte estaba echada. Hasta este momento no le había faltado a Bravo Murillo, como vemos, la plena confianza de la reina Isabel, a pesar de la no encubierta hostilidad de la reina madre. Pero los sucesos se complicaron de tal modo y fué tanta la pasión desplegada por los progresistas y los moderados adversarios de los proyectos, y también la de muchos e influyentes generales—los antedichos—, que, al fin, la reina doña Isabel, temerosa de más graves complicaciones, retiró su confianza a Bravo Murillo, y éste dimitió tan pronto como pudo advertir el primer sintoma de que no disfrutaba omnímodamente de dicha confianza.»

Esto ocurría el día 13 de diciembre de aquel memorable año 1852. Pero aun entonces la reina doña Isabel lo quiso hacer generosamente en los términos que, con noble orgullo, reproduce el señor Bravo en el tomo IV de sus *Opúsculos*. Dijo así: «Vengo en admitir la renuncia que de los cargos de Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Hacienda me ha hecho don Juan Bravo Murillo, quedando altamente satisfecha de la lealtad, celo e inteligencia con que los ha desempeñado y de los eminentes y especiales servicios que ha prestado a mi trono y a la nación. Dado en palacio, a 14 de diciembre de 1852.—Está rubricado de la real mano; el ministro de Estado e interino de Fomento, Manuel Bertrán Lis.»

b) *Cinco años y medio de «relevos»*.—Así cayó con honra, pero definitivamente, Bravo Murillo, y el bienio del orden se transforma en incesantes relevos de gobiernos para daño del trono y del país. Porque primero le sucede un puente de generales de segunda fila, que apenas pueden resistir unos meses en el Poder. En

efecto, su inmediato sucesor, el conde de Alcoy, don Federico Roncaly, que quiso ser reformista «mitigado» de la Constitución y sólo gobernó cuatro meses justos (hasta el 14 de abril de 1853) y el sucesor de éste, el general Francisco Lersundi, apenas pudo subsistir algo más de cinco (hasta el 19 de septiembre). Porque, como sintetiza el marqués de Miraflores en la continuación de sus Memorias: «Lo que la coalición quería era ocupar ella el Poder.»

Renovado el acuerdo del naciente grupo opositor, encontró cebo adecuado para su campaña en las concesiones de ferrocarriles, tema delicado que llevó a la presidencia al coalicionista conde de San Luis, don José Luis Sartorius, capitaneando la legión que se llamó «polaca», y que se ha calificado, por sus procedimientos, de diametralmente opuesta a la prudente administración del austero Bravo Murillo.

Trató en vano Sartorius de anular las anteriores concesiones ferroviarias y de calmar, colmando de puestos y dádivas, a los que continuaban discrepantes. Abiertas las Cortes, la oposición cambió el tema «antirreformista» por el de la «moralidad administrativa», y lo acentuó en los términos más agudos, en ambas cámaras, alrededor del vidrioso asunto de los ferrocarriles. Habiendo el Senado derrotado en una votación al conde, éste suspendió sus sesiones y se dedicó, como represalia, a deportar generales, principalmente a Baleares y Canarias—entre ellos a O'Donnell—, y a destituir magistrados de los Tribunales de Guerra y Marina; amordazar la Prensa, que perseguía como difamadora, etc.; con lo que sólo consiguió acelerar la propia caída.

Se inició, al efecto, la danza desde febrero de 1854 con una sublevación en Zaragoza, ahogada en sangre, y completada su represión con una serie de prisiones y aplicaciones de la «Ley de fugas», que empezaron a hacer odiosa a la propia monarquía. Siguió con un pronunciamiento militar, capitaneado por O'Donnell, que lo fragua desde «Las Novedades» con el incipiente Cánovas del Castillo y Fernández de los Ríos, su director político, ocultos en una casa de la calle del Carbón, de Madrid. Y si bien no pudo estallar hasta el 28 de junio de 1854, el 30 provocó en Vicálvaro un dudoso encuentro con las fuerzas gubernamentales. Nuevas evoluciones y negociaciones de los sublevados con el Gobierno, y de los liberales con O'Donnell, motivaron que éste, por la pluma de

Cánovas del Castillo, acometedora—y entonces antigubernamental y rebelde—, lanzase, desde Manzanares, el manifiesto de 24 de junio de 1854, con aspiraciones a base de regeneración liberal, sin camarillas en el trono; leyes electoral y de imprenta; descentralización, y hasta Milicia Nacional.

Diez días después del manifiesto vióse el conde de San Luis en la necesidad de dimitir ante los tumultos con que, una vez más, hizo explosión el populacho de Madrid, libertando presos y asaltando casas de ex ministros, incluso el palacio de la ex gobernadora doña María Cristina. La reina llamó al general Córdova; pero éste aconsejó que se hiciera cargo de la presidencia el duque de Rivas. Intento fracasado; porque a los dos días de lucha callejera, en la que el nuevo presidente no pudo reprimir por la fuerza los excesos de la plebe, se impuso la acción mediadora del general progresista don Evaristo San Miguel, al que nombró la reina por dimisión del duque, ministro universal, en tanto no llegaba a Madrid el general Espartero. El cual lo hizo, por fin, el 28 de julio, después de imponer, según su costumbre, condiciones a la reina y de aliarse con O'Donnell y demás generales moderados de la sublevación expectante de Vicálvaro; siempre a base de capitanearlos él con un intento más de progresismo, aunque tenue.

Pero el Gobierno anfibio que nació de este pacto, si bien lo presidió el duque de la Victoria, llevaba a O'Donnell en el Ministerio de Guerra, que seguía siendo el decisivo; por lo que el público espectador dió a los miembros del binomio con mando el título expresivo de «cónsules». En aquella combinación obtuvo el señor Alonso la cartera de Gracia y Justicia, y se intentó, como era ya usual, una nueva Constitución.

Convocadas, pues, el 8 de noviembre Cortes constituyentes, a base de una sola Cámara, llevó el triunfo la incipiente Unión Liberal, que será objeto de nuestro siguiente apartado. Y al reajustarse el Gobierno, después de las elecciones, sustituyó en Gracia y Justicia al señor Alonso, el señor Aguirre.

Estas Cortes, por responder a su título, elaboraron la Constitución democrática, conocida con el nombre de Constitución *non nata*, ya que no llegó a implantarse; porque ante las exageraciones y agitaciones de los progresistas, amparados siempre por el

general Espartero, se llegó a la completa ruptura, que era de esperar, entre éste y el general O'Donnell.

En vano trataba el grupo de progresistas gubernamentales, titulado *Centro parlamentario*, y que formaban diputados tan prestigiosos como Cortina, Gómez de la Serna, Ríos Rosas, etc., de conservar el difícil binomio Espartero-O'Donnell; porque el Centro progresista que se autocalificaba de «puro» los hostilizaba produciendo un desequilibrio constante. No es de extrañar que la ambigua Constitución del 1856 no fuera sancionada por la Corona ni, por consiguiente, promulgada.

Sobreviene una crisis parcial más—el 15 de julio de 1865—en la que al señor Aguirre sucede en Gracia y Justicia el señor Fuentes Andrés. Dos días después Espartero, cansado de seguir actuando de dique a las continuas revueltas del populacho, al amparo del descanso veraniego conseguía suspender las sesiones de Cortes. Pero al reanudarlas el 1 de octubre, como el malestar libertario lejos de aminorarse se acentuara, planteó el 7 de enero nueva crisis parcial, en la que llevó a la cartera de Gracia y Justicia al señor Arias Uría.

Otras explosiones socialistas—y ya extendidas a Castilla—replantearon el problema latente de la continua antítesis entre autoridad y libertad. En el mismo seno del Gobierno surgió también la dualidad de actitudes ante ella. Llevado el pleito a la reina, Espartero se convenció de que ésta prefería el imperio de la Ley propugnado por O'Donnell. Por lo que dejó resolver en favor de éste la difícil crisis, confiándole la Corona el 14 de julio de 1856 la deseada presidencia única del Gobierno. En él obtuvo la cartera de Gracia y Justicia don Cirilo Alvarez, al no aceptarla el señor Luzuriaga.

Como venía siendo costumbre en los que se proclamaban entusiastas de la libertad, diputados progresistas avanzados, en combinación con milicianos en armas, se sublevaron contra el nuevo Gobierno; pese a las protestas de respetar la legalidad que reiteró su presidente el conde de Lucena. Y obligaron a éste a reprimir por la fuerza aquella nueva sublevación que consternó a Madrid durante varios días y no dejó de repercutir en provincias. Pero la suspensión de sesiones que acordó el Congreso; la actitud neutral

adoptada esta vez por Espartero, y la resuelta de O'Donnell, a quien apoyó francamente la reina, resolvieron el grave conflicto.

La victoria sobre los insurgentes permitió a O'Donnell disolver la Milicia Nacional y las Cortes Constituyentes; reorganizar Ayuntamientos y Diputaciones, y restablecer la Constitución del 45, aunque con los aditamentos liberales del acta de 15 de septiembre.

Sin embargo, en Palacio se seguía acentuando el rumbo conservador y por la aplicación, o no, de la Ley de desamortización eclesiástica entre otras causas, O'Donnell se vió sustituido, en octubre de 1856, por Narváez, que el 12 de dicho mes pudo formar un Ministerio, compuesto por el marqués de Pidal con la cartera de Estado; don Cándido Nocedal, en Gobernación; García Barzanallana, en Hacienda; Seijas Lozano, en Gracia y Justicia; Moyano (don Claudio), en Fomento; el general Urbizondo, en Guerra, y Lersundi, en Marina.

Convocadas nuevas Cortes, que habían de reunirse el día 1 de mayo de 1857, la gran mayoría resultó de significación moderada. Y extremando esta política el Gobierno la tradujo en nuevos retoques de la Constitución del 45, ahora por Ley de 17 de julio de 1857, que, en cierto modo, renovó las restricciones de Bravo Murillo; con lo que le dieron la razón, al reponerlas, los mismos contradictores que le derribaron. Y además tenían que acudir a duras represalias, obligadas algunas, para conseguir el mantenimiento del orden, siempre amenazado.

Los hechos venían, pues, a confirmar la prudente visión política de aquel gobernante civil que, disintiendo de la política desarrollada por la conjunción, y olvidando ultrajes y deslealtades, apoyó con su voto al Gobierno Narváez, que le había suplantado.

«Alcanzó con esto máxima reputación la figura política de Bravo Murillo, al mismo tiempo que palideció la estrella del general Narváez, cuando, sobre todo, en agitada sesión del Senado el día 18 de mayo de 1857 hizo público y demostró cumplidamente el general O'Donnell que el duque de Valencia había estado concertado con él para la «vicalvarada».

En cuanto a Bravo Murillo, estaba tan lejos de desear el Poder y de dar el menor paso para conquistarlo, que lo que hizo fué trasladarse, como otras veces en tales circunstancias, a la capital de Francia.

«Hallándome en París—escribe el propio ex ministro—a principios de octubre de 1857, recibí un despacho telegráfico particular, anunciándome que el Ministerio del duque de Valencia había presentado su dimisión y que Su Majestad la reina deseaba hablarme. No se me decía el motivo de la dimisión, ni se ha sabido después cuál fuese el verdadero.

Constituido brevemente en Madrid y a la presencia de la reina, Su Majestad tuvo a bien preguntarme si consideraba útil y provechoso un Ministerio que no tuviera más presidente que a la reina misma, lo cual creía Su Majestad que reportaría grande ventaja, por cuanto es menos difícil encontrar personas suficientemente aptas para ponerse al frente de los respectivos Departamentos, que una que dirija la política en general, y con la cual se identifiquen todos y cada uno de los ministros. Si siempre y respecto de todos considero un deber hablar con verdad y con franqueza, creo que lo es muy especialmente hacerlo así cuando se habla a los reyes. Contesté a Su Majestad, como lo sentía, que no consideraba conveniente el pensamiento; que, hasta en tiempos del absolutismo, su difunto padre el rey Fernando había tenido Consejo de Ministros, presidiéndolo uno de éstos; que en el sistema vigente era esencial la existencia de aquel Consejo; que habiéndolo, es decir, una reunión, una corporación, era indispensable que ésta tuviera una persona que dirigiese las sesiones y discusiones; que el presidente debía ser indispensable, un súbdito responsable, como todos, de sus actos; que el monarca, que es mucho más, que es irresponsable y está sobre todos, se halla por lo mismo imposibilitado de serlo, a la manera que lo está de ser gobernador de una provincia o corregidor o alcalde de un pueblo.»

Desistió Isabel II de su descabellado intento de ser ella misma su propio jefe del Gobierno, y decidió formar uno bajo la presidencia del viejo y prestigioso hombre público don Javier Isturiz, siendo deseo de Isabel II que de este Gabinete entrasen a formar parte los generales Armero y Marqués de la Pezuela y los hombres civiles señores Bravo Murillo, Alcalá Galiano, González Romero y Caveda.

Tampoco prosperó esta solución, porque convocados por la reina todos los señores citados, menos Isturiz, no hubo conformidad en lo relativo al programa que había de desarrollarse. Bravo Mu-

rillo planteó como urgente e imprescindible en un Gobierno del que él formase parte, que ya que no fuese factible realizar la totalidad de sus proyectos de reforma constitucional, se acometiese, por lo menos, la solución de dos grandes problemas; la Ley Electoral y una ley de empleados públicos, que garantizase la estabilidad y competencia de los mismos. El general Armero creía, por el contrario, que no había que hacer absolutamente nada, que implicase la menor alteración de la Constitución de 1845.

La reina se decidió por este último criterio y confió al general don Francisco Armero la misión de formar nuevo Gobierno, que quedó constituido el 15 de octubre de 1857, entrando a formar parte del mismo, entre otras personas menos destacadas, los señores Martínez de la Rosa, Mon y Bermúdez de Castro. Este Gobierno, que no respondía a las aspiraciones más generalizadas entonces en el partido moderado—cuya mayoría estaba identificada con el señor Bravo Murillo—, no pudo vivir ni siquiera tres meses, y éstos fuera del Parlamento. Aunque—añadimos—comprensivo y conciliador, tampoco quiso disolverlo. Reunidas las Cortes el día 10 de enero de 1858, el Gobierno fué derrotado ese mismo día en la elección de presidente del Congreso de los Diputados. Frente al candidato del Gobierno, que lo era don Luis Mayans, surgió, sin intervención alguna por parte de Bravo Murillo, la candidatura de éste, la cual alcanzó completo triunfo. Era un homenaje, y al mismo tiempo, una reparación de lo hecho contra el ex presidente en diciembre de 1852, y muy principalmente, una indicación a la Corona—por el moderantismo histórico—sobre cuál era el hombre que aquel Parlamento consideraba como más a propósito para presidir un Gobierno.

El Gabinete Armero—seguimos copiando con leves supresiones e incisos a BULLÓN—, ante esta derrota tuvo que retirarse; pero Isabel II no se decidió a dar el Poder a Bravo Murillo, temerosa, sin duda, de que la política del recién elegido presidente del Congreso, que había de ser firme, clara y netamente enderezada a la restauración social, tropezase con dificultades, no sólo por parte de los hombres de izquierda, sino también de muchos generales, que veían con poca simpatía al que despectivamente llamaban *el abogado*, cual si esta profesión diese menos títulos que los entorchados militares para ocupar la jefatura de un Gobierno.

Isabel II llamó entonces al veterano político y conservador diplomático señor Isturiz, que, con el apoyo de Bravo Murillo, formó rápidamente un Gobierno constituido de este modo: Presidencia y Estado, Isturiz; Hacienda, Sánchez Ocaña; Gracia y Justicia, Fernández de la Hoz; Gobernación, Díaz (don Ventura); Guerra, general Ezpeleta; Marina, Quesada, y Fomento, conde de Guendulain.

A muchos pareció ésta una solución transitoria. Los elementos más valiosos persistían en desear que la jefatura del Gobierno se diese a Bravo Murillo...

Los progresistas, y también los adversarios de Bravo Murillo, dentro del partido moderado, temían que acabase por ser ésta la solución que adoptase la reina.

De ahí que el señor Bravo Murillo no obstante ocupar un puesto neutral, como la presidencia del Congreso, que desempeñaba con ponderación e imparcialidad exquisitas, se viese constantemente aludido por muchos oradores a fin de que puntualizase cuál había de ser su programa en el caso de ser llamado a la jefatura del Consejo de Ministros. Se tendía, sobre todo, a que Bravo Murillo definiese con claridad si estaba o no resuelto a implantar la reforma fracasada en 1852. Si contestaba en sentido afirmativo, querían ponerlo en frente de la opinión liberal; si desistía de sus planes de reforma, esperaban menoscabar su crédito presentándole como hombre tornadizo.

Tantas fueron, en fin, las alusiones, que Bravo Murillo, abandonando el sitio de la Presidencia para ocupar la tribuna central del Congreso, se decidió a pronunciar el día 30 de enero de 1858 un largo discurso, que es acaso el más digno de recordación entre los muchos y muy elocuentes que pronunció en el Parlamento durante su larga carrera política. Es un modelo de lógica, de sensatez, de experiencia administrativa y de elevación de miras; es digno, en suma, de un gran estadista. Y no hay que decir que el experto parlamentario supo evitar los dos escollos a que querían llevarle los interpelantes antes aludidos, y entre los cuales se distinguieron por su insistencia el señor Martínez de la Rosa y el conocido historiador don Modesto Lafuente, diputado progresista.

No tenía por qué el señor Bravo Murillo acudir al terreno de declaraciones políticas en torno a los proyectos de 1852, a que

querían llevarle los parlamentarios interpelantes. Mas sin entrar en esos aspectos concretos de política pretérita, el presidente del Congreso de los Diputados quiso aprovechar la oportunidad para hacer un discurso de gran importancia doctrinal examinando la situación de España y Europa en aquella hora interesantísima de la historia contemporánea y proponiendo atinadas soluciones para los problemas de palpitante actualidad.

Siguen teniendo actualidad las cuestiones por Bravo Murillo valientemente examinadas y diagnosticadas, como el socialismo inquietante, las imperfecciones del régimen electoral, los abusos del parlamentarismo y el tema de los empleados públicos. Sobre todas estas cuestiones dijo el señor Bravo Murillo cosas tajantes. No se oponía, antes proclamaba la necesidad de acudir al alivio de las clases menesterosas, pero abogaba también, frente al socialismo, por el derecho de propiedad, sin la cual consideraba imposibles las sociedades humanas.

«La propiedad—dijo—y, por consiguiente, la sociedad, es la obra de Dios; sabemos todos que no ha de perecer; pero puede eclipsarse; puede ocurrir una tempestad como un huracán. El huracán será pasajero; mas por poco que dure, la perturbación será tal y la ruina de tantos intereses y de tantos hombres será tanta, que espanta, señores, el considerarlo.

Por imposible que sea de una manera estable la realización de tales ideas, por quiméricas que ellas deban reputarse, desgraciadamente no es imposible una tentativa y no es imposible su victoria, siquiera sea momentánea. La Europa entera está amenazada de esa calamidad.»

Aludió después a la intentona de los republicanos de Andalucía y al entonces reciente atentado de Orsini contra el emperador de los franceses. Y sacaba la consecuencia de que era preciso que los Gobiernos europeos se entendieran y concertasen para conjurar los peligros del socialismo, formando «contra las sociedades subterráneas que trabajan por minar los fundamentos sociales de todas las naciones europeas, una asociación de Gobiernos para precaverse, y en caso de que en alguna consiguiesen su triunfo momentáneo los perturbadores del orden social, reprimirlos con mano fuerte».

Lejos de aspirar a la realización de una política de partido,

proponía la colaboración de todos los hombres de orden para precaver y conjurar la gran calamidad que se adivinaba en el horizonte, «cooperando todos a ello, cada uno en su situación, lo mismo los de un partido que los de otro, lo mismo los progresistas que los moderados; porque si ocurriese esta gran calamidad, todos quedaríamos iguales».

Bravo Murillo hizo consideraciones oportunísimas y valientes sobre la necesidad de que acabase la pésima costumbre de que los cambios de Gobierno fuesen acompañados siempre de la mudanza de los empleados públicos. Había que dar a éstos estabilidad y garantizar su competencia mediante escalas, evitando así las arbitrariedades y el caos a que conducía la libérrima y caprichosa elección y destitución de los funcionarios. Habló de la necesidad de vigorizar por igual el Poder ejecutivo y las instituciones parlamentarias y salió enérgicamente al encuentro de los que le tachaban de absolutista vergonzante. «Yo no he sido nunca vergonzante en nada—exclamaba con decisión—; he manifestado siempre mis opiniones. Acaso alguna vez habré usado de más franqueza de la que convenia. En cuanto a lo de absolutista—añadía—, voy a decir algunas palabras en contestación a las pronunciadas por el Señor Illas y Vidal. Yo soy absolutista de un absolutismo solo; no reconozco más que el de Dios, porque el absolutismo de Dios es el del Ser necesario, del Ser único, del Ser infinitamente sabio e infinitamente justo. Pero entre nosotros (porque yo no hablo de otras naciones, no tengo misión para eso, ni puedo decir tampoco que haya una clase de Gobierno que sea general, que sea la única conveniente para todos los países), hablando de España diré a Sus Majestades que *no he sido ni soy, ni espero ser jamás, absolutista...* Yo quiero Trono, un Trono fuerte, un Trono respetado; pero no lo quiero arbitrario, despótico, ni absoluto; quiero que tenga reglas y que no falte a esas reglas. Yo quiero Cortes; las he querido siempre; jamás, en ningún proyecto, he propuesto nada en contra de su existencia. Las he querido, las quiero y sigo queriéndolas, con gran prestigio, con grande autoridad». Poco después decía, con la experiencia y la clarividencia de un prudentísimo hombre de Estado, «que la existencia de las instituciones y de las Cortes, si tienen algún peligro en España, es el que puede nacer de sus propios excesos».

La reseñada oración parlamentaria, que puede verse íntegra en el tomo I de los *Opúsculos*, de Bravo Murillo, demostró, una vez más, la preparación del gran hacendista para dirigir la política nacional. Muchos esperaron que sería llamado por la Corona para presidir un Gobierno que, aunando las fuerzas conservadoras del país, diese prosperidad a la nación y solidez al Trono. Bravo Murillo, a quien injustamente se ha tachado de intolerante, no había rechazado la posibilidad de que los progresistas llegasen al Poder, siempre que lo lograsen por medios legales. Con esto, tal vez, se hubiera acabado en España la era de las conspiraciones y de las discordias, desenvolviéndose la vida pública dentro de la Ley. Pero no fué así la orientación que prevaleció en las altas esferas. Suspendidas las sesiones de Cortes el 6 de mayo de 1858 entra en el Gobierno Isturiz el señor Posada Herrera, el 14 de aquel mismo mes. Posada Herrera se hallaba en estrecho contacto con el general O'Donnell y con otros políticos de significación liberal, que creían conveniente la formación de una organización nueva, que, atrayendo a los progresistas menos avanzados y a los moderados más liberales, constituyese una amplia y robusta coalición, capaz de gobernar durante muchos años.

Es lo que desde 1854, aunque con distinto alcance, se venía llamando Unión Liberal.

Al mes y medio de la entrada de Posada Herrera en el Gobierno Isturiz—el 30 de junio—cayó éste, formándose un Gobierno presidido por O'Donnell que se presentó ya ante la opinión del país con aquella aleación de fuerzas dispares titulada Unión Liberal. Disueltas las Cortes y convocadas otras para el 1 de diciembre de aquel mismo año, ya no acudió a los comicios el señor Bravo Murillo. Desengañado, pero profundamente monárquico, no quiso combatir el uso que había hecho doña Isabel II, de su regia prerrogativa. Hondamente amargado y decepcionado, se sintió sin ánimo para colaborar, ni siquiera desde la oposición gubernamental, con la política que entonces se inauguraba.

En la tranquilidad y retiro de esos sus años últimos pensó y escribió, descollando entre sus publicaciones los interesantísimos *Opúsculos*. Y en uno de ellos juzgó a la organización que le había suplantado y que vamos a considerar en

VI.—REVERSO Y ANVERSO DE LA UNIÓN LIBERAL.

Este partido, o mejor, conglomerado político, aspiraba al justo y difícil medio, en un sistema templado de gobierno centro.

Cansadas de la estéril lucha, la izquierda moderada, y la derecha progresista, pretendieron un concierto. Y este mosaico que ajustaba piezas tan distintas con la aspiración lógica de una relativa estabilidad, se comparó por los comentaristas a un imperio heterogéneo que se sometiera a un soberano común, y también, menos piadosamente a una jaula de fieras que, enemigas entre sí, acatasen, a la fuerza, el pan y el látigo alternos del domador. Todavía se tituló al conjunto «la familia feliz», siguiendo un simil de Alcalá Galiano, y el vulgo tachó de «resellados» a cuantos se incorporaron a la suma o unión de elementos que procedían de tan contrarios partidos.

Pero, pasados cien años, puede analizarse este intento más objetivamente, incluso ponderando dictámenes opuestos de aquel momento. Así Bravo Murillo lo explica y analiza en los términos que extractaremos a continuación como testigo de los más acreditados y menos afectos a aquella fórmula en su *Historia de la Unión Liberal* (4). El Ministerio que cayó a consecuencia de la revolución de 1854—escribe el ex presidente—, partiendo también de la divisoria que supuso el pronunciamiento de Vicálvaro, tenía una política muy diferente de la del de 1851 y 1852. Sin embargo, de esto y de todas las circunstancias expresadas, la disidencia que precedió a la indicada revolución dió ya la primera señal de vida en 1852. En el tiempo que medió desde entonces hasta los sucesos que produjeron inmediatamente la revolución se descompuso la coalición de aquel año... (Extractamos marcando con suspensivos las supresiones obligadas de disertación tan copiosa, en gracia a la brevedad.) Si en 1836 se había restablecido la Constitución de 1812, en 1854 se pudo y debió restablecer la misma o cualquier otra.

Creo hacer justicia a los hombres que contribuyeron a la insurrección de 1854 en decir que no se propusieron el triunfo de

(4) *Opúsculos*, antes citado, t. II, pág. 333.

la revolución, el cual sobrevino contra los deseos y propósitos que abrigaban cuando proyectaron el alzamiento; trataron de dominarla y dirigirla; pero sus esfuerzos fueron impotentes para ello. Disponían, principalmente el general O'Donnell, ministro de la Guerra, del ejército con el cual repugnaba a la Milicia Nacional entablar pelea, temerosa instintivamente de ser vencida. La razón que siempre debe tenerse por el principal elemento, y el ejército estaban de parte del general O'Donnell. Dió, pues, éste, con éxito feliz, la gran batalla de 1856 contra la revolución, creando una situación nueva que le colocó, como era natural, a la cabeza del Poder, nombrándole la reina presidente del Ministerio que constituyó.

La fracción que lo formó o se adhirió a él, tomó definitivamente el nombre, anunciado desde 1854, de «Unión Liberal».

Corta fué, por entonces, la existencia en el poder de esta fracción.

Restableció la Constitución de 1845 y de consiguiente el Senado, pero modificada en partes muy esenciales por una célebre Acta adicional, que si había poder legal para dictarla, lo había también para establecer una nueva Constitución. Esto debió hacer el Gobierno, que creía reformable, en puntos esenciales, la de 1845. Hubiera ejercido, es verdad, un poder dictatorial, fundándose en lo extraordinario y anómalo de las circunstancias; pero, ¿no lo ejerció dictando el Acta adicional? La publicación de ésta fué, pues, un verdadero golpe de Estado, como lo fué arrancado también por una revolución triunfante, el restablecimiento en 1836 de la Constitución de 1812.

Pero la publicación del Acta adicional se interpretaba como una transacción en ciertos puntos con las ideas que habían prevalecido en los dos años: la ejecución de las leyes de desamortización, aun en los respectivos a los bienes eclesiásticos; el no representar genuinamente los hombres de la Unión Liberal las ideas que realmente habían salido vencedoras en aquellas célebres jornadas, y la confianza que inspiraba el duque de Valencia respecto de todos estos puntos, y además en cuanto al mantenimiento del orden, decidieron la caída del ministerio O'Donnell en 1856.

Aun cuando la subida al poder del general O'Donnell, en 1858, fuese inesperada y sorprendente en aquella época y circunstancia

y de aquel modo para muchos inexplicable, su vuelta al Ministerio se consideraba natural y aun necesaria. Había sido de cortísima duración el anterior: era en él patriótico el deplorar que no se le hubiese dado tiempo para poner en ejecución, ni aun anunciar, sus proyectos: que los había de tener, como los tiene todo el que aspira al poder. La reina aceptó, depuesto el temor de innovaciones políticas, pues que no se resucitaba el Acta adicional, habiéndole hecho el anuncio de que se mantendría la suspensión de la venta de los bienes eclesiásticos e indicándole que se desarrollarían grandes y provechosos planes; lo cual no le había sido dado realizar en el corto periodo del Ministerio de la Unión Liberal de 1856.

El general O'Donnell y sus amigos, al subir al poder inmediatamente después de las jornadas de 1856, necesitaban un nombre nuevo. Es evidente que no podía contársele entre los partidarios del absolutismo, ni de la democracia. El partido progresista había constantemente reconocido por Jefe al general Espartero, y este general, con la mayor parte de los progresistas consideraron como derrota la batalla de 1856. En cuanto al partido moderado, el general Narváez, su jefe, estuvo expatriado durante el famoso bienio, y en el mismo tiempo estuvieron el general O'Donnell y sus amigos anatematizando constantemente y condenando con sus hechos y sus palabras, las doctrinas y la conducta de aquel partido en los once años que se presentaban como un periodo de opresión, de arbitrariedad y de abusos.

La fracción capitaneada por el general O'Donnell necesitaba, pues, un nombre nuevo para que los que pertenecían tanto al partido progresista como al moderado pudieran decorosamente alistarse en él, ya que habían de salir necesariamente del uno o del otro bando, a falta de hombres políticos que no hubiesen pertenecido a uno de los dos. Así, el nombre de Unión Liberal producía el admirable efecto de hacer que los unos y los otros, siendo en realidad tan diferentes las doctrinas del partido a que, respectivamente habían pertenecido, dijese que seguían sosteniéndolas, y aun lo creyesen, afiliados a la Unión Liberal; que el progresista y el moderado juzgasen que ellos, y no los que no habían ingresado en las filas de la Unión, eran los que pertenecían al antiguo partido, depurado y purificado. Un moderado podía decir: «Se siguen los principios del partido a que he pertenecido, porque no

hay Milicia Nacional; porque se procura mantener el orden público a toda costa, refrenar la licencia de la prensa y sacarnos de la postración en que yacemos.» Y un progresista podía decir a su vez: «El Ministerio adopta las doctrinas de su antecesor, tales como la experiencia ha demostrado que son provechosas: no hay Milicia Nacional, pero ésta no es esencial para la libertad; se derogarán la reforma de Narváez y la Ley de Imprenta; la desamortización se llevará a efecto.» Ambos decían creer que, así fué siempre su partido: moderado y progresista.

Concibiendo todas esperanzas, por más que las de unos fuesen contrarias a las de los otros, se engrosaban naturalmente las filas de la nueva fracción y el nombre de Unión Liberal contribuía, salvándose el decoro del modo y por las razones expuestas, para hacer prosélitos. Pero no era posible la fusión, porque la amalgama de doctrinas opuestas es una quimera. Cabe transacción acerca de intereses; pero no cabe, a no variar de modo de pensar, que tenga por verdadero y bueno lo que se ha tenido siempre por malo y falso.»

Cabe también, y esto es lo que realmente sucedió, adoptar en unos puntos las doctrinas de un partido, en otros las del partido contrario. El que esto hace es un partido medio, un tercer partido, que se forma naturalmente, pudiendo tener vida propia y adquirir fuerza; llegando a fijar los destinos del país con personas que entran nuevamente en la vida pública, no afiliados a ningún partido...

La exposición de su Majestad y el Real Decreto de 6 de julio de 1858, mas la circular, expedida por el Ministerio de la Gobernación, en 21 de septiembre siguiente, constituyen el programa efectivo del Ministerio de la Unión Liberal.

Pero ambos documentos no cabe aquí reproducirlos por no hacer esta exposición interminable.

Hasta aquí el juicio de Bravo Murillo, *reverso* de la acuñada Unión Liberal; vista por un moderado histórico que se abstenia de colaborar.

Observemos ahora el *anverso* de esa misma medalla a través de otros testigos. conservador y progresista, participantes en la solución O'Donnell-Posada.

En cambio, «la teoría de la Unión Liberal—dejó escrito otro au-

torizado publicista conservador de aquella época (5)—es sencilla, es plausible.

El partido conservador ha exagerado las condiciones del Poder, al paso que el partido progresista ha exagerado las condiciones de la libertad.

De sus resultas, el primero apellidaba anarquista al segundo, y éste llamaba absolutista a aquél; hasta que los hechos y la experiencia nos llegaron a convencer a todos de que, entre cierta clase de conservadores existía un profundo amor a los principios esenciales de la libertad; al paso que, entre algunos hombres de antecedentes y de valer del partido progresista, no era menos evidente que, al cabo, habían admitido los principios de orden y de gobierno,

Añádase a esta circunstancia que el principio dinástico ha sido común a los dos partidos; que los conservadores, en sus luchas internas, han tenido que reconocer la excelencia de ciertos principios de los progresistas; y éstos, que admitir, para huir de las exageraciones de sus adeptos, algunas garantías de la escuela conservadora.

De lo primero hemos podido convencernos al oír proclamar en alta voz en las Cortes, al señor marqués de Pidal, que reconocía haberse equivocado en la extensión dada al principio restrictivo en las leyes orgánicas; al señor Calderón Collantes (don Fernando) decir que el abuso hecho de la intervención de los agentes del Gobierno en materia de elecciones, si no se corregía, lo llevaría a sentarse en los bancos de los progresistas.

Nadie ha olvidado las declaraciones del señor Cortina y otros órganos de este último partido, respecto a la Milicia Nacional, y cuantos han seguido nuestra historia política en los últimos años, saben que las diferencias de doctrina entre los que se llamaban progresistas de orden y conservadores liberales, eran ya puramente nominales, como ha opinado en una sesión de las actuales Cortes el señor Ríos Rosas.

Del mismo modo sabemos que, después de los desengaños y retraimiento producidos por el socialismo, los progresistas a que acabamos de hacer alusión no estaban distantes de acercarse a los

(5) Don ANDRÉS BORREGO, en «Organización de los partidos políticos en España».

moderados constitucionales; y si después de la amnistia de 1849 el gabinete Narváez da un paso más adelante y, para resistir a la camarilla que ya le hostilizaba y se preparaba a derribarlo, su jefe apela al sentimiento constitucional y se resuelve a formar un partido «conservador progresivo», los hombres más notables del progreso se hubieran prestado a una combinación de esta clase.

Nada prueba más completamente que ésta era la verdadera disposición de los ánimos como el observar la situación en que han estado las dos oposiciones, conservadora y progresista, en el Senado y en el Congreso, desde la formación del Gabinete del señor Bravo Murillo.

Han votado constantemente juntas, juntas han deliberado cuando han sobrevenido circunstancias graves, han resistido juntas el amago de golpe de Estado, han hecho juntas las elecciones, juntas llegaron hasta el día en que estalló la revolución del 54.

Todo esto prueba, como decíamos, que la teoría de la Unión es sencilla y plausible».

En otro escrito, un progresista de orden, vicepresidente que fué de las Cortes que nos ocupan, don Modesto Lafuente, confirmaba a su vez:

«La Unión Liberal, que el general O'Donnell creó por inspiración y por instinto, robusteciéndola con su prestigio y con su alta posición militar, vino a organizarse en el Poder y a tomar, si no credo distinto, fisonomía propia, merced al talento práctico de don José Posada Herrera, orador fácil y discreto, escritor de cierto valer y hombre tenaz y hábil.

Había sido progresista, y como tantos otros, se había convertido en conservador con la experiencia y con los años.

La Unión Liberal se había fundado y debía acabar de constituirse por un movimiento natural de la opinión, el cual había producido dos corrientes que venían a converger al mismo punto, partiendo de extremos opuestos. Traía una a los progresistas, que se asustaban de la democracia y querían hallar orden, estabilidad y fuerza en los Gobiernos, sin prescindir de sus más importantes doctrinas liberales. La otra corriente arrastraba a los conservadores, que repugnaban los planes y propósitos reaccionarios de muchos de su partido, y, que, permaneciendo conservadores, no que-

rían abjurar de sus antiguas creencias en el parlamentarismo y en la revolución, llevada hasta cierto punto.

Los hombres traídos de uno y otro extremo por estas dos corrientes, habían venido a parar al mismo centro. La idea de unirse y de formar un partido se les había ocurrido ya a muchos, y la habían proclamado. Así, por ejemplo, Ríos Rosas, Pacheco y Pastor Díaz. La unión, no obstante, había sido siempre momentánea. Al nuevo partido, deseado y concebido, si se quiere, pero no nacido aún, le había faltado hasta entonces un requisito esencial en España: le había faltado un general que le acaudillase y le presentase el poder de su espada.»

«Era, pues, la Unión Liberal—concluye Lafuente—un eclecticismo político. No hagamos caso de procedencias ni denominaciones—decía—; venga de donde venga, es nuestro quien acepte la dinastía y la Constitución y no tenga opiniones contrarias a nosotros en las principales cuestiones políticas.

VII.—EL PARLAMENTO LARGO.

Aceptada la dimisión a Istúriz (extractamos de la Antología de las Cortes de 1859 a 1863, dichas del Parlamento largo) (6), se encargó de formar Gobierno por segunda vez el general O'Donnell, a fines de junio de 1858.

Constituyó éste un Gabinete propio, asumiendo Presidencia y Guerra, con Posada Herrera en Gobernación, Calderón Collantes en Gracia y Justicia, Salaverria en Hacienda, el marqués de Corvera en Fomento y el general Quesada en Marina.

Retirado Espartero en Logroño y recluso en París Narváez, la sucesión de Gabinetes-puentes (Armero, Istúriz) no había sido más que un compás de espera, pues dicho queda que sin Espartero y sin Narváez el Trono constitucional no tenía otra solución política que O'Donnell.

La Unión Liberal entra, pues, de lleno a formar su segundo Gabinete, que en tan favorables condiciones llega a recorrer en triunfo los cuatro años y medio de poder, dando vida y sostén a un Parlamento que, por primera vez en nuestra historia constitucional,

(6) Arreglada por CRISTÓBAL DE CASTRO. Madrid, 1911.

vive cuatro legislaturas y muy cerca de cinco años; como exponente más que de un partido de un organismo armonizador de varios con fuerza equilibradora; al que, sin embargo, le surgieron problemas vivos que exigían, no ya el discurso dilatorio, sino el decreto ejecutivo.

Convocadas las Cortes por decreto para el día 1.º de diciembre, se fijaron las elecciones para el mes de octubre, y a los comienzos de septiembre se insinuó la agitación electoral.

Más que el decreto de convocatoria, lo que puso en pie de guerra a los partidos fué la famosa circular (7) que dirigió Posada Herrera a los gobernadores, porque, según los comentaristas de la época, en el historial abundante de los Gobiernos no se había registrado hasta entonces documento tan hábil como extraño. El nuevo ministro de la Gobernación—filósofo sanchopancista y tenaz convertido en empleado, según sus biógrafos—insinuaba en ella a los gobernadores—escribe un publicista contemporáneo—que, sin apartarse de la más estricta legalidad, ejerciesen toda su «influencia moral para lograr el triunfo de los candidatos del Gobierno».

Hombre tan docto y de tan buen juicio como don Modesto Lafuente y, de otra parte, poco o nada entusiasta de Posada Herrera, dice así: «En cualquiera otro país, donde el cuerpo electoral sea más independiente y la opinión pública más eficaz y activa para abrirse camino por medios legales, la prescripción de Posada Herrera a los gobernadores hubiera estado muy en su lugar.»

Puso en guardia la circular a los partidos, y cada cual se aprestó a la lucha. Los progresistas, en el teatro de Novedades, celebraron una ruidosa Asamblea, en la que ya desde el comienzo de la sesión se iniciaron dos grupos disidentes. Uno era el belicoso, a cuyo frente figuraba Olózaga, el cual hizo un discurso de intransigencia y guerra a muerte a la Unión Liberal; otro era el ecléctico y oportunista, que tenía a Cortina por caudillo, y, resuelto a afianzar la Constitución en el Trono, se dispuso a apoyar el Ministerio, recibiendo, como se ha dicho, el estigma de «resellado».

Entre los moderados, hubo también sus disidencias. El grupo de los puritanos o de la «Liga blanca», participó con sus eclecticismos del Poder; mientras que el de los «narvaístas» o belige-

(7) Aquel Decreto de 6 de julio y la circular de 21 de septiembre de 1858 como antes se indica.

rantes siguió aferrado a su intransigente guerra al Gobierno.

Así se vieron incorporados al Gobierno prohombres moderados tan importantes como Martínez de la Rosa, Mon, Istúriz, Ríos Rosas y otros; personajes progresistas de tanta significación e historia como don Patricio de la Escosura, Cortina, Hoyos, don Claudio Antón de Luzuriaga y don Cirilo Alvarez; hombres de tanto porvenir y aureola popular como los generales Prim, Zabala e Infante. El Gobierno pudo, pues, decirse que no tenía más enemigos que los progresistas puros de Olózaga con Sagasta y Ruiz Zorrilla en la izquierda, y los moderados belicosos, que capitaneaba González Brabo y San Luis. Pero así unos como otros llegaron a las urnas quebrantados.

Las elecciones se realizaron por el sistema de distritos, presididas las Mesas por los alcaldes, y tomados los locales militarmente. «Qué resultado darían estas elecciones—escribe Fernández de los Ríos—que no hay para qué decirlo: una inmensa mayoría dependiente, como ninguna, no ya de la opinión de un Ministerio, sino de la personalidad de un nombre; una minoría muy pequeña de moderados puros y otra no mayor, de progresistas: he aquí el cuadro que presentaba el Congreso de 1858.»

Don Modesto Lafuente comentaba: «Menester es confesar que el Gran Elector—como llamaba a Posada—empleó con notable discreción su influencia moral y su poderío; y si bien trajo inmensa mayoría de Unión Liberal al Congreso, no se opuso, y quizá en ocasiones procuró que saliesen diputados los hombres más notables de las oposiciones todas, formando así un Congreso de gran respetabilidad y duradera energía.

Del resultado electoral entresacamos estas figuras de vencedores entre los 334 elegidos:

Por Badajoz	D. Santiago Fernández Negrete.
Castuera, en ídem	D. Adelardo López de Ayala.
Por Barcelona (Lonja)	D. Juan Güell.
Por Barcelona (Universidad).....	D. Laureano Figuerola.
Por Barcelona (San Pablo).....	D. Pascual Madoz.
En Burgos, por Aranda de Duero.	D. Manuel de Fuente Andrés.
En Cáceres, por Gata.....	D. Vicente Barrantes.
Por Trujillo	El Marqués de la Conquista.

En Cádiz, por Olivera.....	D. Francisco de los Ríos y Rosas.
En Canarias, por Guía.....	D. Luis González Brabo.
Por Santa Cruz de Tenerife.	D. Manuel Rancés y Villanueva.
Por Las Palmas	D. Manuel Bertrán de Lis.
En Castellón (capital).....	D. Pedro Bayarri.
En Ciudad Real (capital).....	El conde de la Cañada.
Por Alcázar de San Juan....	D. Eulogio Florentino Sanz.
En Córdoba, por Montilla.....	El marqués de la Vega de Armijo.
En Coruña, por Ordenes.....	D. Fernando Calderón y Collan-
	tes.
Por Noya	D. Antonio Romero Ortiz.
Por Padrón	D. Eduardo Gasset Artime.
En Cuenca, por Priego.....	El conde de San Luis.
En Granada, por San Justo.....	D. Francisco Martínez de la
	Rosa.
En Jaén, por Huelma.....	D. Manuel Alonso Martínez.
En León, por Astorga.....	D. Modesto Lafuente.
En Lérica, por Tremp.....	D. Pascual Madoz.
En Logroño (capital).....	D. Práxedes Mateo Sagasta.
Por Arnedo	D. Manuel Orovio.
En Madrid, por Barquillo.....	D. Salustiano Olózaga.
Por Valdemoro	D. Luis González Brabo (2.º).
Por Chinchón	D. Emilio Alcalá Galiano, viz-
	conde del Pontón.
Por Navalcarnero	D. Ignacio José Escobar.
En Málaga, por Archidona	D. Juan Valera.
Por La Alameda	D. Jorge Loring.
Por La Merced	D. Antonio Cánovas del Castillo.
Por Ronda	D. Antonio de los Ríos y Rosas.
En Orense, por Bande.....	D. Saturnino Álvarez Bugallal.
Por Celanova	D. Manuel Calderón Collantes.
En Oviedo, por Gijón.....	El conde de Revillagigedo.
Por Pola de Laviana.....	D. Pedro José Pidal.
Por Salas	D. José Álvarez Lorenzana.
En Pontevedra, por Prado.....	D. Diego López Ballesteros.
Por Vigo	D. José Elduayen.
En Santander, por Torrelavega.	D. José de Posada Herrera.
En Sevilla, por Osuna.....	D. Manuel Sánchez Silva.

En Segovia, por Cuéllar.....	El marqués de Cuéllar.
En Soria, por Burgo de Osma...	D. Manuel Ruiz Zorrilla.
En Tarragona, por Vallas.....	D. Eduardo Gasset Matheu.
Por Gandesa	D. Rafael López Ballesteros.
En Toledo, por Torrijos.....	D. Eulogio Benayas.
En Valencia, por Serranos.....	D. Antonio Aparici Guijarro.
Por Murviedro	D. Nicolás María Rivero.
Por Liria	D. Pascual Bayarri.
En Valladolid, por Mota del Mar- qués	D. Enrique O'Donnell.
En Zamora, por Toro.....	D. Claudio Moyano.

y así sucesivamente...

Vino después la solemne apertura del Congreso (1 de diciembre de 1858), presenciando Madrid aquel desfile militar y cortesano en donde el general O'Donnell, cabalgando al estribo de la carroza regia, destacaba, entre el séquito palatino, su aire impasible.

Precedidos de los maceros y de los diputados y senadores que, en comisión, habíales recibido en el vestíbulo, penetraron los reyes en el salón, a cuya entrada los representantes y las tribunas se pusieron en pie, según ritual. Doña Isabel II ocupó el trono, sentándose a su izquierda el rey, a entrambos lados se situaron los ministros, y detrás, las damas de honor y jefes de Palacio.

Luego que Sus Majestades tomaron asiento, informa el «Diario de las Sesiones» de esta fecha, lo tomaron también, en sus respectivos puestos, los señores presidente, senadores y diputados, y, en seguida, los demás asistentes a este solemne acto; permaneciendo en pie los ministros y el acompañamiento de Sus Majestades.

El señor presidente del Consejo, después de besar la mano a Su Majestad, tuvo la honra de entregarle el discurso de apertura de las Cortes, y Su Majestad se dignó leer su abundante y comedido texto, del que entresacamos estos significativos párrafos:

«Señores senadores y diputados: ... El Soberano Pontífice continúa dándome distinguidas muestras de su benevolencia, y anhelando yo terminar las dificultades creadas por vicisitudes de los tiempos, he comunicado instrucciones a mi embajador en Roma para que concierte con la Santa Sede, del modo más ventajoso a los inte-

reses de la Iglesia y del Estado, la solución de todas las cuestiones pendientes...»

«El rey de Marruecos ha reconocido, como no lo había hecho hasta el día, un principio consignado en sus Tratados con España, conviniendo, por consecuencia, en la indemnización del buque apresado por los moros del Riff hace más de dos años...

Confío que se seguirá haciendo igual justicia a mis reclamaciones, y que no tendré necesidad de recurrir a la fuerza para hacer respetar el pabellón español y evitar que se repitan los excesos que contra nuestras plazas y buques han cometido los rifeños en distintas épocas...»

«Deseando mi Gobierno restablecer el riguroso y general cumplimiento de la Ley, ha levantado el estado de sitio en todas las provincias, sin que por esto se haya alterado la profunda paz que el país disfruta...»

«Inmediatamente se presentarán los presupuestos del Estado para el año próximo sin nuevas cargas para los pueblos; las contribuciones y rentas públicas bastarán a cubrir las atenciones ordinarias de todos los ramos de la Administración...»

«Continuando la enajenación, acordada por leyes anteriores, de los bienes de los pueblos y otras corporaciones civiles, se os propondrán en su interés nuevas bases para la redención de los censos y para la más segura y beneficiosa colocación de los capitales de las ventas...»

«Una cosecha, si no abundante, la más feliz en los últimos años, ha preparado la ocasión oportuna de establecer las reglas que han de regir sobre importación de cereales, conciliando los intereses de la agricultura con los del comercio, de un modo tal que asegure la subsistencia de las clases menesterosas...»

«Con el impulso que diversas empresas han logrado dar a la construcción de ferrocarriles, a favor de la tranquilidad que el país disfruta y de los auxilios del Tesoro, se acerca el día en que la nación entera gozará las inmensas ventajas de la más acelerada comunicación...»

«Asimismo se someterán a vuestra aprobación las leyes de minas, de sociedades mineras y del arreglo del Notariado, algunas de las cuales ya fueron objeto de la deliberación de las Cortes en la pasada legislatura.»

Terminada que fué por doña Isabel II la lectura del discurso, el presidente del Consejo declaró abiertas las Cortes de 1858 y 1859.

Tras el examen de actas leves, en el que se invirtieron catorce días, se eligió al fin la Mesa del Congreso, cuya votación dió el siguiente resultado:

Presidente, Martínez de la Rosa, por 185 votos.

Vicepresidente 1.º, marqués de la Vega de Armijo, 176.

Vicepresidente 2.º, don Diego López Ballesteros, 167.

Vicepresidente 3.º, don Modesto Lafuente, 157.

Vicepresidente 4.º, don Fernando Calderón Collantes, 155.

(Siguen los secretarios.)

Otorgóse, pues, la Presidencia a uno de los prestigios del partido moderado histórico, Martínez de la Rosa. Los vicepresidentes, se ve que resultaron electos por este orden: el marqués de la Vega de Armijo, hombre de toda confianza y devoción de O'Donnell, que se arriesgó a salvarle en disfraz de cochero, guiando el coche en que huyó el general de la tenaz persecución de Narváez; el señor López Ballesteros, espíritu templado y también personalmente adicto a O'Donnell; don Modesto Lafuente, en representación del núcleo progresista templado de Escosura, Cortina y don Claudio Antón de Luzuriaga; en fin, el señor Calderón Collantes, que mantuvo después, unido a Cánovas, la acusación ante el Senado contra el ex ministro moderado Esteban Collantes, en el ruidoso proceso de «los cargos de piedra».

La mayoría, numerosa y disciplinada, tenía por organizador y conductor a Posada Herrera, en cuyas dotes de paciencia y capacidad, y de oportunismo e intención fría—como su sonrisa—con la consigna del «tacto de codos» y bajo la fórmula compensada de «ni reacción ni revolución» ponía en su grey una esperanza de victoria.

La minoría progresista apenas si contaba al comenzar las Cortes con quince o veinte diputados; pero entre ellos estaba, como su «leader», el batallador parlamentario Olózaga, y hombres tan duchos en la discusión como Madoz y Calvo Asensio, o tan juvenilmente intrépidos como Sagasta y Ruiz Zorrilla.

Al frente de los moderados destacaba González Brabo, con su cargada historia de hábil polemista; el marqués de Pidal, con su

autoridad de historiador y diplomata; Castro y Orozco, Salazar y Mazarredo, de elegantísima erudición, y Valera, de exquisita juventud, maestra en letras y en filosofía.

Agrupábanse los absolutistas en los escaños donde alzaba su voz apologetica el anciano Aparici Guijarro, y la democracia, fuerte en su soledad, no oponía más voz que la infatigable de Rivero.

Expuesto así el reparto parlamentario—en lo que seguimos con variantes la citada Antología—desenvuelven su espíritu las Cortes en cuatro años y medio, estabilidad de que hasta entonces no había dado ejemplo en nuestro país Parlamento alguno.

En lo político, ponen manos resueltamente en la ley de imprenta, colocándola bajo la custodia del Jurado; en los Ayuntamientos, insinúan ya un modo de esquema de autonomía local; en las Diputaciones procuran reorganizarlas con sentido más amplio y moderno, y en el Consejo de Estado, en fin, tratan de implantar una disminución de prerrogativas en consonancia con los nuevos tiempos.

En cambio, en lo social legislan con la misma genérica vaguedad que una academia de filósofos. Porque, como observará más adelante el mismo Cristóbal de Castro, cuando en Prusia es ya histórico el marxismo, nuestras Cortes quedarán atónitas porque miles de obreros catalanes reclamen el derecho de asociación.

En su labor económica parte de la consiguiente y anual discusión y aprobación de los presupuestos con un total ordinario de algo más de 1.786 millones de reales de vellón en gastos, contra algo más también de 1.794 millones de ingresos; cuenta la continuación de venta de propios y el proyecto sobre empréstito de 2.000 millones para créditos extraordinarios suscrito por Salaverría; la continuación de la obra desamortizadora de Mendizábal y la votación de numerosas Leyes sobre caminos, canales y ferrocarriles.

La diplomacia tiene en esas Cortes repetidos y amplios debates; y nada menos que con cuatro guerras que se anuncian con su escolta de notas y memoriales. La gestión de Ríos Rosas con el cardenal Antonelli, secretario de Estado de la Santa Sede, logró cancelar en 25 de agosto de 1859 el largo y delicado proceso de la desamortización, aceptando la Iglesia (que había llegado por negarse hasta la ruptura, en 1855) que se vendieran los bienes eclesiásticos así seculares como seculares, dando el Estado a cambio

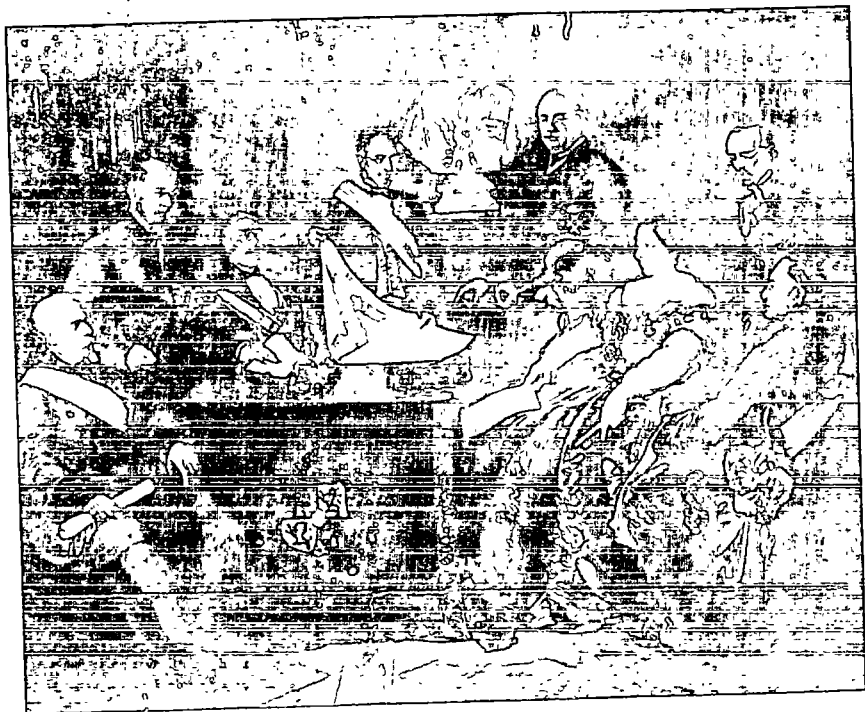
de ellos inscripciones de deuda al 3 por 100. Así, como los debates sobre la Revolución italiana, la privación del poder temporal de la Santa Sede y la proclamación de Victor Manuel de Saboya.

Con el grave asunto de los 130.000 «cargos de piedra» acopiados en 1853 e imputados al entonces ministro de Fomento conservador don Agustín Esteban Collantes, se dió el ejemplo por primera vez—y también la campanada política—de que acusase el Congreso—proposición de 12 de marzo de 1859, admitida por 213 diputados ante el Senado constituido en Tribunal, a todo un ex ministro de la Corona.

Ecléctico siempre resume así Lafuente este episodio: «Aunque en el Congreso se defendió el acusado con notable agilidad y sangre fría—don José Elduayen sostuvo la acusación—, el Congreso decidió por 168 votos contra 66 que la acusación debía llevarse al Senado, convertido en Tribunal de Justicia. Para apoyar en el Senado la acusación fueron nombrados don Fernando Calderón Collantes y don Antonio Cánovas del Castillo. Los ilustres jurisconsultos Cortina y Acevedo fueron defensores del acusado. Su condenación fué moralmente resuelta. El acusado, por mayoría de votos, resultaba reo de tres delitos de estafa, por 44 votos contra 43; de fraude, por 47 contra 40, y de falsificación, por 45 contra 42. Esta condenación, no obstante, en vista de que la Ley exigía las dos terceras partes de los votos para condenar a los ministros, se convirtió en absolución. Esteban Collantes fué declarado inocente.

Tal era la pasión política de entonces entre los unionistas, que los senadores que habían dado voto absolutorio fueron objeto de las más espantosas diatribas, extremándose en éstas un célebre y aplaudido poeta, dramático y lírico. En la conciencia pública, sin embargo, Esteban Collantes fué tenido por más infeliz que culpado. La acusación no le hizo tanto daño como se quería, y, en cambio, según dice el señor García Ruiz en sus *Historias*, dió margen a mil razonamientos y escandalosas conjeturas, no precisamente por los «cargos de piedra», de cuyo valor no recibiría un solo céntimo el acusado.

La Unión Liberal no hizo ningún castigo ejemplar y saludable, y promovió gravísimo escándalo, abriendo grande brecha para que



Su Majestad la Reina Isabel II con el Gobierno O'Donnell en el momento de la declaración de la guerra a Marruecos Sentado, y a la izquierda de la Reina, el Ministro de Gracia y Justicia, señor Fernández Negrete.

la murmuración penetrase sin dificultad en elevados recintos y allí se explanase a sus anchas.

En cuanto a los prestigios ante Europa, estas Cortes coinciden gloriosamente con un periodo histórico, no por fugaz menos brillante, en el que representa España un lucido papel internacional, yendo a la par de Francia a Conchinchina, junto con Francia e Inglaterra a Méjico, y acometiendo sola, casi por los mismos días, bizarramente, las dos empresas de Marruecos y de Santo Domingo. En ellas las Cortes procedieron y se comportaron con dignidad y patriotismo unánimes.

Esta faceta conduce a un nuevo apartado del presente resumen en relación a la Ley conmemorada, y que por su índole entonada casi exige titularlo así:

VIII.—VÍSPERAS GLORIOSAS.

En efecto, las discusiones de aquel verano con el imperio marroquí, la profanación de nuestro escudo en las fronteras de Ceuta y la discusión sobre los límites jurisdiccionales de esta plaza de nuestra soberanía llevaron a la ruptura y a la memorable proposición a las Cortes del 22 de octubre de 1859, que defendió Ayala (don Eduardo López de); y en la que después de una serena y digna exposición que hizo el presidente O'Donnell de las agresiones insultantes de los moros frente a nuestra plaza de Ceuta y de las dilaciones y reiteradas excusas, inexactas, del imperio marroquí para satisfacerlas cumplidamente, O'Donnell concluía que con Marruecos las relaciones quedaban rotas, y la suerte de las armas decidiría quién tenía razón: la fuerza de las armas, que es la última razón de los reyes y de los pueblos. Hemos, pues, venido con confianza a manifestarlo todo al Congreso, porque tenemos la convicción de que el Gobierno ha obrado con toda la moderación y templanza propias de una nación que es grande, aunque se crea lo contrario, que tiene grandes medios para hacer respetar su honra y dignidad, como lo hará siempre, poniéndolas a la altura de la nación que las tenga más altas. No vamos animados de un espíritu de conquista, no. El Dios de los ejércitos bendecirá nuestras armas, y el valor de nuestro Ejército y de nuestra Arma-

da hará ver a los marroquíes que no se insulta impunemente a la nación española, y que iremos a sus hogares, si es preciso, a buscar la satisfacción. (*Fuertes aplausos.*) No nos lleva un espíritu de conquista; no vamos a Africa a atacar los intereses de la Europa, no; ningún pensamiento de esta clase nos preocupa; vamos a lavar nuestra honra, a exigir garantías para lo futuro; vamos a exigir a los marroquíes la indemnización de los sacrificios que la nación ha hecho; vamos, en una palabra, con las armas en la mano a pedir la satisfacción de los agravios hechos a nuestro pabellón. Nadie puede tacharnos de ambiciosos; nadie tiene derecho a quejarse de nuestra conducta. Firmes en nuestra razón y en nuestro derecho, el Dios de los ejércitos hará el resto.» (*Grandes y repetidos aplausos.*)

Se propuso, pues, al Congreso declarar que había oído con la mayor satisfacción las palabras del Gobierno de Su Majestad, y que éste puede contar con el firme y decidido apoyo del Congreso de los Diputados para defender la dignidad española y los altos intereses de la nación.

Calvo Asensio leyó una entusiasta adhesión en nombre de toda la prensa, «sin distinción de colores políticos», en la que se cuentan hasta 42 firmas, entre ellas las de Gaspar Núñez de Arce, Pedro Antonio de Alarcón y Ramón de Campoamor, y el diputado por Egea de los Caballeros, don Cipriano del Mazo, clamó en consonancia con el momento histórico: «¡Dichoso el señor presidente del Consejo de Ministros, que, como general, va a conducir a nuestros soldados a la victoria! ¡Dichoso él, que va a lidiar por la independencia de nuestro territorio y a mirar por la honra de nuestra nación!

Si no hubiera bastantes soldados, aquí estamos todos, dispuestos a vestir el uniforme y a empuñar el fusil que nos ha de dar la victoria. Aquí estamos todos, para no escasear sacrificios de ninguna clase, para hacer ver que el pueblo español es digno de su nombre. Aquí estamos todos para votar cuantos recursos pueda necesitar el Gobierno. Así la Europa entera verá que el pueblo español es digno del renombre que ha alcanzado en cien batallas.»

Con todo, al preguntar el secretario si la proposición se aprobaba y pedir varios Diputados que se declarase por unanimidad, como otros en competente número reclamasen que fuese nominal

la votación, se verificó ésta y resultó aprobada la proposición por 187 señores que se hallaban presentes.

Declarada la guerra al sultán en medio del entusiasmo patriótico del pueblo español, se acallaron ante el enemigo común las luchas partidistas y se elevó al máximo el prestigio del Presidente del Consejo al asumir el mando del ejército expedicionario. Este, en enero de 1860, por el ímpetu del general Prim, ganaba, no sin riesgos, la batalla de los Castillejos; en febrero siguiente, después de duros encuentros, penetraba victorioso al mando personal de O'Donnell, en la plaza de Tetuán; y a fines de marzo, ya con 45.000 hombres a sus órdenes y triunfante en la sangrienta batalla de Wad-Ras, que perseguía el objetivo de Tánger, consiguió del caudillo contrario, príncipe Muley el Abbas, hermano del sultán, que éste pidiera y concertara la paz. En efecto, a fines de abril se firmó el satisfactorio Tratado de Tetuán, y para completar el éxito casi coincidió esta victoria exterior con el aplastamiento del brote carlista en San Carlos de la Rápita; aventura que costó la vida a su organizador, el capitán general de Baleares don Jaime Ortega y de la que parece responsable indirecto el rey consorte don Francisco de Asís, por la reconciliación que intentó inoportunamente con el pretendiente, conde de Montemolín y que dió aliento a éste para intentar el golpe. La prisión e indulto de éste afianza a la dinastía, así como la amnistía general a reos y procesados por delitos políticos a partir de 1850.

Triunfante O'Donnell en el exterior y en el interior, pudo inaugurar con los mejores auspicios la segunda legislatura el 25 de mayo de 1860, con un mensaje de la Corona que revela así su satisfacción y solidez:

«Señores senadores y diputados: Vengo animada de la más viva satisfacción a inaugurar la legislatura de 1860.

Al terminarse la precedente, la nación se hallaba empeñada en una guerra que habian hecho necesaria los insultos inferidos a su pabellón. Seguros de nuestra justicia, habíamos fiado su éxito a la protección divina y al valor incontrastable del Ejército.

Dios, oyendo nuestros votos, concedió en todos los combates la victoria a su constancia, a su valor y heroica abnegación. La Marina, desplegando siempre estas cualidades, ha compartido la gloria del Ejército.

En todas las provincias de la Península y de Ultramar, y en los países más distantes, los donativos para socorrer a los heridos y aliviar a las familias huérfanas por los accidentes de la guerra han revelado el vivísimo y unánime interés que inspiraban los que tan generosamente vertían su sangre en defensa del honor nacional.

Una vez ha puesto término a la guerra, el Ejército, al volver triunfante al seno de su Patria, ha recibido las demostraciones de entusiasmo y de reconocimiento que en todas partes se le han prodigado a porfía.

Mi Gobierno no ha hecho uso de los recursos extraordinarios que votaron las Cortes, inspiradas por un elevado sentimiento de patriotismo. Las ventajas obtenidas por el tratado de paz que se os presentará, compensa, en cuanto cabe, los gastos del Tesoro público y los sacrificios de la nación.

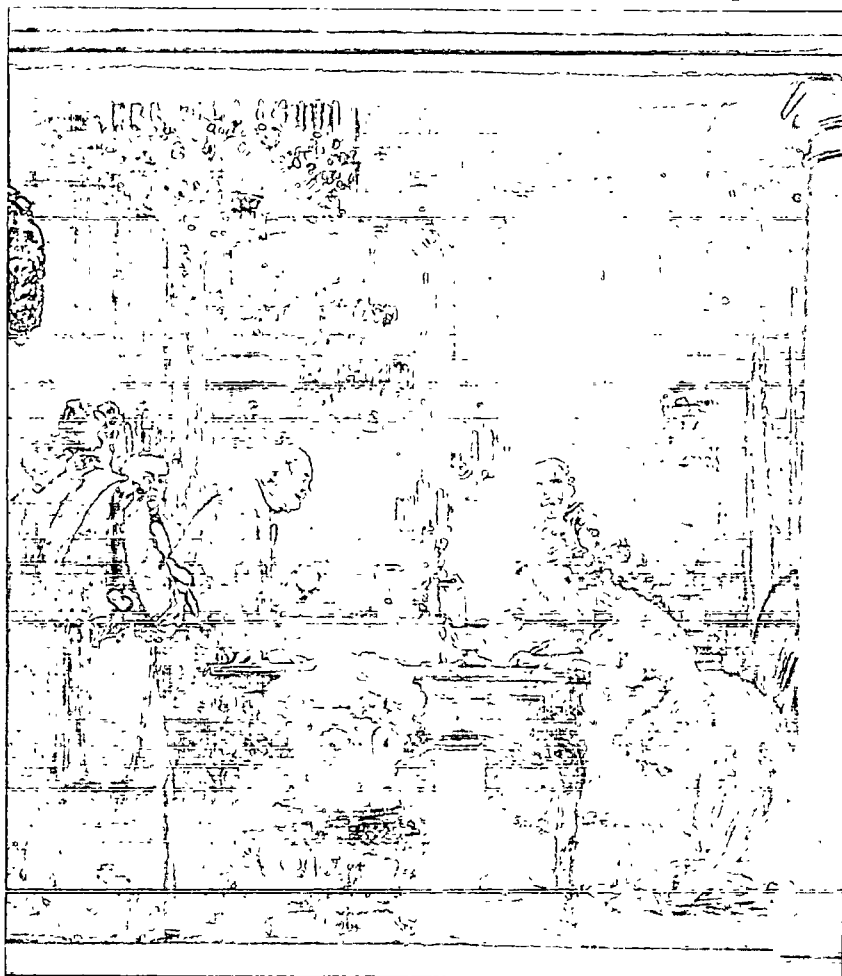
Las relaciones con las demás potencias continúan siendo amistosas.

Mi Gobierno, usando de la autorización que le concedisteis, ha celebrado con la Corte de Roma un Convenio que da seguridad a los intereses creados y tranquilidad a las conciencias, y facilitará el desarrollo progresivo de la riqueza pública. El Padre Común de los fieles me ha dado en esta negociación nuevas pruebas de su constante solicitud por la felicidad de España y la mía.

Mi Gobierno os dará cuenta del Convenio celebrado con la República de Méjico, a fin de terminar de una manera satisfactoria las diferencias que existían entre los dos pueblos. Los vínculos que los unen harán que España mire siempre con interés los prolongados infortunios de aquel país.

Cuando mi corazón de reina y de madre bendecía la Divina Providencia por el nuevo don que me otorgaba, y por los gloriosos triunfos del Ejército y de la Marina, un hecho criminal vino a turbar la universal alegría. La tentativa de insurrección fué ahogada en su origen. Las tropas, a quienes por el engaño se quiso arrastrar a la traición; el Ejército, que no pudiendo participar de las glorias de sus hermanos, esperaba ansioso el momento de combatir en Africa; la nación toda, me dieron pruebas irrefragables de su lealtad y adhesión.

Disipado el peligro de que la insurrección se propagase, pude



Leyenda : Su Majestad la Reina Isabel II, con el Ministro don Santiago Fernández Negrete, durante cuyo mandato se promulgó la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 y la del Notariado de 28 de mayo de 1862. Pintura de don Félix Mestre, existente en el Colegio Notarial de Barcelona. Representa la Mesa del Congreso, compuesta de su Presidente, don Alejandro Mon, y los Secretarios, don Manuel Ruiz Zorrilla y don Daniel Carballo, con asistencia del Ministro de Gracia y Justicia, don Santiago Fernández Negrete. Junto a la Reina, el General don Leopoldo O'Donnell, entonces jefe del Gobierno.

seguir los impulsos de mi corazón y conceder una amplia amnistía a todos los reos y procesados por delitos políticos desde 1850.

Mi Gobierno os presentará los presupuestos para 1861. Vosotros los examinaréis con el deseo de establecer la conveniente armonía entre los ingresos del Erario y las multiplicadas atenciones del servicio público. El ejercicio regular y ordenado de esta prerrogativa, una de las más importantes que la Constitución confiere a las Cortes, contribuirá a que el sistema representativo se arraigue más cada día en las costumbres y el espíritu de los pueblos.

En el curso de la legislatura se os presentarán varias leyes políticas y administrativas anunciadas anteriormente, y otras necesarias para arreglar el ejercicio de importantes derechos y organizar diferentes ramos de la Administración pública.

Señores senadores y diputados: Yo espero que vuestros trabajos contribuirán a dar nuevo impulso a la prosperidad general. Grande es el incremento que ha tenido en pocos años; pero detenerse en la senda de las mejoras es comprometer el fruto de penosos afanes. La primera necesidad de mi corazón es ver a España rica, feliz y respetada, y gozar en el seno de la paz los beneficios de las Instituciones de que es tan digna. El amor que desde la infancia me ha demostrado y los sacrificios que ha hecho por mí, me imponen el deber de consagrarla todos los momentos de mi vida. La unión íntima de la Nación y del Trono, haciendo imposible la reproducción de funestas disensiones, es prenda segura del porvenir de grandeza y de gloria que espera España.»

Interrumpidas las sesiones del Congreso (Decreto del 5 de julio) por el merecido descanso veraniego, las reanudó el 25 de octubre de 1860.

IX.—GOBIERNO Y COMISIÓN, REDACTORES DE LA LEY.

Hemos llegado al acto final. Don Leopoldo O'Donnell, árbitro de la situación política al centrarla, de acuerdo con la reina, en la Unión Liberal, formaba Gobierno desde el 30 de junio de 1858 y asumía con la Presidencia del Consejo de Ministros las dos carteras de Guerra y Ultramar.

Su mentor y realizador político era el ministro de la Goberna-

ción don José de Posada y Herrera. Y las demás carteras las desempeñaban: la de Estado, don Saturnino Calderón Collantes; la de Hacienda, don Pedro Salaverria; la de Marina, don José de Quesada (a quien sucedió en el mismo Gobierno don Juan de Zabala); la de Fomento, el marqués de Corvera (sucediéndole el marqués de la Vega de Armijo), y la de Gracia y Justicia en esta segunda legislatura, don Santiago Fernández Negrete.

Con los nombrados titulares o los sucesores de dos de ellos que se indican, rigió O'Donnell los destinos de España hasta el 17 de enero de 1863. Y en esta segunda de las legislaturas de su mando, el 8 de febrero de 1861, Fernández Negrete presentó a las Cortes el proyecto de Ley Hipotecaria con la siguiente alocución:

«Convencido el ministro que suscribe de la urgente necesidad de reformar nuestra defectuosa legislación hipotecaria, si tal nombre merece el cúmulo de disposiciones incoherentes que la forman, deducidas unas de los principios del Derecho romano, tomadas otras de las instituciones del sistema feudal, consideró como uno de sus primeros deberes el de excitar a la Comisión de Códigos para que con el celo e inteligencia que tanto la distinguen, concluyese cuanto antes el proyecto de Ley Hipotecaria que le estaba encomendado.

Ya los ministros sus predecesores, movidos por la misma idea, habían presentado en dos legislaturas consecutivas, las bases que habían de servir de fundamento al proyecto de reforma. Estas bases, si bien reducidas en número, dejaban ya comprender que, en vista del desarrollo de la industria y del comercio, del espíritu de especulación que agita a las sociedades modernas, y del prodigioso aumento de la riqueza pública, la nueva ley ofrecería a la propiedad territorial, más fija, y por su índole menos dispuesta a seguir igual movimiento, los medios de atraer a sí los capitales que le son necesarios para su fomento y mejora. La agricultura, en sus diversos ramos, no puede llegar al grado de perfección que reclama su importancia sin emprender obras costosas que exigen considerables anticipos, sin enterrar, por decirlo así, en el suelo tesoros inmensos que, multiplicando sus fuerzas naturales, producen en lo porvenir abundantes frutos. Estos recursos los proporciona el crédito territorial que se desarrolla a la sombra de una buena legislación hipotecaria, porque dando a conocer el verda-

dero estado de la propiedad, asegura a los que toman parte en tales empresas el reembolso y el interés de sus capitales.

Estas consideraciones, arraigadas en el ánimo de todos, y la común impaciencia por gozar cuanto antes de los beneficios de una legislación a la altura de las necesidades presentes, no consentían que se aguardase a la publicación del Código Civil, del que esta ley había de formar uno de sus títulos; ley, por otra parte, de tal dificultad y de tan graves complicaciones, que los pueblos más adelantados en civilización están continuamente, y con sumo estudio retocando para mejorarla.

El Gobierno ha creído preferible al sistema de bases seguido hasta ahora, presentar la ley íntegra a la deliberación de las Cortes, para que, examinando el conjunto de sus disposiciones y conociendo mejor sus tendencias, pudieran con tranquilo ánimo prestarle su voto. Y la Comisión de Códigos, respondiendo con laudable celo a los deseos del Gobierno, presentó acabada su obra, acompañándola de una exposición de los motivos que le sirven de fundamento, y que a la vez explican la extensión, espíritu y enlace de todas sus disposiciones.

Examinados ambos documentos, y conforme con sus doctrinas, el Ministro que suscribe tiene la honra de presentar a las Cortes, competentemente autorizado por S. M., el adjunto proyecto de Ley Hipotecaria. Como dato importante para ilustrar la discusión, acompaña la citada Exposición de motivos, que estima como el mejor preámbulo y más autorizado comentario de la ley. Madrid, 3 de julio de 1860. *Santiago Fernández Negrete.*»

Acompañaba la Exposición de los motivos y fundamentos del proyecto de Ley Hipotecaria que la Comisión de Codificación tenía la honra de elevar adjunta al proyecto de Ley de hipotecas manifestando los fundamentos cardinales del proyecto y de las disposiciones más importantes que contenía. Añadiendo: «No necesita la Comisión examinar los vicios de nuestro actual sistema hipotecario. El digno antecesor de V. E., que aconsejó a S. M. el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, expuso su insuficiencia y la necesidad apremiante de la reforma. Con sobrado motivo decía y repitiera aquí todas las alegaciones que en el correspondiente lugar van insertas.

Ya se ha dicho antes también quiénes fueron los siete redactores de la famosa Exposición de motivos, a los que pudiera apli-

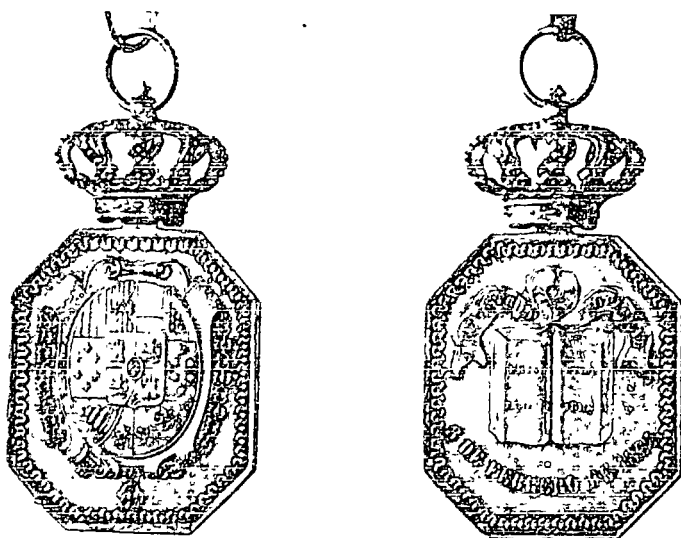
carse el título de «Los siete de la fama». Eminentes juristas que la firmaron el 6 de junio de 1860 como miembros de la Comisión de Códigos—con la única variante del secretario—fueron y son, porque nuestra gratitud y admiración debe hacer que pervivan sus nombres, los siguientes jurisconsultos y parlamentarios insignes: Don Manuel Cortina, ex ministro, presidente de la Comisión, y don Manuel García Gallardo, ambos diputados por Sevilla, su ciudad natal; don Pedro Gómez de la Serna, ex ministro, senador vitalicio; don Francisco de Cárdenas, diputado por Zaragoza; don Pascual Bayarri, diputado por Valencia; don José de Ibarra, diputado por Huelva, y don Juan González Acevedo, diputado por Cáceres.

Quede para otras publicaciones del Centenario el desarrollo que merecen la discusión del proyecto de Ley de Autorización (29 de noviembre de 1860) y el texto legal redactado en 3 de julio anterior a que la misma se refiere; cuyas portadas y apéndice reproducimos del Diario de las Sesiones de Cortes, como homenaje final; junto con algunas reproducciones de cuadros y grabados que nos conservan las efigies de la reina y su Gobierno en el final del decenio al que debe España la Ley Hipotecaria.

Honor a su memoria.

FRANCISCO CERVERA.

P. S.—El autor del precedente artículo cumple el grato deber de expresar su agradecimiento por la valiosa cooperación que le han prestado para su documentación bibliográfica e ilustración gráfica: a la investigadora y publicista de *Isabel II y su tiempo* (Alcoy, s. a.) doña Carmen Llorca; al Decano del I. Colegio Notarial de Barcelona señor Faus Esteve; a los letrados: de las Cortes, señor Gallardo, y del Ministerio de Justicia, señor Latour; y al escritor y alcalde de Jerez de la Frontera, señor García Figueras. A todos, las gracias.



Primera Medalla del Cuerpo de Registradores, año 1861.

MEDITACIONES HIPOTECARIAS

Pervivencia del sistema registral

S U M A R I O

- 1.—Nuestro Registro en sus primeros cien años.
- 2.—Difusión del crédito con garantía inmobiliaria.
- 3.—Seguridad del dominio.
- 4.—Ritmo de la inmatriculación.
- 5.—El Registro y la moderna concepción del derecho de propiedad.
- 6.—Expansión del sistema de publicidad registral.
- 7.—Orientaciones futuras.

I.—NUESTRO REGISTRO EN SUS PRIMEROS CIEN AÑOS.

Dentro de muy poco, acaso cuando se publique este trabajo, nuestra legislación, mal llamada (1) «hipotecaria», y con ella su principal creación o instrumento práctico, el Registro de la Pro-

(1) A pesar del dicho vulgar «el nombre no hace a la cosa», es lo cierto que el apellido de «hipotecaria» con que se adjetivó a la nueva legislación reguladora de la propiedad inmueble perjudicó grandemente a su difusión y arraigo nacional. La hipoteca es siempre algo que desplace e intimida por las consecuencias que suele aparejar; y de ahí el recelo y mal disimulada hostilidad con que ha sido mirada, incluso por algunos profesionales del Derecho. Parecía que la nueva legislación sólo se ocupaba del régimen de la hipoteca, cuando su misión principal fué regular el dominio y los demás derechos inmobiliarios sobre inéditas bases de publicidad formal, a través de un instrumento jurídico hasta entonces desconocido: el Registro de la Propiedad. Véase cómo un fenómeno gramatical de metonimia (tomar la parte por el todo) ocasiona, a veces, nocivos resultados.

piedad inmobiliaria, cumplirán su primer centenario. En febrero de 1961 ocurrirá tal efemérides. Un siglo de vigencia casi inalterada, con sólo leves retoques y circunstanciales modificaciones, es ya de por sí una respetable cima, una altura considerable en la infinita llanura del tiempo y en la fugacidad de la vida humana, para poder, desde su atalaya, enfocar el pasado, contemplar el presente y tratar de avizorar lo venidero. Cien años de existencia de una institución y de unas normas jurídicas aplicadas a diario, obligan al jurista especializado en ellas a un examen de conciencia y a discurrir, con serenidad y con criterio objetivo, exento de toda deformación profesional, sobre los frutos del nuevo sistema implantado por los insignes y audaces legisladores de 1861.

Se va a conmemorar, con las posibles amplitud y resonancia, ese primer centenario. Ante ello, podemos preguntarnos, como en cierta ocasión hizo ORTEGA GASSET (2): ¿Estamos para centenarios? Porque, si en las fiestas del centenario, como decía el gran escritor hispano, el rico heredero repasa complacido el tesoro que un siglo ha ido destilando, es triste y depresivo repasar un tesoro de monedas depreciadas. Tratemos de constatar la valoración real del tesoro que aquellos legisladores nos legaron (3) y de aquilatar si todavía hoy conserva su inicial valor.

Podemos y debemos cuantos anhelamos el progreso jurídico patrio, formularnos unas preguntas sencillas, y en su misma sencillez acaso escalofriantes. ¿Ha respondido la legislación hipotecaria a los propósitos que la inspiraron? ¿Ha cumplido el Registro de la Propiedad inmueble sus previstas finalidades?

No es fácil, ni aconsejable tampoco, pretender contestar a tales interrogantes con afirmaciones o con negaciones categóricas, esto es, en términos concluyentes y absolutos. Ni es lícito tampoco dejarse llevar por prejuicios de índole personal o profesional, que de seguro conducirían a deformar la realidad con optimismos o pesimismoes exagerados. La respuesta a aquellas preguntas ha de ser objetiva, desinteresada y cimentada en la relatividad que gobierna todo lo humano, ya que en todos los órdenes el hombre busca siem-

(2) JOSÉ ORTEGA GASSET, *Pidiendo un Goethe desde dentro*. Tomo IV de sus Obras completas, pág. 395. Madrid, 1957.

(3) Sobre lo que representó la Ley Hipotecaria en relación con la legislación anterior me remito a lo que extensamente expuse en *Contribución de la legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico*. Madrid, 1951.

pre la perfección sin conseguirla jamás en su plenitud. Al enjuiciar los resultados de nuestro sistema inmobiliario registral, no hemos de olvidar que lo mejor es enemigo de lo bueno, y que las instituciones jurídicas nunca han nacido perfectas, bastando con que sean perfectibles para que puedan acomodarse a la coyuntura y circunstancias del tiempo y del lugar en que hayan de aplicarse. Tampoco ha de olvidarse que la legislación no es una ciencia exacta, apodíctica, y que el precepto legal no es un teorema matemático ni un axioma geométrico, sino una norma de convivencia social que, para su eficacia y buen resultado práctico, ha de armonizarse con incontables factores de muy diversa índole, que el legislador ha de tener bien en cuenta si no quiere que su obra resulte letra muerta, sin vivencia efectiva.

Es primordial, para contestar a las antedichas interrogaciones, concretar de modo preciso lo que los legisladores de 1861 se propusieron al acometer y coronar una modificación tan profunda de nuestro antiguo Derecho como la que llevaron a cabo, pues mal se podría enjuiciar lo logrado si no se determina de antemano lo querido. ¿Qué se propuso aquella legislación innovadora? Nos lo dice, de modo explícito, su diamantina «Exposición de Motivos», modelo de prosa y paradigma de lógica jurídica.

Según ella, la legislación anterior no garantizaba suficientemente la propiedad, no contribuía a la prosperidad pública, no cimentaba sobre bases sólidas el crédito territorial, no activaba la circulación de la riqueza, no moderaba el interés del dinero. no facilitaba las adquisiciones inmobiliarias y no aseguraba a los que prestaban sus capitales con garantía de inmuebles. A *sensu contrario* fácil es deducir, por tanto, las finalidades queridas por el legislador a) Garantizar la propiedad. b) Establecer una base segura para el crédito territorial. c) Facilitar la circulación de la riqueza. d) Moderar el interés del dinero. e) Hacer más fáciles las adquisiciones de inmuebles. f) Asegurar los préstamos sobre bienes inmuebles.

Y ya en términos más concretos, la misma Exposición resume las finalidades que el Gobierno estimaba más urgentes e indispensable: a) Creación de Bancos de crédito territorial. b) Dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa. c) Poner límites a la mala fe. d) Y libertar al propietario del yugo de usu-

beros despiadados. Estas finalidades se reducen, en comprensiva síntesis, a sólo las dos siguientes: A) Vigorización del crédito territorial, mediante la creación de instituciones idóneas que impidiesen o aminorasen la usura. B) Seguridad del dominio que hiciera imposibles las asechanzas de la mala fe.

Examinemos rápidamente cómo en el transcurso de casi un siglo (4) la legislación registral-hipotecaria ha dado cumplimiento a sus anunciados propósitos.

II.—DIFUSIÓN DEL CRÉDITO TERRITORIAL CON GARANTÍA INMOBILIARIA.

Resulta evidente que al asegurarse el dominio de los inmuebles, al arbitrarse una prueba del mismo, oficial e inmunizada en favor de tercero, sin necesidad de la «prueba diabólica», se abrían perspectivas inmensas al crédito con garantía sobre aquéllos, y que al poderse multiplicar los créditos sobre bases sólidas, cimentadas en los principios de publicidad y especialidad, podía moderarse el interés del dinero, en el régimen anterior exorbitante (5).

Pero esto no era suficiente. Se necesitaban instituciones crediticias potentes, estatales o semiestatales, que sirviesen de cauce para canalizar el ahorro hacia la propiedad rústica y urbana, fomentándola y haciéndola prosperar con la savia vivificante del capital. El Estado había entregado a los particulares, mediante las leyes desamortizadoras, una ingente masa de propiedad, antes po-

(4) Aunque la primitiva Ley Hipotecaria data de 8 de febrero de 1861 y el Reglamento para su ejecución de 21 de junio del mismo año, debido a las naturales dificultades para implantación del nuevo sistema, no empezaron a regir aquellas disposiciones hasta 1 de enero de 1863, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto de 11 de julio de 1862.

(5) RODRÍGUEZ FAJARDO, en el primer Congreso de los Registradores de la región andaluza-extremeña, celebrado en Sevilla en julio de 1866, decía con referencia a la época anterior a 1861 que «el interés del dinero alcanzaba en los puntos más afortunados, esto es, en los grandes centros de población, ordinariamente el 10 por 100; y que partiendo desde los de segundo orden hasta los rurales, este premio se acentuaba, según los casos, en los distritos, y se anotaban las cifras del 12, del 15, del 20, del 25 por 100, sin contar la enormidad del premio de aquellos contratos, con apariencia de generosidad, en los cuales se fijaba la famosa fórmula de «este préstamo se realiza sin premio ni interés alguno», porque estos crueles préstamos eran por un año y el descuento convenido se cercenaba por el generoso prestamista en el acto y del capital».

seida por las llamadas «manos muertas», y esta nueva propiedad individual requería la ayuda del dinero, que sólo podía obtenerse con créditos seguros. Y esto se consiguió a los nueve años de vigencia práctica de la nueva legislación, con la creación del «Banco Hipotecario de España».

Esta institución, de carácter oficial, aunque con capital privado, tiene la exclusiva de la emisión de cédulas hipotecarias y ha emitido desde su fundación (2 de diciembre de 1872) hasta el 31 de diciembre de 1959, 13.894.170 cédulas representativas de un capital procedente del ahorro nacional, principalmente del modesto, de 15.103.010.000 pesetas, y ha concedido, en el mismo lapso de tiempo, préstamos por un importe total de 19.746.143.883,75 pesetas. De estos créditos, 4.529.765.013 pesetas se han concedido sobre fincas rústicas y 15.216.378.871,75 sobre fincas urbanas (6).

Mas no es el Banco Hipotecario, con ser la principal y más antigua, la única institución de crédito inmobiliario de carácter oficial o semioficial. Hoy son numerosas las entidades estatales o paraestatales que conceden sumas cuantiosas con garantía hipotecaria a los propietarios. Bastará recordar, entre otras, al Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, al Instituto de la Vivienda, al Instituto Nacional de Previsión, a las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad, a la Caja Postal de Ahorros, a las Mutualidades y Montepios, al mismo Banco de España, en cuanto utiliza la hipoteca como fórmula de superposición de garantía.

Según datos estadísticos oficiales (7), cuya exactitud no ofrece duda, solamente en el año 1958 se inscribieron en los Registros de la Propiedad de España hipotecas por un importe total de pesetas 11.608.073.239, de los cuales, 2.074.159.316 se garantizaban sobre fincas rústicas y 9.533.913.923 sobre fincas urbanas. Y en 1959, último año al que alcanza la referida estadística, las hipotecas inscritas garantizaron 11.734.548.822 pesetas, de los que 2.571.277.893 lo fueron sobre fincas rústicas y 9.163.330.929 sobre fincas urbanas. Y si queremos examinar un período más extenso, recojamos las cifras correspondientes al último decenio, el de 1950 a 1959. En esos

(6) Los anteriores datos están tomados de la «Memoria» del Banco Hipotecario, correspondiente al ejercicio de 1959.

(7) Los publicados en los «Anuarios» de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

diez años se inscribieron en los Registros hipotecas por un total de 72.190.755.144 pesetas (8) y se cancelaron hipotecas por un total de 14.066.113.119 pesetas. Como la mayor parte de esas cancelaciones han de referirse a hipotecas constituidas con anterioridad a dicho decenio, no será aventurado afirmar que, sólo durante esa década, los viejos folios registrales han asegurado, con la más espiritualizada de las garantías, bastante más de 65.000.000.000 de pesetas.

Quiere esto decir que el crédito hipotecario, hecho posible sobre bases sólidas por la legislación implantada en 1861, ha permitido el prodigioso progreso de nuestras grandes y pequeñas urbes, el mejoramiento de nuestra agricultura el desarrollo industrial, el mejoramiento de nuestra flota mercante y pesquera (9), y que sólo mediante él puede llegarse a soluciones efectivas del problema de la vivienda. Puede, pues, afirmarse sin hipérbole, que en punto a la difusión del crédito territorial el propósito de aquellos legisladores no ha fracasado, sino que ha alcanzado sus propuestas metas, aunque habría alcanzado más altos niveles si las apremiantes exigencias del Fisco (10) no hubiesen encarecido de día en día, de reforma en reforma, la formalización de los créditos con hipoteca.

III.—SEGURIDAD DEL DOMINIO.

La inscripción de los bienes inmuebles y Derechos reales en el Registro de la Propiedad, sin ser constitutiva, es evidente que proporciona seguridad a unos y otros, a los titulares inscritos y a los terceros que con ellos contratan y que, en todo caso, hace efi-

(8) De esta cantidad corresponde a hipotecas sobre fincas rústicas pesetas 19.719.107,841, y a hipotecas sobre fincas urbanas, 52.471.647.303 pesetas.

(9) Recordemos que también pueden hipotecarse los buques, reputados a este efecto como inmuebles por la Ley de Hipoteca naval. Durante el decenio de 1950-59 se han hipotecado, según la estadística oficial de los Registros mercantiles, 1.840 buques para garantizar 8.535.420.196 pesetas. Por tanto, los capitales asegurados con hipoteca, entre inmuebles y buques, rebasan en ese periodo los ochenta mil millones de pesetas.

(10) Constantemente hemos de censurar que el Fisco grave con tanta saña las instituciones jurídico-registrales, con olvido de sus propios intereses, pues está comprobado que a mayor difusión de éstas corresponde mayor recaudación fiscal. Muchas veces se ha invocado, a este respecto, la vieja fábula de «las gallinas de los huevos de oro».

caces los derechos registrados frente a tercero y aún les dota de algunas ventajas *inter partes*.

Los legisladores de 1861 no se propusieron ni la obligatoriedad de la inscripción, ni dotar a ésta de efectos constitutivos, o sea, hacerla plenamente eficaz *erga omnes*. Optaron por el sistema intermedio de distinguir las relaciones jurídicas *inter partes* de las relaciones respecto a terceros, y sólo en cuanto a éstos hicieron eficaz, e incluso irrevocable, la inscripción. Pero es indudable que creyeron, y tal fué su intención, que el nuevo sistema se generalizaría y tendría práctica aplicación en todo el territorio del ámbito nacional y con referencia a toda clase de inmuebles ubicados en el mismo. En este último punto—hijo de las tendencias unificadoras de la época—resulta patente que su propósito no ha sido plenamente logrado en el transcurso de los últimos cien años. Hoy está inscrita en el Registro quizá la mayor, y de seguro, la mejor parte de nuestro patrimonio territorial, de nuestro hispano suelo; pero aún quedan vastas zonas y extensos términos que permanecen indiferentes, cuando no hostiles, al sistema registral.

Obedece ello, dicho sea de modo muy sintético, a que aquellos legisladores olvidaron que la igualdad consiste en tratar desigualmente a los que son desiguales, y que si en teoría era admisible, en la práctica era una quimera dar igual trato jurídico-inmobiliario a los terrenos incultos y minimifundios del noroeste de España que a las feraces huertas levantinas, a los misérrimos caseríos rurales, construidos con adobes, que a los majestuosos rascacielos de las modernas urbes. Tal vez el nuevo régimen, como dijo tiempo después JOAQUÍN COSTA, era demasiado suntuoso para las circunstancias económicas de nuestra patria (11).

Mas ha de reconocerse, sin embargo, que la inscripción de bienes inmuebles y derechos reales se ha desarrollado enormemente, y que si no abarca la totalidad del área nacional, no es debido a fallo o imperfección del sistema, sino más bien por inadaptación de esa parte territorial no inscrita a sus exigencias y requisitos esenciales. En una palabra: porque la propiedad inmo-

(11) JESÚS LÓPEZ MEDEL, en su magnífica obra *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, pág. 196, defiende la inscripción obligatoria progresiva, y uno de los factores que admite para determinar la obligatoriedad es el *valor*, manteniendo la voluntariedad para la pequeña propiedad, en su cuantía y en su extensión.

hiliaria no es igual en todo el territorio español, como no lo es el Derecho, el lenguaje, el carácter, la idiosincrasia ni las costumbres en las diversas regiones, y de ahí la imposibilidad de que en el suelo español puedan tener éxito unánime, normas de general e indiferenciada aplicación. Quizá fué éste el único error de los legisladores de 1861, un error de óptica o de perspectiva: creer que su científico y magno sistema podría aplicarse del mismo modo a la propiedad rústica que a la urbana, al latifundio que al minimifundio, a la torre de Madrid que a una parcela de monte en Galicia.

Esto nos da la clave de por qué hay una masa de propiedad no inscrita y que, probablemente, no se inscribirá nunca, aun cuando la Ley, de espaldas a la realidad, lo ordenase. Esa propiedad necesita diferente ordenamiento jurídico-registral, y ahí queda anunciada una labor legislativa del futuro.

Pero en cuanto a la propiedad realmente apta para acogerse a las líneas del sistema, los datos estadísticos nos demuestran que los propósitos del legislador de dar seguridad al dominio y certeza a su transmisión y cambios, tampoco ha fracasado y ha constituido un magno progreso sobre el régimen anterior de clandestinidad e inseguridad, al conseguir que lo más valioso y lo mejor del suelo nacional disfrute de las ventajas jurídicas—y también de los deberes sociales—del sistema registral.

En efecto: dejemos hablar a los números, más elocuentes muchas veces que las palabras. En 1958 se inscribió en los Registros la enajenación o transmisión de 457.043 fincas rústicas, por un valor de 4.720.081.846 pesetas, y la de 209.212 fincas urbanas, por un valor de 10.531.201.155 pesetas. En total, 666.255 fincas, con un valor escriturado de 15.251.283.001 pesetas. Y en 1959 se inscribió la enajenación de 436.531 fincas rústicas, con un valor de pesetas 4.518.563.617, y 218.483 fincas urbanas, por valor de 11.864.186.902 pesetas; o sea, en total de 655.014 fincas, a las que corresponde un valor global de 16.382.750.519 pesetas. Estas cifras, que en la realidad económica han de ser mucho mayor que en la valoración escriturada, dan clara idea de la actual potencialidad del sistema y de su indiscutible difusión.

Refrámonos ahora a un período mayor, al del decenio de 1950-1959, como antes hemos hecho respecto a las hipotecas. En esos

dos lustros se han transmitido registralmente 4.273.683 fincas rústicas con valor de 33.056.280.337 pesetas y 1.558.775 fincas urbanas, por valor de 57.878.067.010 pesetas; o sea, totalizando, 5.832.458 inmuebles representativos de un valor nominal o escriturado de 90.934.347.347 pesetas.

Y en cuanto al número de documentos presentados en los Registros y al número de inscripciones—en sentido amplio, comprensivo de las anotaciones y las cancelaciones—practicadas a consecuencia de aquellos documentos, bastará consignar que en 1958 se practicaron 522.892 asientos de presentación y 1.133.543 inscripciones, y en 1959, año de menor actividad por las circunstancias económicas derivadas de la estabilización, 526.793 de los primeros y 983.919 de las segundas.

Compárense todas estas cifras de los últimos tiempos con las que consignó la «Memoria» publicada por la Junta Central de la antigua Asociación de Registradores con motivo del primer cincuentenario de la Ley Hipotecaria (12), y al punto se observará el indiscutible progreso logrado en la difusión de la inscripción y, por tanto, del sistema registral que asegura el dominio y demás derechos reales.

IV.—RITMO DE LA INMATRICULACIÓN.

La voluntariedad de nuestro sistema, con él congénita, da lugar a que, por un lado, ingresen por primera vez en los libros del Registro muchas fincas que no se hallaban inscritas con ante-

(12) En los años de 1863 a 1886, ambos inclusive, o sea en veinticuatro años, se presentaron 9.175.804 títulos y se practicaron 20.496.141 inscripciones y anotaciones. Pero debe tenerse en cuenta que eran los años en que se trasladaban, mediante nuevas inscripciones, los asientos de las antiguas Contadurías. En el mismo número de años las enajenaciones de bienes de todas clases importaron sólo 14.226.860.982 pesetas; y el movimiento de hipotecas, englobando las constituidas y las canceladas, 8.088.538.740 pesetas. En la misma Memoria constan los siguientes datos, recogidos por DIEGO PAZOS: «El promedio de documentos presentados de 1863 a 1876 fué de 337.000; el año 1877 fué de 378.932, y el año 1878, de 372.501. Veinticuatro años más tarde, en 1901 fueron sólo presentados 358.052; en 1902, 359.359, y en 1903, 344.593. Diez años después, en 1911, se presentaron sólo 319.134 documentos.» Como puede comprobarse, en el último decenio ha aumentado considerablemente el número de documentos presentados, no obstante haberse suprimido las informaciones posesorias.

rioridad porque sus actuales propietarios desean o necesitan acogerse a los beneficios de la inscripción, y esto constituye la parte *activa* o haber de la institución. Pero, por otro lado, esa misma voluntariedad origina una parte *pasiva*, o debe, integrada por las fincas que desertan del Registro, que calladamente huyen de la publicidad y tornan, por una u otra causa, al sistema de la clandestinidad y de la mera justificación posesoria, dejando en los folios registrales, a modo de cadáveres insepultos, numerosas fincas cuyo tracto sucesivo ha quedado interrumpido o roto en alguna transmisión.

De la parte activa hay constancia estadística desde muy antiguo, pues siempre se ha venido controlando con rigor el número de fincas inscritas por vez primera, ya en posesión, ya en dominio. En cambio, de la parte negativa no hay estadística posible, en tanto las leyes no permitan la caducidad de inscripciones de propiedad por transcurso de cierto periodo de tiempo después de acreditado el fallecimiento del titular. Y, por tal razón, es imposible un balance que nos permita conocer el saldo, favorable o desfavorable, del número de fincas con que en verdad aumenta cada año el acervo común de las inscritas. Esto hace pensar, para un futuro no lejano, en la necesidad de arbitrar remedios legales que impidan esas voluntarias deserciones del Registro. Inscrita una finca, acogida ya a las normas privativas de la legislación hipotecaria, no debiera darse validez a los actos jurídicos que la afecten si no se han observado las formas y requisitos determinados en aquella legislación. Y esto nos llevaría a la feliz idea expuesta por LÓPEZ MEDEL en su reciente y notabilísima obra (13) sobre la «inscripción obligatoria progresiva».

Mas, dejando a salvo la incógnita de las fincas muertas, la estadística oficial nos ilustra con datos alentadores sobre las fincas que nacen a la vida del Registro. En 1958 se inmatricularon en dominio 177.063 fincas rústicas y urbanas por un valor total

(13) El pensamiento de LÓPEZ MEDEL sobre este particular parece más ponderado y práctico que el de cuantos patrocinan la simple «obligatoriedad de la inscripción» general y absoluta, que de antemano quedaría condenada al fracaso en grandes zonas de la nación y respecto a gran número de fincas de escaso valor y superficie. La obligatoriedad podría ensayarse en ciertas zonas y para determinadas fincas; y, desde luego, parece lo más lógico que para las que se hallan ya registradas.

de 1.336.521.858 pesetas, y en 1959, por la antedicha razón de crisis económica, solamente 169.560, con un total valor de 1.095.034.856 pesetas.

En el decenio 1950-59 las inmatriculaciones totalizaron 1.497.258 fincas con un valor de 7.397.562.465 pesetas, que, sin hipérbole, ha de ser, en realidad, más del doble y quizá del triple. Comprobamos también en este punto que la difusión del sistema sigue un ritmo creciente, como corresponde a las facilidades concedidas por el legislador y que permite cotejar con optimismo las enseñanzas de tiempos anteriores (14).

V.—EL REGISTRO Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Los legisladores de 1861 concibieron su obra en plena época liberal, de individualismo capitalista y la proyectaron sobre una propiedad territorial quiritaria, casi absoluta, sancionada por el Derecho romano y el Código de Napoleón. Estaba, a la sazón, en marcha la vasta obra de la desamortización que, aunque por tantas consideraciones censurable y aun nociva, no dejó de poner en manos de los particulares ingentes masas de fundos rústicos que sirvieron de cimiento al progreso agrícola nacional (15). Los legisladores comprendieron la necesidad de facilitar el crédito con base en la tierra, y esta consideración fué el principal motor de su fecunda labor.

Pero la propiedad de esta segunda mitad del siglo xx no es la misma, se quiera o no se quiera, que la propiedad de hace un siglo. Las doctrinas de la función social, del bien común, del abuso del derecho, del intervencionismo del Estado, del nuevo Derecho

(14) Aun cuando en épocas anteriores las inmatriculaciones superaron a veces las anteriores cifras, ha de tenerse en cuenta que en su inmensa mayoría eran de fincas inscritas en posesión, condenadas en su mayor parte a ausentarse del Registro, dejando interrumpido el tracto. En todos los Registros rurales hay millares de esas inmatriculaciones muertas apenas nacidas.

(15) En 1875, en su *Tratado de Legislación hipotecaria y de inscripción del dominio y demás Derechos reales sobre inmuebles en España*, Joaquín Moscoso DEL PRADO decía: «El estancamiento de la propiedad producido por la amortización civil y eclesiástica, su consiguiente escaso movimiento y el poco espíritu de empresa de aquella época, no hacían tan necesarias las Leyes hipotecarias como hoy, en que la propiedad, exenta de trabas que la aprisionaban, circula más y más libremente.»

agrario, etc., han pasado de la esfera teórica al orden práctico de la legislación y del hecho. El liberalismo económico y jurídico del siglo XIX se ha ido paulatinamente modificando. Y, desde otro punto de vista, también las necesidades sociales han cambiado enormemente. Baste recordar las Leyes de expropiación, las agrarias, las de arrendamientos, la concentración parcelaria en lo rústico y la desconcentración en lo urbano, representada por la denominada propiedad horizontal.

De una propiedad privada individual entregada a su arbitrio por un liberalismo económico absoluto, se ha pasado a una propiedad de marcado matiz social o de interés público, a veces adscrita a grupos familiares y siempre subordinada al bien común y las necesidades sociales. Muchas de las doctrinas de los juristas precursores de la idea de propiedad-función social—COMTE, DUGUIT, DURKHEIM, MENGER, HAURION, COSENTINI, STAMMLER, CIMBALI—han tomado, al menos en parte, carta de naturaleza en muchas legislaciones positivas y la intervención del Estado, supremo exponente del interés común, en la propiedad privada es cada vez más acusada.

La institución de nuestro Registro de la Propiedad, tal como la delinearon los legisladores de 1861, se ha mostrado apta para servir la función que esas nuevas concepciones exigen. Ningún auxiliar más idóneo que el Registro de la Propiedad para asegurar el cumplimiento de los mandatos del Estado, en orden a la realización de su función social, por la propiedad privada inscrita en sus libros. Es más: la propiedad no inscrita se convierte en anárquica y fácilmente queda exenta de sus deberes sociales. Todo ello justifica que juristas de nuestros días, como LÓPEZ MEDEL (16), defiendan abiertamente la teoría del Registro de la Propiedad como un servicio público. Y esto pone de relieve, una vez más, la clara visión de SUMMER MAINE, al afirmar en su *Derecho antiguo*

(16) JESÚS LÓPEZ MEDEL, en su citada obra (pág. 127), afirma que «el verdadero destinatario del Registro es la sociedad entera», y más adelante (página 141) define el Registro, en su acepción de servicio público, como «una actividad pública, desarrollada por el Estado y bajo su control para garantizar, por medio de la publicidad de los Derechos reales inscribibles, el tráfico jurídico inmobiliario». FRANCISCO CERVERA, por su parte, lo define como «institución jurídica de interés social, organizada por el Estado como servicio público y confiada a unos funcionarios técnicos en Derecho que dependen del Ministerio de Justicia».

que «la causa más grande de los errores en las cuestiones de Derecho estriba en creer que los motivos que nos determinan hoy a mantener una institución tienen necesariamente algo de común con los sentimientos que en otros tiempos la crearon».

Nuestro Registro puede servir perfectamente para cumplir las finalidades que pretendieron sus creadores, y al mismo tiempo para cumplir las exigencias de las nuevas necesidades sociales. Es el instrumento útil para el concepto jurídico de la propiedad de hace un siglo y para el concepto actual de la misma. Ha dado seguridad y certeza al dominio creando las condiciones necesarias para la creación y difusión del crédito territorial; ha contribuido a fomentar la riqueza privada y a evitar los inacabables pleitos inmobiliarios de otras épocas, y ha permitido la circulación y el comercio de los bienes inmuebles mediante la iniciativa privada. Pero también ha colaborado en incrementar la riqueza pública, sirviendo de instrumento a la Hacienda nacional, provincial y aun municipal; ha hecho posible la lucha contra el minimifundio (concentración parcelaria, unidades mínimas de cultivo) y la adscripción de fincas a una familia (patrimonios familiares); ha abierto cauces prácticos y seguros para defensa de los derechos de arrendatarios e inquilinos al acceso de la propiedad mediante los derechos de tanteo y retracto; ha permitido, aun antes de regularse por la Ley, la creación de la denominada «propiedad horizontal», resolviendo, al menos en parte, uno de los problemas más acuciantes de nuestra época; y ha permitido, mediante la fe de las inscripciones, la financiación por el Estado o por los organismos oficiales, de los bloques urbanos que tienden a atenuar el problema de la vivienda, facilitando el acceso a la propiedad de vastos sectores de la sociedad.

El cumplimiento de todas estas finalidades, muy diferentes a las iniciales de 1861, aseguran la pervivencia de la institución registral, flexible y adaptable a las circunstancias de la evolución jurídica y social. Sólo una catástrofe social y política de inmensa magnitud, inconcebible en el Occidente libre, podría convertir en inútil y hacer desaparecer la institución del Registro de la Propiedad y su científico Derecho; pero entonces habrían desaparecido también muchas otras cosas más importantes que el Registro.

VI.—EXPANSIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL.

La creación en 1861 de un sistema de publicidad mediante el Registro de las relaciones jurídicas sobre bienes inmuebles, ofrece perspectivas mucho más amplias cien años después. La idea de asegurar esas relaciones jurídicas y los derechos resultantes mediante la inscripción en un Registro público, que las hace eficaces frente a terceros y llega a dotarlas de irrevocabilidad, puede extenderse también a muchos bienes muebles, fácilmente identificables.

Los principios de publicidad, especialidad y legalidad en que se basa el Registro inmobiliario son también aplicables a esos bienes muebles. De ahí se deduce el nacimiento de una nueva rama jurídica denominada, en sentido amplio, «Derecho Registral».

Con razón el profesor CASTRO ha dividido las cosas en *registrables* y *no registrables*, distinción más concreta en PASCUAL MARÍN, que las diferencia en cosas *susceptibles de publicidad material* y cosas *susceptibles de publicidad formal o registral* (17).

Estas ideas ya han plasmado en la legislación positiva patria por la Ley de 16 de diciembre de 1954 de «Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», en la que se aplican, para los establecimientos mercantiles y los automóviles, postulados muy semejantes a los que respecto a inmuebles estatuyeron los legisladores de 1861. Claro es que, por ahora, ese nuevo Registro es tan sólo de gravámenes—hipotecas y embargos—, pero las necesidades sociales han de obligar, sin tardar mucho, en hacer indispensable el registro jurídico de esa clase de propiedad, precisamente para la seguridad de su tráfico y los efectos, por lo menos, respecto a terceros. He aquí otra tarea futura para las nuevas generaciones de juristas.

(17) PASCUAL MARÍN PÉREZ, en su precursor libro *Introducción al Derecho registral*, pág. 44.

VII.—ORIENTACIONES FUTURAS.

Ya quedan esbozadas en cuanto antecede. Nuestras instituciones registrales, que pueden parangonarse con ventaja con la mayoría de las extranjeras, pervivirán y progresarán. Para su progreso será necesario arbitrar medios legales que hagan progresivamente necesaria o constitutiva la inscripción respecto a ciertas categorías de inmuebles, empezando por los que ya están acogidos al sistema. Habrá de coordinarse el Registro con el Catastro cuando éste se halle en su fase definitiva, sin olvidar que en España, por haber sido muy anterior el Registro al Catastro, ha de coordinarse éste con aquél y no viceversa. Y ha de extenderse el Derecho registral a diversas clases de bienes muebles susceptibles de publicidad formal, siguiendo el camino iniciado con fortuna por la reciente legislación de hipoteca mobiliaria.

Con todo ello se contribuirá a nuestro progreso jurídico general, como de modo tan prodigioso contribuyó a ese mismo progreso la legislación de 1861, cuyo centenario nos proponemos conmemorar (18). Porque han sido tantos los frutos de la obra de aquellos insignes legisladores que se puede afirmar, sin hipérbole, que si en 1861 no se hubiera promulgado la legislación registral, tendríamos ahora, con un siglo de retraso, que volver a descubrirla e implantarla (19).

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

Doctor en Derecho.

Registrador de la Propiedad.

(18) Considerando imparcialmente cuánto debe a la legislación hipotecaria nuestro progreso jurídico, hay que convenir en que es una deuda de honor de todos los juristas españoles el contribuir a exaltar y honrar la memoria de los legisladores de 1861 al cumplirse el primer centenario de su magna obra legislativa.

(19) La extraordinaria premura con que ha tenido que ser concebido y redactado este trabajo ha obligado a su autor a un mero apuntamiento de temas que, por su importancia, requieren más amplio y meditado desarrollo.

La organización del derecho privado

1. Pese a lo que afirma un concepto del Derecho muy extendido últimamente entre nosotros (1), la idea de la organización no forma parte constante e indefectible de la noción de Derecho, entendida esta noción en el sentido más amplio y comprensivo. En el mundo general de lo jurídico hay ciertamente entes organizados, pero hay también figuras que no lo están, de donde se deduce que la nota de la organización no es idónea para definir o contribuir a la definición de todo el Derecho, pues insistir en la equivalencia sería, desde un primer momento, faltar a la regla lógica elemental que exige que cada concepto recoja sólo, pero recoja toda, la materia que se quiere conceptuar. En realidad, el Derecho puede describirse perfectamente sin acudir a ese elemento organizador supuestamente constante: y así la tesis, defendida por nosotros, de que Derecho es el conjunto de las relaciones entre hombres socialmente necesarias, permite pasarse sin ningún ingrediente imprescindible de organización, porque es po-

(1) La definición a la que el texto se refiere es la de FEDERICO DE CASTRO, quien, en su *Derecho Civil de España*, tomo I, 1949, página 29, define al derecho positivo como «la reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el derecho natural». En el desarrollo ulterior del concepto el autor parece equiparar la idea de organización a la de creación y eficacia de una realidad social. Pero ni siquiera con este añadido el concepto es satisfactorio. El Derecho no crea, sino que toma de la realidad social, entidades ya creadas; lo que hace es dotar de una forma especial a dichas entidades, convirtiéndolas de socialmente contingentes en socialmente necesarias. La realidad social es creada por múltiples factores, entre ellos el del mando o político, pero Derecho y Política no se pueden o no se deben identificar.

sible imaginar necesidades sociales que de suyo pueden tener tanto una consistencia orgánica como inorgánica, y el hecho de que la sociedad las «fatalice», por así decirlo, no supone, ni mucho menos, que queden virtual, ni prácticamente, organizadas.

Más bien, la nota de la organización debe recogerse en un momento avanzado de la investigación lógica del Derecho para separar, dentro del mismo, las dos ramas básicas que le integran y que suelen conocerse con los nombres de derecho público y de derecho privado. El Derecho, en general, no apunta a una realidad organizada, pero el derecho público en particular sí puede definirse como el conjunto de relaciones entre hombres que tienen carácter orgánico, a diferencia del derecho privado, que comprende al otro conjunto de relaciones, asimismo interhumanas, pero desorganizadas o inorgánicas. Esta fórmula permite reducir a una idea sencilla y fácilmente comprensible el viejo y atormentado problema de la distinción entre derecho público y privado: sin embargo, antes de considerarla como definitivamente adquirida, y de seguir adelante, es precisa una aclaración de su alcance y de sus fundamentos.

2. Todo depende, naturalmente, en este punto, del significado que se quiera atribuir al concepto de la organización. Por nuestra parte, creemos que el término *organización* designa sustancialmente a una cierta realidad a la que se concibe o considera como instrumentalizada, es decir, como dotada de la misión fundamental e insustituible de servir de medio o vehículo a otra entidad distinta de categoría superior o más alta que la anterior. Una organización describe siempre, si es que el nombre se aplica con propiedad, un reparto desigual de calificaciones entre entes diversos, de los cuales unos se conciben como finales y otros como no finales, es decir, como explicados precisamente por su condición de realizadores de los anteriores. Este instrumentalismo de lo organizado, consecuente además con el significado etimológico del término, es el único que describe satisfactoriamente lo que es un órgano y lo que es una organización; siempre, por supuesto, que se tenga presente que la diferencia entre entidad final y entidad instrumental, que califica a lo orgánico, es una diferencia de esencia y no una simple diferencia de existencia: por eso es orgánica la relación

que existe entre la función pública y el servidor de la misma, y no lo es la que corre entre un mandante y su mandatario (mejor, entre representado y representante), ya que, en este último caso, aunque el mandatario actúa por otro, el otro no es nada distinto sustancialmente, sino un *quid* análogo en calidad y jerarquía al que actúa.

Ahora bien, cuando se coloca la nota diferenciadora de lo público y de lo privado en la presencia o ausencia del ingrediente de la organización, hay que imaginarse a tal característica como proyectada sobre la relación jurídica correspondiente en su totalidad y no sobre alguno o algunos de los elementos particulares que la componen. Que el sujeto de un derecho o de un deber sea un ente organizado, no quiere decir que las relaciones de las que él es titular pertenezcan automáticamente al derecho público y no al privado: así, el que una empresa sea una organización auténtica, nadie lo podrá dudar, por cuanto que en su seno aparece esa típica distribución en capas o estratos distintos, de fines y medios, pese a lo cual sería inexacto afirmar que las relaciones jurídicas en que interviene una empresa son siempre de índole pública. De la misma manera, el objeto de una relación jurídica puede ser una cosa organizada y la relación seguir adscrita al ámbito del derecho privado: las masas patrimoniales adscritas a un cierto fin, que tiene relevancia para su consideración jurídica, se presentan, en primer término, dentro del derecho público, donde la afectación patrimonial es característica del dominio que en ella se regula, pero existe también en el derecho privado, como se ve, entre otras, en la figura del llamado fondo de comercio o, en general, en los denominados patrimonios separados o autónomos. Igualmente, por último, una actividad jurídica puede estar combinada, según una ordenación de medios a fines y no por ello quedar sustraída al puro derecho privado: pensemos, verbigracia, en el desarrollo de un procedimiento, el cual, aunque típica pluralidad de actos organizados, tiene, en la órbita jurídica privada, papel que desempeñar, aunque no sea ciertamente de tanto relieve como en la esfera del derecho público, donde existen las importantes manifestaciones del procedimiento legislativo, ejecutivo y judicial. En consecuencia, como antes se decía, no es la organización de unos o de varios elementos de la relación jurídica lo que

hace de ésta una relación orgánica, sino que la concepción de la relación jurídica en su totalidad es la que debe decidir sobre la exacta aplicación de tal naturaleza.

¿Cuándo una relación jurídica es, a estos efectos, orgánica en su totalidad? Cuando ella misma, y en los dos fragmentos en que se descompone, de poder y de deber, está instituida (2) fundamentalmente con el significado instrumental de que antes se hablaba. Toda relación jurídica auténticamente orgánica lo es porque y en tanto que fuera de ella, y más allá de ella, se da una realidad de orden superior, a la que ella se enlaza vicariamente, si cabe emplear esta expresión. Cuando una Delegación de Hacienda nos ordena pagar un cierto impuesto, esta orden sería inconcebible en su eficacia jurídica si no pensáramos que, más allá de la persona de que emana y más allá incluso de nuestra individualidad, que la recibe, hay una instancia sustancialmente diferente a la que trata de servir. La relación jurídica orgánica es instrumental, porque se pone al servicio de otra finalidad distinta de ella: esa otra realidad, de naturaleza final y no instrumental ya no tiene, en cambio, que acudir a ninguna otra para justificarse jurídicamente; se explica a sí misma y se agota en sí misma; extrae de su propia consistencia su virtud operativa, la que efectúa precisamente a través de sus órganos. Tal realidad es precisamente la autoridad, pues ser autoridad no quiere decir, estrictamente hablando, más que encontrar en sí mismo los títulos de actuación, no tener que ir a buscarlos a un dispositivo ajeno. Lo esencial de la autoridad estriba en esa autocausación de un comportamiento jurídico, no, como erróneamente se afirma, en una superioridad jerárquica frente al súbdito, porque, en aquellas materias en que el súbdito no recibe poderes jurídicos del imperante, sino que los toma de su propia naturaleza, como ocurre con buena parte de los llama-

(2) Al decir que la relación jurídica orgánica está *instituida*, no quiere sostenerse, sin embargo, que toda relación jurídica orgánica desemboque en una situación institucional. En el mundo de lo orgánico hay estipulaciones. esto es, complejos relativos presididos por la idea de la autonomía de lo subjetivo, como hay instituciones, esto es, conjuntos de relaciones dominados, en esa misma agregación, por un factor heterónimo y objetivo; de la misma manera que hay también ambos tipos de pluralidad de relaciones jurídicas en el mundo de lo desorganizado. Podría concederse un mayor predominio de cada uno de estos modelos en cada uno de aquellos sectores, pero la razón cuantitativa no sería decisiva para justificar la exclusividad del lenguaje. Por ello no debe tomarse al pie de la letra la denominación que en el texto se emplea.

dos derechos públicos subjetivos, él es la autoridad y no el Estado, porque él es, en su persona, la última fuente dispensadora de los poderes que tales derechos conceden.

Esta caracterización de la división del derecho en público y privado como una división de las relaciones jurídicas correspondientes en orgánicas y no orgánicas no contradice sino que corrobora la tesis de que el derecho público es el que se refiere a entidades distintas del individuo, mientras que el derecho privado tiene por cometido esencial la regulación jurídica de lo neta y estrictamente individual. Precisamente al hacer de lo orgánico un concepto definidor de medios al servicio de fines esencialmente distintos, se comprende que lo inorgánico, en que esa idea de organización, o sea de objetivos e instrumentos, queda ausente, garantiza la arbitrariedad inevitable de todo lo auténticamente individual. Por lo mismo que más allá del individuo no hay ni puede haber nada, el individuo, en cuanto tal, no puede ser concebido como instrumento de nada, sino a lo sumo de sí mismo, y, por consiguiente, al margen de toda posible ordenación instrumental. El derecho público es el reino de la autoridad, porque a los sujetos que en él intervienen se les superpone una idea trascendental a cuya realización quedan teleológicamente sujetos, mientras que en el reino del derecho privado, la noción de la autoridad no puede desempeñar ningún papel directo, ya que entonces, configurado como un medio al servicio de otra cosa, el individuo dejaría de ser lo último, tal como su concepto reclama, dejaría de ser elemental e indivisible, para convertirse en un miembro, fragmento o sector, que es lo que son, en suma, todos los órganos de un ente organizado. Naturalmente, la colectividad está presente, tanto en el derecho público como en el derecho privado, e impone sus soluciones lo mismo a las colectividades que a los particulares, pero su intervención encuadra una materia netamente distinta en uno y otro caso: en el primero subordina una realidad a otra, y en el segundo coordina simplemente realidades, de suyo autónomas, para garantizar, en lo que cabe, el recinto que debe respetarse de esa postrera e inevitable anarquía.

3. Ahora bien, de la tesis de que el derecho privado es, frente al derecho público, un derecho constituido por relaciones jurídicas

no organizadas, se desprende una primera consecuencia, sin duda paradójica, pero que no deja de tener un importante significado: a saber, la consecuencia de que, precisamente por ser un derecho no organizado, el derecho privado es el único que admite realmente que sobre él recaiga una tarea de organización. El derecho público es, a este respecto, enormemente inelástico y rígido: sujeta la disposición finalística de ciertos medios a ciertos objetivos, no se sabe bien cómo cabría reorganizar esta disposición sin alterar todo su íntimo significado: y aunque sin duda cabe pensar en que una misma materia esté organizada desde diferentes perspectivas esenciales, lo que se piensa de este modo es que una misma materia pertenece, en realidad, a órdenes de derecho público distinto, como puede ocurrir con el derecho internacional que enjuicia al derecho interno, o con el derecho procesal que enjuicia al derecho administrativo. En cambio, con el derecho privado ocurre exactamente lo contrario: en principio, no cabe hablar en él de órbitas diferentes sobre la misma materia, ya que hay en cada marco espacio-temporal, varios derechos públicos, pero un solo derecho privado (3); pero en cambio, por la libertad característica del substrato social, a que el derecho privado se refiere siempre, es imaginable la proyección sobre el mismo de mecanismos más o menos completos de sujeción.

Esto explica el curiosísimo fenómeno de la existencia, no en el derecho público, pero sí en el derecho privado, de órbitas formales jurídicas absolutamente peculiares. No hay en el derecho público, y sí en el derecho privado, un derecho notarial, un derecho registral o un derecho de jurisdicción voluntaria. ¿Por qué? Pues sencillamente, como vamos a ver a continuación, porque estos aparatos de formalización jurídica suponen una tentativa de organización extrínseca de las relaciones jurídicas, y a tal organización escapan las figuras de derecho público, ya organizadas de

(3) Parece paradójico que, siendo el derecho privado el reino de la libertad, haya, fenomenológicamente, muchos menos derechos privados que derechos públicos. Pero la razón de esta aparente antinomia es bien sencilla. Por lo mismo que el derecho privado respeta la arbitrariedad individual, no hay en él más que una solución posible, a diferencia de lo que ocurre con el derecho público que puede modelar positivamente, desde perspectivas diferentes, la sujeción de los individuos. Hay muchas maneras de imponer trabajos coercitivos o muchos trabajos a los que sujetar a quien se halla encadenado: pero sólo hay una manera auténtica de conceder descanso y libertad.

suyo y con mucha mayor fuerza. Nótese que esto no quiere decir que no haya en el derecho público figuras parecidas a los protocolos, registros o archivos: pero en el derecho público la significación y, por ende, la importancia real de las mismas no guarda paralelo ninguno con la del ordenamiento jurídico de los particulares.

Tiene interés, por tanto, lanzar una ojeada, siquiera sea apresurada y sucinta, a un concepto que permite explicar la naturaleza de varias ramas del derecho no siempre bien comprendidas (4).

4. Naturalmente, cuando se habla de organización del derecho privado no se quiere o no se debe decir nunca que el derecho privado sea susceptible de una ordenación de tal calidad que convierta sus relaciones jurídicas en piezas esencialmente instrumentales. Esto sería posible, pero con una consecuencia evidente: la de que el derecho privado dejaría de serlo para convertirse en derecho público, por lo mismo que todo derecho esencialmente organizado es derecho público y no derecho privado. Antes se habló de la organización del derecho privado como de una manipulación extrínseca del mismo. Y es que, en efecto, si la idea de organizar el derecho privado se traduce en la idea de subordinar los poderes y deberes del individuo a otro concepto ajeno, superior y más alto, entonces el derecho privado automáticamente deja de existir (5).

Esto quiere decir que no puede haber, en el derecho privado, una organización que responda al encuadramiento de un sistema.

(4) Podría caber la duda de cuál es a su vez la naturaleza interna, pública o privada, de las ramas del Derecho a que, a continuación, se va a atender. ¿Derecho público o derecho privado? La contestación no es fácil de establecer y depende, por supuesto, aunque se admita que el derecho público es, por esencia, un derecho organizador, de la mayor o menor amplitud con que se construya la idea de la organización. Por nuestra parte, creemos preferible no incluir a estas ramas del Derecho, que historifican el derecho privado, como tipos del derecho público, semejantes a los normales de esta clase; y, por el contrario, estudiarlos independientemente, como una introducción, una incidencia o un complemento del estricto derecho privado.

(5) Todas las llamadas transformaciones del derecho privado, todas sus crisis actuales, toda su constante pérdida de terreno frente al derecho público, se deben precisamente a las tentativas de organización de las materias a que él se refiere. Lo cual es de especial importancia, una vez que proporciona la diagnosis del mal, para proponer y aplicar el remedio correspondiente: si se quiere que el derecho privado siga viviendo, no más organizaciones del derecho privado.

Por sistema entendemos aquí la reducción a una unidad, la idea que permite alojar, en dispositivos, abstracta y temporalmente concebidas, a los núcleos de realidad que el derecho privado maneja, verbigracia, las conductas de los hombres, en cuanto hombres y no en cuanto ciudadanos. La sistematización del derecho privado, que sería, por ello, una verdadera organización del mismo, queda excluida, por la misma fuerza de las cosas: por supuesto, la sistematización de la realidad jurídico-privada, no del pensamiento en torno a la misma, porque los pensamientos que recaen sobre el derecho privado pueden obedecer a pautas sistemáticas, gnosológicas y no ontológicas, que proporcionen una visión unitaria de aquello que se quiere contemplar (6). Si, más allá de esta preocupación especulativa, la ambición sistematizadora aspira a moldear la realidad, entonces la esencial impredecibilidad de la acción del individuo desaparece y la sistematización se logra, como antes hemos visto, a costa de la muerte del propio derecho privado: el organizador del derecho privado no puede hacerse la ilusión de que ordena almas, sino sólo de que colecciona cadáveres. Y da lo mismo, a estos efectos, que la sistematización se verique tomando por pauta determinante de la unidad un criterio de racionalización o un criterio de moralización de la realidad jurídica, por no hablar de los determinantes estéticos, ya que, en todo caso, enfrentarse con la realidad del derecho privado para actuar sobre ella con la pretensión de sujetarla a un orden lógico o ético es siempre y en todo caso una pretensión de poner al individuo al servicio de finalidades objetivas ajenas que, por eso mismo, le desindividualizan y, en consecuencia, lo trasplantan fuera del derecho privado auténtico.

Sin embargo, la negativa a organizar el derecho privado desde

(6) Quienes sostienen que cualquier juicio sobre un comportamiento humano constituye una realidad jurídica, negando su exterioridad al sujeto, tal como PEKELIS, *Il diritto como volontà costante*, 1943, y ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, 1955, podrán creerse obligados a negar la distinción que existe entre pensamiento jurídico y realidad del Derecho. Pero se trata, sin duda, de una visión unitaria del Derecho excesivamente radicalizado. Ahora bien: a esta consecuencia tan forzada parecen tener que llegar todos los autores que, erróneamente, toman como punto de partida de la definición del Derecho las normas y no las relaciones: sistematizar las normas de derecho privado parece tarea fácil; pero sistematizar las relaciones es, si se quiere respetar al propio derecho privado, tarea absolutamente impracticable.

un punto de vista intrínseco o esencial, o sea sistemático, puede no eliminar, de suyo, cualquier tentativa de trabajar sobre él con un mismo propósito de aseguramiento o fijación, si es que ese propósito respeta la inevitable arbitrariedad actual y fluyente de las relaciones jurídicas privadas. Actuar sobre el derecho privado para que éste, en lo sucesivo, se acomode a ciertos supuestos de objetividad es, como acaba de verse, empresa a todas luces incompatible con la naturaleza de tal ordenamiento jurídico. Pero con esto no está dicho que, respetando la indeterminación dinámica de tal derecho, no quepa enfrentarse con él desde una perspectiva diferente, aunque siempre dirigida a racionalizar, en lo posible, la característica impredecibilidad de una materia regida, sobre todo, por libérrimas voluntades individuales. Y, efectivamente, ese intento se ha realizado y está realizándose continuamente de hecho, y sus resultados son precisamente los aparatos jurídicos que constituyen el contenido de aquellas instituciones formales que, como antes se dijo, no encuentran paralelo, sino que son peculiares de la ordenación del derecho privado, aunque acaso, por su misma significación, ya no puedan encuadrarse estrictamente dentro de él.

En efecto, rechazada la organización sistemática de la materia jurídico-privada, queda aún la posibilidad de una organización histórica de la misma, es decir, que, aun prescindiendo de encuadrar al derecho privado hacia el futuro, es viable todavía la pretensión de enmarcarlo hacia el pasado, con lo cual no se le sistematiza, sino que se le historifica; y de ese modo viene, aunque externamente, adscrito a un molde objetivo que permite contar con él en mucha mayor medida de lo que su libre desenvolvimiento último permitiría.

¿Hasta qué punto es la historia, o la conversión en historia, una verdadera organización? Podría resolverse este interrogante recordando el postulado de la filosofía idealista, que ve en lo real, por el hecho de serlo, la verdadera manifestación de lo racional y, por ende, en las concreciones de lo real, que la historia va dejando atrás como productos elaborados, condensaciones totalmente racionales, fruto, no ya de un orden, sino del único orden que la realidad admitiría; con lo que el viejo lema filosófico de que la historia del mundo es el tribunal del mundo, asumiría, para

el jurista, la importante traducción formal de que la historia es la pieza decisiva en la construcción de un orden jurídico verdadero. No obstante, tal planteamiento no serviría para nuestro propósito actual. Porque, según dicha concepción, lo real alcanza racionalidad por el hecho de serlo y no simplemente por el hecho de convertirse en pasado, con lo cual sería preciso ver el orden jurídico y su organización no sólo en la historia, sino también en el presente, y aun en el futuro, concibiendo a este futuro como un momento hecho inteligible, precisamente por su incorporación dialéctica al flujo del acontecer. Llegaríamos así, por un camino indirecto, pero no menos peligroso que el del racionalismo apriorístico, a una destrucción de la auténtica naturaleza del derecho privado, el cual vendría a calificarse o descalificarse según el significado que cada uno quisiera atribuir a ese proceso dialéctico de la corriente histórica; y así, tendría razón el comunismo en sistematizar el derecho privado como lo exigiera el supuesto devenir material de la humanidad o tendría razón, en general, cualquier tentativa de publicación del derecho, sin más limitación que tomarse el ligero trabajo de idear el *slogan* de desarrollo que pareciera más adecuado a cada interpretación personal de la historia: Orden Nuevo, Bien Común, exigencias de la Persona (7), etc., etc.

Negado esto, queda siempre el papel de la historia como proveedora de una organización jurídica, esto es de una catalogación jerárquica de la realidad del derecho, por el hecho mismo de que, montada sobre el pasado, la arbitrariedad, por fuerza, ha tenido que dejar de serlo. El respeto a la actuación individual es característica, como antes se vió, del derecho privado, pero ese mismo respeto no lleva, desde luego, ni puede llevar al absurdo metafísico de que una actuación individual, ya verificada, es decir, convertida en historia, pueda seguir siendo tratada como una constante de indeterminación. La libertad es algo esencial al derecho privado, pero la libertad, por esencia, es algo que, en cuanto posibilidad y no actualidad, mira hacia el futuro y no hacia el pasado: porque, tan pronto como se actualiza una libertad, op-

(7) Sobre estos conceptos de letra mayúscula, como reacios e inadecuados para la definición del derecho privado, cualquiera que sea su particular buena o mala intención, hablamos ya, en términos críticos, en nuestro artículo *El individuo y la persona*, publicado en la «Revista de Derecho Privado», enero 1960

tando por cualquiera de los términos cuya alternativa la define, esa misma libertad queda irremisiblemente agotada. Esto quiere decir, que el pasado permite prescindir de lo arbitrario, y que una acción individual, que ha sido individual, pero que ya se ha consumado, puede, sin menoscabo de la naturaleza que tuvo, someterse a una elaboración meditada y concienzuda, a una relación de servicio, a una organización definitiva. Probablemente, esta es la excelsitud del papel de la historia: hacer necesario lo contingente, congelar lo que fluye, ordenar lo imprevisible; y todo ello lo hace, si el historiador verdaderamente responde a su condición de tal, respetando lo que de caracteres opuestos existía en la realidad recogida por él.

¿Para qué serviría esto? Quienes no se resignan a no moldear a su antojo el alma de los hombres pueden examinar, con continente desdeñoso, esa precaria posibilidad de sujetar a los individuos desde la perspectiva de lo que hicieron libremente, y porque precisamente lo hicieron. Pero si se contempla más de cerca dicha posibilidad, se ve bien claro que, aunque no permita un dirigismo inconveniente que, volvamos a decirlo, sería la verdadera muerte del derecho privado, si proporciona seguridades altamente estimables para el jurista y, en definitiva, le dota de instrumentos que en otro caso no tendría.

Pensemos, verbigracia, en las repercusiones que la historificación de una conducta individual lleva consigo, no como mero dato de erudición, sino como regla que modula la propia actuación individual de la realidad ya historificada. Quien estipuló un contrato con otro particular pudo, en el momento de contratar, acogéndose al principio de la autonomía individual de la voluntad, recabar para sus intenciones el puesto tan amplio que se quiera en la esfera protegida por el concepto de negocio jurídico realizado por él. Pero, tan pronto como lo hizo, su arbitrariedad inicial, condensada en el pretérito, le liga fortísimamente, y desde la compulsión a la prestación específica de lo prometido hasta la exigencia, mucho más amplia e indirecta, de una consecuencia en la conducta, por respeto a la doctrina de los actos propios, la historia gravita sobre él y condiciona su futuro, no porque él deje de ser individuo, sino por respeto a lo hecho por su propia individualidad. No hay en este peso de la historia sobre el futuro

ninguna concesión a la objetividad inhumana y trascendente que desfiguraría el derecho privado, pero sí hay un enmarcamiento de lo individual, un contar con él, por lo mismo que existe, que selecciona, de las contingencias futuras posibles, unas que valen y otras que no valen para el propio derecho privado. Y de entender que toda necesidad expulsa del hombre su humanidad verdadera, sólo se salvaría de este reproche radical frente a todo el Derecho, el ligamen tolerado por el derecho privado y provocado por la misma actuación pretérita de aquel a quien se entiende vinculado.

La historia vendría a ser así una auténtica instancia constituyente del derecho privado. Podría discutirse si, en realidad, esa consideración histórica modelaría la realidad o simplemente revelaría su existencia, dando pruebas de ella. Pero, sin duda, no se debe llevar demasiado lejos esa antigua y poco convincente diferencia entre eficacia constitutiva y eficacia probatoria. ¿Podemos hablar nosotros, científicamente, de una realidad, como existente, distinta de la realidad que puede ser probada? La meditación de los resultados a que en este punto ha tenido que llegar la ciencia de la naturaleza es altamente aleccionadora para el jurista (8) y le invita, por lo menos, a ser muy cauteloso en la pretendida diferencia entre la realidad que es y la realidad que se prueba.

5. No quedaría completa, sin embargo, la llamada de atención a esta posibilidad de organización del derecho privado, si no se hiciera ahora un recuento, también muy ligero, por supuesto, de las posibilidades de manifestación de las tentativas de tal clase. El derecho privado puede ser organizado desde la historia, ¿pero cómo? Abandonado a sus propias fuerzas, el devenir jurídico privado desaparece, como todo lo real, como el tiempo mismo, sin dejar rastro. Las huellas meramente accidentales y fortuitas que la vida jurídica privada vaya dejando en el pasado, evidentemente, por leves y eventuales, no constituirían una verdadera organización. Dar la respuesta a este problema es precisamente el cometido de

(8) Nos referimos a la identificación que en la física moderna se hace entre la realidad natural y lo observable: también el jurista podría pretender que él, en cuanto tal, no se ocupa de realidades humanas que no pueden ser probadas.

los juristas una vez que reconocen, intuitiva y reflexivamente, la viabilidad de una extrinsecación orgánica del derecho privado.

Pero la respuesta no es única en este caso, sino que es múltiple. No hay, afortunadamente, una sola manera de organizar el derecho privado como historia, sino que hay varias, cuya existencia y distinción se puede demostrar tanto *a priori* como empíricamente. Conviene, por tanto, referirse ahora a ese repertorio de posibilidades, sistematizándolas a su vez, si bien, como antes se decía, desde el plano metodológico de su conocimiento, y no desde el plano ontológico de su esencia, porque el derecho privado tampoco admite una organización de segundo grado, es decir, ni siquiera, la organización de la constancia de su arbitrariedad.

En este punto, como en cualquier otro de la teoría general del derecho, y quizá de la misma teoría de la realidad, es útil y hasta forzoso partir de la contemplación de los tres puntos de vista absolutos y postreros en que el pensamiento se refugia siempre cuando quiere inventariar lo que se halla ante sí. Tales puntos de vista consisten en imaginarse a la realidad elementalizada desde la proyección de una perspectiva única, en cada caso, pero diversa entre sí, que se idea primeramente como un sujeto, después como un objeto, por último como una actividad. Analizando, en efecto, la cuestión presente a la luz de las posibilidades subjetivas, objetivas y activas de organizar históricamente el derecho privado, se llega a un resultado ordenado y completo, que no sólo da cuenta de instituciones jurídicas de naturaleza borrosa, sino que, además, permite adivinar la verdadera diferenciación que probablemente corre entre ellas.

6. En efecto, una primera posibilidad de organizar históricamente el derecho privado se tiene cuando se piensa, que la presencia de un sujeto, investido de poderes al efecto dentro del mismo, dota de una calidad existencial indiscutible a lo que ese sujeto refiere como proyectado a sí: tal es el papel del Notariado, y, por ende, del *derecho notarial*.

Una realidad jurídico privada, impronosticable antes de producirse y discutible después de producida, sigue siendo lo primero (*asistemática*), pero deja de ser lo segundo (*ahistórica*) cuando ese sujeto que se denomina Notario toma parte en ella y, desde

el estrado insustituible de su propia individualidad refiere a la misma los sectores del devenir jurídico privado que de esta manera quedan convertidos en historia. La confrontación entre la realidad futura y la pasada y entre la realidad extranotarial y la notarial es perfectamente convincente, a este respecto, en cuanto a la posibilidad de que la primera sea, pero no la segunda, una incógnita en la existencia; por lo cual no parece discutible que verdaderamente el derecho notarial se propone historificar el derecho privado en la forma que aquí se viene esclareciendo.

Ahora bien, lo característico de esa intervención jurídica del Notario es la maravillosa y casi increíble atribución que supone al papel historificante de un simple sujeto aislado, en cuanto tal. En las intervenciones notariales no hay aparato objetivo de ninguna clase, ni, en medida significativa, aparato procedimental (9). A lo que el derecho notarial se confía y se remite es al sujeto mismo, al hombre mismo, y al hombre en cuanto ente natural y físico, a lo que él ve y oye, no a lo que quiere ni a lo que siente; de donde la estupenda y eficacísima sensualidad del verdadero derecho notarial. La realidad documentada por un Notario tiene valor histórico, porque ese sujeto, el Notario, estaba allí: y si en el derecho privado fuera lícito hablar y calcular con la enigmática noción del carisma de que los cultivadores del derecho público tanto usan y abusan, no sería exagerado referirse a un carisma notarial como determinante de la gracia especial de sus intervenciones. Lo vió el Notario, luego es cierto; lo oyó un Notario, luego es cierto. No hay complementos objetivos de esa pura explicación de una personalidad; no hay tampoco regulación especial de actividad, porque la misma forma de los actos notariales no es más que un modo de convencerse de que la presencia subjetiva del Notario está verdaderamente garantizada.

Se comprende bien que de este modo, ingenuo y al mismo tiempo sutil, la historificación del derecho privado ha podido lograrse, casi desde los primeros tiempos de su evolución. La solución sub-

(9) Naturalmente, aquí, como en los casos posteriores, se está reduciendo a una máxima simplicidad la estructura característica de los derechos formales que se analizan: la realidad es bastante más compleja que todos los esquemas y, por ello, los aparatos positivos de organización del derecho privado, contemplados empíricamente, podrían suscitar objeciones que, sin embargo, hay que dejar a un lado ahora.

jetiva es, al mismo tiempo, la más elemental y la más elegante de todas las soluciones, y la solera de un Derecho puede interpretarse en grado muy exacto sin más que atender al papel que en él juega la intervención notarial. Notarios buenos y prestigiosos; derecho bueno y prestigioso; notarios trivializados, derecho frágil e infantil. Desde este punto de vista, una vez tomada constancia de la existencia y alcance de esta posibilidad, a uno no le queda sino enorgullecerse del Notariado de su país y pedir a Dios que los rasgos que eventualmente podrían venir a desvirtuarlo: lejanía entre el Notario y el individuo, aparato técnico hipertrofiado, procedimentalización de la intervención, queden, cada vez en mayor medida, rechazados.

7. La segunda de las tres posibilidades a que antes se hizo referencia es, como se recordará, la posibilidad objetiva, caracterizada por la indole no personal ni activa del instrumento organizador del derecho privado que aquí se investiga.

Esa indole objetiva es la que explica la naturaleza auténtica del Registro y del *derecho registral*. En efecto, lo esencial en un Registro está en la ordenación y encadenamiento a que somete a un mundo objetivo, plural y complejo, de cuya misma pluralidad y complejidad extrae la institución registral la impecable seguridad de sus resultados. Lo importante, evidentemente, en el Registro no es el tránsito ante un funcionario público de ciertas actuaciones, previamente documentadas o no, ni lo importante tampoco es que, ante ese funcionario, se desarrollen, aisladamente y en cada caso, determinadas intervenciones. Por el contrario, es definidor el hecho de que el Registro instituye una trabazón transpersonal entre los elementos que comprende, trabazón de tal modo encadenada y permanente que la existencia de cada elemento garantiza la existencia de los demás, ya que precisamente, por tener que contar con los otros, ninguno de los datos registrales tiene vida propia y todos están sostenidos por la malla impersonal del conjunto. No sería concebible un verdadero Registro con una sola realidad documentada o con varias realidades documentadas distintas entre sí: ello daría lugar a un Archivo protocolario o judicial, pero no a un Registro verdadero. El Registro es lo que es y tiene la fuerza que tiene porque sobre cada uno de sus asientos

irradia la luz de todos los restantes; y los principios de tracto coordinado (implícito en nuestro Derecho) y de tracto sucesivo (explícito y legalmente desarrollado) no hacen sino poner legalmente de relieve que no hay en el derecho registral elementos monovalentes, sino polivalentes, porque la capacidad y la necesidad de coordinar cada uno de sus datos con los restantes da, a la combinación registral, la eficacia que le es propia.

Esto explica el característico tecnicismo de toda institución registral verdadera. Mientras que un Notario puede concebirse como un gigantesco y solemne hombre bueno, por mucho sentido de la equidad y de la justicia natural que se atribuya a un Registrador, siempre le faltará algo si no se le supone poseído, en grado sumo, de la difícil y exquisita técnica que su aparato peculiar le exige. El dominio de la objetividad registral es la primera preocupación de este sistema de organización del derecho privado, y ello es lo que justifica, y no a la inversa, las dificultades de la labor del Registrador como calificador de actuaciones o como dirimente, aunque sea en primera instancia, de las dudas que el propio funcionamiento de su aparato sitúa ante él. Esa técnica registral es, por supuesto, auténtica y rigurosamente formal: lo de menos en un Registro es que verse sobre el estado civil de las personas, o sobre la propiedad de las cosas, o sobre la constitución o disolución de sociedades. En todo caso, ésta es la materia, intrascendente, sobre la que la verdadera acción registral recae. Lo importante en el Registro es saber cuáles son las exigencias y las consecuencias de someter al puro derecho privado, y a no importa qué rama del derecho privado, a la conexión objetiva que todo Registro supone; determinar los requisitos de la inserción de un nuevo elemento en ese conjunto objetivo, establecer lo que cada uno toma y recibe de los demás, precisar las consecuencias de su presencia o de su ausencia. Hoy no existe entre nosotros, ni quizá entre extraños, un verdadero derecho registral a secas; pero lo que ya se ha conseguido en la impresionante evolución de la hermana mayor de la familia, es decir, en el derecho inmobiliario registral, permite lanzar la profecía, no sólo de la viabilidad de tal derecho, sino de su venturoso nacimiento en un día, probablemente, no muy lejano.

Registro y mundo objetivo, tales son los dos términos de la ecuación. Por eso en el derecho registral tiene tanta importancia

la concordia entre él y la realidad. Cuando se historifica al derecho privado con elementos subjetivos o activos, el problema o no puede presentarse o no se presenta de hecho; cuando se abarca la inmensidad de un orden objetivo, el pavoroso problema de su fidelidad real se coloca, automáticamente, en primer plano. Tal es, por consiguiente, la consigna inmediata de política jurídica que se deduce de esa caracterización del derecho registral, consigna que entre nosotros se halla en la mente de todos y, por supuesto, en la de los auténticos guardianes del mundo histórico de lo jurídico privado, precisamente en cuanto mundo objetivo, que son nuestros beneméritos Registradores de la Propiedad.

8. Queda, por supuesto, el tercer término de la diferenciación antes desarrollada, es decir, queda por determinar la posibilidad de organizar el derecho privado, en cuanto historia, sobre la base de un elemento de estricta actividad.

La figura que responde a esta última caracterización es esa institución borrosa y discutida que se conoce con el nombre de *jurisdicción voluntaria*. Que la jurisdicción voluntaria, pese a su nombre, no es jurisdicción verdadera, es algo que se ha puesto de relieve con argumentos irrefutables, hace ya mucho tiempo; que es una figura que tampoco se puede identificar, sin más, con la órbita del derecho administrativo, por lo menos, por la peculiaridad de la materia sobre que recae (puro derecho privado y no derecho público) es cosa que también merece ser concedida sin reservas. Ahora bien, es posible tener presente ambas proposiciones y caracterizar, en vista de ellas, a la jurisdicción voluntaria como un método de organización del derecho privado especificado por la sumisión de las realidades de esta clase a un procedimiento, es decir, a una característica coordinación de actividades cuya existencia entrelazada dota precisamente de un significado organizador a la materia que en ella se recoge.

La jurisdicción voluntaria no es, en efecto, una figura de derecho en la que el elemento subjetivo goce de una relevancia especialmente digna de mención. La jurisdicción voluntaria se halla atribuida, en nuestro Derecho, como en muchos otros, a una cierta autoridad jurídica, como lo es el Juez, pero la inmensa mayoría de los analistas de la institución reconocen que se trata de un

cometido extrínseco al verdaderamente judicial, que la atribución de los negocios de jurisdicción voluntaria al Juez se funda, sobre todo, en razones contingentes, derivadas de una interpretación defectuosa del principio de la división del trabajo, y que lo mismo que el Juez, cualquier otro sujeto, el Notario, el Registrador, o un elemento subjetivo especial, podrían perfectamente desempeñar esta clase de funciones. Por nuestra parte, creemos que aún cabe dar un paso más, haciendo notar que no sólo es indiferente la índole particular de la autoridad que interviene en un expediente de jurisdicción voluntaria, sino que también lo de menos en ella es que sea precisamente una autoridad, pues la fuerza de la jurisdicción voluntaria no está como en el derecho público, o como en el derecho privado organizado notarialmente, en las calidades subjetivas otorgadas, mediante investidura oficial, a un cierto sujeto.

Pero la jurisdicción voluntaria tampoco tiene un enmarcamiento objetivo que aclare decisivamente su fisonomía esencial. Desde luego, la jurisdicción voluntaria se refiere a materias típicas de derecho privado, y no de otra clase, precisamente porque se intenta organizar al derecho privado, que es el único susceptible de admitir una organización. Pero, dentro del derecho privado, todos sus sectores son idóneos para constituir la materia propia de un expediente de esta clase; y, como saben muy bien los estudiosos de la jurisdicción voluntaria en nuestro Derecho, la clasificación de los actos de tal jurisdicción nunca queda completa si no se pasa revista a la clasificación de los temas del derecho privado material. Por otra parte, desde un punto de vista de objetivación formal, la jurisdicción voluntaria es absolutamente anodina e inconexa; ningún expediente de jurisdicción voluntaria se preocupa, por lo menos técnicamente, de lo que se haya dicho o pueda decirse en otro; la influencia de los actos de jurisdicción voluntaria entre sí opera externamente, por fuera de ellos mismos, en virtud de los efectos trascendentales que cada uno determina sobre la realidad jurídica; lo que aleja, sin duda, a las actuaciones de esta clase del mundo internamente organizado desde un punto de vista objetivo, tal como lo es el cosmos registral.

En cambio, en la jurisdicción voluntaria aparece, en primer plano, una dimensión que en las otras dos maneras de organizar el derecho privado carecía de relevancia: la dimensión del procedi-

miento. Podría concebirse acaso un expediente de jurisdicción voluntaria llevado por un particular y absolutamente aislado de cualquier otro semejante, pero nunca sería acto de jurisdicción voluntaria si no comprendiese el desarrollo de un conjunto de actividades recíprocamente entrelazadas, ligadas unas a otras, funcionando las primeras como elementos de admisión de las segundas, y las segundas como elementos de eficacia de las primeras, es decir, en definitiva, actuando como un procedimiento verdadero.

El legislador historifica el derecho privado, a través de la jurisdicción voluntaria, precisamente porque somete los problemas de ese derecho privado a una elaboración procedimental. En la jurisdicción voluntaria se deslindan con todo cuidado los momentos iniciales, los intermedios y los finales y cada uno de ellos vale en cuanto existen los otros y no por sí mismos. Esto es lo que explica precisamente la confusión entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa o, puesto que sólo la contenciosa es procesal, la equiparación errónea de la jurisdicción voluntaria a un proceso verdadero. En efecto, cuando el procedimiento era identificado con el proceso, la llamada jurisdicción voluntaria, en la que el desarrollo procedimental es de esencia, aparecía ser una manifestación procesal auténtica. Hoy sabemos ya que procedimiento no es lo mismo que proceso, y por ello podemos afirmar que la jurisdicción voluntaria no es una especie procesal; pero podemos darnos cuenta, por la persistencia del viejo error denunciado, de la razón real a que se debe el que la organización del derecho privado mediante un procedimiento lleve el nombre, ciertamente impropio, de actividad jurisdiccional.

La sumisión a un procedimiento garantiza históricamente la fijeza de los temas de derecho privado afectados por el mismo. Basta tener presente la intervención de sujetos distintos y hasta antagónicos que todo procedimiento postula, para darse cuenta de las seguridades que ello introduce en una mecánica regida por un principio procedimental. El hecho de que los interesados puedan promover esta dinámica de actuación y puedan oponerse a ella, modificando sus resultados o incluso eliminándolos, por transformar el acto de jurisdicción voluntaria en contencioso, engendra resultados que, cuando se dan, pueden compararse, en su presunción de autenticidad, a los obtenidos por el método notarial o el

método registral. En este sentido, la jurisdicción voluntaria ocupa un puesto relevante e imprescindible dentro de la serie de instrumentos de organización formal del derecho privado, si bien postula naturalmente que, a la atención que se preste a los sujetos que en ella figuran y al objeto sobre que recae, se superponga, acaso en mayor medida, el cuidado por las preocupaciones de su desenvolvimiento en el tiempo, lo cual, pensando para nosotros, equivale a insinuar si no será llegada ya la hora de descargar el abrumador trabajo que este cometido viene a sobreponer sobre las fatigadas espaldas de nuestros esforzados Jueces, y si no será ya llegada la hora de estudiar una manera peculiar y distinta de abordar la institución.

9. En todo caso, queda hecha la filiación de las tres instituciones que se proponen, desde puntos de vista diferentes, un mismo cometido: el de organizar el derecho privado en cuanto historia y no en cuanto sistema. Entendidos de esta forma, la importancia de los tres aparatos jurídicos es inmensa. Quien lucha por ellos, lucha por el derecho privado; en definitiva, por el hombre mismo. Quien los comprende y defiende se aleja de la monstruosa tentativa de transformar el derecho privado en derecho público y, al mismo tiempo, no renuncia al perfeccionamiento posible del segundo, a su fijeza y estabilidad. Quien los sirve, en una palabra, sirve a la Humanidad entera y no, con el pretexto de servirla, la pone inhumanamente a disposición de su propia arbitrariedad personal.

JAIME GUASP,

Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad de Madrid.

Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral (*)

I.—PROBLEMAS DE LA DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS SUSCEPTIBLES DE ELLA.

Nuestro Registro de la Propiedad es un Registro de títulos, de públicas titularidades. Pero éstas se refieren a derechos. Apoyándose en el art. 2.º de la Ley, se afirma que las titularidades inscribibles se concreten a los derechos reales inmobiliarios, e incluso que el arrendamiento inscrito se convierte en derecho real.

De ahí, nuestra doctrina hipotecaria ha querido deducir una doble consecuencia. Primera: que para decidir si un derecho es o no inscribible hay que determinar si es real o personal. Segunda: que todo derecho inscrito es real y, por tanto, perjudica a todo tercer adquirente.

De ambas consecuencias se han deducido colorarios equivocados. Especialmente por la tendencia de la Dirección General de los Registros y aproximarse a la doctrina del *numerus clausus*.

Afortunadamente, desde el núm. 5.º del art. 2.º de la Ley Hipotecaria al art. 14 del Reglamento, que respectivamente admitie-

(*) Este trabajo es el texto de la conferencia que inauguró el Curso conmemorativo de la Ley Hipotecaria de 1861, organizado por el Colegio Notarial de Las Palmas, leído por su autor en la Casa-Colegio el 17 de septiembre de 1960. Se publica en esta Revista con la amable autorización de la Junta Directiva de dicho Colegio, cordialmente transmitida por su Decano.

ron la inscripción de los arrendamientos que reunieran determinadas circunstancias y del que llama «contrato de opción», en ciertas condiciones, ha predominado en bastantes ocasiones el buen sentido finalista y realista prescindiendo de razonamientos conceptuales.

Con este mismo buen criterio se ha apreciado y se aprecia también, algunas veces, la inseparabilidad en un título inscribible de los elementos reales y algunos pactos obligacionales que con aquéllos integran un todo unitario. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1955 declaró que la cláusula penal establecida en el título constitutivo de una servidumbre voluntaria *in non faciendo*, para el caso de que el titular del predio sirviente contraviniera lo pactado, implica una estipulación accesoria de la servidumbre, inseparable de ella, que una vez inscrita en el Registro, afecta a cualquier adquirente del predio sirviente al que obligaría si cometiera la infracción.

Con igual buen criterio se inscriben sin discriminación los estatutos de comunidades de casas por pisos, en los que hay pactos relativos a la distribución de gastos y a determinadas prohibiciones de carácter obligatorio, pero que son inescindibles de la relación de comunidad. Igual ocurre, sin duda, con los reglamentos de comunidades de aguas, y en general con casi todas las comunidades, o con aquellas servidumbres que requieren para su uso el cumplimiento de determinados deberes de conservación por parte del dueño del predio sirviente.

II.—OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA DISTINCIÓN TOTALITARIA Y ABSOLUTA DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN REALES Y PERSONALES Y AL MÉTODO Y PRINCIPIOS QUE HAN LLEVADO A ELLA.

Sin duda, los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 se hubieran asombrado del conceptualismo que en un siglo se ha desarrollado en torno a su obra. Ellos no eran pandectistas. Colocaron la coletilla *y otros cualesquiera reales*, en el núm. 2 del art. 2.º de la ley, pensando únicamente, con sentido jurídico práctico, en dejar abierta la puerta de acceso al Registro a otras figuras típicas o atípicas análogas a las expresadas.

El método dogmático de inversión aún no había prendido entre nosotros.

A) *Pero la distinción es equivocada, incluso conceptualmente.*

a) Es sabido que la tesis clásica apoyó la distinción de los derechos reales y de crédito en la inmediatividad respecto la cosa de los primeros y en la existencia en los segundos de una persona obligada a realizar una prestación.

La posibilidad de inmediatividad entre persona y cosa fué negada por primera vez por la llamada teoría obligacionista que consideró imposible toda relación jurídica entre personas y cosa. Antes Kant había excluido la posibilidad de relación nouménica entre persona y cosa.

Pero prescindiendo de ese ataque que, como luego expondremos, no parece certero, es lo cierto que la inmediatividad no existe en la hipoteca, en los censos consignativo ni reservativo, ni en otras figuras señaladas como derechos reales. Falta en ellas el *iubere licere* y toda posibilidad de acción inmediata. Como dice BECQUÉ, la hipoteca es una afección abstracta e inmaterial, sin la inmediatividad característica del derecho real. El interés del titular únicamente puede ser satisfecho con una prestación del deudor, del tercer poseedor u otra persona o por un procedimiento ejecutivo, pero nunca directamente.

RIGAUD reemplaza la fórmula del señorío de goce, por la incesidad de intermediario alguno personalmente obligado para ejercitar el derecho real. La cual, no creemos salve la objeción relativa a la hipoteca y a los censos, pues la venta forzosa de la cosa hipotecada no es más que una forma de realización coactiva del crédito asegurado.

Por eso, Giorgianni ha querido sustituir la *inmediatividad* por la *inherencia*, que supone vinculación de la cosa y no requiere actuación inmediata. Entonces cabría distinguir unos derechos con inmediatividad y sin inherencia (los arrendamientos de la Ley *Emp-torem* o del art. 1.571 C. c.) y otros sin inmediatividad, pero con inherencia (hipoteca, censos, opción). Además, la inherencia la hallamos en la protección de expectativas, que no son aún derechos, a través de la previa sujeción de la cosa a un interés no

ejercitable de presente (fideicomisos, reservas, tanteo o retracto antes de que se dé su posibilidad de actuación).

La *inherencia* llevaría consigo la *reipersecutoriedad*. Pero resulta que la *reipersecutoriedad* puede faltar en algunos derechos reales. Así ocurre en Derecho francés (art. 2.279 C. c. fr.) con la propiedad mueble, y, entre nosotros, en el supuesto del art. 85 del Código de Comercio, y también en la propiedad inmueble inscrita a nombre de un no propietario, pues el propietario no poseedor y no inscrito, por el juego del art. 34 sin el freno del 36 de la Ley Hipotecaria, se puede ver imposibilitado de reivindicar.

En cambio, hay derechos personales que pueden, en ciertos casos, tener *reipersecutoriedad* aunque sólo sea frente a terceros de mala fe. Así sucedía: con el *ius ad rem* y recoge nuestro artículo 1.473, párrafo 2.º; en la *actio in rem verso* y en la Pauliana subsidiariamente, como sigue teniéndola, conforme los arts. 1.295 y 1.298 del Código Civil.

b) Según la tesis que niega la posibilidad de relaciones jurídicas entre personas y cosas, el derecho real no puede caracterizarse por la inmediatividad, ni siquiera por la inherencia. Entonces se sustituye esa característica por la *absolutividad*, que se pretende explicar: bien por la llamada *obligación pasiva universal* (WINSCHIED, AUBRY et RAU y, todavía, por PLANIOL); o por el efecto reflejo de las normas, como consecuencia de las prohibiciones impuestas por éstas a otras personas, o a todo el mundo excepto al titular (THON). Con lo cual, el derecho subjetivo resulta ser el vacío de lo lícito y jurídico, y, según los procesalistas, el dominio y los derechos reales sólo son el producto procesal del ejercicio de la acción reivindicatoria o de la acción real correspondiente («expectativas de acción procesal» las denominó THON).

Pero, los derechos, ¿son absolutos o relativos por su esencia o sólo lo son por razón de la posibilidad de mantener fácticamente su eficacia sobre su contenido? CABRILLAC, al ocuparse de las garantías reales mobiliarias, capta la realidad de la segunda alternativa al observar que, según cuál sea el objeto de la garantía, es decir según su individualidad, identificabilidad y permanencia o consumibilidad, la garantía oscila desde tener una eficacia suficientemente real a necesitar apoyarse en actos obligacionales del sujeto pasivo.

Por una parte, DEMOGUE observó que el deber general de respeto alcanza incluso a los derechos de crédito. Solamente el contenido menos fuerte de éstos hace que la absolutividad general, no resulte efectiva.

Recientemente, después de la aportación de GERNHUBER en el libro homenaje a NIKICH, concluye LARENZ, recogiendo la tesis de aquél, que el principio de las relaciones obligatorias solo surten efecto entre las personas que directamente participan en ellas, es abandonado, cada vez más, para sostener la producción de esos efectos también frente a terceras personas.

Y este mismo año, el profesor de la Universidad Hebrea de Jerusalén, S. GINOSSAR, ha afirmado que el análisis de todo derecho de crédito ofrece dos relaciones jurídicas distintas y coexistentes, una relativa y otra absoluta, que tienen el mismo sujeto activo, pero sujetos pasivos diferentes; y que: la relación relativa constituye la sustancia del crédito, mientras la relación absoluta asegura simplemente el señorío al acreedor y la protección respecto terceros.

De otra parte, el interesantísimo libro de VITTORE COLONI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, nos demuestra que no eran absolutos el dominio quirritario ni el bonitario, pues el titular del segundo podía oponer al primero, si de éste obtuvo la cosa por tradición, la *exceptio rei venditae et traditae* y el dueño bonitario que no adquirió del *vero domino* quirritario podía ejercitar la acción publiciana contra todos, menos contra éste a quien nada podía oponer si le demandaba la cosa.

Hoy día, como ha reconocido SALELLES, la propiedad mobiliaria es relativa. FUNAIOLI ha sostenido la relatividad de la propiedad tanto de muebles como de inmuebles. Para nosotros, según expresamos en nuestro trabajo *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del Código Civil*: El dominio absoluto de los bienes muebles sólo puede demostrarlo el poseedor que no haya dejado de poseerlos desde su adquisición originaria (ocupación, accesión, especificación) o que justifique su usucapión (artículos 1.955, 1.956, 1.960). En cambio, para que un poseedor sufra la reivindicación de la cosa mueble por él poseída en concepto de dueño, es suficiente que el reivindicante pruebe haberla perdido o haber sido privado de ella ilegalmente. Pero esta prueba no

justifica el dominio, pues no garantiza que, a su vez, otra persona haya perdido o haya sido privada ilegalmente con anterioridad de la misma cosa. Por tanto, esta acción sólo puede ser catalogada de bonitaria, como reivindicatoria provisional que protege a toda persona que perdió una cosa mueble o que fué privado de ella ilegalmente. Pero es eficaz frente a todos, excepto: de una parte, contra quien, a su vez, con anterioridad la hubiera perdido o hubiese sido privado de ella ilegalmente y sin que su derecho haya prescrito aún, y, de otra, contra quien demuestre haber usucapido la cosa—aunque sea completando el tiempo de su posesión con la del causante (artículo 1960, número 1)—después de la pérdida o privación ilegal sufrida por el actor.

Además, es de notar que los derechos reales limitados (es decir, todos menos el dominio y la enfiteusis)—según han observado ARANGIO RUIZ, NATOLI y MESSINEO—sólo confieren a su titular acción contra quien lo sea del fundo gravado. Carecen, pues, de acciones directas contra las inmisiones de terceros ajenos a la cosa, excepto las meramente posesorias.

De la *absolutividad* se hace derivar la *preferencia*, que RIGAUD considera como característica meramente natural del derecho real. Pero a veces el legislador refuerza algún crédito dándole preferencia, incluso sobre derechos reales anteriores. Así, el artículo 44 de la Ley del Contrato de Trabajo señala la prioridad del cobro de los jornales de la última semana o del sueldo del último mes, sobre todo otro derecho, aunque sea de carácter real. Preferencia semejante, aunque limitada a la prioridad sobre derechos reales posteriores, puede conseguirla cualquier crédito a través de las anotaciones preventivas (arts. 1.921 y sigs. del Código civil).

c) El eclecticismo—característico de gran número de tratadistas, entre los que actualmente es tal vez BARASSI su más distinguido sostenedor—ha llevado a soluciones mixtas o híbridas que destacan el dualismo del lado interno y el lado externo de los derechos reales, a los que, respectivamente, asignan el señorío sobre la cosa y la absolutividad del derecho.

En 1949, al escribir nuestro libro *La hipoteca del derecho arrendaticio*, observamos que «las soluciones eclécticas suman un nuevo defecto a los que ya tenían las posiciones que pretende conjugar. Han de fijarse en varios datos para caracterizar la preten-

didada figura del derecho real. Y es frecuente que esos datos se muevan en direcciones distintas. Entonces o hay que aceptar la existencia de situaciones difusas, o bien el eclecticismo se pierde. Así sucede cuando se quiere atender, a la vez, a la inmediatividad y a la universalidad, y alguno de estos caracteres falla o aparece dudoso, limitado o mediatizado».

En enero de 1950 publicaba ERNESTO TILOCCA, en «Archivio jurídico», su trabajo *La distinzione tra diritti reali e diritti di credito* (del que publicamos una reseña el año siguiente en «Anuario de Derecho Civil»), y en ese trabajo hizo notar que los llamados elementos interno y externo del derecho real eran contradictorios, pues: «Si el titular del derecho real, para gozar del bien objeto de su derecho tuviera necesidad del cumplimiento por sus coasociados de la presunta obligación negativa, sería lógico concluir confesando que incluso el sujeto activo de la relación real requiere la colaboración de aquellos sujetos pasivos, que se interpolan entre el sujeto activo y los bienes». De ese modo queda planteado un dilema. O bien el poder del titular de un derecho real es mediano como el del acreedor, o bien, de ser inmediato, es que no existe tal interpolación, y, por tanto, el deber de abstención de la colectividad no integra el derecho del titular, sino que se halla fuera del mismo como un reflejo de los deberes de corrección social y de dar cumplimiento a las normas jurídicas. Inmediatividad y derecho *erga omnes* son, pues, conceptos incompatibles.

d) A partir de DEMOGUE—en cuyas manos, como un juguete entre las de un niño travieso, se rompe la tesis obligacionista al llevarla a sus últimas consecuencias—, van siendo cada vez más numerosos los autores que niegan la distinción entre derechos reales y de crédito.

Ultimamente los autores tienden a abandonar la simplista dicotomía y observan una mayor complejidad.

PACHIONI distingue relaciones personales y reales coexistiendo tanto en unos como en otros derechos. Una real, de derecho, sobre una cosa o un patrimonio, y otra personal, de haber, con su sujeto pasivo más o menos concreto y determinado, obligado positiva o negativamente.

GIORGIANI distingue: las obligaciones (contrapuestas a un poder del acreedor a exigir su cumplimiento), los derechos de goce

(caracterizados por la inmediatividad, con o sin inherencia); los derechos de garantía (con inherencia, pero sin inmediatividad), y los derechos potestativos.

CARNELUTTI hace actuar dinámicamente varios dualismos de las situaciones poder y deber. Aquellos concretados en la *potestad* (*iubere iusum*, o posibilidad de determinar la conducta ajena), la *facultad* (*agere licere* o posibilidad de desarrollar el interés propio) y *derecho subjetivo* (*iubere licere* o posibilidad de determinar la conducta ajena para realizar un interés propio). Y las de deber en: la *sujeción* (imposibilidad de determinar la propia conducta); *vínculo* (imposibilidad de desarrollar un interés propio) y *carga* (imposibilidad de determinar la propia conducta por la realización de un interés propio). Las dos primeras figuras de poder las contraponen a la primera de deber, y las dos segundas de deber, a la tercera de poder, y dichos dos grupos de dualismo corresponden, respectivamente, a las que llama relaciones instrumentales y materiales.

TILLOCCA concibe el derecho real como un derecho intransitivo, o sea, una situación ventajosa aislada; mientras el crédito es un derecho transitivo, o sea, una situación subjetiva ventajosa, cobijada en una relación subjetiva onerosa. Por lo cual, entiende que de los derechos patrimoniales sólo el crédito necesita la existencia de una verdadera obligación y, por tanto, de una verdadera relación jurídica. Y deduce como corolarios: Que las llamadas obligaciones *propter rem* suponen en un aspecto activo verdaderos créditos, puesto que enlazan con una relación inter-subjetiva onerosa. Y, en cambio, que los llamados derechos reales de garantía no son derechos reales, aunque tampoco meras instituciones procesales.

Y GINOSSAR—en el trabajo más reciente sobre ese tema—clasifica los activos patrimoniales en propiedad de bienes corporales y propiedad de bienes incorporales, entre las cuales coloca los derechos relativos, en los que subdistingue los tradicionalmente llamados derechos reales limitados y los derechos de crédito, que diferencia sustancialmente entre sí por qué en éstos el sujeto pasivo se halla personalmente determinado, mientras en aquéllos lo está *ob rem*, porque siempre lo será quien sea propietario de la cosa a que el derecho limitado se refiere.

MANUEL FAIREN, al concluir en «Revista de Derecho Notarial»

su repaso de las soluciones doctrinales, históricas y modernas en torno a esta distinción, confiesa que la situación doctrinal lleva a una actitud pesimista en torno a la potencia constructiva de la teoría jurídica general y de la distinción entre los derechos reales y de crédito en particular.

Por nuestra parte hace más de diez años habíamos afirmado que:

«Desde un punto de vista analítico, el problema de fronteras [de esa distinción] no puede resolverse nunca con precisión. Los supuestos que se ofrecen como más claros y diferenciados para distinguir el derecho real y el de crédito, son los de *ser dueño de una cosa* y *ser acreedor de la obligación de entregar [transmitiéndola]*. Y es el caso que se llegan a oscurecer sus diferencias con la figura intermedia del *ius ad rem*, y casi a borrarse totalmente con la concepción francesa de la compraventa consensual y traslativa del dominio.»

«Pero donde la línea divisoria nos resulta más relativa—añadimos—es cuando parangonados la prenda y el derecho de retención, la hipoteca con la anotación de embargo o de créditos refaccionarios, la enfiteusis y el arrendamiento a largo plazo, la superficie perpetua y la temporal, etc., o cuando observamos las figuras del usufructo de crédito, de la subhipoteca, las prendas de créditos y de cosas futuras, etc.»

«En suma—concluíamos—, esta distinción tan clásica de los derechos patrimoniales llega a ser una mera cuestión de apreciación, de mera visibilidad. Cuando se destaca más el aspecto activo que el pasivo de la relación, se habla de los derechos reales, y en caso contrario de las obligaciones. Como todo lo que es susceptible de apreciación es *algo* relativo, que depende del rasero o unidad con que se mida en cada uno de sus aspectos.»

«Claro está, pues—preveníamos—, que de una clasificación relativa no podemos deducir dogmáticamente ninguna consecuencia suficientemente sólida para aplicarla a la realidad, como si aquella conclusión fuera de un valor absoluto.»

B) *Metódicamente el conceptualismo dogmático deriva del idealismo cartesiano, y participa por tanto, de su erróneo punto de partida.*

«Todo el cartesianismo, y en cierto sentido todo el pensamiento

moderno—nos explica ETIENNE GILSON—, remontan a la noche de invierno de 1619 en Alemania, en la cual, junto a una estufa, DESCARTES concibió la idea de una matemática universal». Su decisión fué aplicar el método de una ciencia particular, la matemática perfectamente válida para determinada esfera de objetos, a la esfera total de los objetos del saber humano. Decretó así, *a priori*, la validez para todas las ciencias del método de una sola.

En su obra *Realismo Metódico*, sigue explicando GILSON que «la primera consecuencia del matemacismo cartesiano, y de la que derivan todas las demás, era la obligación que imponía al filósofo de ir del *pensar* al *ser*, e incluso definir siempre el *ser* en términos de *pensamiento*. Para el matemático el problema de la esencia prevalece siempre sobre el de la existencia; el verdadero círculo y el verdadero triángulo son la definición del círculo y del triángulo, no siendo las figuras empíricamente dadas en la experiencia más que aproximaciones de sus definiciones».

ARISTÓTELES—como luego SANTO TOMÁS DE AQUINO—habían tomado como punto de partida el ser, incluyendo en él al pensamiento: *ab esse ad nosse valet consequentia*. DESCARTES y después KANT, tomaron como base el pensamiento, incluyendo en él al ser: *a nosse ad esse valet consequentia*, con la diferencia entre ambos de que KANT tomó como modelo metódico el de la física, en lugar de la matemática como DESCARTES.

La naturaleza de las cosas se substituyó como primera evidencia por los conceptos puros. Eso mismo se hizo también en el campo del Derecho a partir de la Pandectística alemana.

Pero: «Una aplicación sistemática del método matemático a lo real no podrá tener como resultado inmediato más que substituir a la complejidad concreta de las cosas un cierto número de ideas claras y distintas, concebidas ellas mismas como verdadera realidad.»

Por eso—como ironizó IHERING al examinar su aplicación al campo jurídico—«los conceptos no soportan el contacto con el mundo real. Donde ellos viven y deben dominar, ese mundo, con todo lo que le pertenece, debe quedar aparte. En el mundo de los conceptos... no existe la vida en el sentido nuestro, no existe más que el imperio de los pensamientos y conceptos abstractos, que, independientemente del mundo real, se han formado por el camino

lógico de la *generatio equivoca*, y repudian todo contacto con el mundo terrenal».

Es tan conocida como gráfica la comparación al *herbarium* que de los conceptos jurídicos hace ROSCOE POUND. «En el *herbarium* existen formas típicas..., escogidas por el coleccionista, porque se ajustan de la manera más aproximada a la descripción que el mismo se ha formado; son prensadas, secadas y clasificadas, y debajo de ellas se escriben los nombres de una flora ideal. Y no cabe duda que nos ayudan a entender las plantas; pero basta con que nos tomemos la molestia de contemplar detenidamente la naturaleza que se manifiesta en el campo para que nos demos cuenta de que el *herbarium* la ha despedazado...»

Los conceptos y las clasificaciones conceptuales deben y sólo pueden servir, respectivamente, como *gramática jurídica*—para entendernos—y como *medio de ordenación*, puramente didáctico, sin darle más valor que a la colocación de los libros en una biblioteca.

En cambio, el conceptualismo pretende tomar esos conceptos y esas clasificaciones como base de razonamientos y quiere deducir de ellos consecuencias aplicables a la vida.

El conceptualismo jurídico ha llegado a invertir de tal modo las cosas, sacando los conceptos de su mundo ideal, que algunos de sus conceptos los ha querido elevar a la categoría de realidades ontológicas; otros, que eran realidades jurídicas, pero no ónticas, pretendió convertirlas en objetos reales; alguna vez ha querido cosificar un mero *nomen iuris*. Además, se ha saltado alegremente de las categorías lógicas a las consecuencias reales, olvidando—como ha observado el filósofo neorrealista NOEL, en sus *Notes d'épistémologie thomiste*—que «de un gancho pintado en una pared no se puede colgar más que una cadena igualmente pintada en la pared».

Pero el idealismo cartesiano—según el mismo GILSON—olvida que la evidencia de las conclusiones matemáticas se deben, en parte, a la extremada simplicidad de su objeto. «Las mismas Leyes de orden abstracto que, aplicadas a la cantidad, producen esa ciencia exacta que llamamos Matemática, no traen por resultado más que generalizaciones arbitrarias en cuanto se las aplica a objetos más completos que la cantidad.»

«Abstraer—añade—no es primariamente prescindir de algo, sino

apoderarse de algo; por eso las abstracciones son conocimiento. De ahí que antes de emplear el método matemático a objetos no dotados de cantidad se debiera recordar que nuestras nociones abstractas sólo se pueden aplicar con validez a lo que posee en realidad; en segundo lugar, se debería estar seguro de que el contenido de estos conceptos no cuantitativos constituye un objeto analizado o analizable de modo tan pleno como los números, figuras y posiciones en el espacio, y en último, aunque no menos importante lugar, habría que tener presente que toda conclusión deducida de objetos no completamente analizados o analizables necesita aún, por más corrección lógica que tenga, la evidencia específica de las conclusiones matemáticas».

Es decir, el idealismo metódico no sólo es erróneo en su base (partir de las ideas y no de la realidad, sin captar totalmente ésta en aquéllas), sino que, además, es ilógico en su desarrollo lógico.

El pandectismo aplicó a su dogmática el método llamado de inversión. Con ello olvidó las dos primeras observaciones anteriores al elevar a dogmas sus conceptos, y violó la tercera al deducir sus conclusiones. La regla general (verbigracia, «todos los derechos reales son absolutos»), utilizada por ese método como premisa mayor, en virtud de no comprender el supuesto de hecho a resolver (pues si lo tomara ya no habría problema), no será nunca lo suficientemente general ni amplia para poder subsumir la asimilación intentada en la premisa menor (clasificatoria del supuesto de hecho, verbigracia, «la prenda sin desplazamiento es derecho real»).

Y así el término medio de ambas premisas (es decir, el concepto, verbigracia, en nuestra misma hipótesis: el de derecho real) será siempre ambiguo en la premisa menor, puesto que al elaborarlo no se tuvo en cuenta el nuevo supuesto que trata de subsumirse, o no será universal por no haberse comprendido ese supuesto en la abstracción de aquel concepto. Así, inevitablemente, al utilizar el método llamado de *inversión*, o bien se deduce lo que ya se había inducido al elaborar la regla general (resultado inútil) o bien se infringen las reglas lógicas 3.^a y 4.^a de los silogismos: «El término medio tiene que ser universal, por lo menos en una

de las premisas, y no puede ser ambiguo» y «ningún término puede tener más extensión en la conclusión que en las premisas».

Ese defecto se acentúa en el campo jurídico, porque de una parte olvida el aspecto esencial y permanente del Derecho—la realización de la justicia—y, de otra, porque también prescinde de sus particularidades contingentes y mudables e impide su progreso.

En el primer aspecto, el conceptualismo no agota lo jurídico en cuanto lo aísla de la vida, de la moral y del sentido de lo justo.

Bajo el segundo aspecto observó GENY que «considerar dotadas de realidad objetiva permanentes concepciones ideales de índole provisional y puramente subjetiva», conduce «al abuso de hacer residir *a priori* todo el sistema de derecho positivo en un número limitado de categorías lógicas predeterminadas por esencia, inmutables en sus fundamentos, regidas por dogmas inflexibles, impropios, por tanto, para acomodarse a las mudables y varias exigencias de la vida».

En esta frase—digamos de paso haciendo un aparte—se encierra la mayor crítica al criterio del *numerus clausus* de los derechos reales o de los derechos inscribibles. Sistema cómodo para los funcionarios, pero antijurídico en su esencia.

C) *El concepto de derecho subjetivo es un preconcepto inadecuado para captar la realidad jurídica en su totalidad.*

Una de las características de los métodos puramente idealistas (es decir, de los que construyen sobre ideas y no sobre realidades vitales) es la de abstraer sólo una parte de la realidad, olvidando la otra o pretendiendo relegarla fuera del campo jurídico. Es más fácil construir sobre ideas y conceptos simples que sobre la diversidad, heterogeneidad y variabilidad que la realidad nos ofrece. Por eso se arroja como un lastre lo que estorba para construir los conceptos.

La ciencia del Derecho moderno se montó inicialmente sobre la visión individualista formulada por KANT, de la que WINSCHIED derivó que «el Derecho no conoce deberes sin su correspondiente derecho; conoce sólo deberes como correlativos de derechos».

No es, pues, extraño que toda la dogmática pandectista se estructura sobre el concepto del derecho subjetivo. Así se ha tratado

de construir una especie tipificada de derecho subjetivo para cada posición específica protegida por el Derecho, y de clasificarla, en primer lugar, en una de las dos categorías más generales. Es decir, en la de los derechos reales o en la de los créditos. Y después, con intento de precisar más, en otras subcategorías más concretas.

En cambio, con una visión realista, podemos distinguir en la actuación de los sujetos, jurídicamente protegidos, notables variaciones y tonalidades. Dependientes de la actuación de los sujetos principalmente obligados, de la posición y titularidad de los detentadores y poseedores del objeto, y de la misma esencia, existencia y estructura de éste. Diversidades, a veces, no captadas por la pandectística, o que, en otras ocasiones, causaron la desesperación de sus epígonos, como, verbigracia, en las hipótesis de la prenda de créditos o del usufructo de cosas consumibles.

El titular de un derecho lo defenderá de modo diferente, según se trate de un fundo, de una cosa mueble o de un crédito; según cuál sea la agresión que sufra y la posición jurídica o antijurídica que adopte el invasor. Las acciones de reivindicación, las negatorias, posesorias, indemnizatorias, etc., que el propietario puede utilizar, indican que la posición del sujeto jurídicamente protegido se traduce en derechos diversos, según las circunstancias en las cuales necesite hacer valer su posición jurídica.

Hemos recordado antes la observación de CABRILLAC, de que el contenido de las garantías reales sin desplazamiento era diferente según las características y circunstancias del objeto de la garantía, que determinaban el predominio de lo personal y obligatorio cuando la dificultad de identificación, fungibilidad o consumibilidad de la cosa diluían su eficacia real.

Eso ocurre incluso en la propiedad. Constátense las diferencias entre la propiedad inmueble y la mobiliaria y los diversos matices de ésta. Recuérdese que en Derecho romano clásico la propiedad no sólo era protegida por acciones reales, sino también con acciones personales contra los *ficti possessores* y contra quien dejó de poseer dolosamente. PUIG BRUTAU destaca que hoy el dominio da lugar también a acciones puramente crediticias e indemnizatorias.

Acabamos de concluir un largo trabajo de investigación acerca de la reserva lineal y hemos comprobado en él, cómo la protección

de un interés familiar da lugar primero a una expectativa protegida por una sujeción del reservista y con posibilidad, en ciertos casos, de exigir la adopción de determinadas de seguridad; que después, una vez consolidada la reserva, puede realizarse a través de la herencia testada o intestada del reservista, con juego o no de especiales *accretio* y *successio graduum et ordinum*; mediante un legado; ejercitando el juicio de testamentaria del reservista, como acreedores que son los reservatarios del deber de reservar; mediante acciones reales, reclamando la reversión lineal a los herederos del reservista o actuando la reivindicación lineal contra los adquirentes singulares de algún bien reservado; ejercitando la hipoteca en garantía de las devoluciones legalmente previstas, o bien la acción crediticia, al mismo fin, que sólo podrá alcanzar a terceros si son *concius fraudi*, y, subsidiariamente, a las cosas en poder de éstos, que, por ser muebles o inmuebles inscritos sin constancia de su carácter reservable, no podrían ser reivindicados en otro caso.

Toda esa diversidad, al servicio de una unidad de fin, es por sí un mentis a la dogmática conceptual y a la rigurosidad de sus calificaciones y clasificaciones simplistas.

Hace años, en nuestra «Hipoteca del Derecho arrendaticio», concluíamos que muchas veces es necesario prescindir de la clasificación de derechos reales y créditos para comprender ciertas relaciones y no escindir la unidad de ciertas instituciones.

«Escisión e inexplicabilidad—decíamos—que se produce, verbigracia, en el usufructo, si lo proyectamos sobre un crédito o sobre haciendas mercantiles, y, a la vez, queremos mantener su calificación de derecho real limitativo del dominio. En cambio, considerándolo simplemente como derecho o facultad de goce normal—*ius utendi et fruendi*—de algún *quid* susceptible de producirlo—sin intentar encasillarlo como derecho real o personal—, el concepto conserva toda su luminosidad y la armonía de su línea no se deforma ni se quiebra.»

«Igualmente—proseguíamos—ocurre con las prendas de créditos, si en lugar de mirarlos como derechos reales, vemos sólo en ellas unas formas de garantía, basadas en la posesión de un bien susceptible de producir un valor, o bien en la retención del signo que en el comercio jurídico representa dicho bien.»

Toda esa complejidad ha llevado a la doctrina a rectificar netamente la formulación conceptual apoyada en la calificación de los derechos subjetivos.

1.º De una parte—como ha observado FEDERICO DE CASTRO— «las necesidades de la técnica jurídica hicieron reconocer ya la independencia del deber jurídico sobre el derecho subjetivo». Evidentemente, vemos que el Derecho regula deberes y sujeciones que no tienen ningún sujeto individual actual, sino que se imponen en beneficio común de grupos orgánicos, de la familia, o de sujetos que sólo se determinarán en el futuro.

2.º De otra parte, la doctrina ha ido captando la complejidad y diversidad del contenido de las figuras jurídicas. Años después de descomponer BRINZ y VON AMIRA la relación obligatoria en *Schult* y *Haftung*, intentó SCHREIBER extender la distinción a toda la dogmática del Derecho privado. Ya hemos visto la posición de PACHIONI, distinguiendo relaciones reales y personales en cada una de las figuras clásicas. BINDER, BRUNETTI y BARBERO niegan al crédito el carácter de derecho. RUBINO diferencia el protegido por una sujeción y el titular de un derecho subjetivo. Dualismos de poder y deber en correlación dinámica, son explicados por CARNELUTTI. Los moldes conceptuales han sido rotos y ni siquiera la seguridad jurídica puede argumentarse a su favor, dado el confusiónismo creado en torno suyo.

3.º En consecuencia, se tiende a buscar fórmulas más comprensivas. LARENZ trata de explicar los créditos no desde el derecho subjetivo, sino desde el panorama más amplio de la relación jurídica obligatoria. Recientemente, entre nosotros, GARCÍA DE HARO y GOYTISOLO, al estudiar los créditos privilegiados, busca la solución a la colisión de situaciones jurídicas fuera del campo de los llamados derechos subjetivos, reales o personales, en la esfera más amplia de las relaciones jurídicas. Recuerda que, según dice VON THUR: «puede hablarse de la relación de propiedad pensando, no sólo en el derecho real, sino en los ulteriores derechos y deberes que pueden derivar de la misma». Generalizando la constatación de que «el conjunto de derechos que nacen de una relación jurídica no tienen por qué tener la misma naturaleza».

III.—INTENTO DE SUPERACIÓN CONSTRUCTIVA DEL PROBLEMA DE LA EFICACIA RESPECTO TERCEROS DE LOS DERECHOS Y SU RELACIÓN CON SU INSCRIBIBILIDAD Y SU EFECTIVA INSCRIPCIÓN.

El idealismo metódico ha llevado no sólo a una formulación incompleta y simplista a través de figuras conceptuales, abstraídas sin recoger toda la esencia, sino que, además, ha producido una visión parcial e incompleta del Derecho.

La concepción individualista kantiana del Derecho, como conjunto de circunstancias necesarias para que la libertad de cada uno coexista con la libertad de los demás en un régimen común de libertad, al aislarse de toda metafísica, tiene que desembocar en el positivismo. Camino paralelamente recorrido desde ROUSSEAU al Código de Napoleón y a la escuela de la exégesis. La concepción político-jurídica de ROUSSEAU encarnó en la voluntad general—heredera del contrato social—esa razón de tipo matemático condensada en fórmulas absolutas, aplicadas incluso a problemas éticos, que es elevada a ley a través de su expresión por la mayoría parlamentaria. El Derecho se confunde con la Ley. LAURENT llegó a afirmar, hace un siglo, que el intérprete no tiene ya por misión hacer el Derecho; que éste está ya hecho y escrito en textos auténticos. Y LIART proclamó: «El Derecho es la ley escrita... los artículos del Código son teoremas, respecto de los cuales se trata de demostrar su mutuo enlace y de extraer sus consecuencias. El jurista es un puro geómetra: la educación puramente jurídica es puramente dialéctica.»

No es extraño, así, que el Derecho se confunda con la norma, y que la realización de aquél se limite a la subsunción exegética en ésta de los casos concretos. Ni que por THON se considere el derecho subjetivo como el reverso del objetivo. O, que con la influencia sociológica de COMPTE, LEÓN DIGUIT negara la existencia del derecho subjetivo. La solidaridad social impide, a su juicio, que un sujeto tenga una órbita de poder ajena al conjunto. Por eso, concreta y concentra todo el poder en el Estado y en las normas coactivas de él emanadas, de cuyo reflejo ciertamente pueden

surgir situaciones ventajosas, pero desprovistas de autonomía e independencia.

De ahí hay un paso a considerar que la norma sólo es jurídica en cuanto impone una sanción. KELSEN lo dió, al distinguir la norma primaria que señala una regla de conducta, y la secundaria, que ordena las consecuencias de no seguirla (imponiendo una ineficacia, una ejecutabilidad, una sanción, etc.) y considerar sólo a ésta jurídica.

Claro está que de esa forma todo el Derecho se concentra en el Derecho procesal. Así lo había anticipado THON al afirmar que los derechos reales no son más que expectativas de acción procesal.

El Derecho queda aislado no sólo de la Teología y de la Metafísica, sino, además, de la Economía y cualquier otro conocimiento de las cosas.

Pero en realidad es muy distinto. El Derecho, como proclamó CELSO y recoge el *Digesto* en su primer texto, es el Arte de lo Justo. *Ius est ars bonni et aequi*. Para ello es imposible aislar continente y contenido. Por ende, afirmó ULPIANO que es «*Divinarum atque humanorum rerum notitiae*». La ley Divina, el sentido de la moral y de lo justo—de una parte—, y de otra la naturaleza de las cosas y nuestra razón, que como ha escrito RECASENS-SICHES, no se agota en una pura lógica formal, sino que comprende el *logos de lo humano*, la *lógica de lo razonable* y de la razón vital e histórica.

El Derecho se realiza a través de un juicio de razón de justicia. Por eso no se agota ni confunde con la ley y en cierto modo está por encima de ella, en cuanto ésta es un instrumento para su realización. Por eso es correcta la definición que Santo Tomás hace de la ley al comenzar afirmando que *es ordenación racional al bien común*.

Pero este juicio de razón se hace respecto a relaciones de la vida y para realizar la justicia. Por eso ha dicho BIONDI que el absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto. O como formula HELMUT COING «no son las leyes de la lógica las que dan unidad al Derecho, sino las leyes de las relaciones morales de valor y las síntesis históricas de cada caso, que no se nos presen-

ten». Y por eso no puede apoyarse en conceptos ni en regulaciones formales sino en la naturaleza de las cosas.

El realismo ha de ser objetivo. Subjetivismo y realidad son antagónicos. Por eso el método valorativo, aplicado con realismo jurídico, no puede permitir nunca los sentimentalismos ni los criterios subjetivos de valoración. Estos únicamente deben hacerse atendiendo a razones finalistas, deducidas con rigor jurídico y valoración objetiva. La intuición merece ser escuchada, pero no puede imponerse si no resulta confirmada con razones, no formales pero sí objetivas, de valoración jurídica.

La naturaleza de las cosas fué definida por Santo Tomás al juzgar que «una cosa puede ser adecuada al hombre de dos maneras: Primera, atendida la naturaleza de las cosas (*ex ipsa natura rei*), y esto es derecho natural» (*Ex hoc vocatur jus naturale*).

Hoy la última corriente alemana—como nos refiere KARL LARENZ—vuelve a la naturaleza de las cosas desde que en 1949 GUSTAV-RADBRUCH, poco antes de su muerte, le dedicó un trabajo. COING ha afirmado que sin tener en cuenta la naturaleza de las cosas, no puede ser creado un orden justo. MAIHOFER la ha considerado como fuente del derecho de rango preferente a la ley. WIEACKER precisa que sus principios no son normas jurídicas directamente aplicables, sino ideas rectoras, líneas directrices o máximas que necesitan una concreción, bien mediante la norma jurídica o mediante la decisión judicial del caso. ESSER destaca que no pueden ser creados por el legislador, ni por tanto deben su obligatoriedad a haber hallado expresión más o menos clara en la ley.

Ello hace—como subraya LARENZ—que la ciencia jurídica alemana más reciente se aleje de las corrientes positivistas, y, su jurisprudencia de valoración, se apoya en la naturaleza de las cosas, que coloca incluso sobre la ley, en caso de incongruencia entre ambas.

Pero para captar la naturaleza de las cosas hace falta:

1.º Examinar la realidad desnuda de todo ropaje conceptual con todos sus detalles y matices necesarios para valorarla debidamente con criterios o razones morales y finalistas o de política jurídica. Y, por tanto, sin dar valor de fundamento lógico a los

conceptos dogmáticos que encubren esa realidad hasta la que debe profundizarse.

2.º Captar la realidad histórica viva. Lo exige así la seguridad jurídica. No es posible que cada generación pretenda recomenzar por su primera página el libro del Derecho. Debe partirse de lo preexistente y de sus razones. Las nuevas normas han de interpretarse captando la variación introducida en las preexistentes.

La disquisición que acabamos de hacer nos ofrece perspectivas para la solución de nuestro problema. Este no puede ser resuelto ni a través de una clasificación dogmática, ni por una enumeración taxativa, *numerus clausus*, hecha por la ley, que impediría un normal desarrollo jurídico adecuado al ritmo de las necesidades de cada hora.

Las preocupaciones del idealismo cartesiano o kantiano, quedan superadas si, con realismo metódico, admitimos la ontología. Filosóficamente cabe entonces relación jurídica de hombre a cosa. Y jurídicamente—pues no hay razón para reducir lo jurídico a mera forma—abarcaremos todo su contenido, y sin obstáculo podremos aceptar que para la regulación justa de las relaciones sociales se reglamenten las posibilidades y límites del aprovechamiento de las cosas por el hombre: es decir, que se estructuren, institucionalicen y juzguen relaciones económicas o materiales de hombre a cosa, dándoles así rango jurídico, aunque la causa de esa atribución radique en la necesidad de resolver, de modo justo, los problemas de la coexistencia humana.

La realidad nos enseña que el Derecho ha de resolver la justa utilización de las cosas por el hombre; su apropiación y los modos de adquirirlas, transmitir las y perderlas.

La máxima romana «*Oneste vivere, alterum non laedere y suum- quique tribuere*» presupone el respeto a las situaciones y relaciones justas. Pero de todas, sin pretender clasificarlas conceptualmente en derechos reales, respetables por todos, y derechos personales, que se afirma no tienen por qué respetar los terceros con tal de no coaccionar la libertad del deudor.

El *alterum non laedere* nos impone el deber de respetar cualquier derecho ajeno. Si adquirimos una finca que A. había vendido a B, aunque no hubiera inscrito ni siquiera escriturado la

compra, ni se le hubiese tradido la finca, nosotros, conociendo aquella venta, perfecta, pero no consumada, violamos un derecho ajeno y, por ello, es jurídicamente razonable la solución del art. 1.473, párrafo 2.º, y la del Tribunal Supremo, al considerar de mala fe al tercer adquirente registral, que sabía la existencia del contrato, aunque éste no hubiese dado lugar aún a transmisión real alguna. También, por eso, es lógico el criterio de la acción Pauliana que hace responsable al tercero que adquirió realmente y pagó un precio verdadero, pero sabía que la transmisión se verificaba para transformar bienes ejecutables en dinero escamoteable, con el fin de defraudar a los acreedores del transmitente.

Ahora bien, el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad de los terceros, es una cuestión de colisión de situaciones o relaciones jurídicas, de las cuales hay que sacrificar a alguno de los sujetos titulares de algún derecho derivado de su posición respectiva. Y puede ocurrir que ese sacrificio haya que decidirse entre dos sujetos de buena fe.

En este caso, la colisión puede resolverse según la trascendencia y valoración de las dos situaciones o simplemente con un criterio cronológico por la regla *prius tempore, potior iure*.

Pero, al Derecho, siempre—aunque cada día más, por la mayor importancia que va adquiriendo el comercio jurídico—le preocupa no sólo la *seguridad estática*—que con tales criterios quedaría resuelta—, sino también las *seguridades dinámicas*, sea la del *tráfico jurídico* o la del *crédito jurídico*.

Ello lleva consigo que, además de los problemas de la prueba de la situación que jurídicamente es prevalente, o de la mayor antigüedad de la fecha de adquisición, interese la problemática de la publicidad de los derechos o, por lo menos, de su dinámica traslativa.

Se plantea así, si el titular de una situación valorativamente considerada, por la ley o por la jurisprudencia, como más fuerte, o al adquirente más antiguo, se les ha de condicionar su prelación jurídica no sólo a la prueba de aquélla o de su antigüedad, sino a la realización de una determinada publicidad, si los titulares de las más débiles o más modernas confiaron en su inexistencia y se acogieron a su refugio.

Surge entonces el problema de determinar la publicidad más

adecuada para cada relación y las condiciones del tercero que, en su virtud, se beneficie con la inversión del orden de preferencia de ella derivado. Entre estas condiciones destaca la buena fe. Y entre los medios, el estudiar cuestiones de Derecho inmobiliario registral, nos interesan especialmente los registrales y los que sirven de contrapeso a éstos.

La buena fe presupone una voluntad conforme al Derecho, el *alterum non laedere*, de acuerdo con sus postulados de justicia, en especial tratándose de relaciones entre terceros. Pero, para comportarse conforme al Derecho, se requiere ser diligente. Por eso ciertas apariencias que pudieron y debieron ser conocidas por un diligente padre de familia destruyen la buena fe, aunque se ignoren totalmente. También la naturaleza de las cosas influye en el contenido de ese conocimiento. Así:

1.º Hay actuaciones que, por referirse a una cosa concreta, todo tercero que con posterioridad adquiera del causante de la situación anterior otra posición incompatible con aquélla, sabiendo su existencia, carece de buena fe. Así ocurre con el caso de doble venta si el segundo comprador, aunque la haya inscrito, conocía la primera venta, tanto si ésta fué consumada posesoriamente como si no pasó de tener mero carácter obligatorio; pues en este caso fué cómplice de la violación de una obligación de vender una cosa cierta y concreta y por ende determinable.

2.º Existen otros derechos que, aun cuando afecten al total patrimonio del deudor y, por tanto, de modo general, a todas las cosas que existan en su patrimonio, no obstante, dado el carácter fungible de su objeto, es más difícil que a un tercero pueda achársele conocimiento suficiente del perjuicio, aunque con su actuación efectivamente cree una situación perjudicial al anterior derecho. No basta contemplar la posibilidad de un perjuicio, sino que es necesaria la evidencia de producirlo, para que exista verdaderamente mala fe. Así ocurre en las obligaciones pecuniarias y en general las referentes a cosas fungibles o a cosas distintas de aquella singular a la que se dirige el derecho del tercero de cuya fe se discute. Por eso se ha dicho, por una deformación visual, que las obligaciones no afectan a tercero. Lo que ocurre es que por la generalidad y variabilidad de contenido del objeto de

su responsabilidad (el patrimonio del deudor), cuando la prestación no se refiera a la misma cosa concreta objeto del derecho del tercero, resulta difícil que haya verdadera colisión de derechos, fuera del supuesto de quiebra (ya que su retroacción se apoya en la notoriedad de una situación de insolvencia), a no ser que el tercer adquirente haya tenido conocimiento de que la transmisión a su favor se hacía con ánimo de defraudar aquel crédito anterior. Hipótesis de la acción Pauliana, que por tanto no es excepción a la regla—inexistente—de la ineficacia de los créditos respecto a tercero, sino aplicación concreta, en el caso de haber verdadera colisión, de la regla contraria.

3.º Finalmente, en ciertas situaciones, la eficacia del derecho respecto toda clase de terceros, posteriores o bien anteriores pero ocultos, o al menos no concretados a cosa determinada, se deja a la iniciativa del titular. Así sucede, en general, con los protegidos con la facultad de exigir la formalización de hipotecas legales expresas, presuponiéndose que si no la han exigido han renunciado a su posible prioridad. Igualmente sucede con los acreedores con derecho a que su crédito se les garantice con hipoteca, mientras ésta no se formalice. Salvo en todo caso el conocimiento por el tercero que se anteponga del ánimo fraudulento del deudor al realizar la operación ántepuesta.

Esta distinción nos facilitará la clasificación de lo inscribible declarativamente, lo anotable y lo inscribible con trascendencia constitutiva *erga alteros*, previa su formalización.

Pero antes, debemos examinar y clasificar las relaciones que se refieran, mediata o inmediatamente a cosas inmuebles concretas y determinadas.

a) Tenemos en primer lugar el señorío pleno—el dominio—y junto a él los diversos supuestos de copropiedad indivisa o parcialmente dividida en cuanto a ciertos elementos (verbigracia, propiedad por pisos) o su uso y disfrute (verbigracia, comunidades de aguas con distribución de dulas), en los cuales se entrecruzan, facultades *in re* y otras de carácter meramente personal, pero que son inseparables entre sí, pues de lo contrario se escindiría el contenido reglado y querido como un todo unitario.

b) En segundo lugar tenemos las relaciones con goce y disfrute inmediato de la cosa por su titular activo, bien sea de todas sus relaciones (usufructo, enfiteusis, superficie total) o cualitativamente de algunas (uso, habitación, servidumbres, reales en general, superficie parcial en extensión o altura) con las que también suelen entrecruzarse derechos de obligación, entre propietario y usufructuario, o entre los dónimos directo y útil o entre los dueños de los predios dominantes y sirviente, obligaciones también inseparables del conjunto de la relación.

c) Tenemos una serie de situaciones, jurídicamente protegidas, sin inmediato goce o disfrute de la cosa, pero que pueden dar lugar a una sujeción con mayor o menor inherencia en la cosa. Situaciones de sujeción a las que puede corresponder en el lado activo un derecho actual, o un poder jurídico dirigido a la perfección de acto adquisitivo, o simplemente a una mera expectativa protegida por dicha sujeción.

Las situaciones de sujeción con inherencia a la cosa no son fáciles de clasificar, pero puede proponerse previsoramente la siguiente:

1.º Sujeción a la realización de un acto, para lo cual ha sido conferida la titularidad, meramente formal a dicho fin, verbigracia: para vender a X; para vender en pública subasta la cosa adjudicada, etc.

2.º Sujeción a la carga impuesta en la donación o integrando otro negocio *inter vivos*, o al modo ordenado testamentariamente, siempre que se refieran a la cosa o sean inherentes a su titularidad.

3.º Sujeción al cumplimiento de obligaciones *propter rem* o de servidumbres negativas, con el problema de la admisibilidad de las que supongan una limitación de carácter económico (verbigracia, no ejercer tal industria) y no puramente material (verbigracia, no levantar tal pared), posibilidad que creemos admisible siempre que vaya unida a una utilidad directa del titular activo.

4.º Sujeción a prohibiciones de disponer impuestas en testamento, donación u otra forma admitida en Derecho con eficacia *erga omnes*.

5.º Sujeción al pago de pensiones censuales perpetuas o vitalicias.

6.º Sujeción en garantía del cumplimiento de una obligación (hipotecas).

7.º Sujeción a un derecho futuro, es decir, establecida en protección de una expectativa, que corresponde a una condición suspensiva, a la posible resolución del derecho sometido a condición resolutoria, a un fideicomiso o a reserva vidual o lineal.

8.º Sujeción a una facultad de adquisición (tanteo, retracto, opción), readquisición (derecho de retroventa) o invalidación de una transmisión o constitución (facultad de pedir la anulación). Próximo a este grupo podemos situar la compraventa perfecta, pero no consumada por la tradición.

d) En fin—fuera ya de toda inherencia—tenemos las meras promesas de realizar una prestación referida a un inmueble (promesa de venta del mismo, de sus frutos, etc.).

En el Derecho común una serie de figuras de las referidas entre las de sujeción estaban protegidas por acción real o tenían trascendencia respecto a terceros, bien fuera por disposición legal o bien por afectar al título del adquirente y actuar, por ello, la regla *resoluto iure concedentis resolvitur ius concessus*, o simplemente por haberse configurado así en la vida jurídica. Pero, así como el dominio y los derechos de disfrute tienen normalmente visibilidad derivada de la posesión, no ocurre lo mismo en las sujeciones o inherencias sin inmediatez de goce. Por lo cual, la primera necesidad de publicidad sentida en la vida jurídica se refirió a su inscripción en registros de gravámenes y mera prioridad, como fueron las antiguas contadurías de hipoteca.

Varios medios ha utilizado el Derecho para proteger la seguridad jurídica. Unos atienden especialmene a la seguridad estática, otros a la seguridad dinámica. Algunos miran a ambas vertientes, aunque normalmente se decanten con preferencia a una de ellas.

La posesión principalmente atiende a la seguridad estática, pero a través de la tradición de bienes muebles vela por la seguridad dinámica. También la usucapión enfocada en principio a facilitar la prueba del dominio y la estabilidad del cultivador,

puede servir, gracias a la *accessio usucapionis*, para proteger a quien adquirió de un poseedor en concepto de titular, pero sin perfecta titularidad. Pero ni una ni otra institución sirven suficientemente a efectos de la seguridad dinámica en cuanto no exteriorizan los derechos que no sean de inmediato disfrute.

La inscripción registral atiende, por el contrario, con preferencia a la seguridad dinámica, protege al adquirente, defiende el crédito territorial o inmobiliario. No obstante, desde el punto de vista de la seguridad estática, como el Registro no siempre refleja la realidad, sea por omisión o por falta de reflejo inmediato y de matices, no puede ser calificado como medio perfecto de protección. Su defecto técnico es que protege mejor al prestamista que al labrador y al especulador que al habitante.

La coordinación de la protección posesoria y la registral, puede producir un mejor equilibrio de la seguridad estática y dinámica en los bienes inmuebles y de la seguridad del comercio y la del crédito mobiliario en los bienes muebles que se sujeten a garantías sin desplazamiento.

Un perfecto planteamiento de la cuestión exige una previa discriminación, según la estructura del derecho de que se trate. Vamos a establecerla brevemente con relación a las categorías antes analizadas.

1.º Dominio y derechos de inmediato disfrute. Su finalidad consiste en aprovechamiento de las cosas, impone la protección de la inmediatividad entre el hombre y la cosa.

Puede coordinarse en ellos la seguridad estática y la dinámica, conforme resulta en nuestro Derecho de una adecuada armonización de los arts. 38 de la Ley Hipotecaria y 448 del Código Civil y de los arts. 34 y 36 de la Ley Hipotecaria.

No obstante, existen situaciones no visibles, tales como las vinculaciones, fideicomisos, reservas, servidumbres, no aparentes o discontinuas, que sólo con la inscripción registral pueden obtener visibilidad suficiente para ser oponibles a terceros en un régimen de publicidad organizada.

Y, en cambio, hay ciertas relaciones en las cuales la existencia de un signo aparente (servidumbres aparentes) les dota de publicidad suficiente sin necesidad de inscripción; y casos en los cuales

el derecho mismo depende de la posesión (posesión civil, derecho de retención)) de modo que su reflejo registral sería inútil de no producirse dinámicamente instante por instante, de modo inmediatamente captado por una especie de radar jurídico. Lo cual, hoy por hoy, es imposible.

Entre los derechos de uso y disfrute tenemos los arrendamientos como figura particular, caracterizada clásicamente: 1) Por corresponder a un contrato conmutativo de tacto continuado y, por tanto, en principio, con equivalencia de prestaciones; y 2) Por el principio de la ley *Emptorem, emptio tollit locatum*, es decir, «venta quita renta», ordenado por razones teleológicas, si bien en derecho intermedio fueron exceptuados de esta regla los arrendamientos a largo plazo. También a criterios teleológicos, se debió la disposición del núm. 5.º del art. 2.º de la Ley Hipotecaria, que partió de la base legal entonces existente. Hoy las prórrogas forzosas y la tasa de las rentas han variado aquellas características específicas clásicas de los arrendamientos. Pero la ley sigue sin exigir su inscripción ni siquiera a efectos de terceros, por considerar suficiente su publicidad posesoria y por estimar el arrendamiento como una situación especialmente digna de protección en las actuales circunstancias. Por la falta de visibilidad del llamado derecho de retorno ha sido por lo que el Reglamento hipotecario—sin duda excediéndose al condicionar lo que la ley no condiciona—ha exigido su constatación registral para su eficacia contra tercero inscrito.

2.º Entre las diversas figuras de sujeción, debemos distinguir aquéllas (créditos singularmente privilegiados, retractos legales), con publicidad suficiente, por el ámbito de la propia ley, sin necesidad de inscripción. A las demás, en la propiedad inmueble inscrita, si no figuran inscritas o anotadas no parece justo darles la eficacia respecto de terceros adquirentes de buena fe amparados en el Registro.

Su inherencia real y su inscribibilidad a efectos de dotarlas de eficacia, *erga omnes*, debe resolverse teleológicamente, partiendo de cuál era su régimen anterior y atendiendo a las necesidades actuales. A veces convendrá que la ley lo determine y fije sus límites y condiciones (verbigracia, como hizo el Reglamento Hipo-

tecario con la opción de compra). En las demás ocasiones ha de resolverse acerca de su inscribibilidad, según los antecedentes institucionales y las finalidades perseguidas.

En todo caso hay que tener en cuenta que la inscripción pública la situación, dotándola de eficacia respecto todo tercero pero sin cambiar su contenido. Es decir, no puede convertir una expectativa en derecho actual; del mismo modo que el reflejo de un precio aplazado no crea ninguna garantía real ni condición resolutoria alguna si no se hubiere pactado expresamente.

3.º Las meras promesas referentes a un inmueble deben dar lugar a su anotación preventiva, bien sea del documento auténtico en que consten (decimos esto en el terreno constituyente) o bien de la demanda en que se reclame su cumplimiento. También deben serlo los créditos por razón de la misma cosa, como los refectionarios, y asimismo los embargos por razón de créditos que concreten la garantía patrimonial universal en bienes determinados.

En las relaciones que se inscriban, no nos parece posible separar lo real y lo puramente obligatorio, si forman un todo o conjunto unitario. Sólo en caso de dar lugar a relaciones proyectadas en el futuro como diferentes, entendemos que sólo deberá inscribirse la que sea inherente al inmueble y rechazarse la inscripción de lo que suponga prestación puramente personal de un obligado. Incluso en caso de que, por otros fines, queden constatadas en la inscripción (verbigracia, el precio aplazado), esta constatación nada cambiará la no inherencia a la cosa concreta de la obligación, pactada o debida, respecto terceros que no sean cómplices de fraude, como resulta para el precio aplazado de los arts. 1.124, párrafo final, 1.195, 1.198 y 37, núm. 4, de la Ley Hipotecaria.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO.

Notario de Madrid.

La responsabilidad del heredero en el Código civil*

S U M A R I O

- I.—RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO QUE ACEPTA PURA Y SIMPLEMENTE.—1. Principios: el artículo 1.003 del Código civil.—2. Naturaleza de la responsabilidad ilimitada.—3. Responsabilidad por legados.—4. Responsabilidad del legitimario.
- II.—PRELACIÓN ENTRE ACREEDORES Y LEGATARIOS EN LA ACEPTACIÓN PURA. EL BENEFICIO DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS.—5. Fundamentación de la preferencia entre acreedores y legatarios.—6. El beneficio de separación de patrimonios.—7. Conflicto entre acreedores de la herencia y del heredero.—8. Conflicto entre acreedores de la herencia y legatarios.—9. Conflicto entre acreedores del heredero y legatarios.—10. Concurso y quiebra del caudal. Acción de los acreedores del heredero perjudicados por la aceptación.
- III.—NATURALEZA Y EFICACIA DEL BENEFICIO DE INVENTARIO.—11. La limitación de responsabilidad.—12. Caracterización del heredero beneficiario. ¿Es deudor de las deudas hereditarias.—13. La separación de patrimonios—14. Relaciones entre las masas patrimoniales.—15. El beneficio de inventario y los acreedores de la herencia y del heredero.
- IV.—ADMINISTRACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA HERENCIA BENEFICIARIA.—16. El heredero como administrador.—17. Desarrollo de la administración. La liquidación.—18. Pago de las deudas. Artículo 1.028.—19. Pago de los legados.—20. Pago de los créditos del propio heredero.—21. Obligaciones del heredero administrador. Facultades: enajenaciones.—22. Costas y gastos. Rendición de cuentas.—23. Situación tras la liquidación.—24. Cesión de los bienes de la herencia beneficiaria a los acreedores.

* El presente trabajo forma parte de un *Derecho de Sucesiones*, cuyo primer volumen se halla a punto de aparecer. En él puede verse la bibliografía, que no me ha parecido preciso incluir aquí.

I.—RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO QUE ACEPTA PURA Y SIMPLEMENTE.

1. Efecto fundamental de la aceptación pura y simple es la responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas. Conforme al artículo 1.003 del Código civil, *por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios.*

En el Derecho romano arcaico las deudas que empezasen siendo sólo delictuales, firmemente adheridas a la persona del culpable o deudor, no se transmitían por herencia. Así debió ocurrir también con las primeras deudas negociales, que vincularían sólo a la persona—al cuerpo mismo—del obligado. Antes de las doce Tablas, por consideraciones prácticas, la responsabilidad, más despersonalizada, se haría transmisible a los herederos, y así este cuerpo legal (5, 9) establece ya la regla *nomina ipso iure divisa*, según la cual cada heredero responde sólo en proporción a la parte hereditaria que le corresponde. En todo caso, la responsabilidad era limitada cualquiera que fuera el importe del activo de la herencia; aunque *pro parte*, el heredero respondía incluso con su propio patrimonio (1).

En opinión de BONFANTE y SOLAZZI, el heredero respondía también ilimitadamente por los legados y demás cargas de la herencia hasta la *lex falcidia* del año 40 a. de J. C., que estableció que al heredero debía quedar libre un cuarto neto de la herencia, y, por tanto, que los legados deberían reducirse siempre a las tres cuartas partes del patrimonio neto. Sin embargo, desde JUSTINIANO el heredero pierde el derecho de la *lex falcidia* cuando no otorga inventario.

En cuanto a los Derechos de raíz germánica, la cuestión es

(1) KÖROSEC distingue entre un período de Derecho civil, y otro de Derecho administrativo u oficial, que comenzaría en el siglo II a. de J. C. En el primero, las deudas no se heredan y juegan escaso papel, por cuanto el tráfico, la economía dineraria y el crédito a la producción no se han desarrollado; la *obligatio* es un vínculo personal que no se tiene en cuenta ni para el censo: con todo, seguramente contradecía al sentido del Derecho y del honor de la Roma precatoniana que alguien asumiera una herencia activa, dejando impagadas las deudas del causante. La doctrina rechaza unánimemente estas conclusiones, basándose en la heredabilidad de las deudas en el régimen de las Doce Tablas, si bien para una época anterior debieron ser ciertas.

oscura: al parecer, ordinariamente, respondían sólo los bienes que el heredero había recibido, y en la mayor parte de los Derechos primitivos sólo los muebles; de otra parte, sólo eran deudas heredables aquellas por la que el causante había recibido un contravalor. La exención de los inmuebles obedece a la indisponibilidad de los mismos sin el asentimiento de los familiares. En un estadio posterior, la responsabilidad alcanza a todos los bienes del causante, e igualmente a todas las deudas y legados, pero continúa en la mayor parte de los Derechos limitada al caudal relicto. Con la recepción se introduce la responsabilidad personal del heredero, pero limitada al contenido o al valor del caudal en la mayor parte de los territorios, o fácilmente limitable (2).

En el Derecho castellano, las Partidas introdujeron el sistema romano de responsabilidad, en principio ilimitada, del heredero, por las deudas y cargas de la herencia: *fincan obligados tan bien los bienes que oviere de otra parte como los que ovo del testador, para pagar completamente las debdas e mandas, e non puede retenir nin sacar la quarta parte de las mandas, ante las debe pagar enteramente* (6, 6, 10; véase también 6, 3, 21). Haciendo inventario, el heredero limita su responsabilidad por las deudas, y puede extraer la *quarta falcidia*.

2. Por virtud del artículo 1.003 del Código civil, el heredero que acepta pura y simplemente, resulta deudor de las deudas hereditarias, sin limitación alguna, y no como un simple responsable patrimonial, sino como un deudor obligado a prestar personalmente. En particular, la sucesión hereditaria en las deudas no es la asunción de una responsabilidad inviscerada en el patrimonio, sino la continuación de una serie de relaciones jurídicas privadas. Como dice BOEHMER, el patrimonio puede atribuir «responsabilidades», pero no «deudas»: la sucesión en las deudas es algo más distinto (3).

(2) En Francia, la obligación ilimitada por las deudas del difunto se impone, a favor de la ficción de continuación de la persona de éste, primero para los descendientes, y luego para todos los herederos de sangre. El heredero—se pensaba—, al ser investido mediante la *saisine* de todo el patrimonio del difunto, debía recibir igualmente el pasivo (POTHIER).

(3) Para ESPINAR, el heredero es titular pasivo, en nombre propio, de las cargas, pero como cargas de la herencia, no como cargas (particulares) propias. No hay—dice—sucesión en las deudas, sino subrogación. Se basa para ello en

La ilimitación de la responsabilidad del heredero se atribuye por unos autores a la continuación de la persona del causante por aquel que obliga a responder con todos los bienes; por otros, a la confusión de patrimonios, que tiene la misma eficacia; algunos aprecian la existencia de una especie de cuasicontrato. Para los más, la causa es la Ley, que atribuye las deudas al heredero, y le hace responsable con todos sus bienes, sin consideración a su voluntad y sin necesidad de guardar las formas requeridas para la transmisión de deudas a título particular. Procede así por motivos de política jurídica, que no tienen mucho que ver con la falsa idea de la continuación de la personalidad, y sí con las necesidades del tráfico y las concepciones sociales: la ilimitación de responsabilidad se justifica por motivos de solidaridad familiar, que impulsan al heredero próximo a salvar el nombre de su *actor* pagando las deudas que deja, o por la necesidad de que la confusión de patrimonios no vaya en perjuicio de los acreedores del caudal (4).

El heredero aceptante puro responde con todos sus bienes por cualesquiera deudas, sean contractuales, delictuales (5) o de otro origen, en tanto en cuanto sean transmisibles. Es indiferente que

que la aceptación de la herencia no es un negocio jurídico, sino un simple acto de derecho, que produce sus consecuencias por la voluntad constitutiva de la Ley. Por eso el artículo 1.003 establece que el heredero quedará responsable, fórmula totalmente objetiva. No hay voluntad del heredero de constituirse en deudor. Nótese, con todo, que no es necesaria esta voluntad, y basta que la Ley declare al heredero deudor. Véase, además, *infra*, III.

(4) Estas consideraciones son, en principio, justas. Lo criticable es, en primer lugar, la existencia de aceptación tácita, «verdadera trampa tendida actualmente a los herederos ignorantes», en opinión de SAVATIER. Por otra parte, convendría limitar la responsabilidad en los casos de herencias insignificantes o evidentemente sobrecargadas de deudas, e igualmente cuando tales deudas surgen de modo impinado después de aceptada la herencia. Por último acaso podrían buscarse medios idóneos para que la limitación de responsabilidad operase en cualquier tiempo, siempre que el heredero pudiera demostrar satisfactoriamente la consistencia real del caudal relicto. Con estas prevenciones parece más justo el sistema de responsabilidad ilimitada, pero limitable que no el opuesto de responsabilidad limitada en principio, aunque a éste se añadan, como hacía SIBER en los trabajos preliminares para un proyecto de Código civil alemán, acciones de restitución del valor y de indemnización de daños contra los herederos negligentes.

(5) Con todo, cabe dudar si las multas, por el principio de personalidad de la pena, se pagan *pro viribus*, previa demostración plena de la composición del caudal.

haya un solo heredero o varios: basta que sea realmente heredero, y no un sucesor a título particular (6).

El causante no puede evitar la vinculación de todos los bienes del heredero puro, pues la Ley parece anteponer a su voluntad el interés de los acreedores, los cuales podrán repetir contra el causal y, en su caso, contra cualquiera de los coherederos, por el total de su crédito (7).

Ciertamente el *decius* puede poner todo o parte del pasivo a cargo de uno de sus sucesores, pero una disposición semejante, en lo que afecta a las deudas, no es oponible a los acreedores, quienes podrán dirigirse indistintamente contra cualquiera de los coherederos.

3. Los legados no son verdaderas deudas, porque el difunto no las ha contraído durante su vida: son gravámenes que surgen al tiempo de la muerte del testador, dispuestos por éste en beneficio de otras personas, y constituye una liberalidad. En principio parece que la liberalidad debería disminuir el patrimonio del donante, y no el de sus sucesores, de manera que éstos se limitasen a responder con los bienes recibidos, ya que fallan aquí las razones de tutela del crédito y de los derechos anteriormente adquiridos

(6) Así, el viudo que sucede en su legítima: cfr. sentencia de 25 de enero de 1911 y allí citadas. Si el viudo es legatario de parte alcuota en plena propiedad, la sentencia de 16 de octubre de 1940 lo asimila al heredero beneficiario, pero ya se ha explicado cuál es la especial situación de este sucesor.

(7) Se pregunta DEL MORAL Y DE LUNA si es posible que el causante ordene la responsabilidad limitada del heredero, al instituirlo. Frente a las razones aducidas en el texto, alega que si al deudor se le consiente evitar la responsabilidad *ultra vires* de sus sucesores por el procedimiento indirecto de la distribución total de la herencia en legados, no hay razón para no permitirselo directamente. El autor no se decide por ninguna solución, y en verdad, la cuestión es dudosa, si bien el caso del artículo 891 no presupone sólo una voluntad del testador dirigida a la distribución de la herencia en legados, sino asimismo la inexistencia de bienes no legados especialmente en el momento de fallecer el causante. Más probablemente se trata de una regla excepcional, para un caso límite, de la que no pueden extraerse consecuencias analógicas.

Otro procedimiento sería el instituir heredero bajo la condición de que acepte la herencia a beneficio de inventario. Pero, en ese caso, la limitación de responsabilidad viene ordenada por la Ley, mediante el cumplimiento de las ordinarias formalidades, y no por el testador. Este no podrá derogar las reglas relativas a la pérdida del beneficio, y aun cuando dicha pérdida lleve consigo la de la condición de heredero, cosa que parece factible, pues la condición resolutoria de perder el beneficio de inventario es en principio lícita, y el juego de tal condición priva de la condición de heredero al mismo que incumple las formalidades e inmediatamente, de modo que no puede decirse que haya un heredero con responsabilidad limitada y sin beneficio de inventario.

por los terceros que justificaban la solución contraria en tema de obligaciones del *decius*. Si el testador no deja bienes, no puede legar lo que no posee.

En el Derecho romano clásico el heredero responde por los legados solamente *intra vires*. En los germánicos, la regla fué siempre la responsabilidad limitada, y así incluso en aquellos Derechos de costumbres que llegaron a admitir la responsabilidad indefinida del heredero por las deudas del causante. En cambio, las Partidas, copiando el régimen romano, obligan a pagar los legados con sus propios bienes al que no otorga el inventario de la herencia dentro de plazo (6, 6, 10), y éste es el sistema que sigue el Código civil español.

No lo entienden así Roca Sastre y Cárdenas, para quienes la responsabilidad del heredero por los legados está siempre limitada a los bienes que recibe, pero en favor de la solución histórica—que no había razón para cambiar—militan textos legales como el artículo 1.003, que declara al heredero responsable, no sólo de las deudas, sino también de las cargas de la herencia, considerando a éstas como algo distinto de las deudas; el 1.023, que limita la responsabilidad del heredero por las demás *cargas* de la herencia distintas de las deudas solamente si se otorga inventario, y el 858, del que se deduce que el heredero está obligado a responder del gravamen ultra el valor del objeto legado, pues son sólo los legatarios, por excepción, los que responden *intra vires* (8).

(8) En favor de la responsabilidad limitada del heredero se alegan los artículos 764 y 887 del Código civil. Del primero pretende deducirse que el cumplimiento de las disposiciones testamentarias ha de hacerse con los bienes relictos, pues supone que aún queda un remanente. Mas su finalidad es muy distinta: con independencia del problema de la obligación del heredero por legados, lo que establece es, contra la regla romana, que el testamento no precisa institución de heredero, ni eficacia de la misma, y que la institución *pro parte* carece de eficacia expansiva por el mero hecho de ser tal institución, por todo lo cual, cuando no hay una institución de heredero eficaz y comprensiva de la totalidad del as hereditario, procede abrir la sucesión *ab intestato* para lo no dispuesto por el testamento. No quiere decir, en cambio, que necesariamente tenga que existir un remanente de los bienes, pues la herencia existe con abstracción de éstos, y así lo demuestra la propia redacción del artículo 912. El artículo 887, por su parte, se refiere al orden de pago de los legados cuando los bienes de la herencia no alcancen para atender a todos. De ahí se infiere que los legados deben de ser pagados con los bienes de la herencia, pues de otro modo el precepto no tendría aplicación: ilación precipitada, por cuanto siempre resulta aplicable el artículo 887 a los supuestos de distribución de toda la herencia en legados, aceptación a beneficio de inventario, e incluso insolvencia del heredero que acepta pura y simplemente.

La jurisprudencia parece inclinarse por la ilimitación de responsabilidad en las sentencias de 19 de enero de 1911, 13 de febrero de 1951 y 8 de mayo de 1957.

El heredero puro, pues, responde con su propio patrimonio por cualesquiera legados, lo mismo si forman parte del caudal relicto (legados de especie o de género), como si son de cosa propia del heredero o de un tercero. No obstante, la responsabilidad del heredero puede quedar limitada, sin necesidad de aceptación beneficiaria, en diversos supuestos:

a) Por voluntad del testador, cuando determine que los legados deben ser pagados sólo con el caudal relicto, o sólo por determinados herederos (9).

b) Por la naturaleza misma del legado, puede éste quedar a cargo de un sucesor determinado, con liberación de los restantes. Así, el legado de renta vitalicia o pensión de alimentos grava al usufructuario, con exención absoluta del heredero nudo propietario mientras no se reincorpore el usufructo.

c) Cabe discutir (para legados e incluso deudas) si es posible aplicar el artículo 891 cuando el testamento distribuye de hecho la totalidad de la herencia en legados, y contiene una institución de heredero. ¿Podría atribuirse entonces al instituido la posición de heredero *ab intestato* que acepta la herencia distribuida a título particular?

4. El legitimario, cuando ha sido llamado como heredero, responde de las deudas igual que cualquier otro, ya que si el activo relicto era inferior al pasivo, no existe derecho alguno de legítima sobre la masa hereditaria, y la recibe en igual calidad que los restantes herederos. La legítima es un derecho sobre el activo remanente, y no sobre los bienes concretos que integran un activo sobrecargado de deudas. Por tanto, la condición de legitimario es

(9) Sentencia de 19 de diciembre de 1924: El testador impone al heredero usufructuario (así le llama la sentencia) la obligación de satisfacer los legados con los bienes que dejara al morir, por lo cual el heredero no debe satisfacer tales liberalidades con los bienes propios. Sentencia de 19 de noviembre de 1932: Se entiende que la causante no impuso al heredero único más obligación que la de satisfacer los legados con los bienes que dejaba al morir, después de pagar otras atenciones preferentes, por lo que la carga o gravamen está restringida a dichos bienes, sin interesar los del sucesor.

excluida automáticamente por la *hereditas damnosa*, y aunque, por cierto, individualmente un legitimario puede verse reclamar deudas muy superiores a la cuota que percibe, no creo que sea de aplicación a este caso el principio *nomina arcta sunt*, y si, simplemente, el derecho concedido por el artículo 1.084-2.º del Código civil. La jurisprudencia admite igualmente la responsabilidad ilimitada del legitimario (sentencia de 8 de marzo de 1911).

En cuanto a los legados, son ineficaces en cuanto afectan a la porción legítima, de modo que si el legitimario es heredero, no responde de su pago, aunque acepte la herencia sin beneficio. No hay lugar a la aplicación del artículo 1.003, porque, aparte de que así quedarían sin valor todos los preceptos destinados a la defensa de la legítima, los legados infociosos constituyen actos abusivos del causante, nulos en cuanto perjudican el derecho de los herederos forzosos: no hay, por ende, cuestión acerca de su pago. Por lo demás, el descendiente, ascendiente o cónyuge que pide se declare la ineficacia de las disposiciones que infringen la legítima, o bien que la alega como excepción, no obra como heredero, sino como pariente con derecho de expectativa sucesoria.

II.—PRELACIÓN ENTRE ACREEDORES Y LEGATARIOS EN LA ACEPTACIÓN PURA. EL BENEFICIO DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS.

5. Podría pensarse que, a causa de la confusión de patrimonios sobrevenida por la aceptación pura, legatarios, acreedores de la herencia y acreedores del heredero concurren con igual derecho a cobrar de éste. Tal parece ser la doctrina de la sentencia de 9 de febrero de 1901, en la que el Tribunal Supremo declara que el heredero continúa la personalidad del difunto, y al aceptar puramente a la herencia confunde su patrimonio con el del causante, y los acreedores personales del testador, aun estando su crédito reconocido y mandado abonar en el testamento, siguen siendo acreedores personales del heredero, y no pueden alegar preferencia para el cobro de sus créditos con relación a determinados bienes de la herencia (10).

(10) DE LA CÁMARA, citado por VALLET, mantiene la misma posición en virtud de los siguientes argumentos:

a) La aceptación pura y simple de la herencia produce la confusión de los

En el supuesto, el heredero había hipotecado bienes relictos en garantía de deudas personales suyas. El Tribunal Supremo entiende que el derecho de los acreedores hereditarios es simplemente el establecido en el artículo 1.082 del Código civil, sin que les corresponda ninguna suerte de prelación sobre los acreedores particulares del heredero. Nótese que estos últimos, aun tratándose de una hipoteca, no son declarados preferentes en virtud de una condición de terceros hipotecarios que el Tribunal no entra a discutir.

Esta doctrina parece ser la más común. Sin embargo, hay autores, cada vez más numerosos, para quienes los acreedores de la herencia tienen derecho preferente al cobro cuando se han incoado los procedimientos de testamentaria o *ab intestato*, y en particular si lo han sido a instancia suya.

Tal afirmación no parece, en verdad, lógica, porque la Ley de Enjuiciamiento Civil es una Ley adjetiva, y en ningún lugar establece *expresamente* la prelación de los acreedores del caudal. Sobre esta base opina ROCA SASTRE que no hay diferencia de trato entre acreedores hereditarios y del heredero, al no haber adoptado el Código civil el *beneficium separationis*, por lo cual, aun en los procedimientos de testamentaria o *ab intestato*, ambos concurrirán sobre los bienes relictos, incluso si la herencia se halla en quiebra.

En mi opinión la preferencia de los acreedores del caudal y los legatarios (por este orden) sobre los acreedores personales del heredero existe, pero—y en esto estoy de acuerdo con ROCA SASTRE—no tiene su apoyo fundamental en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien este Cuerpo legal refleja un principio general, que tomó

patrimonios de causante y heredero, cuyos efectos, limitados en el Derecho romano, no lo están en el Código civil español.

b) Por el contrario, éste sólo, excepcionalmente, otorga prelación a los acreedores hereditarios sobre los legatarios, y a éstos sobre los acreedores particulares del heredero: beneficio de inventario, testamentaria, y quiebra o concurso de ésta. Falta, en cambio, una regulación genérica de la separación de bienes, y fuera de los casos antes enunciados no puede el intérprete entender que existe una preferencia general de ciertos acreedores sobre otros, contraria a la regla de confusión de patrimonios y al criterio restrictivo de la Ley en materia de privilegios (cfr. artículo 1925 del Código civil).

c) Los acreedores del causante tienen una única garantía que les asegura la posibilidad de acudir al juicio de testamentaria, y es la del artículo 1.082 del Código civil, facultad estéril cuando el heredero es único o la partición se ha verificado ya, o bien los herederos conjuntamente enajenan bienes relictos indivisos.

del proyecto de Código civil del 51, y que, sin afirmarse expresamente en ningún lugar del Código vigente, se halla implícito en él, como antes en la Ley Hipotecaria (11).

Veámoslo:

a) Base de este principio de prelación es el artículo 1.911 del Código civil, que carece de toda eficacia si la garantía del cumplimiento de las obligaciones puede cambiar arbitrariamente a la muerte del obligado. Es muy discutible que la confusión de patrimonios elimine la vigencia de este precepto, mientras los bienes relictos puedan identificarse.

b) Resulta inverosímil, por otra parte, que un legatario de cosa cierta tenga, por la propia naturaleza del legado, preferencia sobre los acreedores del heredero, y que pueda obtener dicha preferencia un legatario de cantidad anotando preventivamente el importe de su legado (art. 50 de la Ley Hipotecaria), en tanto que los acreedores del causante, cuyo interés es mucho más respetable, carecen de defensa en este aspecto. Además, la legislación hipotecaria, dado su carácter adjetivo, no impone ella la preferencia del legatario, sino simplemente da carácter *erga omnes*, es decir, frente a cualquier adquirente, a una prelación que debe existir en virtud de normas distintas de las registrales.

c) Esto explica que la anotación preventiva del derecho hereditario (arts. 42-6.º y 46 de la Ley Hipotecaria) pueda practicarse a solicitud «de los acreedores—escriturarios—de la herencia, cuyos créditos no estén garantizados especialmente». Esta anotación sólo puede tener un fin: el aseguramiento (por cierto, muy dudoso) del derecho de prelación sobre el caudal relicto del acreedor del mismo.

d) Es imposible que el fin perseguido por el art. 1.082 del Código civil, al facultar a los acreedores del caudal relicto, habiendo

(11) «Así el Código civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil—dice VALLET DE GOYTISOLO—, en todas las ocasiones en que regulan supuestos concretos de colisión de derechos entre acreedores del causante y legatarios, dan preferencia a los primeros, con la misma uniformidad con que se la confieren a los legatarios cuando entran en conflicto con acreedores de los herederos. Estas soluciones reiteradas nunca son expresadas con carácter excepcional, sino como resolución concreta de los supuestos hallados al paso. Por eso nos inclinamos a considerarlos como trasunto de un principio general tradicional e implícito en nuestro sistema positivo, del que derivan y son singular aplicación.»

varios herederos, para impedir su partición, no sea el de salvaguardarlo del ataque de los acreedores particulares de los herederos. Y como la situación de unos y otros no puede variar por el hecho de que los sucesores sean uno o varios es claro que, destinándose este remedio a la pluralidad de herederos, algún otro debe haber cuando el sucesor universal sea uno.

e) Conforme al art. 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «promovido juicio de testamentaria (y lo mismo rige para el *ab-intestato*), a instancia de uno o más acreedores, no se entregarán los bienes a los herederos *ni legatarios* sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción». La ley no ordena, mas presupone, la prelación de los acreedores del caudal relicto, no sólo sobre los del heredero, sino también sobre los mismos legatarios. Según se ve, los bienes han de estar a la disposición de los acreedores preferentes, y esta preferencia existe cualquiera que sea la forma de aceptación, y dura más allá de la partición hasta la desinteración del caudal (12).

Contra este conjunto de argumentos únicamente, DE LA CÁMARA esgrime uno de cierto peso: el art. 1.925 del Código Civil, que restringe los créditos preferentes a los enumerados en los artículos anteriores a él. Pero aquel precepto no se ha redactado pensando en las deudas hereditarias, ni en la recepción de un conjunto de bienes vinculados al pago de unas deudas, a tenor del artículo 1.911, que es, por cierto, uno de los anteriores al 1.925. Y además en los casos de separación de patrimonios (beneficio de inventario, testamentaria, etc.) no se trata de simple prelación individual, sino del destino de una masa de bienes, primordialmente al pago de ciertas deudas, y la prueba de que esto puede hacerse con independencia de los arts. 1.921 y siguientes del Código civil,

(12) VALLET DE GOYTISOLO aduce un nuevo e interesante argumento: el artículo 643 del Código civil, que presume, hecha la donación en fraude, de acreedores cuando no se ha reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella. Tal presunción de fraude «no significa sino la preferencia de los acreedores del donante sobre el donatario en caso de darse el supuesto de que en el momento de la donación no le restasen al donante bienes suficientes para satisfacer sus deudas. Regla que, por identidad de razón debe aplicarse *mutatis mutandis*, al supuesto de que los bienes legados fuesen insuficientes el día de la delación para pagar las deudas del *de cuius*. La insuficiencia calculada en dicha fecha es el límite cuantitativo de cualquier reclamación subsidiaria de los acreedores de la herencia contra bienes legados.

está en el beneficio de inventario, no mencionado en tales preceptos.

6. El principio general de prelación de los acreedores de la herencia sobre los legatarios, y de éstos sobre los acreedores del heredero, se actúa prevalentemente mediante lo que la Historia y el Derecho comparado llaman *separación de patrimonios*.

Cuando sobre una misma herencia concurrían, por ser el heredero insolvente, los acreedores de éste y los del causante, el Derecho romano protegía a los últimos y a los legatarios mediante la llamada *separatio bonorum*, la cual, solicitada por ellos, suponía la formación de dos masas distintas de bienes, los del causante y los del heredero, cada una sujeta a una *bonorum venditio* separada (13), con la consecuencia de que los acreedores hereditarios por un lado excluían del patrimonio del difunto a los personales del heredero y por otro, en principio, no podían dirigirse contra los bienes propios de éste. Los legatarios podían pedir la *separatio*, a fin de adquirir el remanente, luego de pagados los acreedores del caudal.

En el Derecho francés de costumbres se consolidó la opinión, claramente expuesta luego por POTHIER, según la cual la separación no libera al heredero aceptante puro y simple de la obligación de pagar las deudas hereditarias, y si atribuye únicamente preferencia a los acreedores del caudal. El Código de Napoleón, en esta línea, prescinde de la doble liquidación característica del Derecho romano, y hace de la separación una especie de tercería de mejor derecho, que debe ser opuesta individualmente por cada acreedor o legatario y sobre cada bien relicto así como contra cada uno de los herederos. El Código civil italiano siguió parecida orientación.

El proyecto español de 1851, con ideas originales, concibe una separación universal, mediante el otorgamiento de un inventario; permite, además, la separación particular respecto de determinados bienes, y en cierto tiempo; otorga preferencia a los acreedores y legatarios separatistas, pero sólo sobre «lo que habrían cobrado si todos los acreedores y legatarios hubieren pedido la se-

(13) Para algunos romanistas tenía lugar una única *bonorum venditio* de los bienes del difunto y los del heredero, y la separación se efectuaba sobre el precio, tesis ésta combatida especialmente por BOFANTE y SOLAZZI.

paración», y a la vez acuerda la preferencia, sobre el caudal del heredero, de los acreedores particulares de éste y los acreedores y legatarios no separatistas (artículos 871 a 875).

¿Por qué esta regulación no llega al Código civil? A mi modo de ver, no porque se rechazase, sino por entender los legisladores del 88 que su contenido había pasado a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con cuyo juicio de testamentaria era posible obtener resultados parecidos a los de la separación.

En efecto, conforme al art. 1.038-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es parte legítima para promover el juicio de testamentaria «cualquier acreedor, siempre que presente un título escrito que justifique cumplidamente su crédito», si bien no podrán promoverlo los acreedores que tengan asegurado su crédito con hipoteca voluntaria o con otra garantía suficiente, o a quienes los herederos les dieran fianza bastante a responder de sus créditos independientemente de los bienes del finado (art. 1.040 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En el mismo sentido, para el *ab intestato*, artículo 973-3.º.

Tales procedimientos, como he dicho, no crean la preferencia, pero sí representan un sistema de separación de los patrimonios de causante y heredero que prefigura el *beneficium separationis* del Derecho romano (sobre todo, supuesto que la administración de los arts. 1.026 y siguientes es propia sólo del beneficio de inventario: cfr. S. 24 abril 1915). Una consideración es especialmente convincente a este propósito: la de que si, siendo único el heredero, o habiéndose verificado ya la partición, se permite que estos juicios, que tienen ordinariamente como fin—pasada la fase previa del *ab intestato*—la partición del caudal relicto, sean instados por los acreedores, no puede ser con otro objetivo que el de poner a salvo sus derechos. Si tuvieran que soportar el concurso de los acreedores particulares del heredero y de los legatarios, ningún objeto tendría autorizarles a pedir, mediante el juicio de testamentaria la puesta en administración y liquidación de la herencia, ya que esta liquidación, por la necesaria concurrencia de otros acreedores, no podría sujetarse a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por otra parte, su derecho no obtendría mayor seguridad de la ya existente.

Para que la separación se produzca no es preciso que sean los

acreedores quienes pidan la incoación del juicio: basta que, de hecho, los bienes relictos permanezcan individualizados y se habilite un procedimiento para su ordenada liquidación.

Ahora bien: la relativa autonomía de los patrimonios a que da lugar, no evita las consecuencias de la confusión dañosas para el heredero puro, ni, en particular, su responsabilidad *ultra vires*, y sólo favorece a los acreedores, en cuyo favor produce iguales efectos que el beneficio de inventario, y así, la conservación ficticia de los créditos del causante contra el heredero y los *iura in re aliena* sobre sus bienes, y, en general, el mantenimiento del patrimonio hereditario, aunque haya sido dividido (cfr. art. 1.082 del Código civil), o bien haya bienes concretos legados, los cuales, aun siendo propiedad de los legatarios, siguen sujetos, con preferencia, al pago de las deudas.

La función liquidatoria del *ab intestato* o la testamentaria tiene en la Ley de Enjuiciamiento Civil escaso relieve: tan sólo en el art. 1.030 se refiere, en general, al pago de las deudas, sin aclarar si se trata de las producidas por la administración de la herencia o de todas las del caudal relicto, si bien ha de entenderse de las segundas, por cuanto la testamentaria o el *ab intestato* pueden ser declarados en concurso o quiebra (art. 1.053). En todo caso, si el interés que se protege con la separación de patrimonios es fundamentalmente el de todos los acreedores, pues todos podrán hacer efectivos sus créditos, sin embargo, se contempla más en particular el de los acreedores que promueven el juicio o han sido admitidos a él como parte legítima, únicos que deben ser citados para la formación del inventario (art. 1.065) y que deben cobrar antes de la entrega de bienes a acreedores y legatarios (cfr. art. 1.093, que ha de interpretarse de este modo). Tales acreedores son a la vez, como todos, acreedores personales del heredero puro.

La aceptación beneficiaria no priva a los acreedores de su derecho a instar el juicio universal, que les será útil si el aceptante pierde la responsabilidad limitada (cfr. art. 1.052 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

7. *Conflicto entre acreedores de la herencia y del heredero.*— Plantea VALLET DE GOYTISOLO el problema de si la preferencia de

los acreedores de la herencia (o la de los legatarios) puede ser hecha efectiva, sin procedimiento de *ab intestato* o testamentaria, mediante una simple tercería y sin otra justificación que la demostración de que el objeto ejecutado perteneció al haber hereditario, y que los terceristas son acreedores de la herencia (o legatarios) (14).

En verdad, si la preferencia existe realmente, parece admisible la tercería. Ciertamente será preciso demostrar, para interponerla, que el pago de las deudas de la herencia, o de los legados, no ha agotado todavía el caudal hereditario (ni su importe), y que la cosa sobre la cual se interpone pertenece a él. Pero dándose estas condiciones, no veo qué dificultad real puede existir para aclarar el mejor derecho del acreedor del causante, que acaso no pueda ya plantear la separación de patrimonios.

Cabe preguntarse, incluso, si no será igual la solución cuando el heredero posea, no ya bienes singulares identificables, sino un valor de la herencia.

8. *Acreedores de la herencia y legatarios.*— Conforme a los principios expuestos, el acreedor de la herencia tiene derecho a cobrar con preferencia a los legatarios (*nemo liberalis nisi liberatus*), pudiendo interponer tercería de mejor derecho mientras los bienes están en poder del heredero. Esta prelación rige incluso frente a los legados de cosa cierta y determinada que el legatario adquiere directamente, por lo cual, en principio, no deberían ser empleados por el sucesor en pagar deudas del causante (15).

¿Y cuándo se ha hecho ya pago del legado?

Según VALLET, en aquellas herencias en las cuales los bienes recibidos por el heredero no sean suficientes para cubrir las deu-

(14) VALLET resuelve negativamente, pero para un caso concreto. «El acreedor de la herencia—dice—, que ha negligido su acción contra el heredero, dando lugar a que éste consuma o enajene bienes de la herencia que hubieran bastado para pagar las deudas, no es justo que luego puede dirigirse contra los bienes legados. Ni que un legatario de cantidad, después de descuidar toda actividad y permitir la dispersión de casi todo el caudal hereditario, alegue y pretenda hacer efectiva su originaria preferencia contra los acreedores del heredero que están ejecutando el último residuo del activo.»

(15) Sólo podrá convertirlos en numerario, y únicamente hasta que los acreedores resulten satisfechos cuando con el caudal restante (salvo los legados remuneratorios) no haya suficiente para pagarles: así ocurre en la liquidación del heredero beneficiario, y la misma regla debe observarse aquí.

das del causante, y el heredero no tenga solvencia personal para saldarlas, los acreedores podrán dirigirse contra los bienes legados, previa demostración de los siguientes datos: 1.º, que los bienes de la herencia no legados no bastaban para cubrir las deudas; y 2.º, haberse hecho excusión de los bienes del heredero. Así se deduce igualmente, del art. 1.029 del Código civil, el cual, aun referido al beneficio de inventario, regula un conflicto de intereses idénticos al que ahora nos ocupa, puesto que trata precisamente de acontecimientos ulteriores a la liquidación del caudal y pago de legados (16).

El heredero responde entonces *cum viribus*, teniendo en cuenta que en los casos de enajenación de los bienes o cualquier pérdida de individualidad de los mismos responde hasta el límite de su enriquecimiento.

9. *Conflicto entre acreedores del heredero y legatarios.*—Según el art. 50 de la Ley Hipotecaria, el legatario que anote preventivamente su legado será preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario y a cualquier otro que, con posterioridad a dicha anotación, adquiera algún derecho sobre los bienes anotados.

La anotación preventiva es el procedimiento que se brinda a los legatarios que no participan en la comunidad hereditaria para asegurar su derecho (art. 42-7.º de la Ley Hipotecaria). Esta anotación puede pedirse por los legatarios de género o cantidad, sobre cualesquiera inmuebles de la herencia no legados especialmente (Ley Hipotecaria, artículo 48), y sujeta tales inmuebles a la responsabilidad por el pago de las liberalidades anotadas.

Empero la prelación del legatario anotante es expresión de un principio que existe con independencia de la Ley Hipotecaria, pues evidentemente puede haber una herencia sin bienes inmuebles, y en la cual, por tanto, los legatarios no tengan esa posibilidad de asegurar su derecho. Supongamos que en una herencia así el heredero es único e insolvente y está cargado de deudas. ¿Hay que

(16) Como dice LÓPEZ JACOISTE, el beneficio de inventario «no tiene virtualidad transformadora de las preferencias para el cobro existente fuera de él entre los acreedores hereditarios y legatarios, a costa del caudal relicto; se limita a aislar de responsabilidades al patrimonio personal del heredero».

suponer, entonces, que los legatarios de cantidad—que no pueden, acaso, incoar el juicio de testamentaria (17)—van a tener que concurrir, por puro capricho del sucesor y sin posibilidad de defenderse, con los acreedores del heredero, en igualdad o inferioridad de condiciones, sobre unos bienes relictos ingresados en el patrimonio del deudor cuando ya estaban afectos al cumplimiento de la última voluntad de su dueño?

No creo posible que el heredero pueda decidir por sí, aceptando en una u otra manera, si los legados se pagan o no: por las mismas razones que los acreedores del caudal, el legatario ha de tener, tras ellos, un mejor derecho a cobrar el legado, que podrá hacer efectivo mediante tercería.

10. La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé asimismo, en el juicio de testamentaria, el supuesto de concurso o quiebra del caudal relicto caso anómalo de insolvencia, en el cual, salvo que se trate de herencia beneficiaria, no es tan fácil como parece suponer la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.053), al sujetarse al procedimiento pertinente, por cuanto, de una parte, la presencia de un deudor con el propio patrimonio, en los casos de aceptación pura y simple, elimina automáticamente la insolvencia del caudal si el heredero es solvente (18); de otra, parece que el concurso o la quiebra suponen la imposibilidad de satisfacer a los acreedores, pero no a los legatarios, que se limitarán a repartirse el remanente conforme a las reglas del art. 887 del Código civil.

Lo que cabe, a mi entender, habiendo aceptación pura, es la quiebra conjunta de herencia y heredero o herederos, o bien, si son los legados los que provocan la situación de insolvencia, la quiebra de los sucesores (no del caudal, que basta a pagar las deudas del causante).

Cuando los acreedores del heredero sean perjudicados por una

(17) Es indiscutible si los legatarios que no son de parte alicuota pueden incluirse entre los *acreedores* del artículo 1.038-4.º: literalmente, no es esto absurdo, y, además, podría ser muy útil y conforme a las finalidades de la Ley, pero la intención del legislador, manifestada a través de la inclusión de sólo el legatario de parte alicuota, junto a la protección mediante anotaciones preventivas, es clarísima en sentido negativo.

(18) En opinión de LÓPEZ JACOISTE, sólo podrán ser declaradas en concurso o quiebra la herencia beneficiaria y la aceptada puramente cuando aún no se haya partido. Habría de eliminarse aquí a la segunda—pues el heredero responde *ultra vires*— y a la herencia yacente.

herencia en quiebra, podrán ejercitar la acción pauliana demostrando el perjuicio que sufren.

En cuanto al *consilium fraudis*, la opinión más generalizada en las doctrinas francesa e italiana entiende que sería excesivo exigir la complicidad de los acreedores hereditarios, dada la dificultad de incluir la aceptación entre los actos onerosos o los gratuitos, y habida cuenta de la falta de interés razonable de los acreedores de la herencia sobre los bienes del heredero, cuando tales acreedores han podido defenderse mediante la separación de patrimonios. A lo que creo, estos argumentos podrían conducirnos a sustituir la idea de fraude por la de perjuicio, tal como ocurre en el caso del art. 1.001 Código civil, que es precisamente la contrafigura de éste, con la particularidad de que en aquél dichos acreedores *certant de lucro captando*, y en el supuesto de aceptación que les perjudica *certant de damno vitando*. Por lo demás, la exigencia del *consilium fraudis* debe entenderse siempre en los actos a título oneroso, aplicándose a todos aquellos que no son a título oneroso, cualquiera que sea su calificación, la llamada presunción de fraude del art. 1.297, mediante la cual se convierte en un requisito más, ahora presunto, de la pauliana, lo que no es sino repetición de otro ya existente, como el perjuicio de los acreedores.

III.—NATURALEZA Y EFICACIA DEL BENEFICIO DE INVENTARIO.

11. El efecto extintivo de la confusión puede en ocasiones ser dañoso para el heredero que tenga créditos o derechos reales contra el *de cuius* o sobre sus bienes, y que acaso no percibirían nada de la herencia, ni por título de acreedor (pues sus créditos no se han extinguido) ni por el de heredero (pues el as hereditario es absorbido por los restantes acreedores y legatarios) o perjudicar a los acreedores del causante, que tienen derecho a que el patrimonio que garantiza la satisfacción de sus créditos no resulte minorado por la transmisión al heredero (cfr. el art. 1.911 del Código civil). Y la obligación *ultra vires* es evidentemente molesta para el sucesor en cualquier caso, y más cuando el pasivo del caudal supera al activo.

Para evitar estos inconvenientes existen, de una parte, el beneficio de inventario, y de otra el de separación de patrimonios.

El primero de estos beneficios protege de igual modo el interés del heredero y el de los acreedores de la herencia, aislándola y liquidándola con independencia de los acreedores del heredero, de modo que, cualesquiera que sean las variaciones que experimenten los bienes relictos a causa de la confusión de patrimonios, se mantiene también inmutable la preferencia del heredero acreedor del *de cuius* frente a los otros acreedores. El beneficio de separación, como hemos visto tiene parecidos efectos, si bien más limitados, pues sólo favorece a los acreedores de la herencia, y no evita las consecuencias de la confusión dañosa para el heredero.

En lo que atañe a la responsabilidad, conforme al art. 1.023 del Código civil, el beneficio de inventario produce en favor del heredero el efecto de que *no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.*

La limitación de responsabilidad en el periodo liquidatorio no supone que el sucesor responda dentro de los límites del valor del patrimonio hereditario, pero pudiendo ser demandado con cargo a sus propios bienes (responsabilidad *pro viribus*), sino que sólo está obligado a satisfacer a los acreedores con el caudal relicto: así se desprende, además, de los arts. 1.029, 1.031 y 1.032, que hablan siempre de los *bienes* de la herencia y no de su valor (19).

La solución tiene notable trascendencia práctica: de una parte, evita molestias al heredero; de otra, cuando se responde *pro viribus* son de cuenta del heredero los aumentos o deterioros de los bienes heredados, cosa injusta en ambos casos.

La limitación de responsabilidad abarca tanto a las deudas del causante, como a las nacidas en el momento de la sucesión o después. En este sentido, la sentencia de 27 de febrero 1895, aun aplicando legislación anterior (Part. 6, 6, 1), niega que sea obligación

(19) Tal es la doctrina, más o menos expresa, de las sentencias de 25 de mayo y 7 de julio de 1897, 14 de enero de 1899, 7 de octubre de 1903, etc., las cuales, partiendo del concepto erróneo de que el heredero que acepta una herencia a beneficio de inventario «conserva su propia personalidad con entera independencia de la que adquiere con la misma herencia», llegan a la exacta consecuencia de que el heredero no responde de las cargas y deudas sino hasta donde alcancen los bienes; por tanto, si por una deuda hereditaria se embargan bienes privativos del heredero, puede éste oponer la tercería de dominio.

personal del heredero beneficiario al pago de los gastos y honorarios de los liquidadores de la herencia.

12. La limitación de su responsabilidad, el aislamiento de la masa de bienes relictos y la subsistencia ficticia de las relaciones entre causante y heredero, no impiden a éste ser verdadero titular de los bienes y deudas de la herencia.

Es decir que:

a) *El heredero beneficiario es verdadero heredero.*—Una tendencia, que viene de la glosa y halló eco en escritores franceses del siglo pasado, le negaba esta condición, siquiera limitadamente a las relaciones con los acreedores de la herencia. Más corriente es hoy la opinión que, admitiendo la cualidad de heredero del aceptante beneficiario, reduce luego su posición jurídica a la de un simple administrador de la herencia en tanto se liquida en favor de los acreedores y legatarios: algún autor llega a personificar el caudal relicto, atribuyendo su representación al heredero (CHIRONI); otros (PLANIOL, BEUDANT), lo suponen encargado de administrar la sucesión, vinculado hacia los acreedores mediante una especie de contrato sinalagmático, por el cual tienen éstos la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación de hacer, como la de administrar, y pedir incluso que se haga a su costa. Ninguna de estas posturas encuentra apoyo en nuestros textos legales, donde está claro que la ordenada y legal administración es un presupuesto de la subsistencia del beneficio, pero no una obligación estricta, y donde el heredero, aun hallándose la herencia en administración, puede ejercitar válidamente sobre ella (salvo el caso de administración judicialmente intervenida, con o sin beneficio) cualquier acto de dominio.

Por ser el heredero beneficiario dueño de la herencia, como tal puede ser demandado y representa a ésta (20). Los actos de su cau-

(20) Sentencia de 17 de diciembre de 1912: El beneficio de inventario no priva del carácter de heredero, y, por tanto, tiene el sucesor personalidad en este concepto, pudiendo hacérsele embargos en virtud de demanda ejecutiva sobre bienes de la herencia. Sentencia de 4 de marzo de 1916: El beneficio de inventario no excluye que el heredero represente a la herencia para contestar a la demanda que contra ella se interponga. En cambio, según la sentencia de 17 de mayo de 1929, «interin existan deudas no se adquiere por los partícipes de la herencia verdadero dominio sobre el caudal hereditario».

sante siguen siendo actos propios suyos, como para el heredero simple, con la única limitación de no perjudicar su patrimonio personal (21). Y aunque puede limitar al caudal su responsabilidad por las deudas del causante, no puede prescindirse de su patrimonio particular cuando se trata de medir las fuerzas del litigante a los efectos del beneficio de justicia gratuita, en un pleito del caudal: podrá el litigio no comprometer sus bienes particulares, pero no cabe omitirlos cuando hayan de contarse los recursos del que solicita el beneficio de pobreza, pues litigante es sólo el heredero (22).

b) *El heredero es siempre verdadero deudor de las deudas hereditarias.*—Hay quien niega que el heredero beneficiario sea deudor personal, equiparando su responsabilidad a la del poseedor *ex re* (Dusi) y reconduciéndola al concepto de carga real u obligación *propter rem*. Cicu, por su parte, contempla la función del beneficio de inventario, no tanto en mantener separado el patrimonio del difunto y el del heredero, cuanto en consentir a éste que no sub-entre en la condición de deudor que tenía aquél. Así, no tiene obligación de cumplir sino gravamen de liquidar a lo cual corresponde en el acreedor la pretensión a conseguir el producto de la liquidación. O sea: el heredero no sub-entra en el lugar del difun-

(21) Sentencia de 6 de mayo de 1902: El artículo 1306-2.º es aplicable a los herederos del que contrató con causa torpe, aun habiendo aceptado la herencia a beneficio de inventario.

(22) Sentencia de 17 de diciembre de 1913: El heredero beneficiario litiga voluntariamente y persiguiendo su personal interés, a diferencia del simple albacea y administrador que lo verifica en representación y provecho ajenos, por cuya razón no es lícito confundir ni equiparar a unos con otros para los efectos del beneficio de pobreza legal. Sentencia de 30 de abril de 1929: La limitación que contiene el artículo 1.023 del Código civil respecto del pago de las deudas hereditarias no puede en modo alguno significar que a su amparo pueda el heredero rico defenderse gratuitamente, haciendo recaer los gastos que ocasione la defensa sobre los llamados a representarle y sobre el fisco. La Sentencia de 1 de mayo de 1920 afirma que la situación del heredero beneficiario no puede equipararse a la del renunciante, «pues la renuncia a la herencia separa por modo absoluto las personalidades del causante y del heredero, de tal manera que no tiene facultad para ejercitar acciones ni derechos correspondientes a la repetida herencia, al paso que con la aceptación limitada continúa su interés personal propio ligado a aquélla..., lo que impide la separación de personalidades y que pueda eximirse el heredero cuando ejercita acciones o se defiende de las entabladas contra la herencia de la obligación de justificar la pobreza, no sólo de la herencia, sino de la suya personal y propia». (Cfr. también sentencias de 12 de abril y 19 de junio de 1902, 21 de febrero de 1908, 13 de diciembre de 1929, etc.)

to como deudor, y viniendo a faltar entonces al crédito su sujeto pasivo, se hace imposible que continúe. Por eso, en lugar de la deuda de la persona, entra la garantía proporcionada por los bienes: el crédito hereditario, a falta del deudor, se transforma en derecho a ser satisfecho por el caudal. CIRCUI compara esta situación a la que se produce en el procedimiento ejecutivo, en el cual el derecho de los acreedores no sigue a los bienes en manos de los terceros, porque precisamente va a ser realizado con el precio obtenido por la enajenación. De aquí que el heredero beneficiario aunque no sea deudor, tenga la carga de liquidar y conservar el valor de los bienes. Si el heredero fuera deudor personal—añade el autor—no se explica cómo, pagando una deuda de la herencia con sus propios bienes, podría luego concurrir con los restantes acreedores del caudal (pues habría pagado algo que debe, aun cuando no pueda obligársele a pagar sino con determinados bienes) (23).

Esta argumentación es poco convincente. No es exacto que el heredero beneficiario no esté obligado a pagar con los propios bienes, porque los hereditarios, sin duda son igualmente suyos. Por otra parte, la ley puede restringir el principio de responsabilidad patrimonial universal a una parte de la fortuna de una persona. Además, ni es absolutamente exacto que el heredero no quiera ser deudor—en realidad lo que no quiere es pagar con bienes que no sean los hereditarios—, ni la voluntad de éste es soberana al regular las consecuencias de la aceptación que depende de la ley. Finalmente, ¿cómo podría explicarse la plena asunción, por el sucesor que pierde el beneficio, de las obligaciones del causante? (24). ¿Qué clase de crédito es éste que primero existe, luego se transforma en un gravamen, y por último vuelve a renacer? Y ¿qué ocurre cuando liquidada la herencia, el heredero responde con to-

(23) En el mismo sentido LÓPEZ JACOISTE asegura que el heredero no responde personalmente por las deudas, comparándolo relativamente, a la herencia, con el accionista de una sociedad anónima respecto de las deudas sociales. Único soporte de las deudas que no asume el heredero es el patrimonio relicto patrimonio separado afecto a un fin que responde de ellas. Así se explica que la representación de la herencia no la tenga el heredero en cuanto tal, sino el administrador (art. 1.026). Hay una suerte de suspensión de la *successio in locum et us*, hasta que la liquidación se termine.

(24) «La agresión del patrimonio personal del heredero—dice NATOLI—debería contarse, en tal caso, en los límites del resarcimiento del daño.»

dos sus bienes, pero sólo hasta la concurrencia de participación en el caudal?

En definitiva, puesto que ningún precepto exime aquí de la aplicación del art. 661, hay que considerar al heredero como deudor con responsabilidad restringida *cum* o *pro viribus*; según sea antes o después de la liquidación.

13. La confusión entre las titularidades de causante y causahabiente, está compensada en el beneficio de inventario con la separación, el aislamiento del patrimonio de aquél.

Confusión y separación, pese a ser vocablos contradictorios, son perfectamente compatibles en el campo del Derecho. Esta supone dos masas de bienes individualizados, tanto jurídicamente (en cuanto afectos a una específica responsabilidad y formando parte de una masa patrimonial) como materialmente (en cuanto unos, los relictos, son objeto de un catálogo que los enumera) (25). Tal individualización es un fenómeno que la ley regula, a distintos efectos y con distinta estructura, en un número limitado de supuestos. Aquí, se trata de dos masas que (siendo el heredero único) pertenecen al mismo titular, y por eso ni pueden subsistir verdaderos derechos reales o de crédito entre ellas, ni pueden nacer otros nuevos. Hay, así, a la vez, separación y confusión.

La separación se hace patente en la responsabilidad y la administración de las masas.

a) Los acreedores de la herencia no pueden dirigirse contra el patrimonio del heredero. A la vez, los objetos relictos son insensibles a la agresión de los acreedores particulares del sucesor.

Esta situación continúa mientras tales objetos, aun siendo jurídicamente patrimonio del heredero (o del legatario de cosa cierta), se hallan de hecho individualizados y colocados bajo una administración única, formando, a efectos de la satisfacción de los acreedores—y luego de los legatarios—una masa patrimonial sobre la que tienen aquéllos el mismo derecho que el art. 1.911 las concedía sobre el patrimonio del causante (26). Empero esta afec-

(25) Si la distinción entre los bienes de la herencia y los del heredero fuera puramente material, no se explicaría por qué se limita a aquéllos la responsabilidad por las deudas hereditarias.

(26) Vocino pretende explicar el fenómeno de la irresponsabilidad del patrimonio propio del heredero beneficiario, configurando su aceptación de la

ción del patrimonio hereditario no es de naturaleza real, de modo que cuando un acreedor reclama el pago de una deuda del causante no puede pretender que se efectúe exclusivamente con cargo a los bienes relictos, y cuando una de las cosas hereditarias es distraída del caudal y enajenada a un tercero, la sanción podrá ser la pérdida del beneficio, mas no la nulidad de la enajenación, que sólo podrá revocarse ejercitando la acción pauliana: por su parte, el adquirente no recibe, con la cosa, ninguna deuda.

Los acreedores del heredero no pueden expropiar los objetos individuales relictos, y han de esperar el resultado de la liquidación. Antes, el heredero, en virtud del art. 1.034, podrá paralizar cualquier clase de acción suya, salvo la de retención o embargo del remanente.

b) La administración del caudal relicto está sometida a una disciplina peculiar, adaptada a su finalidad de liquidación, y, entre tanto, conservación de los objetos del mismo.

14. Pero, a la vez que los dos grupos de bienes constituyen masas patrimoniales diferenciadas a efectos de su administración y responsabilidad, pertenecen a un mismo titular. Ello explica por qué en unos casos ha de apreciarse su existencia independiente, y en otros (como en el ya citado del beneficio de pobreza), no.

En el patrimonio hereditario—y por consecuencia en el otro—se da la subrogación real, sustituyendo el precio o la indemnización a los bienes enajenados o destruidos, corriendo los frutos la suerte del capital y, en fin, sufriendo autónomamente cualesquiera aumentos o disminuciones. No puede hablarse de un propio y verdadero intercambio de relaciones jurídicas entre uno y otro patrimonio, en el sentido habitual de relaciones entre dos sujetos de derecho, pero sí—como NATOLI—de un intercambio de valores,

herencia, en cuanto declaración de querer limitar la propia responsabilidad, como un negocio procesal por el cual la Ley consiente al heredero sustraer sus bienes a la acción ejecutiva. La propia liquidación del caudal por el heredero es una suerte de proceso ejecutivo que realiza como particular investido de una función pública. Mas, según hemos visto ya, la liquidación de la herencia y su administración a estos fines no es una forma de proceso, y menos de proceso ejecutivo, sino el ejercicio de una actividad facultativa del heredero, dirigida a conservar la exención personal de sus bienes

debido a la relevancia de la preexistencia de las relaciones jurídicas frente los terceros «en cuanto expresión de un valor económico perteneciente a una u otra de las dos masas».

En definitiva, las relaciones (aun cuando, de hecho, limitadas a la sumisión de los bienes a un régimen de administración y responsabilidad diferentes), se producen como si los patrimonios pertenecieran a distintas personas: pendientes de consolidarse como tales relaciones al pasar uno de sus términos a distinto sujeto, o bien de desaparecer al borrarse la separación y quedar el heredero responsable de las deudas no pagadas, con todo su patrimonio, pero con el límite de lo que recibió por herencia. En esas condiciones, no sólo permanecen los vínculos y derechos antiguos, sino que surgen pseudo relaciones nuevas entre ambas masas patrimoniales, y así los bienes que integran cada una pueden pasar a la otra igual que si cambiaran de titular. Puede el heredero dar bienes propios en pago de las deudas que tenía contra el causante, o convertirse en adquirente de los bienes relictos cuando éstos se vendan para pagar deudas hereditarias (27). Y si paga una deuda hereditaria con fondos propios, se subroga en todos los derechos y garantías que tenía contra la sucesión el acreedor a quien paga.

Asimismo la separación de patrimonios en cuanto a la responsabilidad, se traduce en la posibilidad de que se extingan por prescripción créditos de o contra la herencia, o que se adquieran por usucapión bienes de ella o para ella, siquiera haya de responder el heredero ante los acreedores del caudal como administrador del mismo, cuando lo sea. No parece, en cambio, que la ficción de separación pueda producir, en daño del heredero, la atribución de cosas de éste al caudal relicto por usucapión: aun cuando el administrador de la herencia sea un extraño, tal consecuencia choca con el artículo 1.023.

15. La separación beneficiaria de patrimonios, aun conseguida por el heredero, juega también en favor de los acreedores. Ahora bien: se trata de un beneficio de carácter reflejo, por cuanto la finalidad del artículo 1.023 es evitar la confusión *en daño* del

(27) Sin embargo, cuando retiene para sí los bienes de la herencia, pagando las deudas con su propio caudal, no ha de pagar impuesto de derechos reales, al no haber verdadera transferencia de propiedad. Como se ve, la subsistencia de los dos patrimonios es ficticia y relativa.

heredero, y nada más. En realidad, si los acreedores pueden aprovechar la separación de patrimonios no es porque ésta les confiera ningún privilegio, sino porque, una vez que ésta se produce, se hallan en condiciones formales para ejercitar los derechos de preferencia que en todo caso poseen. De ahí que no tengan la posibilidad de exigir el mantenimiento de tales condiciones formales, si bien, desapareciendo éstas, tampoco pierden sus derechos de preferencia, y sí, solamente, hallan mayores dificultades para hacerlos efectivos: si quieren volver a encontrarse en las condiciones que el beneficio de inventario les proporcionara, deben recurrir a pedir ellos la separación de bienes mediante la incoación de los procedimientos de testamentaria o *ab intestato*.

IV.—ADMINISTRACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA HERENCIA BENEFICIARIA.

16. Aunque el heredero beneficiario es verdadero dueño de los bienes relictos, su actividad en orden a los mismos se halla regulada y restringida, de tal modo, que no puede, sin incurrir en responsabilidad o perjudicar la persistencia del beneficio, imprimirles un destino arbitrario.

En este sentido establece el artículo 1.026 que, *hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.*

El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en este concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competen y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.

El heredero es administrador nato de la herencia beneficiaria, a menos que el causante haya nombrado otro distinto, lo haya decidido así la pluralidad de herederos, o se hayan incoado los procedimientos de testamentaria o *ab intestato* (28). Fuera de ellos.

(28) Sentencia de 4 de enero de 1901: No es admisible la excepción de falta de personalidad alegada por el heredero en el sentido de deberse dirigir las reclamaciones contra el administrador, por considerarse siempre en administración la herencia beneficiaria (pues el administrador es el heredero). También el menor heredero beneficiario representa a la herencia para contestar a las demandas que contra ella se interpongan, si bien haya de suplirse de falta de capacidad (sentencias de 4 de marzo de 1916, 4 de junio de 1917). Igualmente está legitimado el heredero antes de que se nombre un distinto admi-

no puede el Juez, de oficio o a instancia de parte, nombrar un administrador extraño (29).

La relación entre las cualidades de administrador y de dueño del heredero beneficiario es controvertida. Unos ponen de relieve especialmente su condición de administrador investido por la Ley de la función de liquidar en interés de los acreedores, mientras los más hacen notar que liquida igualmente en su propio interés, y que su vinculación en la administración es relativa (30): ésta representa para él una carga, es decir, la necesidad de desarrollar determinada actividad—la liquidación—si quiere conseguir un resultado que estima como favorable (la exención de responsabilidad personal) (31).

Pero aun cuando el heredero puede renunciar al beneficio, y así entonces apartarse de la administración y liquidación de la herencia, sin embargo, no puede administrar y liquidar caprichosamente, en perjuicio de los acreedores, siendo responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya si no llegan a cobrar los acreedores y legatarios (art. 1.031). Su actividad en el ejercicio de la administración es una actividad reglada, y si bien puede renunciar al cargo de administrador (32), ello supone la responsabilidad por las deudas con sus propios

ministrador del *ab intéstato*. No es preciso esperar a que haya terminado el inventario de la herencia; en esto rectifica el Código civil el artículo 853 del proyecto del 51, que impedía a los acreedores demandar el pago de sus créditos durante la formación del inventario y el término para deliberar, igual que hoy a los legatarios.

(29) Cfr. la sentencia de 4 de marzo de 1916. Téngase en cuenta que el artículo 1.020 se refiere exclusivamente al derecho de deliberar, y en todo caso puede extenderse al caso de la herencia yacente, en la cual no hay ningún dueño, pero nunca a la ya aceptada.

(30) En definitiva, administra bienes propios, y, por tanto, no puede considerarse como mandatario ni representante de los acreedores, ni vincular a éstos con su actividad. Está obligado a administrar para ellos, pero nunca por ellos: observará ciertas formas en la liquidación y les rendirá cuentas si no han podido cobrar la totalidad sus créditos o legados (arts. 1.031 y 1.032), pero no por ser un mandatario, sino para no ser un heredero simple.

(31) NATOLI, en esta línea, entiende que el interés ajeno de los acreedores hereditarios, perseguido por el heredero en la actividad liquidatoria a la vez que el suyo propio, no es un determinante de la posición de éste, sino del contenido de la misma: si quiere mantener las ventajas de la separación de patrimonios, debe administrar y liquidar.

(32) En cambio, es inamovible. Ciertamente MUCIUS SCAEVOLA opina que la administración puede ser retirada cuando, a juicio del Juez, y por iniciativa de alguno de los interesados, se demuestre que su conducta irregular causa perjuicio a los mismos. Pero no apoya esta afirmación en ningún texto legal aplicable.

bienes, es decir, la máxima responsabilidad que podían exigir en vía civil los acreedores del caudal, cualquiera que fuera la negligencia puesta en la administración.

17. La situación de administración de la herencia comienza cuando el heredero acepta, o bien cuando pide el beneficio de inventario, y termina cuando resultan pagados todos los acreedores conocidos (33).

La administración del heredero, destinados los bienes a la satisfacción del interés de acreedores y legatarios, tiene prevalente carácter de liquidación: en él encuentra un límite de tiempo y contenido diverso de la administración de bienes que han de restituirse. No se excluye aquí el aspecto de conservación, pero éste es puramente accesorio: en principio, no se exige actividad alguna dirigida a mejorar los bienes o aumentar su valor y las rentas producidas por ellos sólo se podrán desviar de su destino legal cuando resulte indispensable para conservar el estado y valor actual de los bienes. La actividad conservativa ha de contenerse dentro de los límites de la necesidad, excluyéndose los fines de utilidad, es decir, la búsqueda de un incremento del valor del patrimonio administrado.

El Código civil apenas da normas sobre el desarrollo de esta administración: impide enajenar al heredero (arts. 1.024 y 1.030) y le obliga a observar una diligencia normal en el cuidado de los bienes (art. 1.031). Del artículo 1.024 se deduce que el heredero que liquida la herencia individualmente no tiene obligación de prestar fianzas; en cuanto a la de rendir cuentas, sólo en el caso del artículo 1.031. Si vende los bienes en contradicción con los preceptos del Código civil, podrá perder el beneficio de inventario, pero la venta no es nula (34).

La liquidación extra procesal del heredero beneficiario no obe-

(33) Sentencia de 11 de mayo de 1898: Al acreedor incumbe demostrar que lo era conocido antes de llevarse a cabo la liquidación, cuenta y partición de la herencia del deudor, y no habiéndolo hecho y reclamando su crédito pasados catorce años de la muerte de aquél, es claro que han dejado de tener aplicación los artículos 1.026 y siguientes del Código civil.

(34) Parece desprenderse lo contrario de la sentencia de 11 de mayo de 1898, según la cual el que pretende la nulidad de una venta de los bienes hereditarios ha de probar que, antes de llevarse a cabo la liquidación y partición de la herencia, era acreedor conocido.

dece a un orden determinado si no hay especiales disposiciones del causante o que el artículo 1.028 del Código civil llama *sentencia de graduación*. Sin embargo, lo normal es que se inicie calculando el activo de la herencia, así como las deudas, e inmediatamente se cobren los créditos y se realicen los bienes necesarios para pagar éstas, si no existe suficiente numerario (en otro caso los acreedores embargarían los bienes, procedimiento nada barato de liquidación).

Del numerario existente u obtenido deducirá el heredero los reembolsos que le deba a él la sucesión, por los gastos de realización de los bienes hereditarios y por las deudas hereditarias pagadas de su dinero, así como, caso de no contar la quiebra de la herencia, ni haber acreedores de mejor rango, los créditos que tenía él contra el causante.

Evidentemente no puede contar en el activo hereditario la cantidad que el coheredero tenga que colacionar, o el producto de la reducción de donaciones inoficiosas del causante, porque tanto la colación como la reducción han sido establecidas en beneficio de los herederos forzosos y no de los acreedores y legatarios.

El heredero liquida sin intervención de sus acreedores, a quienes se lo prohíbe el artículo 1.034: *Los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero.*

Es más: el heredero ha de paralizar la acción ejecutiva de sus propios acreedores, sobre los bienes relictos, alegando la aceptación beneficiaria: si no lo hace así, falta a sus deberes de administrador y está obligado a resarcir el daño a los acreedores hereditarios (cosa que no tendría sentido si la preferencia de estos últimos representase un puro y simple privilegio) (35).

(35) En opinión de ESPINAR el derecho de los acreedores a intervenir en la partición ha de hacerse extensivo a la liquidación, por aplicación analógica del artículo 1.083, y pese al artículo 1.034. A mi modo de ver la regla del artículo 1.083 es absolutamente excepcional, y no puede extenderse a un supuesto bastante distinto, cual es el pago de las deudas por el heredero beneficiario único o plural. Nos hallamos aquí todavía en el estadio de administración de

La liquidación no supone el concurso de la herencia, y, por tanto, no se consideran exigibles y vencidos todos los créditos, habiendo de ser pagados los no vencidos a su tiempo, pero teniendo en cuenta su existencia a los efectos del pago de legados y de créditos de rango inferior.

18. Conforme al artículo 1.028: *Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación.*

No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho.

Por tanto, podemos distinguir en esta materia tres supuestos:

a) Hay un acuerdo entre los interesados sobre el orden de pago: este acuerdo vincula al administrador si ha sido tomado por todos, y sólo en cuanto a la preferencia respectiva de los que lo adoptaron si no son todos los acreedores y legatarios.

b) Hay juicio pendiente sobre la preferencia. «Hipótesis singular y extraña» llama a ésta SÁNCHEZ ROMÁN, en la que, en una herencia no concursada ni quebrada (pues en los casos de concurso o quiebra no se concibe una administración independiente del caudal), se entabla un procedimiento para señalar la preferencia de los créditos, bien por la administración de la herencia contra los acreedores (SÁNCHEZ ROMÁN), bien, como dice DE DIEGO con mejor acuerdo, por los acreedores para señalar su respectiva preferencia.

El precepto se entiende mejor poniéndolo en relación con el artículo 808 del Código civil francés, al cual pretende reproducir, según afirma GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 859 del proyecto del 51. Conforme al texto francés, si hay acreedores que se opongan, el heredero beneficiario no puede pagar sino en el orden y la manera señalados por el Juez. La doctrina ha entendido—relativamente a dicho texto—que basta que un acreedor haga cons-

la herencia, anterior a las adjudicaciones, que son las que pueden vigilar los acreedores a fin de que los bienes efectivos correspondan a la cuota ideal del coheredero.

tar en cualquier forma su voluntad de que no se pague a los otros antes que a él, siquiera sea un acreedor a término, para que se entienda que hay oposición: incluso la simple mención de una deuda hereditaria en el inventario puede constituirla. La oposición provoca inmediatamente la intervención del Juez, y da al pago a los acreedores un aspecto vecino al de la quiebra, si bien la oposición no arguye necesariamente la insolvencia del caudal relicto, ni supone la invalidez de los actos del difunto, ni el patrimonio de la herencia se confía a un síndico. El texto español, pretendiendo decir lo mismo que el francés, ha dicho algo esencialmente diferente: no es la oposición de cualquier acreedor la que provoca una liquidación organizada, sino solamente la demanda de todos los acreedores, pues la de uno solo dará lugar únicamente a que se discuta sobre su mejor derecho. Fuera del acuerdo de todos, la liquidación colectiva sólo tendrá lugar en los casos de concurso o quiebra, por los procedimientos propios de estas situaciones de insolvencia.

c) Fuera de estos supuestos, el heredero debe pagar a los acreedores a medida que se presentan, de modo que, si bien lo que consolida la preferencia es el cobro y no la presentación, puede darse el caso de que unos perciban la totalidad de su crédito y otros nada; basta, para ello, que los segundos no se hayan presentado todavía cuando se hace el pago a los primeros.

La obligación de pagar íntegramente a los acreedores que primero se presenten, tiene su límite en la existencia de créditos preferentes, cuya preferencia sea conocida por el heredero o administrador. No es necesario que tales acreedores tengan su crédito líquido y vencido, ni tampoco que se hayan presentado a cobrar: basta con que, por cualquier medio, conste la existencia de ese crédito preferente, para que haya de exigirse caución a los acreedores de rango inferior que pretenden el cobro (incluso si la herencia es suficiente, siempre que hubiere el menor peligro de insolvencia), o que, no prestándola, queden los bienes en depósito hasta el día en que haya de verificarse el pago.

Entre los acreedores presentados, repartirá el administrador los bienes, si no hay suficientes para pagar íntegramente sin consideración al orden en que se acudan, y si sólo a las reglas ordinarias de prelación.

El heredero que paga a acreedores de rango inferior conociendo la existencia de otros de rango superior, o que paga íntegramente a un acreedor cuando se ha presentado ya a cobrar otro y no es posible satisfacer a ambos o comete cualquier otra irregularidad en el orden de liquidación, es personalmente responsable de los daños y perjuicios que con ella pueda haber causado a los acreedores. No parece, en cambio, que pierda el beneficio de inventario.

Como acreedores del causante habrá de aceptar el administrador de la herencia a aquellos cuya condición de tales le conste según una prudente apreciación de las circunstancias. Podrá oponer a cada acreedor la iliquidez de su crédito, pero no podrá alegar frente a los que piden el pago el hecho de haber de proveer a un crédito todavía no vencido, o condicional, o preferente, sino que habrá de pagar, siempre y cuando los acreedores que quieren ser pagados den caución en favor del acreedor de mejor derecho.

La regulación del artículo 1.028-2.º se justifica teniendo en cuenta que, como los acreedores han sido citados para la formación del inventario, es difícil que les pase inadvertida la liquidación; por otra parte, el heredero no puede pagar la totalidad de las deudas que primero se presenten al cobro si conoce suficientemente la insolvencia del caudal relicto (36). Entonces, si no solicita la declaración de concurso o quiebra, incurre en responsabilidad con su patrimonio personal por los daños que haya podido causar a los acreedores que no se han presentado a cobrar, si éstos no pueden rescatar el importe de sus créditos de los que cobraron primero.

19. *Pago de los legados.* El Código civil regula esta materia en los artículos 1.025 y 1.027.

Artículo 1.025. *Durante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados.*

Artículo 1.027. *El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores.*

(36) Como dice MUCRUS SCAEVOLA, el precepto que obliga a pagar a los acreedores en el orden en que se presenten tiene por finalidad que el heredero beneficiario difiera indefinidamente el pago de los créditos, pero no veo que esté obligado al pago íntegro si sospecha fundadamente que haciéndolo quedará en la imposibilidad de pagar a los acreedores que se presenten más tarde y sean del mismo rango.

El artículo 1.025 contiene una norma tradicional en los Derechos latinos. El 1.027 se refiere a los acreedores conocidos, pues sólo dándole tal interpretación es compatible con el 1.029: lo advertía expresamente el artículo 858 del proyecto del 51, pero no por haberse suprimido esa mención debe entenderse que la regulación es diferente. Sobre el orden de pago véase el artículo 887, relativo al supuesto de insuficiencia inicial del caudal relicto; es de suponer que si la insuficiencia es sobrevenida, aun cuando entre tanto el administrador podrá pagar los legados conforme se vayan presentando, sin embargo, el orden de preferencia del mencionado artículo 887 faculta a los legatarios de rango superior para repetir contra los de rango inferior que han cobrado antes que ellos. En todo caso, cualquier infracción del orden de pago de los legados, o el pago de éstos antes que los créditos tiene las consecuencias antes señaladas para la infracción del pago de los créditos.

20. En la liquidación individual el heredero acreedor del causante puede hacerse pago de su crédito contra aquél, y oponer ese pago a los acreedores que se presentan luego, precisamente porque no debe ser de peor condición que ellos. Ahora bien: esto sólo ocurrirá, en tanto en cuanto no conozca la insolvencia del caudal relicto, pues entonces su condición de administrador le obliga a pedir la declaración de concurso o quiebra, a fin de conservar la *par condicio creditorum*, concurriendo entonces con los restantes acreedores. Es decir: el heredero acreedor del caudal puede cobrar primero únicamente cuando esté convencido de que no tiene interés para él el cobrar primero. Más: entiendo que su deber de diligencia en la administración le obliga a aguardar durante el período en que se investiga el estado de la herencia, si sospecha que el activo puede ser inferior al pasivo. Si su crédito es litigioso, no podrá allanarse en cuanto administrador y percibirlo en cuanto acreedor, sino que, o habrá de llegar a un acuerdo con los acreedores o pedir que se nombre un administrador distinto, a fin de litigar contra él. Finalmente, del artículo 1.023 se deduce que cuando el heredero abona una deuda del causante con su propio dinero, adquiere derecho a detraer ese valor del caudal relicto como cualquier otro crédito suyo.

El cobro por el heredero no requiere traslado material de la suma de dinero, mientras sea él mismo el administrador: basta con que al rendir las cuentas haga figurar en el pasivo su crédito. Lo contrario requeriría hacer constar el cobro frente a alguna persona distinta del acreedor-pagador. Además, el traslado material puede ser imposible: puede el heredero tener en su propia cuenta corriente, mezclado, dinero suyo y del caudal relicto, sin que por eso desaparezca la separación jurídica y contable de los patrimonios.

El heredero podrá pagar en cualquier momento a la herencia las deudas que tuviera frente al causante, y servirse de ese dinero en la forma en que puede hacerlo con cualquier otro que cobre.

21. El heredero ha de poner en su tarea de administración y liquidación una diligencia normal. Tal parece ser el sentido del artículo 1.031, a cuyo tenor, *no alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya.*

Si se han pagado todas las deudas es claro que no puede existir perjuicio. No pagándose todas, el 1.031 da a entender que el heredero estaba obligado a una administración regular, en la forma ahora expuesta.

La obligación de liquidar del heredero incluye la facultad de vender, en ciertas condiciones. Conforme al artículo 1.030, *cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a los «ab intestatos» y testamentarias, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.*

Se trata de garantizar la obtención del máximo beneficio en la enajenación de los bienes de la herencia, e incluso (contra el parecer de MUCIUS SCAEVOLA) de los frutos o rentas de la misma, conforme a la máxima *fructus augent haereditatem*. Serán de aplicación, pues, los artículos 1.020 y 1.030 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que requieren, para los bienes, la autorización judicial y la subasta pública: además, el Juez acordará al

conceder la autorización el destino que deba darse al precio obtenido (cfr. el artículo 1.024-2.º del Código civil). Sólo podrá prescindirse de estas formalidades por el acuerdo unánime de todos los interesados en el asunto, y ello siendo todos plenamente capaces (R. de 3 de abril de 1899). Evidentemente, la misma autorización se exigirá para enajenar el as hereditario, puesto que esta enajenación es siempre del activo, y no libera al heredero de la carga de las deudas. Con todo, cuando el heredero haya llegado a la convicción de que la herencia es solvente, puede, para evitar las formalidades, pagar de sus propios fondos, quedando así consumada la confusión de bienes sin necesidad de intervención del Juez.

Es discutible si la constitución de derechos de prenda o hipoteca sobre bienes hereditarios con el fin de obtener dinero para pagar las deudas puede asimilarse a la venta a los efectos del artículo 1.030 del Código civil: desde el momento en que la totalidad del importe obtenido se aplica a la satisfacción de las obligaciones del causante, o de los legados, parece que falla la *ratio legis* del precepto en cuestión, pues aquí está garantizada la obtención del máximo rendimiento del acto dispositivo (al menos, si el tipo de interés del préstamo es normal).

22. Conforme al artículo 1.033, *las costas del inventario y demás gastos a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia. Exceptúanse aquellas costas en que el heredero hubiese sido condenado personalmente por su dolo, o mala fe. Lo mismo se entenderá respecto de las causadas para hacer uso del derecho de deliberar si el heredero repudia la herencia.*

En principio, todos los gastos de administración son de cuenta del caudal. El heredero, aunque propietario, mantiene su responsabilidad limitada a él cuando contrata en su veste de administrador (37).

(37) Conforme a las sentencias de 22 de octubre de 1918, el heredero no está obligado al pago de las costas que causó para la defensa de sus derechos sino hasta donde alcancen los bienes relictos. Cfr., igualmente, sentencias de 24 de abril de 1908 (obligación del Estado de pagar las costas hasta donde alcancen los bienes, cuando es heredero) y 13 de enero de 1911. La sentencia

23. El artículo 1.031 obliga al administrador, sea heredero o no, a dar cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo. Y conforme al artículo 1.032-2.º, *si la herencia hubiese sido administrada por otra persona, ésta rendirá al heredero la cuenta de su administración, bajo la responsabilidad que impone el artículo anterior.*

Sin duda se trata, en ambos casos, de una cuenta única, que se rinde al terminar la administración, directamente a las personas interesadas, quienes pueden exigirla. La aprobación por unos acreedores no vincula a los que se presenten luego para cobrar, pues la responsabilidad y la obligación de rendir cuentas es ante todos los que no hayan cobrado por completo. En opinión de MUCRUS SCAEVOLA, hay que aplicar a estas cuentas, por analogía, los artículos 1.013 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cosa dudosa, pues tales preceptos se refieren a una administración intervenida por el Juez, dentro del procedimiento de *ab intestato*.

24. Situación tras la liquidación.

Artículo 1.029. *Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles.*

Artículo 1.032. *Pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia.*

Tanto mientras la herencia se halla en administración, como después, los acreedores, a falta de bienes en el caudal o remanente (38), cobrarán de los legatarios que hubieran sido pagados

de 14 de enero de 1899, aplicando las Partidas, pone a cargo del propio caudal los gastos y honorarios de los liquidadores de la herencia, los cuales no pueden ser nunca obligación personal del heredero. Cabría discutir, con todo, si los gastos de división que, en principio, exceden de la simple administración y de la liquidación del caudal, y son en beneficio particular de los comuneros, deben ser de cuenta del caudal o, acaso mejor, responsabilidad personal de cada partícipe.

(38) Puede dudarse—dice MANRESA—si son los acreedores los que han de justificar que no quedan en la herencia bienes suficientes para pagarle, o los legatarios los que deberán probar al oponerse que sí quedan bienes. Mas conforme al artículo 1.029, es lo primero, ya, como dice el propio MANRESA, por tratarse de una acción rescisoria que sólo procede cuando no se puede cobrar de otro modo, ya por tratarse de un acreedor negligente. La acción prescribirá en el plazo de cuatro años, conforme al artículo 1.299 del Código civil (cfr. también el 37 de la Ley Hipotecaria).

antes. Parece que entonces habrá de observarse el artículo 887, aunque acaso el acreedor puede repetir contra cualquier legatario, y es éste el que, siendo preferente, podrá pedir que se cite a los legatarios de rango inferior.

Una vez que la confusión se ha perfeccionado, el heredero queda deudor, con su propio patrimonio, frente a los acreedores hereditarios, limitadamente al remanente que ha recibido, pero respondiendo personalmente y no con los mismos bienes (al menos cuando se ha iniciado la confusión material). Todo aumento o disminución de los mismos corre a su cargo. Caso de resultar el heredero insolvente, los acreedores no podrán repetir contra los legatarios si el remanente recibido por aquél era suficiente para pagar sus créditos, aunque luego tal remanente se haya perdido o haya sido absorbido por las deudas del sucesor. El riesgo de insolvencia es de cuenta de los acreedores.

A los conflictos entre acreedores del heredero, de la herencia y legatarios, habrá que aplicar, en lo posible, las reglas de la aceptación pura. No es problema de clavo pasado decidir si los acreedores o legatarios que aparecen tras la liquidación tienen preferencia sobre un valor del patrimonio del heredero equivalente al producto de la liquidación de la herencia. Dado el tenor del art. 1.023, que parece suspender las consecuencias dañosas de la confusión únicamente para el heredero, y la finalidad de la liquidación, es más defensible la solución negativa (39).

10. Los acreedores del causante no pueden proceder ejecutivamente contra los bienes propios del heredero beneficiario, de donde deducen algunos autores que éste puede liberarse de las deudas abandonando el caudal relicto a los acreedores. Mas tal afirmación corresponde a una concepción equivocada de la posición del heredero, como simple obligado *propter rem*, a semejanza del enfiteuta, el propietario del fundo sirviente o el tercer poseedor del fundo hipotecado. No siendo así, sólo una norma positiva permitiría obtener la liberación. Y esta norma, existente en los otros códigos latinos, no figura en el Código civil español.

(39) También podría pensarse que los legatarios juegan aquí el mismo papel que un donatario, y que es posible ejercer contra ellos la acción paulina en igual forma que contra cualquier donatario.

Ciertamente en él (art. 1.175) «el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas», y supuesto que «esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos», en este caso le libera de cualquier responsabilidad, pues el importe líquido de los bienes cedidos es lo único que responde ante los acreedores del caudal. Pero esta cesión es una cesión contractual, y no un acto unilateral de abandono de los bienes. El heredero, una vez que ha aceptado, o bien responde con su propio patrimonio, o bien tiene el deber de gestionar la liquidación de la herencia para los acreedores. Sólo cuando concurra el acuerdo de todos los interesados será posible que éstos se hagan cargo de los bienes relictos, y entonces el convenio determinará claramente si se cede la propiedad de dichos bienes en pago a los acreedores, o simplemente su posesión y administración para que ellos procedan a la liquidación de la herencia (40).

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO,
Catedrático de Derecho civil.

(40) MANRESA opina que puede hacerse la cesión, aunque se opongan los acreedores y legatarios, puesto que se les entregan todos los bienes a que tienen derechos. Alega en favor de su tesis el artículo 1.053 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a un caso distinto, como es el del concurso o la quiebra: la declaración del uno o la otra puede pedirla sin duda el heredero, y es un procedimiento de terminar con el trabajo de administrar los bienes.

Un siglo después

El día 8 de febrero de 1961 es fecha que en el mundo jurídico posee un profundo poder de evocación, pues nos retrotrae a otra igual del pasado siglo. Entonces nació la llamada Ley Hipotecaria, calificada de las más científicas entre las nacionales. Y en justicia se encuentra merecidamente adjetivada. Aquella venerable Ley pertenece a esa familia de disposiciones de igual rango que alumbró la segunda mitad del siglo XIX, época singularmente fecunda que proyecta su luminoso pensamiento jurídico hasta nuestros días.

Tiene esta Ley singular la característica, respecto a sus contemporáneas, de haber creado en su primer centenar de artículos un sistema de orfebrería jurídica, una delicada y sutil construcción que contiene toda una institución reguladora del régimen de la propiedad inmobiliaria, del cual nuestro Derecho histórico había dado ya sus atisbos rudimentarios.

La rareza de esta Ley se manifiesta en el hecho de que sólo los especializados en ella han logrado penetrar correctamente su sabio sentido, y muchos de los profesionales del campo jurídico ni siquiera se han aficionado o molestado en desvelar sus secretos, por simple pereza o por prejuicios hacia su contenido. Esta incompreensión no ha favorecido, precisamente, el desenvolvimiento del derecho inmobiliario positivo.

El sistema de nuestra Ley Hipotecaria, o se posee intelectual-

mente en su integridad, o no se comprende. Es como el aprendizaje de un idioma, empresa que alcanza un momento en que se ve con diafanidad lo que antes resultaba en extremo difícil.

Aunque parezca paradójico, la Ley Hipotecaria ha calado más hondo en esa parte de la sociedad española que trabaja la tierra y de ella vive, y no por el cauce del saber científico, sino por un sentimiento intuitivo y pragmático de los beneficios que ha dispensado a su organización familiar, económica o social. Quizá en esta peculiaridad radique una de sus muchas y grandes virtudes.

Todo lo que podamos decir acerca de la Ley en esta ocasión memorable ha de aparecer enmarcado en una aureola afectiva inevitable; pero no es necesario usar de gran benevolencia para sentirse obligado a proclamar cuánto debe la vida española a la Ley Hipotecaria.

Desde esta fecha prominente se pueden atalayar las perspectivas pasadas, así como las futuras, lo que fué o lo que puede ser nuestro sistema inmobiliario.

El Derecho histórico español, que mostró siempre su riqueza en el campo de las instituciones jurídicas, no pudo ignorar la necesidad de adelantar soluciones a las demandas que planteaba el tráfico inmobiliario. Entre la publicidad del Derecho germánico y la clandestinidad del Derecho romano, España nos muestra su espontáneo modo de ser a través de su Derecho aborigen, de los Fueros municipales. Basta recordar que en éstos se implantó ya la publicidad, mediante la robración en Concejos, de la enajenación o gravamen de inmuebles. Estas manifestaciones balbucientes toman cuerpo en las Cortes de Toledo, quienes ven convertidas sus peticiones al Emperador en la Pragmática del año 1539, creando los Oficios en los pueblos cabezas de jurisdicción. Otra fecha señera está marcada por el 31 de enero de 1768, en que, después de ciertas vicisitudes y a propuesta del Consejo de Castilla, Carlos III crea los Oficios de hipotecas, denominados después Contadurías.

Domina en el ambiente social de estos y anteriores tiempos la preocupación de la «seguridad en el tráfico», que inspiró aquellas palabras de la Pragmática que se cita en primer lugar, la finalidad de evitar «estelionatos, pleytos y perjuicios a los compradores e interesados en los bienes hipotecados, por la ocultación y obscu-

ridad de sus cargas». Tales conceptos, en su expresiva sencillez, están vigentes en la actualidad.

Estos, con otros de semejante modestia, forman el bagaje de antecedentes positivos que precedieron a la Ley de 8 de febrero de 1861, fecha brillante de nuestra historia jurídica. Que el proyecto se desglosase de lo que no pudo ser el Código civil de 1851, hay que considerarlo como una gran fortuna para el derecho inmobiliario, que así pudo mostrar aislado su portentoso progreso. Unido al Código civil, sumergido en otras materias hermanas, hubiera merecido seguramente una atención subalterna, lo que le habría impedido remontarse a las alturas alcanzadas por la Ley Hipotecaria en sus 416 artículos.

La Ley de 1861 encontró su impulso fuertemente frenado por los antecedentes representados por la disposiciones que se hallaban en vigor hasta el momento de su publicación. La preocupación del legislador, reflejo fiel de las condiciones entonces imperantes, consistió en poner término a los censos, cargas y gravámenes ocultos, régimen de clandestinidad que tanto perjudicaba al tráfico de inmuebles. Se obligaba a la publicación de estos gravámenes, a fin de evitar los fraudes a que daba lugar la ignorancia de su existencia, en perjuicio de los adquirentes de buena fe. Se sujetó a registro la hipoteca, contrato que dió nombre a las Contadurías y en el que se centraba la esencia de nuestro antiguo sistema inmobiliario.

La Ley de 1861 no pudo desentenderse de la situación que vino a sustituir, no rompió con el pasado y adoptó un nombre que hubiera justificado la regulación del Derecho real de hipoteca únicamente; pero no fué así, puesto que la parte más trascendental de la Ley, la de contenido innovador y ciertamente revolucionario, era aquella que se refería al contenido y efectos de la transferencia de inmuebles. El Derecho anterior no acogió, por regla general, los actos de enajenación, a pesar de lo cual hubo comarcas españolas, como Cataluña, que reclamó normas para el tráfico, distintas de las reguladoras del crédito sobre inmueble, precisamente en la región en que, juntamente con la zona de Levante, el sistema que implantó la Ley ha alcanzado el desenvolvimiento más extenso y puro.

Aquella Ley fué tímida en la elección de nombre, pero éste

no respondía a su contenido, por lo que la adopción de aquél no fué exacta. Predominó, sin embargo, en ella la idea de asegurar y fomentar el crédito territorial, en lo que siguió un camino ya conocido, influida siempre, repetimos, por nuestro Derecho histórico.

La parte trascendental de la Ley, sus 104 primeros artículos, fué en aquellos tiempos de una magnitud científica incalculable, y su sentido innovador y revolucionario alcanza hasta los presentes momentos. No se puede juzgar este cuerpo legal con la mentalidad de hoy, máxime si aceptamos, a fuer de sinceros, que su contenido esencial, sus principios fundamentales, aún se mantienen en pie. Y es que su impulso era de eternidad, de permanencia, virtud que el transcurso de un siglo ha puesto de relieve en forma indiscutible.

A la luz de los tiempos ya pasados y de una larga experiencia, se imputa a la Ley su ingenuidad, puesto que confió en que la sociedad aceptaría el sistema de modo espontáneo bajo la presión convincente de los beneficios que brindaba. Al no ocurrir así, manifiesto ya el gran problema de la existencia de dos clases de propiedad, la instituída con publicidad y aquella otra que se desenvuelve en régimen de clandestinidad, se desataron las críticas más acerbas por parte de unos y las conclusiones más pesimistas por parte de otros, terminando todos ellos por proclamar el fracaso del sistema. Todavía está reciente el eco de aquellas palabras insertas en el preámbulo de la Ley de 31 de diciembre de 1944, en las que se confiesa y notifica que el 60 por 100 de la propiedad del suelo español se mantiene a extramuros del Registro de la Propiedad. Los redactores de la Ley verían, sin duda, con amargura el juicio que hoy nos merece su obra, mas podrían preguntarnos si nosotros hemos sabido ir más allá que ellos, si hemos sido capaces de mejorar su marca.

Aquellos juristas y legisladores, inmersos en un Derecho civil de profundo sentido romanista, hubieron de concebir y dar vida casi originaria a una rama de ese mismo Derecho, en pugna con el sistemático conjunto de éste, elaborando el nuevo planteamiento del problema específico inmobiliario con los poco abundantes elementos representados por el derecho científico, por el escaso derecho comparado y por un reminiscente derecho nacional histórico

o positivo. Discrepando de autorizadas opiniones, creemos, como hemos dicho, que representó una gran fortuna el acuerdo de Gobierno, contenido en el Real Decreto de 8 de septiembre de 1855, de proceder a la redacción de un proyecto independiente, convertido luego en la Ley que conmemoramos ahora. Aquel acto permitió que el derecho inmobiliario mostrase su personal estilo, sus perfiles propios, ligeros y sutiles como los de una catedral gótica.

Otro fenómeno a destacar es el de la vitalidad de la Ley, que ha subsistido, más en espíritu que en cuerpo, a través de un tiempo que ya es secular. Ni los avatares políticos, ni los embates sociales, ni la evolución inexorable del Derecho en general, han determinado la extinción de una Ley de esa importancia, y ello porque hundió sus raíces en las profundidades de la vida y de la conciencia nacional.

La Ley Hipotecaria se va pareciendo a esas catedrales construidas con una determinada fisonomía, por las que desfilan luego diversas civilizaciones, las cuales se consideran obligadas a dejar su impronta en forma de añadidos, reformas o destrucciones. Con fino instinto, el visitante busca el primitivo estilo, el verdadero creador, al cual coloca en el lugar preferente, en un orden normal de valoraciones.

La Ley Hipotecaria ha sufrido heridas heroicas, arrugas de ancianidad. Su vida ha sido difícil y gloriosa, pero aún sobrevive y con afán de «plus ultra», a pesar de todo. Por ella han pasado vendavales políticos, huella de los cuales quedaron marcadas con las Leyes de 15 de agosto de 1873 y 5 de julio de 1938, ambas sobre Registros destruidos. Leyes modificativas de su contenido y fondo, como la de 21 de diciembre de 1869 y la de 17 de julio de 1877. Salvó, seguimos creyendo que por suerte, al menos en el aspecto artístico, el peligro de absorción surgido al publicarse el Código civil vigente.

La Ley de 21 de abril de 1909, incorporada a la nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria, edición aprobada por Real Decreto de 16 de diciembre de 1909, introdujo en ella importantes modificaciones y efectuó su adaptación al Código civil. Son muy numerosas las disposiciones de menor entidad que la hacen objeto de retoques, pasando por su Reglamento de 6 de agosto de 1915, pero no sufre una fuerte, y diríamos peligrosa conmoción, hasta la

Ley de 30 de diciembre de 1944, Ley que merece mayor extensión en su breve comentario.

* * *

No podemos disimular nuestra prevención frente a los intentos de poner mano en el texto de cualquiera de nuestras Leyes fundamentales, y más aún si se trata de una de tan delicada urdimbre como la Ley Hipotecaria. Sin embargo, había transcurrido mucho tiempo sin que se pusiera en práctica un experimento reformador de esa naturaleza. Habíamos vivido una Guerra de Liberación, y extinguido ya el fragor de ésta, se manifestó un intenso renacimiento de las actividades científicas de todas clases, que alcanzó de modo especial al derecho inmobiliario. Hay que subrayar las directrices establecidas en una Orden del Ministerio de Justicia de 1934, que encargó a la Comisión Jurídica Asesora la formación de un anteproyecto de reforma hipotecaria, el cual procuraría: conservar el espíritu y texto de la Ley vigente, con aquellas modificaciones que deban ser extraídas de las legislaciones más progresivas; obtener la rápida inmatriculación de toda la propiedad inmueble que debe ingresar en el Registro; establecer el principio de que sólo podrá constituirse, transferirse o extinguirse un derecho real sobre inmuebles, por acto o negocio jurídico, mediante la inscripción; armonizar los principios hipotecarios con los fundamentos de los derechos social y agrario y con las bases económicas de la explotación de la tierra; y armonizar el Registro y el Catastro con los Registros fiscales. Pero más que los interesantes principios contenidos en esta disposición, el impulso partió de la generación posterior a la Guerra, poseída de afán y savia nuevos. La Comisión especial designada por el Ministerio de Justicia en 1943 dió cima a su labor, y la Ley de reforma fué aprobada en 30 de diciembre de 1944.

Al igual que la de 1909, se limitó a modificar determinados artículos de la Ley antigua, pero no dictando, como aquélla, unas normas necesitadas de ulterior desarrollo, sino redactando de nuevo el texto literal de ciertos artículos.

El texto legal vigente lleva fecha de 8 de febrero de 1946, consta de 315 artículos y fué redactado en cumplimiento de la disposición adicional 2.^a de la Ley de reforma.

La modificación debe notarse que actúa sobre la base de la Ley de 1861, cuyo hecho demuestra la fortaleza y repercusión de esta última. No se pretendió instituir un nuevo régimen de la propiedad inmueble que sustituyese al anterior, sobre principios modernos y realmente innovadores, ni siquiera seguir aquellas directrices claramente definidas en la Orden citada de 1934, sino que respetó el marco vigente, haciendo gala de igual timidez y prudencia que la que se atribuyó a los legisladores de hace un siglo. Se reforzaron los principios de legitimación y fe pública registral, con el designio de fomentar la inscripción, y se depuró el Registro de cargas y gravámenes caducos.

Merece ser destacado un extremo muy importante a que alcanza la reforma, el cual consiste en la expulsión radical de la posesión del recinto hipotecario. No puede ocultarse que tal decisión legislativa sorprendió un tanto en el mundo jurídico hipotecario, hasta el punto de que todavía hoy es medida que cae dentro de lo opinable y puede merecer serios reparos.

Ninguna consideración nos movería a formular este comentario si no concurriese la circunstancia de que la primitiva Ley, en sus artículos 397 y 403, mantuvo, como es sabido, un criterio diferente. Preocupado aquel legislador por el supuesto, hartó frecuente, de falta de titulación acreditativa del dominio y por la gran masa de bienes inmuebles que, en consecuencia, habían de quedar a extramuros del Registro, permitió que el propietario carente de título de dominio escrito pudiera inscribir su derecho, justificando su posesión ante los Tribunales. Andando el tiempo, se perfeccionó el sistema, añadiendo a las informaciones posesorias fuertes garantías, y se llegó a permitir la conversión de los asientos de simple posesión en inscripciones de dominio, por el transcurso de diez años, forma de prescripción *secundum tabulas* que se apartaba de los moldes de nuestra legislación civil y que implícitamente proclamaba la fuerza depuradora y convalidante de la inscripción. Sabía el legislador de 1861 que la exigencia de una titulación perfecta para acceder al registro y la voluntariedad del sistema mermarían grandemente y de consuno el área de su implantación y lo dejaría reducido a un régimen de minorías. Por ello apuntó a una solución, si se quiere imperfecta, pero atinada y sabia.

La Ley de 1944, radical en sus disposiciones, es vacilante en el

razonamiento, pues en su preámbulo, después de afirmar que el derecho a poseer o *jus possidendi*, como parte integrante del dominio, es un derecho real (*sic*) que el Registro debe reflejar y proteger, añade que «el mero hecho de poseer, en cambio, si bien trasciende jurídicamente, con dificultad alcanza la integridad de un derecho real». La primera afirmación es evidente y añadiríamos que ociosa, puesto que el *jus possidendi*, como facultad inherente al dominio, goza de la protección que la inscripción dispensa al todo, al derecho de dominio, al soberano de los derechos reales. De la segunda afirmación se desprende que ha de negarse a la posesión la categoría de derecho real o de tal derecho, tomando resueltamente partido ante la dualidad creada en el campo doctrinal, en el que, pese al estudio exhaustivo realizado de la institución posesoria, todavía no se ha dicho la última palabra.

Se ha subestimado el vigor de la posesión, que entraña una relación inmediata y directa con la cosa, que es reflejo fiel de la realidad física y que dispone de unos efectos trascendentes y generales reconocidos por la Ley, por ejemplo, mediante las acciones interdictales. La propia Ley de reforma cimenta en el hecho posesorio el funcionamiento de la prescripción, aun contra las declaraciones del mismo Registro, contra la fe pública.

Sin ánimo de polémica, que ni la intención ni la naturaleza del momento permiten, quede como simple interrogante la aprensión que sentimos de que se ha podido ir más allá de lo debido, expulsando la posesión de un lugar en que recibió razonable acogida por obra de los legisladores de entonces.

Constituye todo ello un desamparo de la propiedad humilde, entregada cada día más a su medio natural, que es la clandestinidad; no es admisible la repudiación de las famosas informaciones posesorias, en su condición de títulos judiciales y, de otro lado, la medida no favorecerá ciertamente el ingreso de la propiedad en el sistema, por cuanto acentúa sus caracteres restrictivos, aunque sean éstos más perfectos.

En el sentido de fomentar la inscripción, la Ley última ha mantenido el procedimiento inmatriculador del antiguo artículo 20, que pasó a ser el 205 de la actual, no sin manifestar que, en pura doctrina, debería ser derogado. Es de esperar que los títulos públicos, en las condiciones que prescribe el nuevo Reglamento

Hipotecario, abran un amplio cauce que compense de esa amputación posesoria.

No cabría realizar estas objeciones o reparos, si el legislador hubiera planeado una auténtica y fundamental reforma de nuestro sistema inmobiliario, basado en disposiciones de derecho necesario. Si otros países ignoran la posesión como derecho real inscribible, ello obedece a que sus sistemas son de tipo preceptivo y no permisivo, y los derechos reales son limitados y de configuración definida, en tanto que el nuestro añade, a la voluntariedad de la inscripción, el ilimitado número de los actos y contratos de trascendencia real que, sin nombre propio en derecho, modifiquen alguna de las facultades del dominio sobre inmuebles, como disponen la Ley y el Reglamento en sus artículos 2.º y 7.º, respectivamente. No se ve fundamento a la vista de estos preceptos, para negar a la posesión efectos registrales, ni siquiera los de mera provisionalidad, a través de la anotación preventiva.

Saludables han sido los efectos de la reforma en lo que respecta al expurgo de cargas y gravámenes ya extinguidos, entre los que se incluye el derecho real de hipoteca. Existen, no obstante, derechos reales inscritos, que, a pesar de hallarse extinguidos, conforme al título de constitución, al no haber sido comprendidos en la enumeración de las disposiciones transitorias de la Ley, ni ser de los caducados conforme a la misma, cabe la duda de si pueden ser cancelados de oficio sin consentimiento del titular, basándose sólo en el contenido de la inscripción, dada la imposibilidad o grave dificultad para aportar los títulos que produjeron aquellos asientos.

La adaptación al Código civil, en razón de las últimas modificaciones introducidas en éste, especialmente en materia de propiedad horizontal, era una necesidad a la que atendió cumplidamente la última reforma.

* * *

Sería labor prolija la de formular un balance de lo mucho que la vida nacional debe a nuestra Ley Hipotecaria de 1861.

En el orden político significó un poderoso aglutinante del pensamiento jurídico nacional, puesto que su aplicación alcanzó a

todo el territorio español, incluso a las comarcas que mantienen su diversidad legislativa.

Ya la Pragmática de 1768 disfrutó de un vigor caracterizado por la generalidad, si se exceptúa Navarra, cuyas Cortes no implantaron las Contadurías de hipoteca hasta el año 1817.

Aunque la citada Ley fué continuadora de una situación creada anteriormente, es evidente que la confirmó, reforzándola más aún, dándose el caso altamente significativo de ser en territorios de derecho foral donde el sistema obtuvo la aceptación más lisonjera. Por ello representó y aún representa un fuerte elemento de creación de esa comunidad político-jurídica nacional, definida en nuestras Leyes fundamentales como la intangible unidad entre los hombres y las tierras de España.

Socialmente nuestra Ley Hipotecaria ha sido el crisol en que se han vertido todos los esfuerzos legislativos para una racional y justa utilización de la riqueza inmueble. Las disposiciones promulgadas para la construcción de viviendas con destino a los más necesitados, entre las que destaca la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 15 de julio de 1954, han buscado el cauce de nuestra legislación inmobiliaria como apoyo ineludible para su desarrollo y para el aseguramiento del crédito, de grandes proporciones, procedente, en especial del sector público.

La propiedad agraria, peligrosamente dividida, después de varias generaciones, y en trance real de ver disminuido su rendimiento hasta alcanzar extremos antieconómicos, por las condiciones mismas de cultivo, ha sido objeto de un plan de concentración en extensas comarcas, a partir de la Ley de 20 de diciembre de 1952, Ley que ha seguido la línea de tan interesante experiencia desarrollada con gran éxito en varios países europeos. Las diferentes disposiciones dictadas con posterioridad han sido refundidas en el texto aprobado por Decreto de 10 de agosto de 1955. Esta operación ha sido ligada estrechamente con el Registro de la Propiedad, en el que inexcusablemente han de ser inscritas las fincas y situaciones resultantes de la concentración. También el Registro garantiza la conservación y permanencia de ésta, haciendo constar la indivisibilidad de las fincas de reemplazo que resulten de extensión igual o inferior a la unidad mínima de cultivo y, en todo caso, la de las unidades-tipo. Por primera vez se

exige, a estos efectos, acompañar con el título, croquis de la finca objeto de división, detalle que es un indicio de lo que debe ser un moderno sistema de Registro, el cual ha de hallarse vinculado a los Centros y Oficinas encargados de los archivos topográficos.

En el aspecto económico, son harto conocidos y ya tradicionales los beneficios derivados del contrato de hipoteca, como palanca movilizadora del crédito territorial. La regulación de esta materia fué preocupación fundamental de aquellos legisladores y dió nombre a la propia Ley, como si su finalidad hubiera consistido únicamente en el establecimiento de la normativa de ese derecho real.

El volumen de hipotecas, como factor económico, está reflejado en las estadísticas publicadas oficialmente y, según ellas, con esa garantía y por lo que a inmuebles rústicos y urbanos respecta, fueron movilizados en el año 1959 11.734 millones de pesetas, dato que pone de relieve lo que representa la Ley en el cuadro de la economía nacional. El portentoso crecimiento y la suntuosidad de nuestras más modernas ciudades ha sido, en gran parte, fruto de la Ley Hipotecaria, que, con su letra y espíritu, sirvió para reunir en un común esfuerzo todos los medios económicos, laborales y técnicos, bajo una rúbrica común: la seguridad.

En el orden fiscal, la importancia de la institución hipotecaria alcanza cada día más alto relieve técnico y mayor complejidad. La Ley Hipotecaria continuó también en este punto la tradición. Sabido es que el Real Decreto de 23 de mayo de 1845 encomendó a las antiguas Contadurías la liquidación del Derecho de hipotecas, antecedente próximo del Impuesto de Derechos reales, que en gran parte es hoy función de las Oficinas liquidadoras de Partido. No se concibe la recaudación de este tributo sin estar asociada al Registro de la Propiedad, en donde radican todos los datos y medios comprobantes para efectuar su exacción justa y fácil. Los desenvolvimientos alcanzados por este impuesto en los modernos tiempos, ponen de manifiesto sus cualidades para conseguir una justa distribución de la riqueza y lo acreditan como arma política de primer orden, utilizable para la consecución de fines sociales.

El Registro de la Propiedad ha sido y es el más firme baluarte amparador de los principios que informan la vida política y so-

cial de la nación, principios encarnados en el seno de la civilización occidental. Es la salvaguardia del derecho de propiedad, en cuanto el Estado español reconoce y ampara este derecho, como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales de todos los españoles. El registro acredita su flexibilidad para reflejar los matices o limitaciones que exige la subordinación del derecho de propiedad a los intereses supremos de la nación.

Repartidas por toda la geografía del país, el hombre del campo entra confiado en esas oficinas para resolver sus problemas jurídicos, económicos y familiares. Allí encuentra consejeros de sólida formación científica y moral, quienes, en el ejercicio de un ministerio, que es continuación de la función pública, aclara con su dictamen las más intrincadas cuestiones, contribuyendo con su actuación, revestida de autoridad y en misión de verdadera jurisdicción voluntaria y rogada, a la evitación de «pleytos y estelionatos», como decía nuestro derecho histórico. El gran mérito de la Ley de 1861 reside en el principio de estabilidad y continuidad que proyecta en nuestra sociedad condicionando fuertemente el desarrollo de la vida jurídica de la nación a través de los años.

* * *

Después de este bosquejo, más literario que científico e histórico, podemos concluir que estamos muy lejos de poder redactar el acta de defunción de la Ley Hipotecaria de 1861.

La ambición científica, el ansia natural de perfeccionamiento, se debate constantemente por lograr un sistema inmobiliario moderno que sustituya con ventaja al actual, al creado por aquella Ley, pero no se ve que esto se consiga. En efecto, sorprende la inestabilidad de criterio del propio legislador, cuando acomete reformas que llevan en su seno un espíritu contradictorio de cuanto contienen Leyes fundamentales merecedoras del máximo respeto. Así acontece con la reciente Ley 48 /1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, que asigna a la inscripción de aeronaves en el Registro Mercantil carácter voluntario, a diferencia de lo dispuesto en el Código de Comercio respecto a los buques, con los que la aeronave guarda una identidad evidente en punto a su naturaleza, y contradictoria también con las disposiciones del Re-

glamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, que en su artículo 179 preceptúa la obligatoriedad de la inscripción de la aeronave. No merece aplausos, desde un punto de vista científico, la orientación marcada por esa Ley, demostrativa de que se está lejos de concebir un sistema inmobiliario congruente y homogéneo, quizá por falta de un auténtico pensamiento creador y, sobre todo, sistemático.

Aquellas finalidades que la Dirección General de Registros señala reiteradamente en su jurisprudencia, garantizar la propiedad y el tráfico jurídico, proporcionar bases sólidas al crédito territorial y conceder la mayor seguridad a los titulares de derechos reales inscritos, fueron llenadas honorablemente por la anciana Ley Hipotecaria, a pesar de sus defectos y de ser una Ley de alcance limitado.

Es cierto que toda reforma esencial, de verdadero fondo, ha de partir del carácter imperativo y no potestativo del sistema, lo cual requiere una reforma legislativa de conjunto, para lograr sobre todo una clara y real determinación física de la finca, que guarde paralelismo con los asientos del Registro.

La generalidad y alcance uniforme del sistema, impondría conceder un tratamiento adecuado a la pequeña propiedad, en orden a gastos y formalidades, misión protectora que debe pesar sobre el Estado, como vemos que se estimó al acometerse recientemente la concentración agraria.

Al Estado interesa, por multitud de razones, tener ordenada y jurídicamente sistematizada toda la riqueza nacional y, con más motivo, la de su propiedad inmueble, por ser la base física del propio Estado y la fuente primaria y natural de los elementos indispensables para la existencia del hombre.

Vivamos, sí, con la ilusión de un futuro hipotecario mejor, pero hasta que ello no se logre, defendamos las esencias institucionales que aquella Ley insigne implantó y, desde esta latitud histórica, miremos hacia ella con respeto y admiración y, a su recuerdo sentimental en esta fecha memorable, unamos el público reconocimiento de los grandes beneficios que dispensó a la ciencia y a la vida jurídica de España.

PEDRO VILLACAÑAS GONZÁLEZ,

Registrador de la Propiedad
y General Auditor del Aire.

El Catastro y el Registro

EL CATASTRO: HISTORIA Y FINES.—SU IMPORTANCIA EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—LEGISLACION VIGENTE EN MATERIA CATASTRAL.—COORDINACION ENTRE EL CATASTRO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

I.—EL CATASTRO: HISTORIA Y FINES.

A) *Noción del Catastro.*

1.—El Catastro es una Institución administrativa al servicio de intereses públicos de orden fiscal, económico y social. Y se estructura y organiza por la Administración del Estado como un catálogo de la riqueza territorial del país, complementado con el avalúo de los inmuebles comprendidos en el mismo.

Parece ser lo cierto que tan sólo con la finalidad u objetivo de calcular la renta imponible surgió el Catastro como realidad histórica. La afirmación responde a un riguroso principio de Derecho Fiscal, a saber: *la necesidad de predeterminar el objeto o materia imponible*. O lo que es lo mismo, fijar la riqueza individual cuya posesión, disfrute o comercio es causa determinante de la imposición. De ahí que cuando la técnica fiscal considera la propiedad territorial como riqueza imponible, procure valorarla

individualmente mediante operaciones especiales de determinación descriptiva y gráfica cuyos resultados se consignan en mapas y en libros o registros tributarios a los que se llama Catastro. Así lo reconoce Flora (1) al definirlo como inventario general de la riqueza territorial y su estimación o valoración para fines fiscales y jurídicos.

La institución del Catastro se justifica, no obstante, en términos mucho más ambiciosos. No son únicamente los intereses fiscales los que se ven servidos por la Institución catastral, según veremos más adelante. Pero ahora tan sólo habremos de exponer en qué consiste la Institución como realidad objetiva y cómo se desenvuelven los servicios catastrales.

2.—La materia propia del Catastro se concreta en *circunstancias de hecho relativas a la existencia, ubicación e identidad de los predios*. Y, también, a la valoración económica de los mismos. Así viene a reconocerlo, en nuestro país, el art. 1.º de la Ley fundamental de 23 de marzo de 1906, según el cual «el Catastro parcelario en España tendrá por objeto la determinación y representación de la propiedad territorial en sus diversos aspectos...» Y cuyo art. 2.º declara que «el Catastro comprenderá, en su conjunto, la enumeración y descripción literal y gráfica de los predios rústicos y forestales, pertenencias mineras, solares, edificios, salinás, etc., con expresión de superficies, situación, linderos, cultivos o aprovechamientos, calidades, valores, beneficios y demás circunstancias que den a conocer la propiedad territorial y la definan en sus diferentes aspectos y aplicaciones.»

3.—Los legales objetivos del Catastro se logran mediante realizaciones técnicas de variada especie (2), que se concretan, *gráficamente*, en un mapa de redes geodésicas y topográficas, y, *literalmente*, en documentos, libros y cédulas complementarios del mapa. Tales técnicas realizaciones comprenden trabajos u *operaciones planimétricas y topográficas*, a cargo del Instituto Geográ-

(1) *Manual de ciencia de la Hacienda*, t. I, pág. 515.

(2) Véase *El Catastro de la riqueza rústica en España*, de GARCÍA-BADELL, página 14 y sigs. Publicación del Ministerio de Agricultura.

fico y Catastral (3) *y operaciones agronómicas y de evaluación*, realizadas por los servicios catastrales del Ministerio de Hacienda (4).

a) La *parte planimétrica* estará constituida por el *plano del término municipal*—dice el art. 4.º de la citada ley de 1906—, con las líneas de sus límites jurisdiccionales demarcadas por hitos o mojones numerados. Y dentro de tal línea perimetral se sitúan los *polígonos topográficos*, determinados, a su vez, por las líneas permanentes del terreno o sus accidentes más notables, como ríos, canales, arroyos, pantanos, fuentes, lagunas, vías de comunicación, etc.

b) La *parte agronómica* comprende:

a') El *reconocimiento de las parcelas catastrales*. Esto es, la *apreciación pericial, sobre el terreno, de su destino* y demás características para su identificación, incluido el nombre de su propietario o poseedor.

b') La *descripción literal de las parcelas catastrales*. Es decir, la *transcripción o reseña en los documentos catastrales de sus condiciones topográficas*.

c) La *parte evaluatoria* comprende los estudios económicos de la zona o perímetro donde radica la parcela valuable y las operaciones de cálculo determinativas de la evaluación. Como advierte GARCÍA-BADELL (5), el valor de cada parcela se logra conjugando su respectiva extensión superficial y el *valor tipo o unitario* correspondiente. Lo que exige realizar un primer *estudio clasificativo* de todos los cultivos y aprovechamientos de la zona y un segundo *estudio clasificativo* de la diversa intensidad de producción en cada una de tales calificaciones. Y conocida, así, la *calificación y clasificación* de cada parcela, su evaluación vendrá representada por el *producto que resulte de multiplicar su respectiva extensión* por la cifra que corresponda, en la tarifa de valores y beneficios imponibles, *a la unidad superficial clasificada*.

(3) Artículo 11 de la Ley de 1906 y Ley de 6 de agosto de 1932, art. 2.º

(4) Artículos 13 a 22 de la Ley de 1906 y Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de septiembre de 1934.

(5) Obr. cit., pág. 18.

4.—La técnica catastral, de progresiva evolución en todos los países, y también en España, no siempre ajustó sus servicios a la expuesta ordenación de operaciones. De ahí la clasificación de Catastros que hace Alcaraz Martínez (6) y en la que separa exactamente, los tipos de *Catastro parcelario gráfico*—que son los perfectos—de los Catastros por *masas de cultivo, amillaramientos y avances estadísticos*, que, como dice GARCÍA-BADELL (7), no constituyen verdaderos Catastros.

A.—Catastro parcelario o descriptivo del inmueble y de su titularidad dominical	De descripción gráfica y literal de las unidades topográficas ...	Con elementos cuantitativos exactos ...	Con previo deslinde y amojonamiento contradictorio	Catastros jurídicos.
		Con elementos cuantitativos aproximados	Sin deslinde ni amojonamiento ...	
			Sin deslinde ni amojonamiento ...	Avances.
		De descripción literal imperfecta y elementos cuantitativos aproximados		Amillaramientos.
B.—Catastro estadístico o descriptivo de la riqueza solamente	De descripción gráfica con elementos cuantitativos exactos y descripciones literales complementarias			Masas de cultivo.
		De descripciones literales y numéricas más o menos exactas		Amillaramientos.

5.—A la vista del precedente cuadro sinóptico, bien se advierte que los llamados *Catastros jurídicos* son los verdaderamente precisos y perfectos. Pues si a la ordenación planimétrica y al replanteamiento pericial de los terrenos se agregara un *deslinde y amojonamiento contradictorio y judicial, único que permite atribuir derechos* y, por tanto, garantizar la extensión objetiva del dominio sobre los inmuebles identificados, evidente resulta que con base en tal identificación catastral coordinada con la inscripción obligatoria del dominio en el Registro de la Propiedad, puede el propietario descansar tranquilo sin temor a intromisiones

(6) ENRIQUE ALCARAZ MARTÍNEZ: *Medios rápidos, seguros y económicos para llevar a cabo los catastros con las mayores ventajas para el Estado y los particulares*. Memoria del IX Congreso Internacional de Agricultura, 1911. Cita de GARCÍA-BADELL en obra citada, pág. 15.

(7) Obr. cit., pág. 17.

de vecinos codiciosos, ya que, como advierte De Pando, sólo así dejarán de ser los linderos ese perpetuo germen de disputas, quimeras y litigios con que se ve amenazada la propiedad territorial (8).

Mas como el levantamiento perimetral de las fincas resulta lento y costoso y el deslinde judicial es una obra ingente y cara y de imposible exigencia a la acción privada de los propietarios, las operaciones catastrales han tenido que irse adaptando a las posibilidades económicas de la Administración en cada momento, sacrificar intereses y acomodar su realización a los periodos de avance y a la confrontación de los deslindes por peritos o prácticos rurales, sin garantía jurídica ni posibilidades de ser impuestos como verdad absoluta en la esfera de los derechos privados. Y concretar su aportación a los límites de su esfera técnica, extraña por naturaleza al llamado «valor jurídico del Catastro», espejuelo—como dice GARCÍA-BADELL (9)—que «ha servido para engañar a los incautos que creen cosa fácil dar este valor a los trabajos catastrales sin tener en cuenta que para conseguirlo habrían de cambiarse disposiciones sustantivas esenciales de nuestro Código Civil y Ley Hipotecaria».

6.—No es de hacer aquí la detallada explicación de los trabajos topográficos y evaluatorios que desarrolla la técnica catastral en los distintos periodos—de avance y de conservación o rectificación—que comprende su progresiva realización. Ni tampoco su comparación con las prácticas geodésicas y cartográficas más avanzadas y perfectas de otros países. Ni mucho menos su estudio crítico. Ello escapa al concreto y técnico objetivo del Derecho civil e inmobiliario registral, que tan sólo opera con la *finca* como ente jurídico y objeto material del tráfico.

Mas si conviene subrayar que el Catastro, aun a través de su perfeccionada técnica actual, opera sobre realidades un tanto imprecisas, ya que—como antes se dijo—la identificación y descripción de los predios se logra con referencia a características topográficas de la zona de su situación, referidas al mapa geodésico y

(8) RAMÓN DE PANDO Y ARMAND: *El fracaso del avance catastral en sus aplicaciones jurídicas y sociales*. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1925, página 52.

(9) Obr. cit., págs. 54 y 55.

cuya coincidencia con la realidad física no es siempre segura. De ahí su valor relativo.

Ello tiene como explicación que la técnica catastral opera *con la parcela*, que es, como la subparcela, una *unidad tipo*, módulo o *patrón de referencia para identificar la finca*.

La parcela, según la técnica topográfica, es un trozo continuo de terreno sito en un mismo Municipio y cerrado por una línea poligonal, que pertenece a uno o varios propietarios y que figura representada y medida en los mapas catastrales del Estado.

Y aunque el art. 6.º de la ley de 23 de marzo de 1906, al definir o identificar la parcela, dice que ésta «pertenece a un solo propietario o a varios pro-indiviso», tal definición resulta inexacta, porque no responde a la realidad. Lo que la ley define como parcela no es sino *la finca*. Que si bien puede coincidir en su identidad con la parcela, son, real y técnicamente, entidades distintas.

La finca no es la parcela. Y por tanto, no figura representada como una concreta unidad objetiva en el mapa catastral, sino formando parte de una parcela, coincidiendo con ella o integrada por varias parcelas. Y su determinación descriptiva en la cédulas y cartillas evaluatorias, igualmente, hace referencia a la distribución parcelaria del mapa y al polígono topográfico en que figura gráficamente representada la parcela.

7.—Esta falta de coincidencia entre la identificación de la finca por la técnica catastral o por los medios literales de la técnica notarial y registral, responde a la desconexión entre Catastro y Registro. Pues aun cuando su coordinación sea una necesidad sentida por ambas instituciones, en la realidad desenvuelven su vida en campos diferentes. El que es propio a su respectiva naturaleza y finalidad.

Como ya dijimos en otro lugar (10), *la finca*, que es el objeto material del comercio y el único ente con que el hombre especula en sus relaciones jurídicas de tráfico, ofrece una doble categoría de valores a la consideración del legislador, según el punto de vista—catastral o civil—desde el cual se la considere y estime, a

(10) Revista «Información Jurídica», julio-agosto, 1957, pág. 292.

saber: *en su estatismo o en la movilidad de su tráfico*. Como un bien de disfrute y de renta, cual la contempla el Catastro o como riqueza circulante, como objeto del comercio jurídico y, por tanto, sometida al exclusivo fuero del Código Civil y de la legislación hipotecaria.

Por eso, en conclusión, el Catastro parcelario debe concretar y circunscribir sus asistencias y aplicaciones a la técnica jurídica del tráfico inmobiliario, *aportando, tan sólo, sus contrastadas identificaciones de fincas*, garantía de su existencia material, de su ubicación e identidad. Aunque sus datos no sean absolutamente precisos. De ahí la conveniencia de insistir en la afirmación de que tales aportaciones deban ser fruto de *las coordinadas relaciones entre Catastro y Registro de la Propiedad*, deficientemente desenvueltas en general, salvo en países como Alemania y Suiza, de Catastro topográfico perfecto y anterior al régimen inmobiliario. Y como también puede decirse del régimen registral austriaco y del sistema italiano de supervivencia austriaca.

De la coordinación habremos de ocuparnos más adelante.

B) *Breve historia del Catastro y legislación vigente en materia catastral.*

1.—Recuerda Flora los antecedentes históricos del Catastro como institución al servicio de intereses fiscales. Y así nos dice que, con tal finalidad, fué usado en tiempos antiquísimos por los egipcios, quienes dos mil años antes de la Era vulgar procedieron a mediciones de terrenos para realizar el repartimiento de tributos proporcionalmente a la extensión superficial de los fundos.

Las prácticas agrimensoras pasaron de Egipto a Grecia, aunque con finalidad más amplia, pues sabido es que los estamentos sociales, según la legislación de Solón, se fundaban en la propiedad de la tierra. Y de Grecia pasaron a Roma, que ofrece ejemplo de los primeros censos de riqueza en el sentido moderno, en los que, con base en las declaraciones de los propietarios y bajo la inspección de los medidores y agentes del Fisco, se describían las diferentes clases de fincas sometidas a tributo. Censos que se utilizaban además para registrar el repartimiento de las tierras, cuestión de continua lucha entre el patriciado y la plebe.

Caído el Imperio y modificada la constitución de la propiedad, desaparecieron las instituciones censales. Y sólo se encuentran rastros de ellas en los Catastros descriptivos realizados por los árabes al conquistar España, el inventario más escrupuloso de la riqueza territorial en aquellos tiempos y al cual equipara el propio Flora el Catastro florentino de 1427, fundamento de la Décima, verdadero tributo territorial.

Las influencias feudales y la oposición de las clases aristocráticas y adineradas impide en todo el mundo el desarrollo de la institución, que no logra vencer las resistencias pasivas que obstaculizan su progresiva marcha sino cuando las revoluciones políticas facilitan el camino de su desarrollo. Muestras de ello se encuentran en Francia, en Italia y hasta en Inglaterra, donde la aristocracia—propietaria casi exclusiva del suelo hasta la revolucionaria reforma tributaria de Lloyd George en 1909—, había logrado impedir la formación de un Catastro que regulase el impuesto sobre el incremento del valor del suelo (11).

2.—En España también se advierten, como explica Roca (12), los acusados antecedentes romanos de la institución y de sus fines de repartimiento tributario. Y así, recuerda cómo en tiempos de Pedro I de Castilla aparece un indicio de Catastro en el llamado Libro-Becerro, o de las Behetrias (años 1352 y 1353). Y cómo en 1575 se ordenó por Felipe II al profesor de la Universidad de Alcalá de Henares don Pedro de Esquivel la formación de un Censo descriptivo del territorio español, que plasmó en el llamado Mapa de Esquivel, detallado y meticoloso trabajo cartográfico más que catastral, y que su autor dejó incompleto al morir.

3.—Mas lo que pudiéramos llamar el proceso de ordenación legislativa en materia catastral comienza en nuestra patria en el año 1715. Y debe ser estudiado, tomando la ley de 23 de marzo de 1906 como punto clave e histórico que divide dicho ordenamiento en dos grandes periodos: *anterior y posterior a dicha ley fundamental*.

(11) Véase nuestro trabajo *El Registro de la Propiedad y el Catastro*, en la revista «Información Jurídica», julio-agosto, 1957, pág. 289 y sigs.

(12) Obr. cit., t. III, pág. 888 y sigs.

a) *Periodo anterior a la ley de 1906.*

1.—En realidad, el ordenamiento legislativo de esta primera época se distingue por su *carácter esencialmente fiscal* y por seguir el *sistema de amillaramiento*, a base de las declaraciones de los propietarios y de complementarias operaciones de medición y valoración pericial y croquis topográficos.

Se inicia el periodo anterior a la ley de 1906 con el Decreto real de 9 de diciembre de 1715 y su complementaria Instrucción del Intendente general de Cataluña de 15 de octubre de 1716, reguladores de la contribución territorial en aquella región, mediante la creación de padrones de riqueza con la descripción y estimación de lo bienes raíces y las circunstancias individuales de sus propietarios o poseedores. Y desde 1749, reinando Fernando VI, en que por inspiración del marqués de la Ensenada se dispone la confección de planos geográficos del territorio nacional, por provincias, hasta la ley de 27 de marzo de 1900, que organiza el Catastro por masas de cultivo y clases de terreno, en todas las disposiciones legislativas sobre materia catastral domina de modo casi exclusivo la *finalidad fiscal* de perfeccionar el régimen de *imposición real* y la justicia distributiva de sus *repartimientos*.

2.—Los intentos de las Cortes de Cádiz en 1812, la creación del Instituto Geográfico en 1870 y la ley de 18 de junio de 1885 con su Reglamento de 30 de septiembre del mismo año, acusan este marcado carácter fiscal. Lo mismo que la ley de 27 de marzo de 1900 denominada «*Ley del Catastro, Cartillas evaluatorias y Registro fiscal de fincas y ganadería*», el Reglamento para su ejecución de 19 de febrero de 1901 y las Instrucciones de 6 y 8 de agosto del mismo año, a través de las cuales, mediante el sistema llamado de «masas de cultivo» y el Registro fiscal de fincas y ganados se articula un mejoramiento del régimen de imposición territorial, sustituye la contribución de cupo por la de cuota y se aparta a los Ayuntamientos de la intervención directa en la confección de los amillaramientos, aunque el reparto individual de la riqueza imponible queda todavía en sus manos.

b) *Período de la ley de 1906.*

1.—Como recuerda GARCÍA-BADELL (13), con la ley de 1900—de Catastro por masas de cultivo—los errores en las valoraciones globales disminuyeron evidentemente, y al encajar las declaraciones de superficie de los propietarios dentro de los planos poligonales levantados topográficamente, los errores de identificación quedaron reducidos. Lo que evidencia un paso ventajoso en la abundante legislación catastral de la época. Mas como su técnica no llegaba a lograr la individualización de la parcela, la equidad en el reparto impositivo individual no se podía ofrecer con garantías. De ahí su ineficacia y su fracaso, como antes el de la ley francesa de 1808, en la que se inspira la reforma de 1900.

Ello hizo que en 1902 se creara una Junta—que presidió don José Echegaray—para estudiar y proponer al Gobierno los medios más eficaces y el procedimiento más rápido y económico de formar, con la precisión suficiente, el *Catastro parcelario* de España, de *aplicaciones fiscales, económicas y jurídicas*.

Y a tales efectos, recuerda GARCÍA-BADELL (14), para lograr una identificación y valoración individual de la parcela, como meta u objetivo técnico, prevalecían dos corrientes de opinión. Una, la de quienes sostenían que a la valoración debería preceder un verdadero y completo *levantamiento topográfico parcelario*. Y otra representada por los que ante el elevado gasto que esta solución suponía, estimaban suficiente las *descripciones literales de las parcelas*, tomadas de las declaraciones de los propietarios y complementadas con una simple comprobación pericial de la superficie por funcionarios catastrales.

La referida Junta debió estudiar detenidamente ambas corrientes de opinión y, previa información pública, ofreció al Gobierno un proyecto que luego fué la ley de 23 de marzo de 1906, por la que se estableció en España el sistema de Catastro topográfico de individualización parcelaria, literal y gráfica. Y en cuyo texto (artículo 4.º), aun sin decidirse por ninguno de los dos criterios extremos antes dichos, adoptó una solución ecléctica que procuraba

(13) Obr. cit., pág. 52.

(14) Obr. cit., pág. 54.

conjugarlos, a saber: *dividir la formación del Catastro en dos periodos de realización consecutiva*. El primero, de *Avance catastral, con finalidad exclusivamente fiscal*, serviría de base al reparto equitativo de la contribución territorial. Y el segundo, de *conservación y rectificación progresiva del Avance, facilitaría la obtención definitiva del Catastro parcelario*, objeto de la ley, en todas sus aplicaciones. Esto es, el llamado teóricamente «Catastro jurídico».

El desarrollo técnico del nuevo Catastro regulado en la ley de 1906, en su Reglamento de 1913, y en abundante legislación complementaria y aclaratoria posterior, *se inicia, pues, con el Avance*, que se funda en el anticuado y desacreditado sistema de «masas de cultivo» y en las declaraciones juradas de los propietarios. *Y se habría de continuar en el segundo período*, llamado de *Conservación del Avance y formación progresiva del Catastro parcelario*, que prácticamente no llegó a vivir su previsto desarrollo, y en el que se decretaba la supervaloración del régimen catastral, atribuyéndole efectos tales que, aun llamados jurídicos por la propia ley, hipertrofiaban la institución y la privaban de viabilidad.

La ley de 1906 fué criticada desfavorablemente. Porque si del período de avance se censuraba su pobreza técnica, su finalidad exclusivamente fiscal, la lentitud de su realización y la multiplicidad de competencias administrativas de los servicios encargados de su desarrollo, la desorbitada energía de atribuciones que se daba a la institución en el segundo período de Conservación, su falta de coordinación con el Registro de la Propiedad y su utópica normativa de los títulos reales de propietario, justifican tales juicios desfavorables y que su eficacia práctica se concretase, tan sólo, al período inicial o de avance catastral.

2.—La ley de 3 de abril de 1925 y su Reglamento de 30 de mayo de 1928, dieron, prácticamente, por terminado el período de avance catastral iniciado por la ley de 1906 y por establecido el Catastro parcelario topográfico, único y definitivo. En el orden técnico, la ley de 1925 significaba un destacado perfeccionamiento de los trabajos planimétricos, sustituyendo el croquis a mano alzada del geómetra, que se practicaba en el período de avance, por el plano que habrían de levantar los técnicos del Instituto

Geográfico Catastral, previo levantamiento, por los propietarios, de actas de deslinde, con lo que se reputaban fijados los jalones precisos para que *causaran efectos jurídicos* los trabajos catastrales, se prevía la posibilidad de relacionar el Catastro con el Registro de la Propiedad, y que «... alguna vez se llegue a realizar la creación de títulos reales de valor jurídico incontrovertible, que sirvan para movilizar el crédito de la propiedad inmueble...»

En realidad, como dice GARCÍA-BADELL (15) el Catastro parcelario topográfico de la ley de 1925 *no tuvo valor jurídico, porque no podía tenerlo*. Era un catastro superior en técnica gráfica al *Avance de la ley de 1906*, pero continuaba siendo exclusivamente fiscal. Los llamados «efectos jurídicos» no eran sino lo que podían ser: teóricos e irrealizables enunciados. De ahí que en el año 1930 ya se iniciaran en el Ministerio de Hacienda los ensayos para volver a la legislación anterior. Lo que, al fin, se decide por ley de 6 de agosto de 1932, derogatoria de la ley de 1925, y por la que se restablece la vigencia de la ley de 1906.

La ley de 1932 mantiene, de un lado, la competencia de la Dirección General del Instituto Geográfico Catastral en la organización de la labor topográfica y conservadora de los planos parcelarios, y de otro define la de la Dirección General de Propiedades y Contribución Territorial del Ministerio de Hacienda, de cuyos servicios técnicos dependería la identificación y valoración de las parcelas (art. 5.º). Y al propio tiempo dispone (art. 6.º) la aplicación de la fotografía aérea al Avance catastral, a fin de que los antiguos croquis fueran sustituidos por este moderno procedimiento que habría de mejorar la precisión de los trabajos. Con ello vinieron a intervenir en la realización de labores catastrales los técnicos aeronáuticos, por lo que el Decreto de 6 de mayo de 1933 asignó a la Dirección General de Aeronáutica los cometidos y competencias que eran propios de las funciones que se le encomendaron.

Con tan radical cambio de orientación, confirmado por Decreto de 31 de agosto de 1934 y Ordenes ministeriales de 5 y 19 de septiembre del mismo año, se volvía, recuerda GARCÍA-BADELL (16), al Catastro de masas de cultivo, desechado antes por antiguo e

(15) Obr. cit., pág. 78.

(16) Obr. cit., pág. 83.

ineficaz. Y hasta vino a admitirse un nuevo periodo de realización que el art. 10 del Decreto de 1934 denominaba de *Registro fiscal de rústica*, y que se reputaba previo a los de Avance y Parcelario.

C) *Legislación vigente en materia catastral.*

Puede decirse que con las disposiciones legales de 1934 se concreta la legislación vigente en materia catastral. Constituida por la ley de 23 de marzo de 1906, completada por la de 29 de septiembre de 1910, Reglamento de 23 de octubre de 1913, Reales Decretos de 3 de marzo y 3 de septiembre de 1917 y la innovadora ley de 6 de agosto de 1932. Las disposiciones posteriores a este enumerado Estatuto legal son normas aclaratorias, interpretativas o complementarias de la legislación ya vigente. En efecto:

Suspendidos los trabajos catastrales por la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940 (art. 7.º), se reorganizan los encomendados al Servicio de Rústica del Ministerio de Hacienda por Orden de 16 de diciembre de 1941. Y por Orden de 1 de febrero de 1944 se dispone su reanudación con base en los planos parcelarios del Instituto Geográfico y Catastral o sobre las fotografías del terreno, al propio tiempo que se atiende a la conservación de los Catastros ya realizados y que se formen en lo sucesivo. Trabajos cuya realización se provee por contrata, reservadas a las Corporaciones locales y, en su defecto, a los ingenieros Agrónomos y de Montes, ayudados por peritos Agrícolas o ayudantes de Montes.

A partir de 1944, la legislación administrativa en materia catastral se contrae a disposiciones relativas a la ejecución de labores técnicas, a delimitación de competencias y a la retribución de servicios o fijación de emolumentos a los funcionarios. Y también a comprobar e intensificar las labores de conservación y revisión de valoraciones (Ordenes de 20 de enero de 1950 y 16 de marzo de 1953). Asimismo es de señalar la Orden de la Presidencia de 24 de noviembre de 1953, que dispone planes anuales de trabajos catastrales a realizar por las Direcciones Generales de Propiedades y del Instituto Geográfico y Catastral. Y la Ley de Reforma Tributaria de 27 de diciembre de 1957, que autoriza en su art. 43 al Ministro de Hacienda para que adopte cuantas me-

didias estime pertinentes para completar el Catastro parcelario en el plazo más breve posible.

D) *Fines del Catastro.*

Como acertadamente dice Jerónimo González, la *finalidad* del Catastro debe ser la *representación gráfica de los inmuebles*. Y su *objeto único* y básico, *individualizar y describir la existencia física* de los mismos. Mas con esta sintética expresión no se logran conocer en todo su alcance los fines del Catastro, de una evidente amplitud, como *inventario de la riqueza* inmobiliaria del país.

En realidad y según el art. 1.º de la ley de 1906, los fines o aplicaciones del Catastro son de carácter *económico, social, jurídico y fiscal*.

a) En el *orden económico* destacan objetivos tan importantes como el régimen de la propiedad agrícola en sus distintas modalidades y formas arrendaticias; las distintas producciones agrícolas y el ordenamiento de su reparto, tan ligado al problema de los abastecimientos y transportes; los beneficios de los distintos cultivos y clases de terreno; y en general cuantos datos se hacen necesarios para orientar la legislación y la política económica de la nación.

b) En el *orden social* sobresale la utilidad de la información catastral para orientar la política agraria de la colonización, de la concentración parcelaria, del regadío, de la distribución de población agrícola y del trabajo en el campo, entre otras.

c) En el *orden fiscal* o tributario estricto, que es el fundamental y casi exclusivamente atendido, se concreta la finalidad del Catastro en «el equitativo reparto del impuesto territorial», al cual ha supeditado toda su técnica realización. Y también, como recuerda Roca, al impuesto progresivo sobre la renta, a cuyo efecto es de subrayar la valiosa aportación del Catastro al Registro de Rentas y Patrimonios.

d) Las aplicaciones que la ley de 1906 llama, impropriamente, de carácter *jurídico*, son las que en puridad merecen el calificativo de *civiles* y se contraen a la *identificación* física de los in-

muebles como objeto o sustancia de relaciones jurídicas de tráfico y, también, a la cooperación catastral en la buena organización y funcionamiento de los sistemas de Registro inmobiliario.

Tales son los fines que corresponden, por naturaleza, a la institución del Catastro, aunque tan sólo los de carácter fiscal hayan sido atendidos. Y todos ellos reclaman la misma atención e interés. Pues tan sólo si se orienta el Catastro al servicio de las finalidades estadísticas, económicas y social-agrarias junto a las de carácter tributario, puede ofrecer las utilidades fiscales apetecidas y unos rendimientos que, como dice García-Badell (17), no pueden valuarse en pesetas, pero que serían la base y directriz de nuestra economía hasta encauzarla, dirigirla y darle un impulso poderoso y eficaz.

II.—IMPORTANCIA DEL CATASTRO EN RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: LA COORDINACIÓN.

1.—La importancia de lo que ofrece el Catastro al Registro de la Propiedad se concreta en la aportación de fehacientes descripciones de fincas que garanticen el hecho de *su existencia física, ubicación e identidad*. Y ello con la finalidad de que al adquirirse los Derechos reales inmobiliarios pueda ser conocido, con certeza, el objeto material de su contenido.

Como dice Jerónimo González, «el Catastro, cumpliendo su fin esencial, declara que *determinado predio existe, tiene realidad física*, y cuáles son sus características de situación, medida superficial y linderos, *y con estas mismas circunstancias físicas debe figurar inscrito* en el Registro de la Propiedad». Por tanto, cuando esta coincidencia en la identificación o individualización de la finca sea una realidad, podrá decirse, con rigurosa exactitud, que el Catastro ha reportado al Registro una utilidad efectiva.

Mas no olvidemos, según se dijo antes, que Catastro y Registro son Instituciones que desenvuelven su vida y objetivos en círculos de actividad totalmente distintos. En círculos concéntricos pero en plano diferente. Y que si la comunicación entre ambos resulta

(17) Obr. cit., pág. 102.

necesaria, ello no excluye la autonomía funcional de cada institución, ni el obligado respeto a sus respectivas y específicas finalidades. Es decir, que la convivencia y comunicación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro debe articularse a través de una reglada reciprocidad de aportaciones.

2.—No deberá olvidarse nunca que la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario y del crédito territorial es finalidad exclusiva del Registro de la Propiedad. Y, por tanto, que la aportación catastral a la identificación de las fincas es de valor complementario, siempre será *medio instrumental* para individualizar los inmuebles que son objeto o contenido de las relaciones jurídicas inscribibles. Del mismo modo que la aportación que el Registro ofrezca al Catastro habrá de ser, tan sólo, *elemento coadyuvante* a la identificación de las titularidades jurídicas sobre las fincas y de sus cambios reales. Y, también, a la *individualización* del propietario, tenedor o poseedor de las mismas, que, en definitiva, resulta ser el *contribuyente*.

Al ordenamiento de estas recíprocas aportaciones es a lo que la técnica catastral e hipotecaria llama *coordinación* entre ambas instituciones y que como cuestión de principio e impuesta por el orden natural de las cosas tiene entre nosotros una destacada realidad histórica, aunque fracasada.

3.—En el Derecho alemán y en razón a la perfecta sincronización del Registro y el Catastro, se organiza el primero con base en el *folio real*. Que comprende los datos referentes a la existencia física del inmueble (Catastro) y los relativos a su historial jurídico (Registro). Y así, a un mismo tiempo, el Registro es prueba y garantía de la existencia e identidad de la finca y de los derechos sobre la misma constituidos.

En cuanto a la finca, la Hoja catastral (Fluurbuch) comprende todos los datos referentes a la inmatriculación del inmueble en el Registro, previo su deslinde e identificación y a la constatación de cuantas alteraciones pueda sufrir la finca en extensión superficial, cultivo, plantaciones, edificaciones e incorporaciones o desmembraciones.

En cuanto a los derechos sobre la finca, las Hojas del Registro de la Propiedad (Brundbuch) constatan de una manera concreta y específica todas las relaciones jurídicas de tráfico que tienen el inmueble por objeto o contenido, verbigracia, enajenaciones, transmisiones, constitución de cargas y gravámenes, etc.

Entre uno y otro Registro, pues, la concordancia y correlación, garantizada por el Estado, es perfecta. Y todos los efectos jurídicos de la inscripción se operan de modo conjunto y unitario. Hasta el punto, que tan luego a una finca se le abre su correspondiente folio en el Registro, su existencia física queda como transfigurada o embebida en el ente jurídico registrado, que así se constituye, prácticamente, en el verdadero objeto de los actos de tráfico.

En el Derecho suizo, de destacada inspiración e influencia germánica, también se da esta saludable *conjunción de aportaciones*. Prácticamente no hay más tráfico inmobiliario que sobre fincas catastradas. Y al centrarse en la inscripción registral la fuerza legitimante de la tradición, el Registro es garantía de certidumbre y de firmeza en las adquisiciones. Máxime cuando el propio Código Civil reputa a los documentos catastrales parte integrante del Registro. Hasta el punto que su art. 668 no reconoce valor probante a los planos y mediciones catastrales hasta que están incorporados al archivo registral, una vez que forman parte de la institución registral.

De igual modo se produce la técnica del Derecho austriaco y del sistema tabular italiano de las antiguas provincias austriacas, a través de su bien organizada coordinación entre el *mapa catastral* (de datos físicos) y el *mapa tabular*, verdadera copia rectificadora del primero y parte integrante del Libro fondiario o del Registro.

Y en el Derecho francés, el nuevo ordenamiento de 4 de enero y 14 de octubre de 1955 ha establecido una estrecha concordancia entre Registro y Catastro. Ninguna modificación en la situación jurídica de un inmueble puede ser objeto de mutación catastral si el acto que la provoca no ha sido *previamente publicado* en el fichero inmobiliario y no se aporta un extracto que contenga la fecha, volumen y número del asiento en la Conservaduría de Hipotecas (art. 25 del Decreto de 14 de octubre de 1955). Y recíprocamente, las modificaciones o alteraciones en las par-

celas constatadas por el Catastro deben ser notificadas al conservador de Hipotecas.

Asimismo, en la reciente reforma argentina sobre el Registro inmobiliario de 5 de febrero de 1958, el capítulo IX del Decreto-ley que la desarrolla dedica los arts. 91 a 95 a establecer la oportuna correlación entre el Registro y el Catastro, en términos análogos a los del vigente Derecho francés.

4.—En nuestro Derecho, desgraciadamente, no ha podido verse lograda la tan deseada coordinación entre Catastro y Registro. La coordinación entre ambas instituciones se ha desenvuelto en nuestro país en la esfera de la especulación doctrinal, como tema de los estudios de Derecho agrario y de Derecho registral, como aspiración unánime de la técnica, como meta de la política económica y tributaria, pero como simple intento legislativo. En este último aspecto de constructivas realidades, la coordinación entre Catastro y Registro tiene su pequeña historia. A saber:

A) En 1861, cuando se publica la primera Ley Hipotecaria y nace nuestro moderno Registro de la Propiedad, el Catastro parcelario es una entelequia. El antecedente más inmediato sobre la identificación de fincas es el sistema de amillaramientos de 1860, que no es más que un padrón municipal descriptivo de la riqueza territorial del término, formado a base de las meras declaraciones literales de los propietarios o poseedores.

Y no obstante su carencia de datos descriptivos de garantía, el legislador hipotecario de 1861, que organiza un sistema de Catastro real, se preocupa de identificar las fincas con descripciones minuciosas. Y así, en la regla 1.^a de su art. 9. exigía: la naturaleza, situación, medida superficial, linderos, nombre y número de los inmuebles. Y en su ejecutoria *Instrucción* de 12 de junio del propio año 1861 *sobre la manera de redactar los instrumentos sujetos a registro*, se imponía a los escribanos que consignasen las descripciones de las fincas según tal norma bajo responsabilidad «de perjuicios que ocasionare su falta, si las omitiesen o expresaren con inexactitud que dé lugar a error y perjuicio de tercero». Y en idéntico sentido se produce el Reglamento Hipotecario de 1870, que hasta contiene un Modelo especial de descripción de fincas, en armonía con lo dispuesto en la ley.

Son de subrayar, a este respecto, dos circunstancias del mayor interés, a saber:

1.^a Que el legislador de 1861, premeditadamente, prescindió de antecedente legal tan inmediato como la «Real Property Act» de 1858, o Sistema Torrén, que inauguraba un Registro de la Propiedad de descripciones gráficas, basadas en planos y orientado hacia el título real. Nuestro legislador de 1861, sabia y prudentemente, prefirió seguir el patrón de los sistemas, ya contrastados, que gozaban de merecido prestigio en Europa.

2.^a Que el sistema de minuciosas descripciones literales, logradas por manifestación concorde y bilateral de las partes contratantes, no ha ofrecido grandes problemas sobre identificación. Y si alguna vez dió ocasión a litigios fueron resueltos fácilmente por la posesión antes que por los planos.

B) En el estudio de las relaciones entre Registro y Catastro es fundamental la ley de 23 de marzo de 1906. Ya con anterioridad a su publicación, Romero Girón, en su discurso de apertura de Tribunales en 1883, y Joaquín Costa, en su «Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia», habían clamado por la falta de un Catastro parcelario que sirviera de base al Registro. Y en el dictamen presentado al Gobierno con fecha 8 de abril de 1903 por la Junta nombrada para redactar el proyecto de ley que luego fué de 1906, se indicaba la conveniencia de que el Catastro y el Registro de la Propiedad fueran instituciones hermanas.

No obstante, la ley de 1906 fué parca en desarrollar el principio de la coordinación, veladamente proclamado en su art. 27. Y su Reglamento de 23 de octubre de 1913 se limitó a proclamar en el art. 63 que «en tanto no se dicten las disposiciones necesarias, la correspondencia entre el Catastro y los demás servicios» de la Administración, no habría más normas sobre la materia que «lo dispuesto por la ley de 1906».

La ley de 1906 se limitó a *disponer*, en su capítulo VI, dedicado a establecer «Las aplicaciones del Catastro»:

a) Que ningún Registrador de la Propiedad practicaría inscripción ni asiento alguno sin que se acompañase al título de

propiedad «el *plano catastral*—si estaba formado el Catastro—o una *hoja parcelaria* debidamente autorizada, si se estaba en período de Avance» (art. 38).

b) Que la célula parcelaria tendría «todo el valor legal y jurídico de un *titulo real*», transcurridos diez años de haberse aprobado el Catastro parcelario, «siempre que por Tribunales de Justicia no se hubiera dictado sentencia firme contraria al estado físico o jurídico de una finca inscrita en el libro catastral» (artículos 35 y 37).

Tan atrevidas y equivocadas disposiciones hubieron de nacer como letra muerta. Ni su contenido podía tener viabilidad sin reformar previamente el Código Civil y la Ley Hipotecaria, ni una legislación de valor esencialmente fiscal podía ser el instrumento técnico adecuado para atribuir al Catastro los efectos legitimadores que a las situaciones jurídicas de tráfico inmobiliario atribuye la técnica civil y registral. De ahí el fracaso de la ley de 1906, en cuanto a la coordinación del Catastro con el Registro.

C) La Ley de Reforma Hipotecaria de 21 de abril de 1909, tan próxima en el tiempo a la Ley del Catastro de 1906, hubo de limitarse a recordar el principio de la coordinación: «Conveniente hubiera sido, atendido el carácter de esta ley, incluir en ella las oportunas reglas para relacionar el Catastro con el Registro de la Propiedad, por la gran conexión que hay entre ambas instituciones, toda vez que, teniendo la primera por base la descripción física o material de los inmuebles y constituyendo la segunda la historia jurídica de los mismos, una y otra y se auxilian y complementan recíprocamente.» Y en el preámbulo de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre del propio año 1909 se reiteraba que «el íntimo y necesario engranaje del Catastro con el Registro a que se alude en la ley de reforma, como ideal que debe realizarse prontamente, constituye otro de tantos problemas a cuyo estudio directo e inmediato se propone atender el Ministro que suscribe».

El texto de la ley, sin embargo, no llegó a establecer precepto alguno sobre el tema. Seguramente, como quedó patente en su discusión parlamentaria, porque las desorbitadas apreciaciones de la ley de 1906 no podrían servir de base ni de apoyo a preceptos

de la técnica registral. «El Registro Fiscal que, hoy por hoy es un ensayo no terminado, determina *el hecho de la propiedad*», lo que no bastaría para ofrecer las garantías de seguridad «que exige la Ley Hipotecaria». Con ello vino a quedar en letra muerta el primer intento de coordinación.

D) Mas como el problema se mantenía latente, un Real Decreto de 16 de diciembre de 1924 dispuso que, nuevamente, una Comisión—de la que formaría parte el ilustre jurista y Registrador de la Propiedad don Eustaquio Díaz Moreno—estudiese el tema de la coordinación entre el Catastro y el Registro y propusiese las fórmulas adecuadas a su resolución. La Comisión emitió un informe y redactó un anteproyecto de Decreto-ley.

a) En el *informe* estimó indispensable implantar un sistema de coordinación o enlace entre ambas instituciones y propugnaba como postulado del mismo «*que la propiedad catastrada fuera inscrita obligatoriamente en el Registro*».

b) En el *anteproyecto de Decreto-ley* declaró que en la conservación catastral habría que actuar en estrecha relación con el Registro y dedicaba un capítulo—el XVI (arts. 68 a 85)—a la coordinación, concretando que el Catastro debía dar a conocer el estado físico de las fincas por medios gráficos y el Registro publicar la situación jurídica de los predios.

El anteproyecto de la Comisión plasmó en el que luego fué Real Decreto-ley de 3 de abril de 1925. Y aun cuando en su preámbulo se decía, con exactitud técnica y esperanzada ilusión: «La propiedad ha de mantenerse sobre *dos bases* ininmovibles: una *gráfica* o de descripción figurada del suelo nacional..., lo que constituye esquemáticamente *el Catastro*; *otra jurídica*, o de atribución indeleble del dominio y demás Derechos reales..., lo que viene a ser *el Registro de la Propiedad*», no es menos cierto que del articulado del Decreto-ley habían desaparecido los que en el proyecto regulaban la coordinación. Se dejaba para más adelante—cuando el Catastro parcelario fuera una realidad en todo el territorio nacional—la necesaria coordinación, se reproducían los teóricos enunciados de la ley de 1906 y se inauguraba la hiperbólica calificación del Catastro jurídico. Se quería aludir con ello a

una teórica atribución de efectos jurídicos a los planos catastrales, que desorbitaban la propia institución catastral.

E) A los tres años, el 14 de mayo de 1928, una Real orden de la Presidencia del Gobierno, dictada a propuesta de las Direcciones Generales de los Registros y del Instituto Geográfico y Catastral, designó una nueva Comisión con el objeto de terminar los estudios para el enlace entre el Catastro y el Registro de la Propiedad.

El informe de dicha Comisión es un documento de interesantísimo valor técnico e histórico, por el que, después repudiar los absurdos ensayos del llamado «Catastro Jurídico» con estas terminantes palabras: «la Comisión rechaza en absoluto semejante pretensión—la del Catastro jurídico—, por ser contraria a los principios básicos de nuestro derecho patrio», redujo y concretó la misión del Catastro y del Registro a su propio y respectivo ámbito.

Y, a tal efecto, se propugnaban por la Comisión como soluciones concretas:

a) «Los documentos catastrales, en relación con el Registro de la Propiedad, deben ser un documento más a inscribir en sus Libros, complementarios de los instrumentos públicos comprensivos de actos y contratos de que sean objeto las fincas a que los planos se refieren.»

b) «La Comisión considera requisito indispensable para llegar a obtener la coordinación que el Catastro esté terminado. Y entonces enlazarle con el Registro de la Propiedad por partidos judiciales, a medida que en ellos estén catastradas todas sus fincas.»

c) Admitió como medios de inmatriculación las actas notariales de posesión y de deslinde.

d) Proclamó que «era necesario establecer la obligatoriedad de la inscripción, ya que sin ella no había coordinación posible.»

F) El interesante y laudable esfuerzo de la Comisión no llegó a plasmar en disposiciones legales congruentes con sus conclusiones. Y la actividad legislativa siguió discurriendo por los limitados cauces de la política fiscal.

En 1934, siendo Ministro de Justicia el ilustre Registrador señor

Cantos Figuerola, se encargó a la Comisión Jurídico-Asesora un anteproyecto de reforma hipotecaria. Y en su base 5.^a se recordaba nuevamente: «deberán quedar sentados los jalones para asegurar en lo futuro el enlace del Registro de la Propiedad y el Catastro parcelario con los Registros fiscales».

Por circunstancias políticas no pudo ser realidad tan laudable propósito, pero una vez más quedó expuesta la necesidad de la coordinación.

G) De destacar es el hecho que en la Reforma Hipotecaria de 1944-1947 no se planteara el antiguo problema de la coordinación. Si en las Exposiciones de Motivos de las Leyes Hipotecarias anteriores se trató el tema y se expuso la necesidad de darle solución, en la Reforma Hipotecaria última nada se habló de la coordinación. Y aunque al desarrollar el procedimiento inmatriculador de fincas los arts. 201 y 203 de la nueva Ley Hipotecaria y sus concordantes del Reglamento exigieron como documentos complementarios de los expedientes de dominio y de las actas de notoriedad, las certificaciones del Catastro Topográfico Parcelario y, en su defecto, las del Avance Catastral, Registro Fiscal o Amillaramiento, lo cierto es que de la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, como cuestión de principio y necesidad normativa, no se dijo nada. Quizá, como afirma un distinguido miembro de la Comisión redactora de la ley (18), porque el desarrollo técnico registral de la inmatriculación no necesita de la aportación catastral, que tal vez perturbaría, en extremo, en vez de aclarar su régimen. Máxime cuando «la coordinación entre estas dos instituciones no está impedida en España por el sistema hipotecario, sino por las deficiencias del Catastro parcelario, de desenvolvimiento casi exclusivamente fiscal».

Y recientemente, en la reforma parcial del vigente Reglamento Hipotecario de febrero de 1959 se ha retocado la redacción del art. 298, permitiéndose la inmatriculación de títulos públicos de adquisición, siempre que el transmitente o causante tuviere la finca catastrada o amillarada a su nombre.

(18) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, Reus, 1944.

7.—Como puede observarse, la coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad no ha sido nunca realidad lograda. Y sus comprobadas causas (19) pueden reducirse a tres:

a) *La desorbitada pretensión de objetivos por parte de las Leyes Catastrales.*—Que al desbordar sus fines naturales y pretender la absorción de los que son propios de la técnica civil y registral, creó una situación de hipertrofia en la institución catastral, en contraste con su manifiesta ineficacia para unas funciones que son totalmente extrañas a su naturaleza y a sus fines.

b) *La reducidísima participación de hipotecaristas—Registadores y Notarios—en la elaboración normativa de la coordinación.*—Lo que privó a tales normas de la sustancia técnica necesaria y de la experiencia práctica conveniente para el logro de una justa ponderación de objetivos y de realidad coordinadora.

c) *La indecisión del legislador registral para afrontar y resolver el problema de la inscripción necesaria,* principio exigido por la técnica civil y que el derecho comparado ofrece como una realidad lograda en los sistemas germano-suizos, los más perfectos del mundo.

La Orden de la Presidencia del Gobierno de 19 de febrero de 1956, creando una nutrida Comisión técnica formada por miembros del Instituto Geográfico y por hipotecaristas (20) con la concreta misión de elaborar un anteproyecto de ley de coordinación, ha resucitado el viejo problema, que aún espera el ansiado momento de su resolución. Y que no será nunca lograda si no se asienta sobre las bases justas y viables, que la experiencia impone, según hemos visto, a saber:

A) *La correspondencia y concordancia entre el Registro de la Propiedad y el Catastro debe concretarse, tan sólo, a lo que es natural y propio de su correlación.* El Catastro debe aportar al Registro la fehaciencia de sus descripciones e identificaciones

(19) Véase nuestro trabajo *El Registro de la Propiedad y el Catastro*, en «Información Jurídica», Madrid, julio-agosto, 1957, pág. 305 y sigs.

(20) Eran éstos don Gonzalo Moris Marrodán, don Alejo Leal García, don Narciso de Fuentes Sanchíz y don Arturo Gallardo Rueda, Registradores de la Propiedad, y don Antonio Ipiens, Notario y Letrado técnico de la Dirección General de los Registros.

de fincas. Y el Registro debe aportar al Catastro la segura y fehaciente identificación de las titularidades jurídicas de los inmuebles.

B) *La coordinación exige garantías de perfección técnica.* Y ésta no puede ser lograda sino con el Catastro topográfico parcelario. Y cuando éste quedase concluido en un término municipal, su copia debiera ser remitida forzosamente al Registro correspondiente.

Asimismo debiera existir en el Registro una copia de la cédula parcelaria correspondiente a cada finca. Una fotocopia de la cédula se publica al final del presente trabajo, como complemento del mismo.

C) *La coordinación requiere la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad.* No sólo para iniciarla, sino para ser mantenida y conservada. Realizada la coordinación de una finca, todo su posterior tráfico debe ser objeto de inscripción, necesariamente, como un requisito técnico de su transmisión (21). Y no podría practicarse ninguna alteración contributiva del inmueble sin acreditar la previa inscripción registral de la transmisión que la motivara.

D) *La coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro debe llevarse a cabo en progresiva y no radical medida.* No simultáneamente en todo el territorio nacional y por imperativo de una entrada en vigor de la ley que la ordenase, sino siguiendo un orden sucesivo, según se fuera operando con las fincas a coordinar. Y distinguiendo asimismo los supuestos de inmatriculación—de coordinación necesaria en todo caso—y los de transmisión de fincas ya inmatriculadas.

Para los primeros, la coordinación habría de ser obligatoria en todo caso. Mejor dicho, no caben inmatriculaciones de fincas si no es con su previa identificación catastral parcelaria.

(21) Dentro de la técnica civil de la transmisión del dominio, según nuestro Código Civil, tiene fácil y viable solución semejante problema. Los artículos 609 y 1.473 de dicho Cuerpo legal proporcionan elementos sobrados para encajar en la inscripción registral el cumplimiento de la *traditio ficta*, como requisito formal de los negocios de tráfico inmobiliario.

Para los segundos, siempre que se operase con finca ya inmatriculada, la coordinación debería ser simultánea a la inscripción registral.

Y en todo caso, y con base en el principio de la rogación, la simple voluntad del titular registral o de sus causahabientes podría provocar la coordinación en cualquier momento.

8.—Difícilmente puede contemplarse una historia más pobre de objetivos logrados que la de la coordinación del Catastro y el Registro de la Propiedad en nuestra patria. Dos instituciones de vidas paralelas y de legítimo parentesco que, *al cabo de un siglo*, aún no llegaron a entenderse como exige la técnica y como impone un orden jurídico.

¿El por qué de tal situación? No es cuestión de formular una crítica negativa sobre el proceso que queda expuesto, ni mucho menos de establecer censuras. Es momento de meditación sobre realidades, ya pertenecientes a la Historia. Y de propósitos. Y, también, de entrega. Al servicio de una superación y de una mejora que exige el interés público y demanda el desarrollo de nuestra riqueza territorial. Que es, en definitiva, servir al país y a la grandeza de España.

RAFAEL CHINCHILLA RUEDA,

Registrador de la Propiedad.
Director del Centro de Estudios Hipotecarios
del Ilustre Colegio Nacional de Registradores.

Serie C n.º 502



PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

INSTITUTO GEOGRÁFICO Y CATASTRAL

CATASTRO TOPOGRÁFICO PARCELARIO

Provincia de
TarragonaPartido judicial de
VendrellTérmino municipal de
Torredembarra

Cédula parcelaria correspondiente a la finca constituida por la parcela..
n.º... 91

del polígono . n.º 12

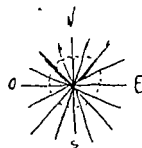
Propietario D^a Pelegrina Magriña Solé
vecino de Torredembarra ,

Provincia de Tarragona

DESCRIPCIÓN DE LA FINCA CARACTERÍSTICAS CATASTRALES
 ..
 linderos: Al Norte (Los linderos en el Plano)

Parcelas	Parcelas		Subparcelas		Cultivos
	Nº	Paraje	Superficies Letra Superficies	Letra Superficies	
12	41	Els Munts	1 29 40	a 6 8	Viña, Olivos
				b 6 9	Cereal
				c 1	Cisterna
				d 19	Barraca

Tarragona a 14 de Octubre de 1958
 EL ingeniero Jefe Provincial



Plano de la finca cuya descripción y características se indican en el folio anterior

Escala 1.2.000



Tarragona a 19 de Octubre de 1958

El Ingeniero Jefe Provincial

La cláusula de estabilización de valor en la hipoteca (*)

SUMARIO

- 1.—Consideraciones generales.
- 2.—El Derecho económico.
- 3.—Los «planes de ordenación económica».
- 4.—La «cooperación económica internacional».
- 5.—La ordenación económica española.
- 6.—La estabilización económica en el Derecho privado.
- 7.—Las cláusulas de garantía monetaria y el nominalismo.
- 8.—La doctrina frente al nominalismo.
- 9.—Posición de la doctrina española.
- 10.—Posición de la Jurisprudencia.
- 11.—Conclusiones en orden al problema de la cláusula estabilizadora.
- 12.—Los módulos estabilizadores.
- 13.—Las cláusulas de estabilización en la hipoteca.
- 14.—Naturaleza de la hipoteca con cláusula de *valuta*.
- 15.—La hipoteca en moneda extranjera.
- 16.—Requisitos de las cláusulas estabilizadoras.
- 17.—Problemas en orden al módulo estabilizador.
- 18.—Ejecución hipotecaria.
- 19.—Hipotecas de amortización.

1.—CONSIDERACIONES GENERALES.

La novísima reforma del Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 17 de marzo de 1959 establece en el art. 219 una importante novedad, la regulación de las cláusulas de estabilización

(*) Sobre este mismo tema puede consultarse mi conferencia pronunciada en el Curso Académico de 1960, organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

de valor en los préstamos hipotecarios. El preámbulo que precede al Decreto destaca la innovación, en el apartado XII, al decir: «La regulación de las cláusulas de estabilización de valor es problema fundamental que preocupa a la doctrina nacional y extranjera. Todos los países, sin excepción del nuestro, han dictado disposiciones en defensa de su moneda y han previsto, a la vez, la del crédito. Buena prueba fueron las leyes del desbloqueo, en época de emergencia, de gran sentido jurídico y económico a un mismo tiempo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina registral admitieron las cláusulas de estabilización...»

El nuevo Reglamento resolvió, pues, un hondo problema de carácter económico-jurídico, en momentos en que España, después de veinte años de grandes esfuerzos en pro de su recuperación económica, iniciaba su salida al exterior, transformando su economía *cerrada*, en una economía *abierta* (1).

El problema de las cláusulas de estabilización es, pues, ante todo, un problema de *política económica*, con proyecciones jurídicas, pues trata de resolver la cuestión de la depreciación del dinero, de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el comercio jurídico. Dichas cláusulas son una garantía para mantener la equivalencia de las prestaciones en las obligaciones dinerarias.

Las crisis económicas que se han producido en el siglo xx afectaron a casi todos los Estados mundiales y tuvieron su causa en guerras, revoluciones, transformaciones políticas, etc. cuyas calamidades produjeron alteraciones muy profundas en la vida normal de los pueblos. La moneda se ve afectada, en su poder adqui-

(1) El punto número 47 del informe de la O. E. C. E. sobre nuestra economía, dice: «España ha entrado desde hace cuatro o cinco años en una fase de expansión económica, lográndose resultados tangibles en el campo de la producción, el empleo y las inversiones. Sin embargo, en muchos aspectos la economía está atrasada en relación con la de los países industrializados de la Europa Occidental. Los intercambios económicos con los países vecinos lo mismo que con el resto del mundo, fueron muy reducidos durante mucho tiempo, y uno de los objetivos de la política española consiste precisamente en ampliarlos. Esta transformación tan deseable de una economía cerrada en una economía abierta se encuentra todavía en sus inicios y requiere cambios profundos en la estructura y en el funcionamiento. La asociación de España con la O. E. C. E. es prueba de este deseo de acercamiento con la economía europea... (Contestaciones al cuestionario económico del Gobierno, publicado por la Oficina de Coordinación y Programación Económica de la Presidencia, Madrid, 1959.)

sitivo, produciéndose en la misma una depreciación frente al alza continua de los precios. Preocupación primordial del Estado, en la vida moderna, es la de lograr la estabilización monetaria, por razones de política económica y social.

Pero la estabilización económica de un país es larga y de resultados que no se pueden ponderar, mientras tanto el comercio jurídico, por razones de equidad o de equivalencia de intereses contractuales, tiene que resolver el grave problema de la depreciación monetaria, que tiene su manifestación en el momento en que han de cumplirse las obligaciones dinerarias.

La literatura jurídica sobre el problema monetario es extensa, pero ocasional, ya que surge en los momentos devaluatorios. En los países más afectados por las últimas guerras: Alemania, Francia, Italia, etc., se ocupan los especialistas del derecho privado (2). En España ha constituido preocupación en los dos últimos decenios. Lo han estudiado aparte de los tratadistas, profesionales del derecho, en monografías, artículos y conferencias (3).

La jurisprudencia de todos los países es copiosa. Francia se inclina, desde antiguo, a su nulidad (4). En Italia, a partir del año de 1940 se orienta a su validez (5). España mantiene una doctrina indecisa, pues hasta la sentencia de 4 de julio de 1944 no se establece de una manera clara la posición del Tribunal Supremo en esta materia, llegando a la progresiva solución de admitir la validez de las cláusulas de estabilización en los contratos (6), con la sentencia de 4 de enero de 1951.

(2) Una extensa bibliografía, casi con carácter exhaustivo, puede consultarse en el estudio de BONET CORREA sobre *Los arrendamientos con cláusula de escala móvil*, publicado en el «Anuario de Derecho Civil», año de 1955, páginas 89 y sigs. Y por lo que respecta al Derecho italiano, la última publicada por T. ASCARELLI: *Obbligazione pecuniarie* (en comentario al Código civil de SCIALOJA-BRANCA, ed. Foro it., Bologna-Roma, 1959).

(3) Por lo que respecta al Derecho español, véase, además del estudio de BONET, cita (2), LA RICA Y ARENAL, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959. Y ROCA SASTRE, *Suplemento al Derecho Hipotecario*, ed. Bosch, Barcelona, 1960.

(4) Véase VASSEUR: *Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique*, en «Revue Trimestrielle de Droit civil», 1952.

(5) Véase ASCARELLI: Op. cit., y del mismo, *Studi giuridici sulla moneta* Milano, 1952.

(6) La interesante sentencia de 4 de julio de 1944 fué debida a la ponencia de don Manuel de la Plaza. Se refería a la ejecución de un contrato celebrado en el año de 1930, y sienta, en resumen, la siguiente doctrina: a) Vigente como estaba un pacto, en que, por modo general, y habida cuenta del tracto

Sin embargo, hemos de advertir que del examen de las sentencias del Tribunal Supremo no puede deducirse una clara posición en pro o en contra, ya que casi todas miran a resolver o revisar pagos verificados en zona marxista.

En anterior sentencia de 2 de marzo de 1943, el Tribunal Supremo, sienta una doctrina contraria (7). Se manifiesta, por tanto, en la jurisprudencia cierta timidez o cautela, y lo mismo en la doctrina española o extranjera, en la admisión de las cláusulas de estabilización. La razón de esta prudencia está en ese carácter político-económico de la legislación mentaria, por ser algo que afecta en todo momento a la soberanía del Estado, al Derecho público.

2.—EL DERECHO ECONÓMICO.

Al mediar el siglo xx—como dice el profesor HEDEMANN—el mundo se sitúa en una economía distinta de aquella que mantu-

relativamente largo en que la obligación de pagar el precio podía cumplirse, se había tenido en cuenta el anormal evento, y convenido previsoramente que al hacer el pago se tuviera en cuenta la depreciación. b) Al sustentar esta tesis, no hace el Tribunal otra cosa sino aplicar a un caso calificadísimo por las circunstancias en el concurrente, doctrina casi general a propósito de las concurrencias del llamado nominalismo monetario; pues si en homenaje a la seguridad de las relaciones jurídicas precisa de ordinario atenerse a la concepción nominalista..., el principio debe de ceder en momentos graves... c) Esta situación es distinta de la que inspiró la Ley de Desbloqueo, que al margen de esos pactos, y para resolver, con mayor equidad, un agobiante problema económico, adoptó un criterio de sano eclecticismo en defensa de la economía española, que en el supuesto de obligaciones extrabancarias tenía en consideración, unas veces, la fecha de los contratos, y otras, la de su cumplimiento...; abstracción hecha de cualquier pacto apropiado y específico, al que precisa atenderse. d) Aparte de las consideraciones expuestas, no son menos atendibles las que derivan de la necesidad de cohesionar y armonizar los contrapuestos intereses, en presencia de una situación anormal, cuya gravedad no hay que encajear; porque, aun en el supuesto de que la cláusula suscitase dudas..., la reciprocidad de intereses, que es norma de interpretación de las obligaciones contractuales, aconsejaría entenderlo en el sentido de que los de ambas partes quedasen equitativamente atendidos, de suerte que no se frustrase el pacto de posible cumplimiento.

(7) Se sigue en esta sentencia una interpretación muy restrictiva de la legislación especial sobre actos realizados bajo la dominación roja, ya que no revisa el pago hecho por el deudor con dinero de la zona marxista, aplicando el artículo 1.170 del Código civil, y al no haberse pactado cláusula especial valor cro o plata, en el supuesto de que se operase una fuerte depreciación monetaria (de esta sentencia fué ponente don Celestino Valledor). Son interesantes, además, las sentencias de 2 de marzo de 1943, 27 de febrero de 1945, 25 de abril, 12 de marzo, 5 de junio y 25 de noviembre de 1946, y 9 de enero de 1950.

viera en el siglo XIX. El Estado *rige* la Economía. El Derecho económico sale del marco del Derecho privado para entrar en el área del Derecho público, y sus disposiciones se proyectan sobre las relaciones contractuales de orden privado. Los súbditos, dice Hedemann, pueden conservar mucha libertad, pero sin que por eso dejen de estar sometidos al régimen del Estado. Y en este sentido una importante cuestión del Derecho político actual es la de investigar si no se ha modificado fundamentalmente el aspecto del Estado con esta fuerte inserción de la Economía en su campo de actividad (8).

En efecto, en lo económico se mezclan, se entrecruzan, elementos de orden público y privado. Si el pasado siglo XIX estaba alentado por la idea del *mercado libre*, del *laissez faire*, *laissez passer*, el siglo XX es el siglo de la *Economía planificada*, ordenada, dirigida por el Estado. Y aunque la tendencia actual sea una *Economía graduada*, la libertad se ordena de tal forma que en las crisis económicas el Estado da normas en orden a la fijación de precios, y, sobre todo, en orden a la defensa del signo monetario.

3.—LOS PLANES DE ORDENACIÓN ECONÓMICA.

Si al particular le preocupa el problema de la depreciación monetaria, más le interesa al Estado, en orden a resolución de un problema de tipo económico y social. De ahí que, con ocasión de las crisis económicas, surjan los llamados *planes de ordenación económica*. Los estudios económicos de los últimos veinte años han facilitado esta tarea. Si antes la Economía era una ciencia un tanto bizantina, encerrada en consideraciones de orden teórico, hoy ha descendido al terreno práctico (9).

Distintos programas se han elaborado en Europa. Recordemos el plan Vanoni en Italia, el plan Monnet en Francia (10), el in-

(8) HEDEMANN: *El Derecho económico*, en «Revista de Derecho Privado», 1943

(9) PRADOS ARRARTE, JESÚS: *La economía española en los próximos veinte años*. Madrid, 1960.

(10) El plan Vanoni, en Italia, atiende principalmente al problema del desempleo. El plan Monnet, en Francia, atiende a la reparación de los daños de guerra, y a la modernización de la industria (PRADOS, ob. cit.). En 30 de septiembre de 1958 se constituyó un Comité presidido por Jacques Rueff, que emitió dictamen en breve tiempo, aconsejando: la devaluación del franco, en

forme Radcliffe en Inglaterra (11). España se inició en el año 1959, como luego veremos, el plan de ordenación económica. Todo ello nos muestra que la materia económica, con sus múltiples y complejos problemas, es ante todo, un *asunto de Estado* que gira en torno del problema monetario y de la estabilización de la divisa nacional.

4.—LA COOPERACIÓN ECONÓMICA INTERNACIONAL.

La estabilización de los signos monetarios preocupó a partir de la primera guerra mundial, sobre todo en Alemania con la caída del marco. Es entonces cuando la doctrina jurídica alemana empieza a ocuparse, con verdadera intensidad, de los problemas monetarios, y las repercusiones que la depreciación de la moneda tenía en la ejecución de los contratos (12). Lo mismo en Francia y en Italia (13). La segunda guerra mundial produjo todavía más hondos problemas, que afectaron a países beligerantes y neutrales. Ante la desaparición del patrón oro, en la mayoría de los países se impuso entonces el sistema de la *cooperación internacional*, lo que llevó a los Estados a agruparse en «super-estados económicos». La idea política de la «Unión Europea» podría llegar a una realidad por imperiosas necesidades de orden económico. La aconsejaba Briand en la Sociedad de Naciones. Lo mismo Churchill, en Zurich, en 1946. El general Marshall pronunció en el año 1947 su histórico discurso en la Universidad de Harvard, creando el «plan» de su nombre. La administración del plan para

función del dólar y del oro; la creación del franco fuerte, equivalente a 100 francos viejos; la convertibilidad del signo monetario francés para los no residentes; liberalización del comercio exterior con los países de la O. E. C. E., en un 90 por 100, y en un 50 por 100 con Estados Unidos, etc. Todo lo cual se puso en marcha a fines del año 1958, y al comenzar el año de 1959 Francia iniciaba una nueva era con la puesta en marcha del Mercado Común.

(11) En 1957 se formó una comisión—presidida por Lord Radcliffe—con el fin de estudiar el sistema monetario en Gran Bretaña. El informe se terminó en el año siguiente, constituyendo una magnífica aportación al estudio de la moneda y el crédito en el Reino Unido. El informe aconseja establecer un alto estable nivel de empleo; estabilidad de la libra esterlina: desarrollo económico, para aumentar el nivel de vida; contribuir al aumento del nivel económico de los países subdesarrollados; aumento de las reservas en divisas extranjeras, etc.

(12) NUSSBAUM: *Teoría jurídica del dinero*. Trad. española, 1929.

(13) TULLIO ASCARELLI: *Studi giuridici sulla moneta*. Milano, 1952.

Europa dió nacimiento a la «Organización Económica de Cooperación Europea», conocida por la O. E. C. E., que, agrupando importantes Estados europeos, fué a la unificación de casi todas las economías del occidente de Europa (14).

El ministro francés Schuman tuvo por entonces la iniciativa de crear la Comisión Europea del Carbón y el Acero (C. E. C. A.) que la formaron seis países: Francia, Italia, Alemania Occidental, y los tres países del *Benelux*. En la reunión de Mesina, estos últimos propusieron una cooperación más amplia, que dió nacimiento, en el año de 1957, al llamado Mercado Común, por el acuerdo de Roma. Su objetivo principal es la unión aduanera de los estados miembros; fijación de arancel común; libre circulación entre los mismos de personas, servicios y capitales; coordinación de la política económica de los miembros; fomento de la agricultura, etcétera (15).

Por dicho acuerdo, cada Estado miembro practicaría en cada país la política económica necesaria a su balanza de pagos, y dictaría las medidas que creyera necesarias para mantener la estabilidad de los precios, y la defensa de su moneda.

Paralelamente a los acuerdos de Roma, la O. E. C. E. estudió la creación de un *área de libre cambio*, integrada por siete Estados que no formaban parte del Mercado Común (Inglaterra, Suecia, Noruega, Dinamarca, Suiza, Austria y Portugal) (16). Entre ambas organizaciones económicas se ha tratado de llegar a una coordi-

(14) Forman parte de la O. E. C. E., en el año 1959, dieciocho miembros: Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Italia, Alemania Occidental, Inglaterra, Portugal, Austria, Suecia, Noruega, Dinamarca, Suiza, Grecia, Turquía, Irlanda, Islandia y España.

(15) Al ponerse en marcha el Mercado Común se disolvió la Unión Europea de Pagos (27 de diciembre de 1958), que era el organismo que realizaba la compensación multilateral de los saldos en el comercio internacional para Europa. Es sustituida por el «Acuerdo Monetario Europeo», que es el organismo monetario de la O. E. C. E., cuyo funcionamiento en cuanto a la compensación multilateral de saldos es análogo a la organización disuelta, pero con la ventaja de que los países miembros no tienen obligación de liquidar sus saldos en cada periodo, como consecuencia de la convertibilidad de las monedas, que las sitúa en un plano análogo al del dólar U. S. A.

(16) Como consecuencia de la creación del «área de libre cambio», «European Free Trade Area» o Asociación Europea de Libre Comercio, llamado el grupo de los «Siete», frente al de los «Seis»—Mercado Común—de los países miembros de la O. E. C. E., sólo quedaban fuera, al finalizar el año de 1959, Turquía, Grecia, Islandia, España e Irlanda. Al comenzar el año 1961 se habla de la posibilidad de la entrada de Grecia en el Mercado Común.

nación económica, sin grandes resultados, sobre todo a raíz de la entrada en vigor del Mercado Común europeo en 1 de enero de 1959 (17). En esta fecha se produce un hecho monetario de gran importancia. Los seis países del Mercado Común, Gran Bretaña y las Naciones Escandinavas establecen la convertibilidad de sus divisas (18). Se vuelve a la situación previa a la segunda guerra mundial, en que las monedas de los grandes países eran convertibles. La convertibilidad monetaria, como es sabido, es la facultad de poder cambiar dentro del país la moneda nacional por otra extranjera, que, a su vez, sea convertible. Esto se establece en algunos países limitándolo sólo a los no residentes.

5.—LA ORDENACIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA.

Declarada la convertibilidad monetaria por los países miembros de la O. E. C. E., en 27 de diciembre de 1958, el Gobierno de España se vió en la necesidad de consultar a los organismos y entidades económicas del país (19), cuyas respuestas fueron unánimes en el sentido de que España tenía que ordenar su economía con planes de estabilización, estableciendo contactos con las organizaciones internacionales. España, a este respecto, participaba en los problemas de la agricultura desde el año 1955 en la O. E. C. E.,

(17) El intento de una coordinación entre el grupo de los «Seis» y de los «Siete» no tuvo éxito en el año 1959. Pero la necesidad de llegar a un acercamiento persiste. Los primeros aspiran a la creación de un bloque económico con arancel único, mientras los segundos sostienen el criterio de extender la cooperación a todos los miembros de la O. E. C. E. y mantener su autonomía en la esfera comercial, pudiendo concertar acuerdos comerciales con terceros países, pudiendo mantener frente a éstos los aranceles que tengan por conveniente.

(18) En el año de 1959 habían declarado la convertibilidad: Dinamarca, Suecia, Noruega, los países del Benelux, Austria, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Portugal, Reino Unido, Grecia, Fuera de Europa, Australia, Birmania, Ceilán, India, Irak, Jordania, Libia, Marruecos, Nueva Zelanda, Pakistán, Sudán, Túnez, Sudafrica. Y varios países asociados al Fondo Monetario Internacional (Canadá, Cuba, Méjico, Estados Unidos, Venezuela, etc.) mantienen la convertibilidad.

(19) Los organismos consultados fueron: Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; Organización Sindical; Banco de España; Confederación Española de las Cajas de Ahorro; Consejo Superior Bancario; Instituto de Estudios Agrosociales; Instituto Nacional de Industria; Instituto de Estudios Políticos; Facultad de Ciencias Económicas y el Consejo de Economía Nacional. («Contestaciones al cuestionario económico del Gobierno». Madrid, 1959.)

asociándose a la misma en esos trabajos el 10 de enero de 1958.

De gran importancia fué el ingreso de España en el Fondo Monetario Internacional, en 20 de julio de 1958, porque imponía ciertas normas a su política económica (cambio único de moneda, estabilidad en los signos monetarios, y liberalizar, en lo posible, su comercio internacional). Esta aproximación de España a los organismos internacionales dió lugar a que tanto la O. E. C. E. como el Fondo Monetario hicieran un detenido estudio sobre la situación económica española, y después de las conversaciones sostenidas con esas organizaciones, España fué admitida, como miembro décimooctavo de la Organización Económica de Cooperación Europea, en 21 de julio de 1959. Con esta misma fecha se dicta el importante Decreto-Ley de «Ordenación Económica», y con fecha 17 del mismo mes y año se había dictado otro Decreto, de acuerdo con la resolución del Consejo de Gobernadores del Fondo Monetario Internacional, por el que se fijaba el cambio de la peseta a 60 pesetas dolar, y se fijaba su peso específico oro en cerca de 15 miligramos oro fino (0,0148112) (20).

No es objeto de este trabajo hacer un análisis de la ordenación económica española. Sólo destacaremos lo siguiente: 1) España ingresa en las organizaciones económicas internacionales asumiendo ciertos compromisos. 2) Liberaliza parte de su comercio exterior. 3) Se autoriza al Gobierno para establecer la convertibilidad de la peseta cuando lo estime conveniente. 4) Se fija un valor oro a la peseta papel por un peso específico. Se establece, por tanto, una paridad monetaria oro. Lo cual significa un hecho de gran importancia, que tendrá su repercusión en el problema de las «cláusulas de estabilización del valor», objeto de este estudio.

6.—LA ESTABILIZACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO PRIVADO.

Hemos dicho que mientras el Estado, por su poder soberano, estabiliza su moneda, la esfera privada busca soluciones al fenó-

(20) Es interesante el preámbulo del Decreto-Ley de 21 de julio, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* en el día siguiente. En 27 de julio del mismo año 1959 se publica un Decreto en el que se fija el premio del oro para los derechos de arancel de importación y exportación (*Boletín Oficial del Estado* de 1 de agosto).

meno de la depreciación en el campo contractual, sobre todo en aquellos de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo.

La doctrina ha ideado fórmulas ingeniosas para restablecer el equilibrio de las prestaciones, sin necesidad de que las partes garanticen las mismas con «cláusulas estabilizadoras». No vamos a entrar en el estudio de las mismas. Son bien conocidas, y, principalmente, han sido: la *cláusula rebus sic stantibus*; la doctrina de la *presuposición* (Windscheid); la de las *circunstancias* o base del negocio jurídico (Oertmann), y la de la *equivalencia de intereses y prestaciones* (Krückmann).

Las cuatro doctrinas no son sino normas interpretativas de la voluntad de los contratantes, en función de la existencia, en su ejecución, de ciertas «circunstancias». En pro de la aplicación de estas normas es de destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1944, que, en síntesis, dice: «El principio de la autonomía de la voluntad que requiere el cumplimiento de lo pactado en los términos convenidos, admite ciertas restricciones por razones de la buena fe de la contratación, y más concretamente por razón de justicia objetiva, implícito en la causa de los contratos, de tal suerte que en algunas ocasiones la Ley permite al juzgador acomodar lo convenido por las partes a las circunstancias concurrentes...», y añade: «no obstante los reparos de algún sector doctrinal, es preciso modificar el contrato, sin que ello se eleve a rango de principio general, pues la Ley establece como rectora del negocio jurídico el axioma *pacta sunt servanda*, por la que con gran cautela habrá de hacerse uso de esa facultad modificadora». La sentencia de 5 de junio de 1945 confirmó ese criterio prudente en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (21).

(21) En la sentencia de 5 de junio de 1945 fué ponente don Manuel de la Plaza, y es importante por la doctrina que sienta en orden a la cláusula *rebus sic stantibus*, afirmando que se ha señalado la conveniencia de construir en el ámbito del derecho vigente la cláusula *rebus sic stantibus*, como medio de restablecer el equilibrio de las prestaciones, si lo demandasen circunstancias muy calificadas (casos muy especiales que la situación de guerra crearon), sin embargo, proclama la cautela que en esta materia debe de obrarse, ya que con su generalización pudiera padecer la seguridad jurídica...

De la cláusula *rebus sic stantibus* se ha ocupado DUALDE, en *Temas varios de Derecho público y privado del Colegio Notarial de Barcelona*, 1943 (páginas 25 a 38).

7.—LAS CLÁUSULAS DE GARANTÍA MONETARIA
Y EL NOMINALISMO MONETARIO.

Pero independientemente de las disposiciones emanadas del Estado para estabilizar la moneda y de las normas de interpretación que por razones de «justicia objetiva» apliquen los Tribunales, en atención a concretas «circunstancias», las partes contratantes, con el fin de lograr el equilibrio de las prestaciones, pueden pactar cláusulas de estabilización o de «garantía monetaria» (22). La doctrina española y extranjera se han ocupado de la validez de estas cláusulas, sobre todo cuando la Ley silencia la posibilidad de su aplicación.

El problema de la eficacia de estas cláusulas está íntimamente ligado al problema del *nominalismo monetario*. En realidad, este nominalismo, o valor oficial del dinero, domina en casi todas las legislaciones. Es el Estado el que emite la moneda y le asigna un valor oficial. En España este principio está sancionado en el artículo 1.170 del Código civil, que dice: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda plata u oro que tenga curso legal en España.» El artículo 1.753—para el préstamo mutuo—y el artículo 312 del Código de Comercio, son consecuencias del principio nominalista.

El mundo romano, en los momentos de la mayor floritura de su jurisprudencia, se orientaba a la concepción nominalista (23). En la Edad Media el dinero es una medida de valores en función del metal que contiene. La emisión de moneda es un derecho del príncipe (*regalia*). Los glosadores elaboraron la teoría *metalística*, considerando que la moneda era como una mercancía (glosa de la palabra *quantitas*, Paulo, *Digesto*, XVIII, I, 1) (24). El siglo XIII y XIV significa la reacción al medievo, con la obra de Oresmius.

(22) «Cláusulas de garantía monetaria» las llama MESSINEO. Véase *Derecho civil y comercial*. Buenos Aires, 1954, traducción española.

(23) Véase ASCARELLI: op. cit., nota (5).

(24) Aparece en la glosa de ACURSIO, mas como una exigencia económica, que, como un punto de partida para una nueva sistematización jurídica como ha puesto de relieve GUSTAVO HARTMANN, en su estudio sobre la moneda. Citado por ASCARELLI, cp. cit.

La moneda no es una mercancía, sino un instrumento de cambio. El concepto «poder adquisitivo» de la moneda era desconocido. La distinción entre valor interno y externo es de creación cano-nista, y se encuentra en ENRICO DI GENT, citado por MILLER (25), el que distingue el valor «nominal» del valor «metal». El concepto del nominalismo monetario se afirma en Francia en el siglo XVII, por influencia de la obra de MOLINEO, que encuentra su funda-mento en la glosa «numisma» (26). Se extiende por Europa. Se formula en el Código de Napoleón en el artículo 1.895. Pasa al Código civil italiano de 1865 (art. 1.821), y se extiende a casi todas las legislaciones.

Ya hemos dicho que el artículo 1.170 del Código civil español recoge este principio nominalista. No obstante, hay autores, como ROCA SASTRE (27), que manifiestan que nuestro Código sólo «atisba» el principio, puesto que la redacción del artículo está pensado para otro tiempo ya añejo, limitándose a prever que, al tiempo de pagarse la deuda, hubiera desaparecido la moneda pactada, de-biéndose de pagar en la de curso legal. Por el contrario, BONET CORREA (28) afirma el carácter nominalista del Código civil, ya que, aunque se refiera a moneda metálica, oro o plata, que era la moneda circulante cuando se publicó el Código, lo importante es la declaración de «curso legal». Desaparecido el curso oro, o plata, del dinero, por la Ley de 9 de noviembre de 1939, el curso forzoso de la moneda papel viene impuesto por el artículo 1.º de dicha Ley: «Los billetes del Banco emisor son preceptivamente medio legal de pago, con pleno poder liberatorio.» Reproduce este pre-cepto la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, y los Estatutos del Banco de España de 24 de julio de 1947.

No cabe duda, pues, que nuestra legislación sigue el principio nominalista, o valor oficial del dinero. Con mayor claridad, el artículo 1.277 del Código civil italiano vigente de 1942 lo proclama, al decir: «Las deudas en dinero se extinguen con moneda que tenga curso legal en el Estado al tiempo de pago y por su valor

(25) ASCARELLI, op. cit.

(26) En torno a la discusión sobre la obra de MOLINEO, y su influencia sobre el nominalismo de la moneda, véase nota (87), pág. 28, ASCARELLI, op. cit.

(27) ROCA SASTRE: *Eficacia de la cláusula «valor oro»*, en «Revista de De-recho Privado», 1950, pág. 1.

(28) BONET CORREA: Ob. cit., nota (2).

nominal. Si la suma debida estaba determinada en una moneda que no tiene ya curso legal en el momento de pago, éste debe de hacerse en moneda legal equiparada por su valor a la primera» (29).

8.—POSICIÓN DE LA DOCTRINA FRENTE AL NOMINALISMO.

Lo interesante a efectos de este estudio es si el valor legal del dinero puede derogarse por la voluntad de los particulares. En todos los países donde se ha planteado el problema—que hoy puede decirse es de ambiente universal—la doctrina ha discutido extensamente este problema, sin encontrar una solución decisiva, precisamente porque las «cláusulas de estabilización» afectan al Derecho económico, como hemos afirmado anteriormente (30).

Las posiciones dogmáticas pueden resumirse en tres grupos: los que niegan la eficacia de las cláusulas derogatorias del nominalismo; los que son partidarios de la validez de las mismas, y las posiciones eclécticas, que tienden a dar cierta eficacia a las cláusulas en determinadas circunstancias.

A) La doctrina del *dinero inalterable* encuentra en NOGARO un extraordinario defensor, al decir que es el Estado el que tiene la potestad de emitir la moneda; derecho regaliano de carácter absoluto, y, por tanto, la facultad de ordenar el sistema monetario, sin que los particulares puedan modificar el orden económico para sus fines particulares. Ya antes KNAPP, en Alemania, había sustentado esta doctrina del nominalismo «absoluto». La moneda es un signo, una unidad, que no puede variarse en su valor legal por los particulares, porque es obra del Estado, una norma inalterable del Derecho público.

B) Frente a la teoría del *dinero inalterable*, del nominalismo absoluto, se alzó en Alemania la teoría *valorista*. Ante el hecho frecuente y trágico de la depreciación monetaria—pérdida del poder adquisitivo de la moneda—no se puede mantener la «ilusión» de una permanencia en su valor nominal. La necesidad de equi-

(29) Sobre el comentario del artículo 1.277 y siguientes del Código civil italiano. Véase ASCARELLI, ob. cit.

(30) Véase epígrafe 2.º de este trabajo.

librar las relaciones comerciales, haciendo posibles las «cláusulas estabilizadoras», revalorizando el dinero depreciado, se manifiesta ya en KRESS, pero la construcción de la teoría llamada «valorista» está principalmente en ENNECERUS (31), el que afirma que el objeto de la deuda pecuniaria no es la entrega de determinados signos monetarios, sino el «valor de la cantidad» que se debe. Las deudas de dinero son deudas de valor: De aquí se derivan varias consecuencias: a) El que promete una cantidad de tantos y cuantos marcos, o coronas, no promete pagar precisamente en piezas de a marco, en piezas de a corona, sino que sólo quiere deber, y debe el valor de la cantidad prometida, teniendo que pagar este valor en dinero. b) Si se ha estipulado que una deuda pecuniaria se pague en determinada especie, como se hace frecuentemente añadiendo la palabra «efectivo», a la denominación de la especie pecuniaria, deberá de interpretarse, sin embargo, únicamente como un convenio accesorio sobre el modo del pago, siempre y cuando no se haya manifestado patentemente que la voluntad de las partes tenía otro sentido. Así, pues, el objeto de la deuda es, a pesar de todo, el valor de la cantidad. Si al tiempo del pago esa especie monetaria no está en circulación, pagará en dinero curso. La orientación «valorista» es seguida en Alemania por BLOMEYER, ESSER, LEHMANN, MOLITOR, LARENZ y HOCHÉ (32).

C) En el último decenio se observa en la doctrina alemana e italiana la tendencia a considerar derogable el nominalismo monetario, distinguiendo entre deudas de valor y de dinero (CARNELUTTI, MOSCO, FERRARI, DUDEN, etc.), siempre que la Ley no lo prohíba expresamente (33).

Igualmente la doctrina francesa, en los últimos años reacciona contra el absoluto rigor del nominalismo, defendiendo la admisión de las cláusulas derogatorias, sobre todo después de la depreciación sufrida por el franco al finalizar la segunda guerra mundial. Ya GENY, con ocasión de la enorme devaluación de la moneda francesa, después de la primera guerra mundial, había

(31) Véase ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil*, trad. esp., II, 1, pág. 36.

(32) Citado por BONET, op. cit., pág. 93.

(33) Los autores italianos parten, generalmente, de la distinción entre deudas de valor y de dinero. El nominalismo monetario se aplica solamente a las obligaciones pecuniarias puras, no a las de valor. Esta distinción sutil abrió el camino para la aplicación de las cláusulas de estabilización.

sostenido la validez de la cláusula oro, en contra de NOGARO, diciendo que si bien el Estado tenía el poder o monopolio de emitir la moneda, no puede hacerlo sin olvidar las leyes económicas del signo monetario, que hacen de la misma una mercadería sometida a las leyes del comercio, pues lo contrario sería otorgar al Estado una facultad arbitraria que trastornaría las economías privadas (34).

9.—POSICIÓN DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

En España se siguen diversas tendencias, aunque, por regla general, la doctrina tiende a su admisión, ROCA SASTRE, en su documentado estudio, defiende la licitud de las cláusulas, dando una extensa argumentación jurídica para demostrar que nuestro ordenamiento jurídico no tiene precepto prohibitivo que impida la aplicación de las «cláusulas valor oro», y que tampoco se opone a la moral y orden público. Según el mismo, en el Código civil no existe precepto alguno que afirme el principio nominalista, lo cual es significativo, dada la fuerte influencia del Código francés; tampoco el Código de Comercio (art. 312), pues, a pesar de que aquí se afirma el nominalismo más claramente, con todo ese precepto del artículo 312 (35) no da pie para sostener que quiere establecer el principio en sentido inderogable. Además, ese artículo sólo se aplica a las puras deudas de dinero, no a las deudas de valor, es decir, deudas en que el dinero funciona como medio de pago, no como medida de valores. No pugna la «cláusula» con la Ley de 9 de noviembre de 1939, pues esta Ley tuvo por objeto implantar como única moneda el billete de Banco. Retirada la moneda oro y plata (Leyes de 1937 y 1939), y suspendida la convertibilidad del billete a metálico (como proclamaba la convertibilidad el artículo 181 del Código de Comercio), aquella Ley de 9 de noviembre de 1939 fué resultancia lógica. ROCA SASTRE termina afirmando la

(34) GENY: Cit, ROCA SASTRE, pág. 1, ob. cit.

(35) Artículo 312 del Código civil: «Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviera la moneda al tiempo de la devolución, salvo si se hubiera pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que hubiera experimentado será en daño o beneficio del prestador». Sobre la interpretación de este artículo, véase GARRIGUÉS: *Curso de Derecho Mercantil*, II, 1, pág. 229.

validez y eficacia de la cláusula «valor-oro» en España. Siguen la misma orientación FONCILLAS (36), DUALDE, y con algunas variantes, PELAYO HORE (37).

VALERIANO DE TENA (38), en un artículo publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, en el año 1950, se extiende en un documentado estudio sobre el valor de la cláusula de «estabilización», para llegar a la conclusión de que cuando se trata de deudas pecuniarias, pueden contradecir a la Ley, la moral y el orden público. Existen consideraciones—dice—que ponen de manifiesto cómo las cláusulas de estabilización en general pugnan no ya contra el orden público, sino también contra el crédito público o del Estado, porque llevan en su esencia el germen que, de difundirse, contaminarían dicho crédito con tal virulencia que lo destruiría.

No vamos a hacer un examen detenido de la doctrina española en torno al problema de las «cláusulas de estabilización de valor». Los estudios de ROCA SASTRE, VALERIANO DE TENA, y últimamente el de BONET CORREA, en el «Anuario de Derecho Civil», año de 1955 (39), ofrecen al lector una amplia exposición en esta discutida materia. Para este último, el nominalismo lo que trata de garantizar es que la moneda aceptada sea una unidad de cuenta en el pago de las obligaciones (siguiendo la distinción entre deudas de valor y las de dinero); el valor del dinero también oscilará constantemente. Por tanto, la función del nominalismo es mantener esa unidad de cuenta (la peseta como instrumento liberatorio de pago), sin que a la esfera privada trascienda otra cosa que la mayor o menor libertad que las partes pueden tener para señalar la cantidad de unidades que percibirían cada una como contrapartida del valor real de las cosas.

(36) Véase FONCILLAS, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1933, página 428.

(37) Véase PELAYO HORE: *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 1944.

(38) Véase TENA, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, pág. 705.

(39) BONET: *Op. cit.*, pág. 89.

10.—POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya hemos apuntado, se inclina, en cierto modo, a la validez de las cláusulas estabilizadoras. En una *primera fase* la validez de la cláusula se reduce a la sentencia de 18 de marzo de 1929 y 23 de abril del mismo año, que es intrascendente a estos fines, puesto que la produjo un pago en marcos papel de escasisimo valor. Las restantes sentencias de esta primera etapa (2 de marzo de 1943, 4 de julio de 1944, 27 de febrero de 1945, 12 de marzo de 1946 29 de abril y 16 de junio del mismo año, y las de 22 de marzo de 1947, 5 de abril de 1948, 9 de enero de 1950, etc.) están motivadas por revisión de pagos en zona roja, qe fueron realizadas con devolución de la misma especie y calidad de moneda, según prescribe el artículo 1.753 del Código civil, pero no en la moneda que tuviera curso legal en España, a tenor del artículo 1.170 del mismo Código, ya que el pago, al ser en zona roja, lo fué en la moneda circulante en la zona marxista.

En una *segunda fase*, la validez de la cláusula oro, con carácter general, la establece la sentencia de 4 de enero de 1951, que resolvió el problema de una cláusula *pago oro o plata con exclusión de billetes*. El comprador pretendía pagar por el valor nominal de lo pactado (a tenor de la Ley de 9 de noviembre de 1939), y el vendedor exigía el pago en billetes por el tipo de cotización que el oro o la plata tuvieran en el momento del pago, declarando dicha sentencia que no se infringe la Ley de 9 de noviembre de 1939, ni el artículo 1.170 del Código civil, por la aplicación de la cláusula contractual que imponía el pago, por la equivalencia del oro o de la plata, en billetes del Banco de España de curso legal, pues tal tesis no declara la depreciación de los billetes de banco, ya que también sería válida a la inversa (baja del oro o de la plata); la depreciación no puede producir «incalculables consecuencias», temidas por el comprador, pues la depreciación de la moneda, aun la de oro y plata, es un fenómeno constante de todos conocido, estudiado de antiguo por los economistas (40). Claro es que en

(40) Véase la sentencia en «Revista de Derecho Privado», 1951, pág. 412.

este supuesto se trataba de una deuda de «valor» y no de dinero, y así viene a reconocerlo la sentencia, al decir que en el contrato no se hablaba de «moneda», sino que el pago habría de hacerse en oro o plata, y al estar fuera del mercado estos metales, debería de pagarse por su equivalencia en billetes del Banco de España.

11.—CONCLUSIONES EN ORDEN AL PROBLEMA DE LA CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN.

Resumiendo podemos afirmar: a), que la doctrina en el último decenio es partidaria de la validez de las cláusulas de estabilización, con ciertas limitaciones, en función de que no se vulneren las leyes relativas al orden económico; b), que la Jurisprudencia española, en una segunda fase, se inclina, con carácter general, a la admisión de las «cláusulas», aunque referida, en la sentencia apuntada, en cuanto a deudas de valor, y a una determinada época de contratación (contratos celebrados antes de la Guerra de Liberación).

A nuestro juicio el problema de la admisión de las cláusulas de estabilización es un problema arduo y complejo. Dijimos anteriormente que el sistema monetario se rige por leyes y normas de carácter político-económico. El sistema monetario es uno de los más importantes factores del orden económico. Cuando se trata de precisar si una cláusula es o no lícita dentro del ordenamiento jurídico, no se puede razonar solamente en función del Derecho positivo, será necesario, además, un examen de las normas que se refieran directa o indirectamente al sistema monetario, para ver si en el momento de la aplicación de «las cláusulas» éstas vulneran o no dicho orden jurídico económico. En el momento histórico español de los últimos veinticinco años, se perciben claramente tres etapas a efectos de la validez de las cláusulas: la *primera*, hasta la Ley de 20 de enero de 1939, en que se retiró la plata de la circulación, y, más concretamente, a partir de la Ley de 9 de noviembre de 1939, en que se estableció el curso forzoso del papel moneda; la *segunda*, desde esa fecha hasta la Ley de ordenación económica de 21 de julio de 1959, y la *tercera*, a partir de esa Ley.

a) *Primera fase: cobertura metálica.*

No cabe duda que los problemas se plantearon, generalmente en España, del tránsito de la primera a la segunda fase (o tercera), es decir, cuando el contrato se celebra en la primera etapa, época normal, y la deuda pecuniaria se ha de pagar en la segunda o posterior—momentos de depreciación y devaluación monetaria—. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en general, aborda los momentos críticos del paso de la primera fase a las posteriores. En ese primer período las cláusulas de garantía monetaria, por regla general, son eficaces, y en la lectura de las sentencias del Alto Tribunal late, además de los razonamientos jurídicos, un deseo de equidad, evitar un enriquecimiento injusto—como dice Ascarelli refiriéndose a la italiana—. Y estas razones de equidad son las que llevaron a sentar la doctrina de las cláusulas *rebus sic stantibus* (sentencia de 5 de junio de 1945) como norma de interpretación de contratos carentes de cláusulas de garantía monetaria.

b) *Segunda fase: depreciación monetaria.*

El problema que plantea la eficacia de las cláusulas es más arduo cuando la prestación y contraprestación tiene lugar en la segunda etapa, que por ser situación especial de emergencia, habrá que examinar, en orden a la validez de la cláusula, cada caso concreto, sin poder atribuir reglas de carácter general. Desde luego no somos nosotros partidarios de que en ese momento económico se pudiera sostener, de una manera general y absoluta, una cláusula de garantía monetaria, pues en el fondo del problema se entrecruzan normas del derecho público y privado, se manifiesta una colisión de intereses entre el Estado y los particulares, triunfando el primero por razón de política económica (*imperium*). Es bien conocida la profusa legislación del Estado en los últimos veinte años, en materia monetaria, tasas, subsistencias, mercaderías, importaciones y exportaciones, etc. En este período la admisión de la «cláusula» será posible si en el caso concreto no contradice el orden económico, o interés general, que está por encima de los intereses particulares.

c) *Tercera fase: devaluación y paridad oro de la peseta.*

La tercera fase, su momento inicial está en julio de 1959, con los decretos de Ordenación económica, y en esta nueva etapa se producen variaciones importantísimas en el sistema monetario español, como antes expusimos. El Estado español ingresa en los organismos internacionales (F. M. I. y O. E. C. C.), lo que le obliga: a) Fijar un cambio único para la peseta. b) A modificar el cambio cuando el momento lo requiera. c) A dar una paridad oro a la peseta, lo que se verificó por el decreto de 17 de julio de 1959. d) A ordenar su economía para la estabilización de los precios y del signo monetario. e) A establecer la convertibilidad de la peseta.

A nuestro juicio, en los momentos actuales las cláusulas de garantía monetaria en los contratos podrán ser admitidas, por regla general, refiriéndose al peso específico oro de la peseta papel, ya que la paridad monetaria oro es una importantísima novedad de la política monetaria española de los últimos sesenta años. Bastará dar el paso definitivo con la convertibilidad para que la *paridad-oro* constituya el módulo regulador perfecto y justo en las relaciones contractuales.

12.—LOS MÓDULOS ESTABILIZADORES.

La doctrina ha estudiado las distintas cláusulas que la práctica jurídica ha construido como medidas o módulos de «estabilización de valor». Son éstas: la cláusula oro, o valor oro; la cláusula pago en moneda extranjera; cláusula pago en especie; y cláusula de escala móvil.

A) *La cláusula valor oro* no es lo mismo que la «cláusula oro». En aquélla el metal áureo funciona como un módulo (o parámetro, como dice MESSINEO), y en la otra como mercancía (Véase sentencia de 4 de enero de de 1951). Pero lo interesante es la diferencia entre «monedas de oro» y «cláusula valor oro», y, aunque aparentemente son iguales, su diferencia está en que la «moneda oro» es la moneda acuñada, y estas monedas constituyen el objeto

de la obligación. Por el contrario, en la cláusula «valor oro», las monedas de oro no constituyen el objeto específico de la obligación, sino que sólo desempeñan el papel de módulos a efectos de verificar el cálculo de las unidades a pagar en moneda de «curso legal». A pesar de esta distinción, clara y precisa, muchos autores, y la misma jurisprudencia, con frecuencia las equiparan, lo que pone de relieve Roca Sastre en el estudio antes citado.

Ya hemos dicho que el art. 1.170 del Código Civil establece que el pago de las deudas debe de hacerse en la especie pactada, y que, no siendo posible, en la de oro o plata de curso legal. Los Decretos de 14 de marzo de 1937 y 20 de enero de 1939, retiraron la moneda plata y oro de la circulación. Y conforme el Decreto de 9 de noviembre de 1939, sólo el papel moneda tiene poder liberatorio. Pactado el pago de moneda oro, la cláusula será inoperante, ya que sólo el papel moneda tiene poder liberatorio en los pagos de dinero. Distinto será el caso de que se pacte «valor oro», ya que entonces el oro servirá de módulo estabilizador. Pero la doctrina se pregunta si esto será válido, dentro del nominalismo monetario.

Bonet y Correa hace una detenida clasificación y examen de las posturas en los distintos países: 1) Entre las legislaciones que declaran la nulidad de las cláusulas oro—dice—están los Estados Unidos de Norteamérica con su específica *Joint Resolution Act*. Forma parte de este grupo de legislación del Canadá. La legislación griega lo prohibió en el año 1932. Lo mismo la legislación de Egipto, del Brasil, etc. La legislación francesa no tiene una ley especial sobre la materia, pero resulta la prohibición de la ley que estableció el curso forzoso (de 5 de agosto de 1914). Los autores se dividen en torno a su admisión, pero la jurisprudencia se inclina generalmente a la nulidad. Paralelo al francés, está el italiano, mientras la jurisprudencia vacila en torno a su admisión, la doctrina generalmente acepta la validad de la cláusula. 2), Entre las naciones que reconocen su validez—sigue diciendo Bonet—están Bélgica y Holanda, salvo ciertas limitaciones. En Alemania están admitidas por la legislación, aunque se advierta cierta tendencia a su prohibición. 3) Por último, países que lo admiten abiertamente están Suiza e Inglaterra.

Refiriéndonos a la posición española en la admisión de las cláusula «valor oro», la discusión doctrinal nos llevaría a lo expuesto

anteriormente. Es decir, que no se opone a su validez ni el nominalismo del art. 1.170 del Código Civil ni la legislación especial en materia de moneda, pero que habrá que distinguir el momento especial en que se aplica la cláusula, y si vulnera normas de orden económico. No compartimos, pues, el criterio de ROCA SASTRE y estamos más cerca de la posición intermedia de BONET, que dice: «que el problema se reduce a ver si por efectos de leyes especiales subsiste la libertad de estipular «cláusulas valor oro».

Pero lo importante en esta cláusula oro, o valor oro (ya que el Tribunal Supremo las equipara), es el módulo regulador. Antes del Decreto-ley de 17 de julio de 1959 había que acudir a la legislación especial en materia de Aduanas. Ese mismo criterio se sigue en el art. 219 del Reglamento hipotecario, como veremos posteriormente. El Decreto de 27 de julio de 1959, consecuente con el contenido oro de la peseta, fija el recargo en 1.860 por 100, o sea a razón de 18,60 pesetas por peseta de curso legal. Pero este recargo queda en suspenso, aplicándose el de 615 por 100, y para casos especiales el de 1.272 por 100 (41).

Lo interesante, a efectos de esta cláusula, es que la peseta oro se valora en 19,60 pesetas papel en curso legal. A esta fijación se llegó teniendo en cuenta el valor de la moneda «Troy» en el mercado de Nueva York—que se cotiza a 35 dólares—, pasando por la moneda oro española de 100 pesetas, y previa fijación del cambio del dólar en 60 pesetas, en virtud del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, y que fué el paso para la entrada de España en la Organización Económica de Cooperación Europea (O. E. C. E.) y en el Acuerdo Monetario Europeo, que, como hemos dicho, substituyó a la Unión Europea de Pagos.

B) *Cláusula moneda extranjera*.—Es interesante cuando la cláusula se pacta por el módulo «valor moneda extranjera». Pero dentro de esta cláusula hay que distinguir cuando se pacta el pago

(41) Después de pronunciada la conferencia, se publicó la Ley Arancelaria de 1 de mayo de 1960 (B. O. del día 14), que sigue la aplicación de derechos *ad valorem*, justificando la reforma, en el preámbulo en razón al desarrollo económico y a la cooperación internacional. Por esta Ley se deroga expresamente la Ley de Aduanas de 20 de marzo de 1906, la Ley de Pago en Oro de Derechos Arancelarios de igual fecha, la Ley de 22 de abril de 1922, etc.

El nuevo Arancel de Aduanas es de 30 de mayo de 1960 (B. O. de 31 de mayo y 1, 2, 3, 4 de junio).

con moneda extranjera y cuando se pacta por el «valor de dicha divisa». En el primer caso, el contenido de la obligación es la divisa extranjera, en el segundo el valor de la misma. A tenor de los arts. 1.170 y 1.173 del Código Civil y primer apartado del art 219 del Reglamento hipotecario, es posible pactar en moneda extranjera (*in obligatione*).

ASCARELLI dedica gran extensión al estudio de esta cláusula en su *Estudio jurídico sobre la moneda*. En general, la doctrina se ocupa con extensión de la misma. Por regla general, distinguen, en cuanto a la «moneda extranjera», según que se contrate en la esfera internacional o en la nacional. En el ámbito internacional, la cláusula tiene perfecta validez; pero se pone en duda en el orden interno (o nacional), pues todo depende de la legislación monetaria, muchas veces prohibitiva, en función de la protección del signo monetario. En España la Ley de 4 de mayo de 1948 impone la necesidad a los españoles residentes de declarar y ceder las divisas extranjeras al Instituto Español de Moneda Extranjera (I. E. M. E.). El Decreto de 21 de julio ratifica esas medidas, pues en el art. 6.º obliga a los residentes a venderlas en el mercado español.

Distinta es la cláusula «valor moneda extranjera». Este módulo en el fondo es una cláusula valor oro, sobre todo cuanto se trata de una moneda «fuerte» y convertible. Su eficacia es discutida, llegándose por la doctrina a conclusiones análogas a la «cláusula valor oro».

Nosotros creemos que si se admite aquélla, no hay inconveniente en admitir la de valor moneda extranjera como patrón regulador. Y a este respecto, después de fijarse el valor o cotización de la peseta en función del dólar, no habría inconveniente en admitirlo para esta divisa, pues indirectamente se llegaría a los mismos cálculos numéricos que con la peseta paridad-oro. En este sentido podríamos llegar a una cláusula «valor dólar».

En cuanto a las demás divisas extranjeras, es de tener en cuenta que el art. 5.º del citado Decreto-ley, autoriza al ministro de Comercio para ir a la convertibilidad en los casos y condiciones que estime conveniente. Pero ir a la convertibilidad de la divisa española no quiere decir que se vaya a un «mercado libre de di-

visas», pues por regla general, la convertibilidad se concede sólo para los no resistentes en el país.

Esto nos lleva a la conclusión que el futuro español—quizá próximo—, cuando la convertibilidad de la peseta sea un hecho (42), podrá ser válida la clausura valor «moneda extranjera convertible».

C) *Módulo en especie*.—Vamos a examinar la cláusula que tiene por objeto hacer el pago en «especie». ROCA SASTRE la critica, pues con ella se vuelve a un sistema primitivo, el de la permuta. VALERIANO DE TENA dice que es característica de una vieja tradición española en la economía rural. Y PELAYO HORE, que es propia de economías rudimentarias de escasa circulación monetaria. Se aplicó de antiguo en el pago de rentas censales, y en los arrendamientos rústicos.

La admisión de esta cláusula en Derecho español (como módulo) está fuera de toda duda. La doctrina española y extranjera la admiten en forma más absoluta que la cláusula «valor oro». En Italia la admite la ley y la jurisprudencia en los arrendamientos rústicos.

D) *Cláusula trigo*.—Dentro del módulo en especie, hay que distinguir que se pacte la «especie» o su «valor». A efectos de lo que la doctrina conoce por «cláusulas de escala móvil», el *valor* es lo que interesa. Se aplica en España en los arrendamientos rústicos en régimen normal. No se opone a ella el Código Civil, ya que el art. 1.555 dice que las partes pueden convenir el pago de la renta como tengan por conveniente. La Ley de 23 de julio de 1942 dice en su art. 3.º: «Para los futuros contratos de arrendamiento de fincas rústicas la renta que deba de satisfacer el arrendatario se fijará, necesariamente, en una determinada cantidad de trigo, que las partes señalarán libremente; pero su pago deberá efectuarse en dinero de curso legal, estableciendo la equivalencia a razón del precio de tasa vigente para el trigo, sin ninguna clase de bonificaciones ni premios, el día que la renta deba de ser satisfecha.»

(42) Lo será si España ingresa en algunas de las organizaciones (Mercado Común, o Area del Libre-cambio), ya que sería necesario, para dicho ingreso, la convertibilidad monetaria.

Según algunos comentaristas de la ley, no se resolvió con ello un problema de elevación o reducción de renta, sino de «traducción de valores». Ante el gran aumento de los productos del campo se había creado una situación de injusticia, que trató de resolver la ley. ROCA SASTRE, PELAYO, BONET, dicen que fué impuesto dicho patrón trigo, como cláusula estabilizadora, y para aliviar la situación de los propietarios de fincas rústicas ante la baja del poder adquisitivo de la moneda. VALERIANO DE TENA, cree que el motivo fué de tipo social, el evitar que se resolvieran los contratos de arrendamiento entonces vigente (así lo explica el Preámbulo de la Ley de 1942).

Para el profesor HERNÁNDEZ GIL (43), comentando el Decreto-ley de 15 de junio de 1949, que introduce algunas modificaciones en el art. 3.º de la Ley de 1942, la finalidad de la Ley es la estabilidad de una de las prestaciones: la de la renta. En el mismo sentido se manifiestan FUENMAYOR (44), NART y otros (45).

Creemos, en efecto, que la cláusula trigo es un verdadero módulo estabilizador en el régimen de arrendamientos rústicos, dictado por dos razones: una, de «política económica», que se refiere al incremento de la producción, y otra de «política social», protegiendo de un lado a los arrendatarios contra la resolución de los contratos, y, de otro, al arrendador en la percepción de una equitativa renta, proporcional al valor de los frutos.

E) *Las cláusulas de escala móvil.*—Hemos aludido a estas cláusulas al referirnos a la cláusula trigo, porque el «valor trigo» constituye una modalidad de estas cláusulas de «escala móvil» o de «cláusula de variación según índice», que con ésta y otras denominaciones se conoce en la doctrina, aunque en la práctica es conocida por las de «escala móvil».

La cláusula de «escala móvil» es el módulo elegido por las partes contratantes que determina la cantidad a pagar en función de la variación de determinados «índices económicos». Estos índices pueden estar referidos a determinados artículos, que son de carác-

(43) HERNÁNDEZ GIL: *Apuntes del Curso Académico*, 1953-1954, Conferencia 36, pág. 1.

(44) FUENMAYOR: *La equivalencia de las prestaciones en la Ley Especial de Arrendamientos*.

(45) NART. *Ex arrendamientos*, «Anuario de Derecho civil», 1951.

ter general en el consumo, o al «índice general» del costo de la vida que fijan instituciones oficiales de estadística.

Esta cláusula ha tenido ardientes defensores entre la doctrina francesa, que se ocupa de la misma en los últimos decenios. En términos generales, encuentran su fundamento en la justicia conmutativa, en la equidad que debe regir en las relaciones contractuales entre prestaciones y contraprestaciones. Y es—dicen—la más justa, porque restablece la armonía o equilibrio, ante el fenómeno de las alteraciones de los precios y las alteraciones monetarias. El precio—cantidad a pagar—se fija por el «índice», y éste no es otra cosa que el valor asignado a las mercancías de uso general en el mercado, o por la resultancia del tipo medio de lo que significa el «coste de la vida».

Se ha discutido cuáles son las causas de las variaciones del «índice». El problema es de índole económico y social, y por tanto complejo. El que suban o bajen los precios, o la moneda sea «débil» o «fuerte», es intrascendente. Al jurista le interesa fundamentalmente el hecho de la baja del poder adquisitivo de la moneda; la falta de equilibrio entre el «índice general de precios» y el signo monetario, contemplado en los momentos de las prestaciones y las contraprestaciones. Cuando en el período de transición entre uno y otro se produce la alteración económica—inflación o deflación—será necesario aplicar los módulos correctores por medio de la cláusula de escala móvil, estipulada por las partes.

Se ha discutido si estas cláusulas—como en general todas las de estabilización—provocan la inflación. Los autores franceses se extienden en consideraciones, llegando a la conclusión de que las «cláusulas de escala móvil» son absolutamente inoperantes (RIPERT, VASSEUR) en el fenómeno económico inflacionista. Pero es lo cierto que las mismas encuentran recelos en el sector público. Esto nos lleva al problema de la licitud de las cláusulas de escala móvil. En España, PELAYO HORE afirma que rozan el campo de lo lícito en cuanto atentan al prestigio y crédito de la moneda. ROCA SASTRE (46), dice que el problema de su licitud—excluido el de arrendamientos rústicos—es el de toda cláusula de estabilización, ya que todas responden a un mismo designio, que es eliminar

(46) ROCA SASTRE: Op. cit., «Revista de Derecho Privado», 1950.

de los pagos el signo monetario oficial. VALERIANO TENA (47) no se muestra partidario de su admisión, puesto que es la forma más característica de encubrir la desconfianza en la solidez del valor de una moneda. Se da, además, la particularidad—dice—que mediante esta cláusula el elemento estabilizador pasa a ser el estabilizado. Por ejemplo, cuando se toma como «medida de cuenta» una mercancía. Por ésta podrá después encarecer o abarataarse, independientemente de que la moneda se deprecie o revalorice. Son muchos y complejos los factores, extraños al valor del signo monetario, que influyen en el fenómeno económico de los precios.

Refiriéndonos todavía a la posición doctrinal española, BONET CORREA (48) sostiene que las cláusulas de escala móvil no son contrarias a las leyes fundamentales de nuestro ordenamiento positivo y, además concuerdan con los principios tradicionales del Derecho civil. Por un acto de autonomía de la voluntad, las partes introducen, en virtud de su propio acuerdo y autoridad, una cláusula móvil en el contrato. Las variaciones del contrato resultan alterables en los límites impuestos por dicha cláusula índice o de escala móvil. Se respetan así los arts. 1.091, 1.258 y 1.273 del Código Civil. En resumen, la cláusula de escala móvil obedece a todas las reglas de los contratos y supone el respeto a la palabra dada y a un mínimo de libertad contractual. El límite negativo impuesto por las leyes especiales supondrá tan sólo el marco en que se encuadra dicha autonomía. Y concluye diciendo, que estas cláusulas se mueven dentro de la línea general del equilibrio en las prestaciones y de ofrecer las partes cierta seguridad para el porvenir. Y que dentro de su técnica intervienen otros factores que la hacen lícita o válida, tales como: a) El que se base en los índices oficiales. b) Que es correlativa con el movimiento de precios. c) Que no es usuraria ni especulativa, sino conmutativa y equitativa. d) Que no se trata de un fraude de la ley, puesto que supone una garantía lícita, frente a la insuficiencia nominal, al ser la aplicación de una regla proporcional paralela a las variaciones reales de los precios.

Por nuestra parte, creemos que este módulo estabilizador es, desde el punto de vista de la equidad, o justicia conmutativa, el más

(47) TENA: Op. cit.

(48) BONET: Op. cit.

lícito y moral, sobre todo si el valor índice se fija en función oficial (como ocurre con el trigo en España, a los datos que en orden al índice del costo de la vida se fija por el servicio de Estadística). Pero una cosa es que sea equitativo y lícito, con fines de evitar enriquecimiento injusto, y otra que sea jurídicamente válido. Consecuentes con nuestra posición, anteriormente expuesta, creemos que el problema de su validez afecta a si vulnera o no el «orden económico» establecido por las leyes y normas jurídicas que lo rigen. En principio no se opone a los preceptos del nominalismo monetario (Código Civil y leyes especiales citadas), que regulan el curso forzoso de la moneda, pero las cláusulas pueden ir contra las «normas». Y razones de política económica y social pueden significar qué normas, relativas a la producción, distribución o el consumo, pueden quedar afectadas con las cláusulas de escala móvil. Es decir, lo que se dice para este módulo es igual a lo que se diría para las cláusulas de estabilización en general. Las situaciones de emergencia son las que interesan a efectos de la aplicación de las cláusulas y son precisamente en esas situaciones críticas cuando el Estado debe de proteger su economía para evitar el alza de los precios. Se manifiesta entonces, como ya hemos dicho, una colisión entre el Estado y los particulares que debe de triunfar el primero por razón de soberanía y orden público.

Pero la cuestión del «momento» en que puede ser válida o no la cláusula estabilizadora, así como la determinación del «orden económico» que puede, o no, ser vulnerado, no puede ser razonado por principios generales. Será necesario examinar cada caso concreto, pues dada la complejidad del problema económico, generalizar lleva, como hemos visto, a la doctrina a soluciones totalmente opuestas. Por lo que se refiere a España, el problema hay que centrarlo, en las tres etapas a que antes hicimos referencia al tratar del nominalismo monetario. No cabe duda que la tendencia actual es hacia la admisión de las cláusulas estabilizadoras, y que dentro de los módulos estabilizadores, ésta de la escala móvil es de las más justas. Sin embargo, el hecho real de que la peseta tenga hoy insita una paridad monetaria oro, y de que ésta esté en función del dólar por el citado decreto de 1959, nos lleva a considerar que quizá sea el valor oro de la peseta el módulo más admisible en las cláusulas estabilizadoras.

13.—LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN DE VALOR EN LA HIPOTECA.
IMPORTANCIA DE LA REFORMA.

Objeto principal de nuestro estudio es el de la «cláusula de valuta» en los préstamos hipotecarios. Las anteriores consideraciones, de indole económica y jurídica, son, como veremos, fundamentales en orden al comentario que la novísima reforma reglamentaria nos merezca.

El párrafo tercero del artículo 219 del nuevo Reglamento Hipotecario, reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959, admite las cláusulas de estabilización de valor en la hipoteca, regulando los requisitos que las escrituras de préstamo han de contener a efectos de su validez. Con esto se soluciona la debatida cuestión en orden a la admisión de estas cláusulas en Derecho español.

En el régimen anterior a la reforma era de muy dudosa aplicación. Hemos señalado anteriormente que, no obstante, un sector de la doctrina española tendía a su admisión en el campo español, y, concretamente, ROCA SASTRE, al referirse a las cláusulas valor-oro en la hipoteca, decía que podría inscribirse por no oponerse al principio de especialidad, siempre que se estableciera la equivalencia de pesetas con el oro. VALERIANO DE TENA afirmaba lo contrario, no sólo por ser ilícitas en el orden civil, sino complejas en el orden hipotecario.

La Dirección General de los Registros se ocupó de dos casos iguales en las resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952.

En ambas resoluciones la Dirección, con revocación del auto presidencial, declaró no ser inscribible el pacto de una escritura pública de hipoteca que establecía una cláusula «valor trigo» como regulador del capital que habría que reintegrarse en su día, confirmando la nota del Registrador que había sido denegatoria de la inscripción de la cláusula. Las resoluciones declararon la doctrina siguiente: 1) Que no se concreta la forma de determinar la depreciación monetaria que daría lugar al juego de la condición ni la cuantía en que habría de desvalorizarse para que el pacto produzca efecto. 2) Que las cláusulas de estabilización de valor son miradas en general con prevención por las legislaciones extranjeras, por ser contrarias al nominalismo que inspira la mayoría de los Códigos,

en especial el régimen del contrato mutuo que se rechazan por la jurisprudencia de algunos países por contrapuestas al principio que informan los sistemas monetarios, sobre todo en las épocas de curso forzoso del papel moneda, cuyo pleno poder liberatorio pueden atacar, aunque no se prohíben expresamente por la Ley, y este criterio coincide con gran parte de la doctrina al sostener, además, que se oponen a la moral, como exorbitantes, y por beneficiar sólo al acreedor, y al orden público, en cuanto son incompatibles con el interés general de la comunidad. 3) Que no cabe desconocer que el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, singularmente en la sentencia de 4 de enero de 1951, puede estimarse, en cierto modo, favorable a su admisión, si bien es necesario destacar que el caso juzgado se refería a un contrato de arrendamiento con opción de compra, otorgado antes de la implantación del curso forzoso del papel moneda, y que la doctrina y argumentos no parecen aplicables íntegramente al préstamo, de características distintas y tratados con criterios nominalistas en los artículos 312 del Código de Comercio, 1.895 del Código civil francés, 1.277 del italiano y 244 y 245 del alemán. 4) La escritura no se ajusta a lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley y 219 del Reglamento Hipotecario, por no determinar la manera exacta la responsabilidad real, que interesa en general a cuantos terceros adquirentes se apoyen en el Registro, por lo que es necesario evitar ambigüedades para corresponder al principio fundamental de la especialidad, defecto que podría haberse subsanado señalando un máximo de responsabilidad y constituir una hipoteca de seguridad, para cuya ejecución no se puede pactar ni la extrajudicial, inaplicables para hacer efectivas las deudas líquidas, excepto lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

Las importantes resoluciones, cuyos principales considerandos acabamos de relacionar, fueron objeto de un especial comentario por GINÉS CÁNOVAS en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en el año que se dictaron (49).

La reforma hipotecaria, por el citado artículo 219, tiene un gran alcance, no sólo porque se anticipó en unos meses al Decreto

(49) EN REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1952, pág. 581.

de Ordenación económica, vislumbrado el giro del Estado en la política económica, sino, además, porque con ello fortalecía lo que es fundamental en un perfecto sistema hipotecario: el *crédito territorial*. Recordemos a este respecto que la siempre tan ponderada Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861—cuyo centenario está próximo—tenía como preocupación máxima la ordenación del suelo con vistas al crédito territorial, al decir: «que en un sistema hipotecario perfecto los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, y el propietario gozará de un crédito proporcional a su verdadera riqueza, con lo que se activará la circulación del dinero y nacerán nuevas fuentes de riqueza».

La revalorización del solar y del agro español son fines de gran importancia en la economía española. Todos sabemos la necesidad que existe de canalizar el ahorro, tanto para la construcción de viviendas y, sobre todo, para la industrialización del campo. Con razón se ha dicho que España tiene una economía al «aire libre», y hoy día se habla insistentemente de una «vuelta al campo», buscando en el mismo la verdadera renta nacional, de tal forma que la industria básica mire a la agricultura.

En el informe económico sobre España de la O. E. C. E. se pone de manifiesto esa tendencia, al decir: «En España, a pesar del desarrollo industrial de los últimos años, el sector agrario sigue siendo el de más importancia en su economía. Más o menos, la mitad de la población activa siguen trabajando en la agricultura, la cual abastece el país para sus necesidades esenciales.» Y sigue diciendo en otro de sus puntos del informe: «El desarrollo agrícola ha sido lentísimo. Hubo que esperar al año 1951 para lograr el nivel medio de cosecha del año 1931 al 35. La lentitud obedece, por un lado, a las condiciones climatológicas, que son difíciles, y de otro, a que las inversiones en el campo de la agricultura por el Estado no representan más del 15 por 100 de las inversiones del sector público.»

La mecanización del campo, en efecto, es algo fundamental en la nueva etapa económica. El profesor PRADOS ARRARTE (50) pone de relieve la urgente necesidad de la mecanización del campo. El promedio de hectáreas que corresponde a cada tractor es de 605

(50) PRADOS: Op. cit.

en España, contra 18 en el Reino Unido y Alemania Occidental, y de 193 en Italia.

Con esto llegamos a la conclusión de que la agricultura precisa del ahorro privado para modernizar el sistema de cultivo, ya que las inversiones del sector público son insuficientes, y es bien notorio que el sector privado desdeñó en los últimos años toda inversión que no esté garantida ante la depreciación monetaria. Por tanto, con las cláusulas de estabilización de valor en la hipoteca se devolverá la confianza a esas inversiones en beneficio de la agricultura, en lo cual radica, a nuestro juicio, la importancia de la reforma.

14.—NATURALEZA DE LA HIPOTECA CON CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN.

Es bien sabido que, conforme al artículo 1.861 del Código civil, la hipoteca puede constituirse para garantizar toda clase de obligaciones, y el artículo 104 de la Ley Hipotecaria lo extiende incluso a las obligaciones de hacer, y el artículo 142 a las que tengan por objeto garantizar una obligación futura. Pero en función del principio de especialidad, la hipoteca sólo garantiza las obligaciones en dinero. Así, el artículo 12 de la Ley Hipotecaria dice: «Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubieran estipulado.»

Concordante con el artículo 12 de la Ley, el Reglamento, en el párrafo primero del artículo 219, dispone: «El importe de la obligación asegurada, o la cantidad máxima de que responde la finca hipotecada deberá ser fijado en moneda nacional, o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en el signo monetario de curso legal en España.» Este primer párrafo constituía el contenido del referido artículo en el Reglamento de 14 de febrero de 1947.

Lo interesante a los efectos de la hipoteca es que sólo garantiza obligaciones dinerarias, en moneda española, y siendo en moneda extranjera, fijándose su equivalencia en pesetas. Y esto es fundamental en todo perfecto sistema hipotecario, ya que, a efectos de registro, se requiere la «determinación del crédito» que la finca garantiza con la hipoteca. Y siendo uno de los caracteres de la hipoteca el de ser un derecho real de realización de valor que

concede derecho a su titular, cuando la obligación resulte incumplida, a promover la venta del inmueble gravado (*ius distrahendi*), es lógico que conste en el Registro el importe en dinero nacional por la que toda hipoteca responde.

Es corriente la clasificación por los tratadistas de Derecho hipotecario, en hipotecas normales u ordinarias, y de seguridad. En las primeras, crédito e hipoteca están en el asiento perfectamente definidos y hermanados, de tal forma que el asiento hace de aglutinante entre crédito y derecho real de garantía; en las de seguridad el crédito se define de una manera hipotética, por lo que, hasta su realización, la hipoteca está unida al crédito por un importe aparente. Una variante de las hipotecas de seguridad es la de máximo, así denominada porque se fija de antemano el «máximo» de responsabilidad de que debe responder la finca hipotecada. El artículo 219 del Reglamento alude a las hipotecas de «máximo», precisamente en el artículo en que regula la hipoteca con cláusulas de estabilización. El carácter de estas hipotecas con «cláusula» es, pues, la de ser de *máximum*, dentro de las de *seguridad*. Así lo entiende la doctrina, y la misma jurisprudencia hipotecaria, en las resoluciones que antes hemos comentado.

15.—LA HIPOTECA EN MONEDA EXTRANJERA.

Consecuente con el artículo 1.170 del Código civil, el artículo 219 del Reglamento presupone que la hipoteca puede garantizar deudas en moneda extranjera. Y a efectos del curso forzoso, y de los principios del sistema, por razón de la especialidad, dispone que habrá de señalarse la *equivalencia* de las divisas extranjeras en el signo monetario español.

Para examinar bien los problemas que plantea la hipoteca en moneda extranjera, haremos un breve análisis relativo a su naturaleza, personas que pueden constituirla y los efectos.

a) La característica especial de esta hipoteca es que garantiza una deuda de valor, que se convierte en dineraria por imperativo del artículo 219 a efectos de la especialidad. Conviene distinguir, a estos efectos, el contrato, de la hipoteca. El contrato tiene *in obligatione* e *in solutione* la divisa extranjera. La hipoteca tiene

por contenido una deuda dineraria. Con razón observa don JERÓNIMO GONZÁLEZ (51) que en esta clase de hipotecas en moneda extranjera la divisa es mera mercancía.

Una resolución de 15 de febrero de 1926 no admitió la inscripción de una hipoteca en libras esterlinas, dando los siguientes razonamientos: 1) Que es necesario distinguir la garantía real que sujeta *erga omnes* y especialmente frente a terceros, una parte del valor de las fincas al cumplimiento de las obligaciones contraídas, de los efectos ejecutivos que el mismo título lleva aparejados por ministerio de la Ley; 2) Que el conocimiento exacto de la carga real interesa tanto a los adquirentes y a los cesionarios del crédito hipotecario, como a las personas a favor de las cuales haya de constituirse un derecho real cualquiera, y, en general, a los terceros que se apoyen en el Registro; por el cual motivo la Ley se preocupa, en primer término, de determinar el crédito asegurado en forma que evite ambigüedades y corresponda a los principios fundamentales de la publicidad, especialidad y determinación en que descansa esta parte del sistema inmobiliario español; 3) Que el permitir la determinación del importe del crédito en moneda extranjera, sin fijar la equivalencia en las especies españolas, traería consigo las dificultades consiguientes al reconocimiento de fuerza liberatoria a las divisas carentes de curso legal, si se entendía que el pago de la deuda, las consignaciones de los interesados y la venta en pública subasta debieran hacerse con sujeción al artículo 1.170 del Código civil en la especie pactada, es decir, en libras esterlinas; 4) Que a los efectos del artículo 131 y siguientes de la Ley Hipotecaria es indispensable, según el artículo 130, que en la escritura de constitución de hipoteca conste el precio que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta, y al fijarse en libras esterlinas el importe de la responsabilidad, o se reputa la moneda como verdadera *mercancía que se cotiza*, en cuyo caso para hacer la computación a metálico ha de seguirse un procedimiento análogo al desenvuelto en el artículo 1.436 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que no tiene su paralelo en el procedimiento sumario, o, por el contrario, conceder a la moneda extranjera una función que iría en contra del Decreto de 19 de octubre

(51) J. GONZÁLEZ: *Principios Hipotecarios*, págs. 259 y sigs.

de 1868 (la que estableció el bimetalismo en España), que sólo mediante la autorización del Gobierno se permite la circulación de moneda oro o plata de cuño extranjero.

Termina la importante resolución considerando que los anteriores razonamientos no se oponen a la hipoteca de moneda extranjera, pero determinando el máximo de la responsabilidad hipotecaria en moneda de curso legal.

De lo expuesto se deduce que el artículo 219 del Reglamento de 1947 no hizo sino recoger la doctrina sentada por la referida resolución de 1926.

b) En principio, esta clase de hipotecas en moneda extranjera pueden constituir las toda clase de personas capaces de obligarse y que tengan la libre disposición de sus bienes (art. 138 de la Ley Hipotecaria). Sin embargo, será necesario examinar las disposiciones en materia especial monetaria, a efectos de la capacidad. El Decreto-ley de Ordenación económica de 21 de julio de 1959, en su artículo 6.º, sigue manteniendo la prohibición de poseer divisas extranjeras a «los españoles residentes en España y a las personas jurídicas de nacionalidad española». Asimismo lo establecía la Ley de 4 de mayo de 1948. Lo cual quiere decir que un contrato de hipoteca con moneda extranjera sólo podrá celebrarse entre aquellas personas a las que la legislación monetaria no les prohíba expresamente la posesión de las mismas.

c) Es interesante en esta clase de hipotecas el problema de los *efectos jurídicos*. Conviene distinguir a este respecto entre la hipoteca y el contrato. A los efectos de la hipoteca, ya hemos visto la necesidad de fijar una equivalencia en pesetas, por lo que respecto de terceros sólo les afectará por la cantidad de pesetas por la que la finca responde. Estos terceros pueden serlo por razón de cargas de rango posterior, por razón de compra de la finca hipotecada, etc. En cuanto a las partes contratantes, LA RICA (52) sostiene que el pago deberá hacerse por la equivalencia pesetas, en contra de PELAYO HORE Y ROCA SASTRE, que dice deberá hacerse en la moneda extranjera contratada.

(52) LA RICA Y ARENAL: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. Madrid, 1948; véase nota, pág. 217.

A nuestro juicio, conviene distinguir entre la hipoteca misma y el contrato. No cabe duda que la ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria lleva consigo, conforme al artículo 130, la de la tasación de la finca gravada a efectos del procedimiento, y por tanto, el acreedor no podrá hacer más reclamación que la del importe asegurado en pesetas. En este caso es intrascendente la obligación de pagar en moneda extranjera. Sin embargo, distintos son los efectos que el contrato lleva consigo, el cual obliga al deudor al cumplimiento de lo pactado. La existencia de la hipoteca no transforma el carácter de la obligación. El acreedor, como reconoce la misma resolución antes relacionada, podría seguir el procedimiento por vía ordinaria, por el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento civil, al fin de reclamar el pago de la divisa contratada, y aplicarse, en este supuesto, lo dispuesto en el artículo 1.170 del Código civil, y practicar la liquidación del débito en divisa extranjera al cambio oficial en pesetas del día del vencimiento del crédito. Una sentencia de 10 de marzo de 1925 aplica para una indemnización de daños y perjuicios el cambio que la divisa extranjera tuviera determinado día.

Y es que, en definitiva, estamos en el supuesto de la sutil distinción entre deudas de valor y deudas dinerarias puras. Esta hipoteca es el caso tipo de una deuda de valor. Se dirá, por tanto, que una hipoteca que no contiene cláusula estabilizadora se convierte indirectamente entre las partes en hipoteca de «valuta», pero es que una y otra son completamente distintas. En la hipoteca de moneda extranjera no se trata como en la de «cláusula» de restablecer un equilibrio monetario, sino en pagar una deuda de moneda devolviendo la misma especie recibida, o su equivalente en pesetas, conforme al artículo 1.170 del Código civil. Se trata de una obligación específica regida por el artículo 1.166 del Código civil, que se transforma en genérica, frente a tercero y en la ejecución hipotecaria.

16.—REQUISITOS DE LAS CLÁUSULAS ESTABILIZADORAS.

Refiriéndonos a la hipoteca con cláusulas de garantía monetaria, el apartado tercero del artículo 219 determina los requisitos o circunstancias que han de concurrir para que una escritura de préstamo hipotecario con cláusulas de estabilización de valor surta efecto. Las circunstancias que han de concurrir son tres: A) Fijación de un plazo; B) Fijación de un módulo estabilizador; y C) Fijación de un máximo de responsabilidad por el capital del préstamo.

A) *Fijación de un plazo*.—Dicho artículo distingue lo que pudiéramos llamar préstamos a corto, medio y largo plazo.

Los préstamos a *corto plazo*, o sea, los inferiores en duración a tres años, no podrán garantizarse con cláusula estabilizadora. Como consecuencia de esta limitación se excluyen, igualmente, las hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito. Eso es consecuencia del carácter mercantil que, por regla general, tienen los préstamos que esas hipotecas garantizan. Operaciones de gran rapidez en la vida comercial.

Los préstamos a *plazo medio* son los que tienen una duración que no exceden de diez años. Y a *largo plazo* los que exceden del plazo de diez. Sólo estas dos clases de préstamos son los que la reforma reglamentaria admite con cláusula de estabilización monetaria.

B) *Módulo estabilizador*.—Dispone el Reglamento, en el referido artículo, que la escritura de préstamo hipotecario determine la estabilización con referencia a uno de los módulos o tipos siguientes: a) Valor del trigo fijado a efectos de rentas por el Ministerio de Agricultura; b) Índice general ponderado del costo de la vida, fijado por el Instituto Nacional de Estadística; c) Premio del oro en las liquidaciones de los derechos del Arancel de Aduanas señalado por el Ministerio de Hacienda. Y añade: en la inscripción constará la cifra del tipo o módulo vigente en la fecha del otorgamiento de la escritura.

Vemos, pues, que se recogen tres módulos: a) *El valor trigo*;

b) *El valor «índice»*; y c) *El valor oro*. Vamos a examinarlos separadamente.

a) *Cláusula valor trigo*.—El valor trigo, como hemos visto, es una medida de valoración autorizada para pago de renta en los contratos de arrendamientos rústicos en momentos de emergencia en la economía nacional. Si España se está encaminando a una perfecta ordenación de su economía, el trigo será lo que fué en otros tiempos, una mercadería, y más todavía si ese fruto entra en el variable juego del libre cambio. Por tanto, la eficacia del valor trigo será muy problemática para el futuro, y nula desde el momento en que oficialmente no se determine el valor del mismo.

b) *Cláusula de escala móvil*.—Es la del índice general ponderado del costo de la vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y es técnicamente el más perfecto, pero tiene el inconveniente, a pesar de lo justo y equitativo, de que en la esfera privada se le mire con prevenciones y recelos, quizá por el «simplismo» de los contratantes, que no ponen mucha fe en los cálculos matemáticos. No obstante, dada la perfección y alta técnica que en España alcanza la formación de la *estadística*, es de esperar que en el futuro sea un medio de valoración de gran importancia.

c) *El premio del oro del arancel de Aduanas*.—Cuando se publicó la reforma del Reglamento Hipotecario, en marzo de 1959, quizá se considerara que el «premio oro arancelario» es el que habría de tener más importancia. Pero para el futuro la prima del oro del arancel tendrá escasa aplicación, debido a que la nueva Ley arancelaria de 1 de mayo de 1960 (*Boletín Oficial del Estado* del 14) establece un sistema de liquidación por derechos *ad valorem*, es decir, sobre la base del valor de las mercancías importadas, a cuyo efecto seguirá las normas seguidas por el Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas (53).

Por otra parte, hemos dicho anteriormente que la divisa española tiene, después del Decreto de julio de 1959, un contenido oro, o paridad-oro, en función con el mercado del oro en Nueva York, y con el valor dólar USA a razón de 60 pesetas, por lo cual se llega

(53) En la nota (41) se detalla la nueva reforma Arancelaria y la supresión de la Ley de Pago Oro de los Derechos Arancelarios de Aduanas de 1906.

a los mismos resultados aplicando la prima oro del arancel, que calculando el valor de la peseta oro: en ambos casos igual a 19,60 pesetas papel.

C) *La responsabilidad hipotecaria.*—Es el tercer requisito para la validez de estos préstamos con cláusula de estabilización de valor. El Reglamento exige «que se fije una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria, que no podrá exceder aparte intereses y costas, del importe del principal, mas un 50 por 100 si el plazo del préstamo fuera superior a diez años, o un 25 por 100 en los demás casos».

La reforma ha separado, acertadamente, los créditos a medio y largo plazo para la cifra de revalorización. Los préstamos a plazo medio (un mínimo de tres años y un máximo de diez) podrán revalorizarse en un 25 por 100. En cambio, los contratos a largo plazo (de más de diez años) podrá pactarse una revalorización del 50 por 100 del capital del préstamo.

Si estamos conformes con el criterio marcado con el legislador en la revalorización fijada para los primeros, no lo estamos en el fijado para el segundo. La cifra del 50 por 100 para éstos es quizá un tanto tímida; a ello alude, sin duda, el Preámbulo que precede al Reglamento Hipotecario, al decir que «quizá se tache de tímida la reforma». En efecto, si examinamos el valor de nuestra peseta en los últimos treinta años, vemos: que en enero de 1930 la peseta oro equivale a 1,44 pesetas papel, por la prima del arancel de Aduanas. En diciembre de 1943 una peseta oro es igual a 3,57 pesetas papel. La anterior a la vigente equivale a 7,15. Y por los Decretos vigentes (Decretos de 17 y 27 de julio de 1959), la peseta oro se valora en 19,60 pesetas papel.

Es decir, que en treinta años la peseta se ha *devaluado* catorce veces aproximadamente, o lo que es lo mismo, que en el año de 1930 la peseta valía oficialmente 14 veces más que en la actualidad. Por tanto, hay que considerar que la cifra tope fijada es pequeña.

Hubiera sido de desear una cifra de revalorización más flexible dentro de una escala más amplia. Sin embargo, no se nos oculta que el legislador realizó la reforma en unos momentos en que se acababa de producir la convertibilidad monetaria europea, la

puesta en marcha del Mercado Común, Area de libre cambio, etc., y que el Gobierno había formulado consultas a los organismos nacionales e internacionales sobre la ordenación económica y monetaria en nuestra patria, desconociéndose cuál iba a ser la posición del Estado en esta importante materia, y, sobre todo, si se iba a una paridad oro del signo monetario español. Por estas causas, al anticiparse a la ordenación económica la reforma del Reglamento Hipotecario quedó rápidamente anticuada. No obstante, se sentó un importante punto de partida en la tan debatida cuestión de la admisión de las cláusulas de estabilización monetaria.

Es de advertir que las cláusulas estabilizadoras sólo se aplican al capital del préstamo, no a los intereses pactados, que se satisfarán por el nominal asegurado.

17.—PROBLEMAS QUE SUSCITA LA DETERMINACIÓN DEL MÓDULO ESTABILIZADOR.

La aplicación de los módulos, determinados en el segundo inciso del apartado 3.º del artículo 219, plantea dos problemas interesantes: 1) Si puede pactarse en la escritura de hipoteca más de un módulo estabilizador. 2) Si pueden estipularse otros módulos distintos de los reglamentados por dicho artículo.

A) Dada la redacción del artículo 219, al decir que «se hará referencia a *uno* de los tipos o módulos»... y «que en la inscripción constará la cifra del tipo o módulo vigente...», parece deducirse que el criterio del legislador es contrario a que se pacte más de un módulo estabilizador. Sin embargo, dadas las dificultades que se pueden originar pactándose uno de los módulos entonces vigentes, y que en el momento de aplicarse no lo esté, sostenemos la opinión de que en la escritura de hipoteca con cláusula de estabilización puedan pactarse los módulos que se crean convenientes entre los reglamentados, por un orden de preferencia; de tal forma que la imposibilidad de aplicar el primero pueda aplicarse el que por el orden pactado le siga. La redacción del precepto no puede ser contrario a lo que sustentamos, puesto que lo pretendido por el legislador será que sólo se aplique un módulo, o cláusula-

la estabilizadora, al practicar (en el momento del pago) la liquidación del préstamo.

B) En cuanto a la segunda cuestión de si pueden pactarse cláusulas por módulos distintos de los tres que se establecen, la contestación debe de ser negativa. El legislador, al señalar esos módulos, ha querido rodear de ciertas garantías de honestidad la liquidación del importe del préstamo, en el supuesto que se produzca desequilibrio entre la prestación y la contraprestación, no sólo en interés de las partes, sino por razones de interés general. Sin embargo, a los pocos meses de publicado el Reglamento Hipotecario se produjo la *ordenación económica*, y con el nuevo Arancel de Aduanas, desaparecerá prácticamente la cláusula por el «premio del oro». El «patrón trigo», por otra parte, le seguirá igualmente su turno, en un día no lejano. Por lo que, de los tres módulos, quedará con carácter permanente el de la «escala móvil» de la estadística.

Por estas consideraciones nos atrevemos a considerar que podría aplicarse válidamente la cláusula «valor oro» de la peseta, y ello por dos razones: a) Porque aplicar el valor oro de la peseta es igual a la del premio oro del Arancel. b) Porque a pesar de que no esté incluido en el artículo 219, por ser la disposición que lo estableció posterior al Reglamento Hipotecario, su aplicación sería la más exacta y equitativa, para determinar el valor del dinero en los momentos clave de celebración del contrato, y la del pago del capital del préstamo. No se nos ocultan las dificultades que este criterio puede plantear desde el punto de vista registral, dada la enumeración cerrada del artículo 219. Sobre esto sería interesante la postura que adoptaría el Centro Directivo, si la cuestión se planteara.

Relacionado con el problema de la admisión de nuevas cláusulas distintas de las reglamentadas, está el de la admisión del «valor moneda extranjera», como cláusula de estabilización de valor en la hipoteca. El peso específico oro de la peseta está calculado, como es sabido, en función del «dólar USA». Consideraciones de índole moral y jurídica harían lícita una «cláusula valor dólar» en un contrato de préstamo fuera del campo hipotecario.

El pacto no iría contra el orden económico, ya que el Estado

lo tiene admitido por la «legislación monetaria». Dijimos anteriormente que, desaparecido el patrón oro en la mayor parte de los países, se sustituyó por el de la «cooperación internacional» a efecto de la compensación multilateral de saldos, por lo que en el día no lejano, en que España declare la convertibilidad de su divisa, la peseta tendrá una medida exacta en función de las «convertibles». Entonces sería posible la aplicación de la cláusula «moneda convertible». Sin embargo, a efectos hipotecarios, no creo que en el momento pudiera aplicarse, dados los términos del artículo 219 del Reglamento Hipotecario.

18.—EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

El artículo 219 ha reglamentado la ejecución de los préstamos hipotecarios con cláusula de estabilización, al decir que: «A los efectos del procedimiento de ejecución, regulado en el artículo 131 de la Ley, que podrá pactarse en la escritura, será necesario: 1.º, que en el requerimiento de pago al deudor o al tercer poseedor, en su caso, se determine la cantidad exacta que se reclame, de conformidad con los tipos o módulos aplicados; 2.º), que con la demanda se acompañe el documento o documentos oficiales en que consten los valores tipo vigentes en las fechas de otorgamiento y del vencimiento del préstamo. Si el deudor se opusiere a la determinación de la cantidad hecha por el acreedor, se estará a lo dispuesto en los párrafos 6.º y 7.º del artículo 153 de la Ley.»

El artículo 153 a que se alude, es el que regula la hipoteca en garantías de cuentas corrientes de crédito.

19.—HIPOTECAS DE AMORTIZACIÓN.

El penúltimo párrafo del artículo 219 regula la cláusula de estabilización en las llamadas hipotecas de amortización, que es corriente en ciertas entidades bancarias, como el Banco Hipotecario de España. Dice el referido artículo: «Cuando se hubiere pactado que la amortización del préstamo hipotecario se hiciera mediante pagos periódicos de cantidades comprensivas de capital

e intereses, el tipo o módulo de estabilización se aplicará en cada uno de los respectivos vencimientos periódicos, con referencia exclusiva a la parte de capital que se comprenda en la cantidad fija a pagar.»

Precepto justo porque acomoda la finalidad económica de las cláusulas estabilizadoras al carácter especial de estos préstamos de devolución del capital en forma periódica. Se limita la aplicación de la estabilización al capital, y, no a los intereses, lo que con carácter general estaba ya dispuesto por el mismo artículo, y cuya repetición va en aras de la claridad.

PABLO MARTÍNEZ DE LA CUEVA.

Registrador de la Propiedad.

El Registro de la Propiedad egipcio según la literatura papiroológica registral egipcia

SUMARIO

- 1.—Razón del presente trabajo.
- 2.—El Egipto pretolemaico.
- 3.—Los Derechos egipcios en las épocas griega y romana.
- 4.—Los idiomas y las grafías.
- 5.—Los documentos públicos, privados y oficiales.
- 6.—La función notarial; la Notaría; el *anagraphe*.
- 7.—Los negocios jurídicos.
- 8.—El objeto de los negocios: la tierra y los esclavos.
- 9.—El Impuesto fiscal de ventas.
- 10.—La hipoteca, el embargo y los procedimientos de ejecución.
- 11.—La subasta de tierra y esclavos.
- 12.—Los registros de transferencias de propiedad: a) actos inscribibles y no inscribibles; b) voluntariedad de la inscripción; c) valor de la inscripción; y d) circunstancias del asiento.
 - A) El Registro alejandrino.
 - B) El Registro en la Chora.—El *katagraphe*: a) el *katagraphe*, registro; b) el *katagraphe*, certificado o documento registral; y c) el *katagraphe*, documento notarial.
 - C) La *Bibliotheke enkteseon* o Registro romano.

Notas.

Bibliografía.

Lexicón griego-jurídico-registral.

1.—RAZÓN DEL PRESENTE TRABAJO.

Hace poco más de diez años, el entonces profesor de la Universidad de Oklahoma City, Estados Unidos de América, HANS JULIUS WOLF, publicaba en «Aegyptus» (1) un trabajo sobre los hallazgos papirológico-registrales del Gebelen. El trabajo era francamente sugestivo para los juristas, pero especialmente para Registradores y Notarios, porque se refería a un conjunto de papiros con inscripciones registrales y actos notariales hallados en esa región del Alto Egipto, cerca de El Cairo, llamada Gebelen, respecto de los cuales existe la controversia de si son documentos notariales o certificados del Registro de transferencias de los tolemeos llamado *Katagraphe-Registro*.

En la historia jurídica de Egipto existen periodos de tiempo, mal conocidos aún, y otros que, por el contrario, van quedando bien perfilados gracias a los hallazgos arqueológicos de piedras y papiros con escrituras. Los tiempos pretolemaicos no ofrecen muchas fuentes directas de contenido jurídico; la del periodo de los lagidas, va ofreciendo bastantes fuentes directas, pero todavía sujetas a controversia y, por tanto, sin una unánime coincidencia interpretativa y con una dudosa certeza en su verdadera significación institucional. En cambio, la época romana del Imperio está quedando bastante conocida.

En los periodos tolemaico y romano del Imperio hubo función notarial y Registros de transferencias de la propiedad. En la organización notarial se aprecia la existencia de archivos del documento público y, además, unos extractos de esos documentos con fines de publicidad, de facilitar el rápido conocimiento del contenido de un documento determinado, y con el de hacerlos valer en las controversias judiciales. En cuanto a la publicidad registral se conoce la existencia de unos Registros de transferencias de tierras y esclavos, con fines legitimadores de la facultad dispositiva, y que tanto en los tiempos helenísticos como en los romanos estuvieron establecidos en Alejandría y, probablemente,

(1) *Registration of Conveyances in Ptolemaic Egypt*, «Aegyptus», anno XXIII, fasc. 1-2, 1948.

en las principales ciudades, y en la Chora o territorio propiamente egipcio.

Hace también poco más de diez años, con ocasión de un estudio sobre los mojonos hipotecarios del Atica o publicidad registral del siglo IV a. de J. C., publicado en esta revista (2), hice algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad romano-egipcio o *Bibliothèque exteseon*. Nada podía decir entonces del *Katagraphé* o Registro de los tiempos tolemaicos por falta de claridad en las ideas de aquella institución. Las principales fuentes para su estudio, no las papirológicas, sino las literarias o de autores papirológicos no las pude hallar entonces, y aun siguiendo ahora sin haber logrado tener a la vista los más interesantes trabajos, sin embargo, ya puedo decir algo sobre el *Katagraphé*, gracias a trabajos de referencias leídos en revistas extranjeras, principalmente la ya referida de «Aegyptus», la «Chronique d'Égypte» y «Iura». En nuestra patria, al menos que yo sepa, sólo existe la obra del sabio profesor de Santiago de Compostela, don ALVARO D'ORS, titulada *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano*. Pero es que tampoco existen traducciones, ni ediciones de las obras, ni ejemplares de revistas con los trabajos más interesantes. Ni en la Biblioteca Nacional, ni en las de algunos Institutos de Investigaciones Científicas por mí visitadas, ni en las de Centros culturales extranjeros establecidos en Madrid, como el Museo Arqueológico alemán, Instituto Egipcio de Estudios Islámicos y Centro de Estudios Orientales existen fuentes directas, y son pobres en las literarias. La revista «Recueil des Inscriptions juridiques» no existe en las bibliotecas por mí visitadas, y para colmo de males, el tomo X de la revista «Aegyptus», en donde viene un interesante trabajo de ANGEL SEGRÉ sobre el *katagraphé*, no existe en el Instituto Nebrija, en donde sí existen los restantes o la mayoría de tomos de tal revista. En este Centro, y gracias a la exquisita amabilidad y ayuda de los profesores don MANUEL FERNÁNDEZ GALIANO y don LUIS GIL hemos conocido la famosa y larguísima inscripción de Tenos, recogida en el C. I. G., y también gracias al profesor de Derecho romano en la Universidad de Valencia, don J. SANTA CRUZ TELJEIRO, conocemos el texto del edicto de «Mettus Rufus».

(2) R. C. D. I., núm. 254-255, 1949.

Toda esta alusión a la ausencia de fuentes en las bibliotecas españolas quedan hechas para dar a conocer que los datos que siguen sobre el Registro egipcio de transferencias están basados en la literatura de revistas extranjeras, que a veces no logro desentrañar o comprender bien, y que tales trabajos literarios quedan interpretados bajo la influencia anacrónica de mi formación jurídico-registral, ya que, quíerese o no, las interpretaciones de lo antiguo han de hacerse con el pensamiento de nuestros días, o al menos con la peculiar manera de discurrir de cada investigador, y esto no deja de ser un anacronismo. ¿Qué otra razón puede tener las variadas cronologías de un mismo suceso, o las variadas interpretaciones de una misma cosa o de un mismo texto?

El gusto por lo antiguo y el afán de conocer lo antiguo se acrecienta a medida que la Arqueología saca a relucir los secretos que guardan los arenales del desierto o las ruinas de antiguos pueblos, o a medida que la filología nos da a conocer el verdadero valor de las palabras. Hoy se sabe que la palabra hebrea *dsiah*, no significa *costilla*, sino costado, y de ahí que ahora no se diga como antaño se decía, que Eva había sido hecha de una *costilla* de Adam, sino que ahora se dice que Eva apareció hecha misteriosamente al *costado* de Adam (3).

La Arqueología nos está demostrando la verdad de muchas afirmaciones del *Génesis*. Los *camitas*, una de las tres ramas de noemitas, por el septentrión de Africa llegaron, cruzando los riscos que había donde hoy está el Estrecho de Gibraltar, a la tierra de iberos, evidenciando que entre egipcios y España hubo relaciones hace miles de años (4). La certeza bíblica de la torre de Babel y del Diluvio universal, como la realidad histórica del poema homérico sobre Troya, ha sido evidenciado por los hallazgos del inglés LEO-

(3) *Adam y la Prehistoria*, M. GÓMEZ MORENO, págs. 53 y sigs. M. 9.958.

(4) La comunicación entre el Egipto predinástico o de las primeras dinastías y España se ha inferido de la identidad entre las pinturas rupestres de las cuevas levantinas de nuestra patria y las de Egipto de la época neótica. Véase GÓMEZ MORENO, o. c., pág. 88. Adolf Schulten, basándose en A. Seharf y en Obermaier, dice en *Tartessos*, 2.^a edición, Madrid, 1945, que directa o indirectamente a través de los cretenses hubo relaciones entre España y Egipto por los milenios 4 y 3 a. de J. C. Apoya también la existencia de estas relaciones en los hallazgos en la Península de los llamados «vasos de pie», que sólo se han encontrado en España y en Egipto, y en los hallazgos de varios objetos de fabricación oriental de las épocas predinásticas y dinásticas.

NARD WOLLEY en Ur de Caldea (5), el país de los sumerios y patria de Abraham, y por el alemán KOLDEWEY, descubridor de los cimientos de la torre de Babel y de las bóvedas de los pensiles de la legendaria Semíramis (6); y el mecklenburgués HEINRICH SCHLIEMANN sacó a la luz del sol las ruinas de Troya (7).

La enseñanza del agustino PIAGGI y de su discípulo WINCKELMANN sobre la papirología ha hecho que podamos conocer los sorprendentes contenidos jurídicos de los papiros greco-romano-egipcios, que a veces dan luz para la solución de problemas actuales, como la «Petición Dionysia», que hizo revivir el Decreto de Mettus Rufus, en donde se ordenaba que las escrituras de transferencia de propiedad se redactasen de acuerdo con el contenido de la *Bibliothèque* o Registro.

Todos estos precedentes justifican el trabajo que sigue sobre Derecho registral egipcio complementado por varias citas bibliográficas, tomadas principalmente de las revistas «Aegyptus» y «Chronique de Belgique», y por un lexicón greco-registral o de palabras relacionadas con esa antigua institución de los tolemeos sobre transferencias de propiedad.

2.—EL EGIPTO PRETOLEMAICO.

Así como ha sido posible concretar bastante el régimen de la propiedad en Mesopotamia (7 bis), por el contrario, y respecto de los tiempos anteriores a la helenización de Egipto, no es posible hacer conclusiones muy seguras.

(5) En la moderna exégesis de la Biblia se dice que el Diluvio universal no es aplicable a todo el universo de nuestros días, sino al de aquellos tiempos, que se reducía a la Baja Mesopotamia.

(6) Este excavador, no es que hallara la bíblica torre, sino otra levantada en el mismo lugar por Nabupolassar y acabada por su hijo Nabucodonosor; aquél había escrito en una de las piedras de la nueva torre: «En aquélla me ordenó Marduck (era el dios supremo de los babilonios) echar los cimientos de otra torre de Babel análoga a la que en otra época anterior a la mía fué destruída, asentándolos en el mismo seno de los infiernos, mientras que su cima debía alcanzar los cielos.» Nabucodonosor añadió: «Me dispuse a colocar la cima de Etemenanki para que desafiara al cielo.» Etemenanki es el santuario o torre que se colocaba en lo alto de los templos, especie de campanario.

(7) C. W. CERAM, *Dioses, tumbas y sabios*, trad. alemana de Máximo Tamayo, 4.^a ed. Barcelona, 1956.

(7 bis) Sobre Mesopotamia y Código de Hammurabi tenemos hecho un breve estudio.

La propiedad mobiliaria la evidencia los frecuentes robos de tumbas y el peculado tan frecuente. Con respecto a la propiedad urbana se conoce una transferencia de una casa cerca de las Pirámides, efectuada dentro del reino antiguo o seis primeras dinastías; se cedía la propiedad de la casa a cambio de una cama y dos piezas de lino. No era compraventa en el sentido de cambio de cosa por dinero, pero se valoraban las cosas con referencia a un metal no acuñado, pero sujeto a una escala de valores. La casa se valoró en diez piezas de metal; la cama, en cuatro, y en tres cada una de las dos piezas de lino.

El carácter individualista y absoluto de la propiedad urbana se infiere de las fuentes. El texto mortuario de un arquitecto nos hace saber que había jerarquías en los encargados de la construcción. El texto viene a ser una autobiografía, y dice así: «Cuando me conoció su majestad era yo un constructor corriente; su Majestad me confirió los cargos de Oficial de Constructor, Maestro constructor, y Maestro de gremio. Después su Majestad me confirió los cargos de Constructor y Arquitecto real, agregado real, real constructor...»

Según WILSON, en los tiempos de la revolución de Amarna, los nobles y funcionarios «se hicieron grandes fincas, en la capital, en plan de ciudad jardín», en contraste con las de Tebas. En un tratado entre Egipto y Hatti, de 1280 a. de J. C., sobre extradición, se estipuló, que el refugiado que fuera deportado a su país de origen, había de ser tratado humanamente, sin crímenes ni mutilaciones, y sin privársele de la familia y *de la casa*.

Las fuentes contienen constantes alusiones a la propiedad de la tierra, pero sin que de ellas se infiera el régimen jurídico. Una de estas fuentes son los escritos mortuarios clasificados en tres grupos, atendiendo a la época en que fueron escritos. Esos grupos de escritos mortuarios se llaman: *de las Pirámides*, que corresponde al reino antiguo o seis primeras dinastías, desde el año 3100 al 2185; *de las Tumbas*, que comprende el primer período intermedio, el reino medio y el segundo período intermedio, o sea, desde 2180 a 1468 ó 1447; y *Libro de los muertos*, que corresponde al Imperio y post-Imperio, o desde 1447 a 1116. Todos estos años son anteriores a Cristo.

En el reino antiguo el faraón, o mejor dicho el rey (pues la palabra faraón no aparece hasta más tarde), era un dios, y, además, personificaba al Estado; por eso no existía en aquellos tiempos una palabra para dar la idea de Estado, Gobierno Nación, y de aquí que todo era del rey, y no había más ley que la voluntad del rey. En el primer periodo intermedio hay una subversión del orden social, testimoniada por los escritos de los profetas Ipewer y Nefer Rohu, y de un rey heracleopolitano a su hijo Merika, en que se ve una tendencia a la democracia, no a la democracia política, sino a la social y humana, pues que se puede censurar al rey, y entablar quejas contra los grandes funcionarios, como así hizo el «campesino elocuente». A los fines del primer periodo intermedio o época feudal, corresponde una serie de cartas halladas en Tebas, pertenecientes a un propietario llamado Heka-Nakht, que denotan un carácter individual de la propiedad. Al reino medio, dinastías XI.^a y XII.^a, corresponde el cuento de Si-Nuhe, gran propietario en el Líbano y Ante-Líbano. Durante el segundo periodo intermedio acontece la invasión de los Hycsos, año 1730, del que son tributarios los reyes egipcios de Tebas. Entrado ya el Imperio, ocurre la revolución de Amarna, de tipo cultural (1375 a 1350 a. de J. C.), y de sentido democrático, pero desordenado y con importación o influencias de otros pueblos.

Los desórdenes de la revolución de Amarna dieron lugar al Decreto Har-em-hab, sancionando el pillaje y los abusos de los funcionarios. Un Decreto análogo dió Seti I, el hijo de Ramsés, de la dinastía XIX.^a, para proteger una fundación religiosa de Abidos; en este Decreto se castigan las *alteraciones de los lindes de las propiedades* del templo. En el post-Imperio, un rico propietario de Abidos, llamado Sheshonk, alcanza el alto rango de faraón. Y desde la dominación persa en 552 a. de J. C., empiezan a sentarse los jalones que darian ocasión a las orientaciones de la propiedad en tiempos de Alejandro, y sus sucesores, los tolomeos y romanos.

El rey, los templos y los militares tuvieron propiedades en régimen feudal; hubo fundaciones y propiedades particulares en régimen capitalista, pues que sus propietarios daban tierras en arriendo.

El Derecho no estuvo escrito hasta el post-Imperio, en la dinastía XXIV.^a, reinado de Bak-enrenef, del 715 a. de J. C., en que aparecen ya las primeras Leyes impersonales. Por algunos se ha dicho que el Derecho egipcio antiguo estaba escrito en cuarenta rollos; pero ahora se supone que tales rollos no eran más que tiras de cuero que simbolizaban la gran autoridad del visir, encargado de administrar justicia. El Derecho anterior a la fecha referida fué consuetudinario. Diodoro habla de ocho libros que contienen la legislación egipcia; también se ha aludido a un Código Amoniano, y a una Ley sobre contratos, dada por Bochoris o Amasis, y también de la Ley Asychis, sobre garantías, en que se regulaba la prenda, la anticresis, y una singularísima prenda consistente en el cadáver del padre, que no recibía tierra mientras sus herederos no pagasen la deuda.

Herodoto dice que en Egipto las mujeres son «las que venden, compran, negocian públicamente, y los hombres cosen, hilan y tejen»; Sófocles corrobora a Herodoto al decir que los hombres, en vez de obrar virilmente, estaban sentados en sus casas tejiendo. Pero Tolomeo Filofator, el cuarto de los tolomeos, para prestigiar al marido, estableció que la mujer no podía contratar sin consentimiento del marido. Sin embargo, aquel auge antiguo de la mujer egipcia no se debía a un régimen de matriarcado, sino sencillamente, como en muchos casos de nuestros tiempos, a la ginecocracia o mando de la mujer en casa.

Antiguamente el matrimonio era una compra hecha por el marido, y fué Cambises quien sustituye el precio de compra por el concepto de dote; y los maridos egipcios solían asegurar la entrega de la dote con garantía prendaria. La anticresis se crea en Egipto; hubo aquí, como en Mesopotamia, una especie de propiedad familiar inalienable, por lo que el titular de esta propiedad sólo podía ofrecer en garantía de sus obligaciones los frutos de la finca.

En los tiempos inmediatos a la conquista de Egipto por Alejandro, una vez celebrado o escrito el contrato de compraventa, seguía un juramento de ratificación, y la toma de posesión delante de un Tribunal; más tarde los contratos se hacen por escrito ante testigos, y éstos transcribían el contrato, y ya en tiempos de Amasis y de Darío (por el 500 a. de J. C.) se sustituye la transcripción por

testigos, pero se transcribía en la Secretaría del Tribunal o se entregaba a un funcionario para su depósito y conservación (8).

De los documentos literarios con alusiones a la idea de propiedad tenemos, entre otros, la instrucción del visir Ptah-hotep, del reino antiguo, a su hijo, en la que dice: «Dobla la espalda ante tu superior, ante el inspector de palacio; después tu familia quedará firmemente asentada en su *propiedad*...; si eres próspero debes asentar tu casa y amar a tu mujer como es adecuado; llénala el vientre; vístela; el unguento está prescrito para su cuerpo; alégrale el corazón mientras viva, porque es una *heredad* provechosa para su señor.»

Un Decreto de Pepi I, de la dinastía VI.^a, alude a una fundación consistente en la adscripción de bienes y trabajos para el mantenimiento de la Pirámide de un antepasado suyo de la dinastía IV.^a, llamado Snefru; el Decreto dice: «Mi Majestad ha dispuesto que esas dos poblaciones de Pirámides queden exentas para él y para toda la eternidad de hacer cualquier trabajo..., de hacer cualquier prestación...», y seguidamente enumera las propiedades y servicios que quedan exentos. El campesino elocuente, como Si-Nuhe, fueron propietarios de tierras, y sus historias han constituido un fondo de la literatura egipcia. Otro gran propietario fue Djefa Hapi, que tenía las tierras en Assiut: era, además, un alto funcionario que estuvo al frente de una fortaleza llamada «Las murallas de Amen-em-het el Justificado». Mandó construir para sí, en Assiut, una de las tumbas más importantes del reino medio; en los textos murales figuran los contratos mortuorios, en donde se consignan los ritos y ceremonias que habían de tributarle los sacerdotes después de muerto, y para este culto y conservación de la tumba, dejó vinculadas las rentas de todas sus propiedades. Murió en la fortaleza de Kerma, en la tercera catarata, y fué enterrado en un túmulo gigantesco, y el descubridor de este túmulo (9) refiere que, con Djefa Hapi, fueron sepultados, previo sacrificio, de doscientas a trescientas personas entre hombres, mujeres y niños, que constituían su servidumbre. JOHN A. WILSON aclara que este sacrificio masivo se debía a la creencia de que

(8) Véase JOHN A. WILSON, *La cultura egipcia*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1953.

(9) Profesor Reisner.

los servidores personales eran *propiedad* del príncipe o señor, y debían acompañarle al otro mundo (10).

Hubo una especie de jerarquía o clases de esclavos. A medida que aumentaban los servicios de Estado, aumentaba la demanda de servidores, y como los naturales no proporcionaban los necesarios y aptos, se les buscó entre extranjeros, y de éstos, los más distinguidos y hábiles los dedicaron a servicios urbanos y domésticos, que constituyeron los esclavos de palacio y de los nobles y de las propiedades de los templos, y frente a ellos estaban los rústicos o del campo.

Otro texto mortuario del primer período intermedio dice así: «Fuí un hombre del común bien reputado, que *vivió en sus propiedades*, aró con sus bueyes y navegó en su navio, y no por lo que encontré en la posesión de mi padre, el honorable Uha.» Hombre del común y bien reputado quiere decir que fué un hombre independiente, y constituía una frase encomiástica para dar a entender, dice WILSON, que «hablaba con su propia boca, y trabajaba con sus propios brazos».

Las cartas del anciano Heka-Nakht, encontradas en Tebas, corresponden al tiempo de la dinastía XI.^a. Tenía propiedades en Menfis y en el Delta; gran parte del año lo pasaba en sus tierras del Norte, desde donde escribía las cartas a sus hijos. En las cartas habla de las cosechas y del arriendo de tierras. En una carta a su hijo mayor, a quien había dejado encargado de las tierras de Tebas, dice: «En cuanto a la inundación en nuestras tierras, eres tú quien las está cultivando. ¡Pobres de ti y de toda mi gente! Te haré responsable de ello. Sé muy activo en los cultivos y muy cuidadoso. Vigila mis provisiones de granos, vigila todo lo mío, porque te haré responsable a ti... Debes dar esas provisiones a mis gentes mientras trabajen. Recuérдалo: haz todo lo que puedas por mis tierras... Heti, hijo de Nakht, ha bajado juntamente con Sinebnut a Perhaa, para cultivar dos tierras en arriendo. Cobrarán su alquiler de la tela que se ha tejido aquí. Proclamarás que la tela es excelente. Que la lleven, y cuando haya sido vendida en Nebesyt, que arrienden las tierras con su producto...»

(10) J. A. WILSON, o. c., pág. 210.

Se ha encontrado la autobiografía de un capitán de barco que tomó parte en las guerras contra los Hycsos; se llamaba Ahmosis, hijo de Eben, ciudadano de El-Kab, en el Alto Egipto; este capitán fué premiado con «El oro del valor»; y WILSON (11) nos aclara que este premio era algo así como veintiuna hectáreas y media de tierra en su propio distrito, con diecinueve esclavos.

3.—EL DERECHO EGIPCIO EN LAS ÉPOCAS GRIEGA Y ROMANA.

En todos los tiempos se ha dado un doble hecho universal: la aceptación voluntaria por un país de los gustos de otro; y en los casos de invasión, el de la coexistencia del gusto de vencedores y vencidos que, a la larga, se refunden en uno solo de carácter nacional. Como ejemplos de los primeros, en el campo del Derecho tenemos la letra de cambio y el principio de publicidad de las transferencias inmobiliarias con más o menos efectos substantivos. El ejemplo de los segundos lo ofrecen la historia jurídica de todos los pueblos.

Egipto no pudo sustraerse a estos fenómenos; sufrió una helenización y una romanización, y, como consecuencia de esas influencias extranjeras, llegó a tener un Derecho, más que griego, helenístico, y más que romano, romanizado o románico, que fué el Derecho romano provincial. Pero tanto en el período griego como en el romano, subsistió al lado del Derecho de los vencedores el encórico o propio de los egipcios, y todos ellos, desde mediados del siglo III a. de J. C., hasta también mediado el siglo IV de nuestra Era, bajo el signo de la publicidad de las transferencias inmobiliarias. Sólo a partir de los tiempos de Diocleciano, comienza a eclipsarse la publicidad, para ser sustituida por las normas genuinamente romanas.

La helenización de Egipto comienza con las primeras invasiones de los llamados «pueblos del mar», y posiblemente desde los cretenses, para alcanzar su período álgido con Alejandro y los primeros Lagidas, hasta la mitad del siglo III a. de J. C., en que ya aparece la institución del *Katagraphe* Registro con su certifi-

(11) J. A. WILSON, o. c., pág. 244.

cado *καταργησί*. A partir de esta institución Egipto, jurídicamente, queda helenizado, y surge el Derecho helenístico o greco-egipcio. La romanización comenzó virtualmente en los tiempos en que el Senado romano, bajo la sugerencia de los tutores de Ptolomeo Epifanes, acepta la protección de este príncipe contra las ambiciones de Macedonia y de Siria. Desde este momento Roma se va convirtiendo en la Regente de Alejandría y de Egipto. El Senado romano procura atraerse a los egipcios, y comienzan las luchas internas de Egipto. Evergetes II tuvo que enfrentarse con una revolución; Ptolomeo Alejandro II cae asesinado en el Gimnasio por sus mismos guardias; César desembarca en Alejandría con pretexto de proteger a Cleopatra, y con la trágica muerte de la última reina Lagida, y la batalla de Accio, Roma se adueña de Egipto, y comienza el período romanizado o románico de Egipto.

Pero lo que resulta verdaderamente interesante por las grandes consecuencias culturales que había de traer a la Humanidad, es la helenización de ese prodigioso país del Nilo y de los faraones.

La helenización comienza con los primeros contactos con los pueblos del Mar, o pueblos del Egeo, tanto griegos como latinos (12). Seti I luchó con ellos entre el 1318-1301 a. de J. C.; Ramsés II lucha en 1295; Mer-ne-Ptha, en 1230, y Ramsés III, en 1190. Independientemente de la época cretense y de los primeros períodos jonios, el territorio egipcio fué visitado por los griegos, de una manera eficiente, en el siglo VII a. de J. C., con ocasión de la alianza entre Psamético y Ciges de Lidia; después, Mileto, la gran ciudad greco-asiática, crea una factoría en el curso bajo del Nilo Canópico; más tarde se crean dos campamentos de mercenarios griegos, uno en Tahpanes, para vigilar el camino de Asia, y otro en Menfis, para proteger la capital egipcia y guardar la carretera del Alto Egipto. A partir de la factoría de Mileto, es tan crecida la corriente inmigratoria de griegos por el Norte o Delta, que en aquel mismo siglo VII a. de J. C., las autoridades egipcias, para controlar la inmigración, señalaron un recinto único para la es-

(12) C. W. CERAM, en o. c., pág. 391, alude al «Pais del Mar» en el Golfo pérsico, y a la dinastía del País del Mar. Hubo, por tanto, remotamente, dos significaciones diferentes de Pueblo y País del Mar, uno para Grecia y el otro para Babilonia.

tancia de griegos y asiáticos-griegos. El recinto estuvo junto a la ciudad de Piemro, y llegó a convertirse en un suburbio de dicha ciudad, y con el tiempo formó la gran ciudad griega de Naucrates, que los arqueólogos modernos sitúan en el actual emplazamiento del villorrio de Desuk, en el banco derecho de la rama nilótica de Roseta la célebre (13).

En el solar de Naucrates y en el de los campamentos de mercenarios dichos, se han encontrado restos de artículos de Jonia, Atica, Esparta, Chipre y otros centros helenísticos, lo que evidencia la verdadera importancia de aquellas inmigraciones, en épocas tan florecientes filosóficamente, como fueron los tiempos de los grandes milesios Anaximandro, Anaxímenes, Hecateo, Tales, y de otros griego-asiáticos como Aleco y Safo de Lesbos, Minermo de Esmirna, Anacreo de Teos, etc. (14). También Solón y Platón visitaron la gran Universidad teológica egipcia o Colegio de Heliópolis (15). El museo y bibliotecas de Egipto fueron un hervidero de estudiosos del mundo entonces conocido. Y he aquí ahora, como consecuencia de todo esto, el gran acontecimiento para la Humanidad.

Los griegos que no consiguieron infiltrar en Egipto su concepción política de la Ciudad-Estado, supieron realizar el gran prodigio de crear, en colaboración impremeditada con los egipcios, la más maravillosa de las filosofías: la filosofía cristiana, la que los helénicos, en su lenguaje ático, llamarían *Agia Sofia*, y que nosotros traduciríamos, no literalmente como *Santa Sabiduría*, sino como la Santa Filosofía Cristiana. En efecto; los griegos, por su concepción política, falta de la idea nacionalista, no miraban más que su propio interés o el de su comunidad política, y por su formación filosófica, basada en la lógica y aplicada rigurosa-

(13) Roseta está cerca de Alejandría, hacia la playa de Levante. Allí se encontró la famosa piedra Roseta, que contiene en jeroglífico, demótico y griego, un decreto de los sacerdotes en honor de Tolomeo Epiphanés, y que es la que ha dado la clave para leer el jeroglífico.

(14) Véase *El Antiguo Oriente*, D. G. HOGART, núm. 49 de Fondo de Cultura Económica, 1957.

(15) Heliópolis es la moderna ciudad de Matariah; su antigüedad se remonta a la dinastía II, pero sólo suena alrededor de la dinastía III. Amennemert I, levantó allí un gran templo, que alcanzó gran prestigio en tiempos de Ramsés III. Este templo se dice que llegó a tener 12.693 personas a su servicio. Allí estuvo la Universidad teológica. Y allí prestó servicio como sacerdote Moisés. Herodoto y Estrabón alaban la gran cultura de sus sacerdotes.

mente incluso para lo más sagrado, eran hombres librepensadores e irreligiosos. Con este carácter ególatra entran en Egipto, y allí se enfrentan con una formación espiritual religiosa y con una firme creencia en la existencia de una vida ulterior. Al racionalismo griego se opuso la religiosidad egipcia, y ésta se inflama de la fuerza persuasiva de la razón, y de este maridaje ideológico nace la filosofía cristiana, de la que un judío de Tarso, formado en aquella Universidad helenizada, San Pablo, había de ser foco deslumbrador.

La helenización jurídica la evidencia un papiro del que se infiere que las leyes de Solón fueron tenidas en cuenta para la formación de las leyes de Alejandría (16). El gran jurista ático, Demetrio Falereo, estuvo en Egipto en los días del primer faraón tolemaico, Ptolomeo Soter, que le encargó la formación de una biblioteca. Este jurista fué uno de los que elaboraron el Derecho Hipotecario de Atenas por mí referido en el trabajo ya aludido de los Mojones del Atica.

Con Alejandro y los Tolomeos, Egipto cuenta con dos Derechos; el propio de los egipcios ó τῆς Ἰώρας νόμος, esto es, del territorio encórico o Derecho encórico. Lo daban los reyes y las ciudades (17). El otro Derecho era el griego. En un principio la población griega se regía por el Derecho de su propia comunidad política o πολιτικοί νόμοι; pero los faraones, mediante una sucesiva serie de διαγράμματα, especie de Decretos, unifican el Derecho, y ya no hubo más que un solo Derecho aplicable a toda la población griega en Egipto. Sólo en defecto de este Derecho unificado se aplicaba como suplemento el propio de la comunidad o agrupación política πολιτεοματα, y en supuesto de colisión entre griegos y egipcios, se aplicaba la Ley del idioma en que se había redactado el documento discutido.

Mas dentro de este Derecho griego hubo una subdivisión del mismo por razón del territorio aplicable; así, para Alejandría y principales poblaciones como Naucrates y Ptolemais, se dieron normas especiales.

(16) ULRICH WILKEN, *Historia de Grecia*, pág. 138; traducción de S. Fernández Ramírez, año 1942.

(17) E. G. TUZNES, *The Hibeh Papyri*, part. II (Graeco-Roman-Memoris, número 32), London, Aegypt Exploration Society, 1955, pág. 197. Se está refiriendo a una serie de fragmentos de papiros con reglas relativas al embargo y a la hipoteca; y duda si esas reglas son dadas por el rey o por las leyes de la ciudad.

En el Derecho greco-egipcio, que hizo del documento la base de la prueba, se estableció la regla general de la publicidad registral en las transferencias inmobiliarias, tanto con fines fiscales como jurídicos; pero, como veremos más adelante, ya en este país fué conocido no sólo la diferencia de trato jurídico entre partes y terceros, sino también la doble clase de propiedad de nuestros días o propiedad inscrita y no inscrita (18).

En la época romana subsiste el Derecho encóricico, como lo prueba el Edicto del Pretor Flavio Sulpicio Simil, del tiempo de Augusto, pues que alude, como hace observar el profesor Alvaro D'Ors, a la ley egipcia, a efectos matrimoniales; y también en el siglo II d. de J. C., hay disposiciones romanas que aluden al τὸν Αἰγύπτων, dando a entender que hubo una recopilación o codificación de la ley encóricica que se aplicaba a la población egipcia. La Constitución Antoniniana también respetó el Derecho de la Chora. También subsistió el Derecho griego unificado; pero hay en este punto algo poco claro, pues la literatura jurídica alude a un derecho que sólo se aplicaba a los naturales del país o ἀστικοί y que por eso se llamó ἀστικοὶ νόμοι. ¿Quiere esto decir que hubo una refundición del Derecho egipcio y griego, ya que los romanos, al ocupar Egipto, sólo debieron apreciar una sola población, la greco-egipcia, ya *natural* del país?

Roma también respetó la legislación de Alejandría y ciudades principales, Naucrates, Ptolemais y Antinópolis. Y aparte de estos respetos, llevó a Egipto su Derecho propio para los ciudadanos romanos inmigrados. Con el tiempo, el Derecho local se fué romanzando, y el romano se fué helenizando; la institución de la *Bibliothek ekteseon*, Βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων, era obra de la influencia del *Katagraphe*.

Surgió por el Edicto de Mettius Rufo y Servio Sulpicio. Roma dió muchas leyes fiscales de trascendencia civil; y aun no siendo Egipto provincia romana, se aplicó por Roma los Senado-consultos. Y toda esta amalgama de disposiciones constituyeron el llamado Derecho Romano Provincial de Egipto.

(18) Para el estudio del Derecho privado: FRITZ, *Pringsheim the Greek law of Sale*, Weimar. H. Böhlans Nachfolger, 1950. Y ERWIN SEIDL, *Ptolemäische Rechtliche*, Erlangen, 1947. Es un curso de historia del Derecho Lagida. Expone las fuentes del Derecho tolemaico y un estudio de las personas, bienes, documentos, obligaciones y Derecho de familia.

Mediado el siglo IV de nuestra Era, desaparece el régimen de publicidad, y se aplica el netamente romano.

4.—LOS IDIOMAS HABLADOS Y ESCRITOS.

Desde Alejandro y durante el tiempo de los Tolomeos, Egipto cuenta con dos idiomas: el griego y el demótico. Después, cuando Roma invade este territorio, son tres los idiomas que se usan en Egipto: el griego para lo oficial-civil; el latín para lo militar; y el demótico para el uso corriente.

Los griegos llevaron su escritura a Egipto, como Roma llevó el alfabeto latino. Egipto tuvo, como propias, varias clases de escritura: la jeroglífica, la hierática, la demótica y el copto.

La jeroglífica parece que tuvo su origen en Mesopotamia, de donde Egipto la importó y adaptó a su lenguaje. Consistía en figuras o ideogramas que se esculpían en piedra o grababan en *ostrakas*; pero esto requería gran paciencia y se verificaba con cuidado y bien. Fué patrimonio de la clase privilegiada egipcia o sacerdotal. Cuando aparece el papiro como materia adecuada para la escritura, aquellos ideogramas se hacen más cursivos, es decir, menos trabajados o perfectos, hasta el extremo que la figura o ideograma se convierte en un garabato o signo convencional, y surge la escritura hierática o de los templos y sacerdotes. La cultura se iba extendiendo a otras clases sociales, las que no sólo hicieron más cursivo el hierático, sino que añadieron unos signos que representaban sílabas y voces, y nace con ello un verdadero alfabeto, y con él la escritura demótica. Mas al introducirse en Egipto el griego, los egipcios comenzaron a escribir su propio idioma en caracteres griegos, y se observa que faltan siete signos para siete voces demóticas que no posee el griego. Esos signos fueron sacados del demótico y agregado al griego, y se formó el copto, escritura ésta que ha llegado a nuestros días por conducto de los cristianos egipcios.

La escritura jeroglífica fué un misterio hasta que en el siglo XVII KIRCHER, en su *Lingua aegyptiaca restituta*, comenzó a descifrar algunos jeroglíficos sobre la base de que el copto y el jeroglífico tenían íntima conexión. Pero en 1799, cuando Napoleón

ocupa Egipto, uno de sus capitanes llamado Boussard encontró en Roseta una piedra que contenía tres inscripciones en tres escrituras diferentes: jeroglífico, demótico y griego. Las tres inscripciones fueron estudiadas por egiptólogos, que comprobaron que las tres respondían a un mismo texto, y que ese texto era un Decreto de Tolomeo V Epifanes, del año 196 a. de J. C.

SILVESTRE DE SACY observó que en la inscripción demótica figuraba la palabra Tolomeo; THOMAS YOUNG descubre que ese mismo nombre se encuentra en un cartucho o cartela de la inscripción jeroglífica; y Champolion descubre que esas cartelas o recuadros de los jeroglíficos sólo contienen nombres de reyes; y de deducción en deducción llegó a descifrar el contenido de los jeroglíficos y a saber leerlos.

La escritura jeroglífica duró hasta el 391 d. de J. C., en que Teodosio, con el fin de hacer que prevalezca el cristianismo como única religión, cierra todos los templos egipcios.

5.—LOS DOCUMENTOS.

Así como Roma basó la prueba en las declaraciones de testigos, los pueblos orientales la basaron en el documento escrito; de aquí la gran importancia y variedad del documento en el Egipto greco-romano.

Por razón de las dos razas y de sus respectivos idiomas, hubo documentos redactados en demótico y en griego. El griego era el idioma oficial, y casi todos los contratos solían documentarse en términos griegos, sin que por ello dejara de haber bastantes redactados en el demótico; esto explica la gran variedad de documentos griegos que diremos seguidamente.

ALVARO D'ORS, en su obra ya citada *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano*, nos dice a este propósito, que, salvo muy contados negocios, como la compraventa con arras, el préstamo jurado, todos los demás, o una mayoría se consignaban en documento; y agrega que, tanto el demótico como el griego, se clasificaban en públicos y privados, según interviniese o no el *agoránome*, o funcionario; y que también tanto uno como otros, desde el punto de vista de su redacción, se clasificaban en subjetivos y objeti-

vos, según figurasen los interesados en primera o tercera persona.

El documento demótico privado relativo a la transferencia de inmuebles y esclavos, tenía las siguientes características: se redactaba en forma objetiva, si bien las manifestaciones de los interesados se consignaban en primera persona; solían ser *alographos* y redactados o por los sacerdotes, o por sus delegados, llamados *nomographos*, νομογράφος, y en los últimos tiempos por escribas particulares; llevaban al principio la fecha; intervenían *dieciséis testigos*, y ni éstos ni los interesados firmaban, sino que ponían sus sellos, con lo que el contrato quedaba perfeccionado.

Estos documentos, redactados o entregados al *agoranome*, se convertían en documentos públicos.

Documentos privados griegos fueron: los *singraphe* (συγγραφή), llamados también *examartyros* (ἑξαμάρτυρος), por el número de seis testigos; el *cheiographon* (χειρόγραφον); el *hypomnema* (ὑπόμνημα); el *hypographe* o subscriptio (ὑπογραφή); y los *apógraphes* (ἀπογραφή).

Documentos públicos griegos o *demosios Chrematismos* (δημόσιος χρηματισμός) fueron: los *agoranómicos* o notariales; la *synchorisis* (συγχώρησις); el *diagraphe trapezes* (διαγραφή τράπεζης); y los *apographe* (ἀπογραφή).

Además de estos documentos de carácter contractual, había, entre otros, los siguientes relacionados con la función notarial y registral: las copias de los documentos agoranómicos y de los banqueros, llamadas *antigraphon* (ἀντιγραφον) y *ekdosima* (ἐκδόσιμα); el *diekbolé* bancario (διεκβολή); el *katagraphe* o certificado registral (καταγραφή); el *metepigraphhe* (μετεπιγραφή); el *prostagma* (πρόσταγμα), y, el programa (πρόγραμμα).

Documentos griegos privados.

La *Syngraphe* o *examarturos* (συγγραφή ἑξαμάρτυρος). La palabra *syngraphe* tenía un sentido lato por el que se expresaba todo documento que contuviera una convención u *homología* (ὁμολογία), que redactada en subjetivo se escribía *homologo* (ὁμολογῶ), y en objetivo *homologuei* (ὁμολογεῖ). En sentido estricto se empleaba para significar el documento privado de forma subjetiva, en que intervenían seis testigos; no firmaban, sino que ponían sus sellos y sus nombres al final del documento. La nota característica de

estos documentos es que, el primer testigo era el depositario del documento y por eso se le llamaba *singraphophylax* (συγγραφοφύλαξ).

El *Cheirographon* (χειρόγραφον). Era una especie de carta en sentido subjetivo. Si el acto que contenía era unilateral, su fórmula era la de Fulano a Zutano; si era bilateral, llevaba la doble salutación de Fulano y Zutano saludan a los demás; y seguían inmediatamente expresando: Nosotros convenimos...

Fórmula unilateral: ὁ δεῖνα τῷ δεῖνι.

Fórmula bilateral: ὁ δεῖνα καὶ ὁ δεῖνα ἀλλήλοις χαίρειν. Ὁμολογοῦμεν ἀλλήλοις κ-τ-λ.

Por lo regular, ni llevaba firma alguna ni tampoco comparecían testigos.

El *hypomnema* (ὑπόμνημα). Era una instancia o solicitud dirigida a una persona superior proponiéndole la celebración de un contrato. Se utilizó principalmente en la petición de fincas en arrendamiento; pero se utilizaba para otros fines como, por ejemplo, las peticiones judiciales; el papiro de T. Reekmans y E. Van't Dack, de la Biblioteca Boldéene, de Oxford, es un *hypomnema* del siglo II antes de J. C., suscrito por Horus, oriundo de Sentrothis, dirigido al estratega que lleva el título pomposo de *archisomatophilax* (ἀρχισωματοφύλαξ), pidiendo que obligue a la vendedora a realizar el registro de las adquisiciones no inscritas y que ahora él compraba (19).

Cuando se empleaba como oferta de contrato al arrendador, se encabezaba con el nombre del destinatario en dativo, seguido del nombre del solicitante en genitivo, y precedido de la preposición: παρά τῷ δεῖνι παρά τοῦ δεῖνος. A Fulano de Zutano.

La *hypographe* o *suscripción* (ὑπογραφή). Era como una posdata al documento ya redactado, o como una nota puesta a continuación del mismo. A veces era un agregado al documento anterior, es decir, era un documento independiente del primero, pero ligado a él. Madame HUSSELMAN nos dice que esta *hypographe* o *suscripción* independiente solía hacerse ya en presencia del notario, quien tomaba la filiación de las partes y la fecha, y luego extendía el verdadero contrato (20). Sin embargo, la regla general fué la cualidad

(19) «Chronique d'Égypte», núm. 51, janvier 1951.

(20) *Papiri from Tebtuni*, part. II (*Michigan Papiri*, vol. V), Ann Arbor University of Michigan Press, London, 1944, según «Chronique d'Égypte», número 44, 1947.

de posterior al contrato, extendida o no en el mismo documento; su contenido era un extracto del contrato anterior y la confirmación o aclaración. Si el *hypographe* se hacía ante notario, se archivaba también y entraba a formar los tomos reunidos o τόμοι συγκαλλησιμοί.

El papiro núm. 7.164, de la Fundación egiptológica Reina Elizabeth, es un *hypographe* o *suscripción* puesta en un *diekbolé* o documento bancario de que hablaremos con ocasión de la Banca; es independiente y complementario de otro documento anterior; se refiere a la venta de una esclava, realizada en documento anterior por Aurelia, habitante en el barrio sudeste de Hermópolis la Grande. Por la *diekbolé* bancaria se acreditaba el depósito del precio hecho por el comprador y el pago efectuado por la Banca; y por el *hypographe*, la vendedora, bajo la forma subjetiva de *yo he seguido la diekbolé*, reconoce el pago bancario, y declara que con él ha recibido el precio de venta de la esclava.

Apographe (ἀπογραφή). Eran declaraciones hechas por un particular a una autoridad o funcionario fiscal. Un papiro contiene un *apographe* dirigido al estratega exponiendo que a causa de la inundación no puede pagar los impuestos que gravan sus tierras. En otro, el interesado se dirige al *tamiai* (ταμιαί) de Alejandría encargado del impuesto de ventas, para satisfacer el mismo. Otro, el 1.325, editado por ANGELO SEGRÉ en «Stude Bonfante», 111, 1930 (21), correspondiente al año 176 d. de J. C., es un *apographe* de tierras hereditarias hecha al registro o *Bibliotheke ekteseon* de Heracleopolite; va acompañada de un testamento como título justificativo de la adquisición de las tierras.

Documentos públicos o demosios Chrematismos (δημοσίοι χρηματισμοί).

El *agoranómico* o *notarial*. El más importante y frecuente de los documentos públicos es el *agoranómico*, redactados o autorizados por el *agoranome* y el *grapheion*, o notarios de distrito y de aldea.

P. M. MEYER, en *Juristische Papyri* (22), señala el modelo de

(21) VITORIO BARBOLETTI, *Papiri greci et latini de Firenze*, vol. XIII.

(22) CIG, 88-89, cita a WLOF en *Registration of Conveyances in Ptolemaic Egypt*, «Aegyptes», 1948, XXVIII.

estos documentos. Tenían estilo objetivo; comenzaban con la fecha, lugar y notario autorizante. Estilo del documento: ... (fecha); en la ciudad de ... (polei = πόλει), ἐπί ἀγοράνομου (ante—el nombre del notario—*agoránomo*); y si se efectuaba en una aldea, ante el *grapheion*, la fórmula era: διὰ τοῦ γραφείου (por medio del *propheion*).

La *synchoreisis* (σὺγγώρησις). Era el documento público extendido y autorizado por funcionarios de Alejandría que tenían a la vez la función judicial y notarial.

La *synchoreisis* tomaba la forma de una transacción judicial entre las partes. FRITZ PRINGSHEIM (23) sustenta la teoría de que el contrato en general tiene como origen o precedente la transacción de las discusiones entre partes; discusión que tenía su nacimiento en una obligación planteada ante el Juez, que terminaba con el reconocimiento por parte del obligado de la obligación. La *synchoreisis* es este mismo proceso, pero fingido, especie de *in jure cessio* romana.

Se redactaba en objetivo: συγγωρεῖ... τῷ δεῖνι ἱεραρχιδικαστῇ παρά τοῦ δεινός και παρά τοῦ δεινός. Συγγωρεῖ que quiere decir: Conviene... con Fulano, sagrado *Archidikastés*, de la parte de tal ... y de tal ... Conviene... Al final de la transacción se ponía la palabra ἀξιοῦμεν que quiere decir: estamos de acuerdo. Y en vista de todo ello, el funcionario, ya el juez o el *katalogeion* (καταλογεῖον), extendía el documento.

El papiro núm. 25.817, de la Colección del Archiduque Rainer, estudiado por HANS LEWAL (24), es una *synchoreisis* redactada por el *Archidikastés Diodotos*, del reinado de Commodo; es una compraventa de esclavo; el comprador es Afrodissio de Didimo, hijo de Heron (Ἀφροδείσιος Διδύμου τοῦ Ἡρώνος); está representado en la *synchoreisis* por Apolónides, representante judicial de los ausentes, que dice haber efectuado el pago del precio por cuenta de Afrodissio; el vendedor dice que vende; se hace una descripción exacta del esclavo; se consigna el recibo del precio; y se pone una cláusula, garantía de que el comprador no será molestado en la posesión.

(23) The Greck law of Sale, Weimar, H. Böhlans Nachfolger, 1950.

(24) Eine Synchoreisis am der Zeit des Commodus Papyrus Rainer G., 25.817, Nápoles, 1952.

La *synchoresis* más tardía que se conoce es una de principios del siglo III de nuestra Era (25).

Diagraphé trapezes (διαγραφή τράπεζης). Era el documento autorizado por el banquero o *trapezes* τράπεζης; esta palabra significa el que está detrás de una mesa o banco; la Banca estuvo nacionalizada o monopolizada, y por eso el banquero tenía la consideración de funcionario; daba fe del acto en que intervenía, con lo que en realidad tenía la función notarial.

El *diagraphé trapezes* comenzaba con el nombre del banquero y la fecha con la fórmula $\delta\acute{\iota}\alpha\ \tau\eta\varsigma\ \tau\omega\ \delta\epsilon\acute{\iota}\nu\omicron\varsigma\ \tau\rho\acute{\alpha}\pi\epsilon\zeta\eta\varsigma$ = por medio de tal banquero, en tal fecha; luego el nombre de los interesados: $\acute{\omicron}\ \delta\epsilon\acute{\iota}\nu\alpha\ \tau\omega\ \delta\epsilon\acute{\iota}\nu\iota$ = Fulano a Mengano.

Estos documentos generalmente eran complementarios de otros anteriores de compra y préstamo generalmente, y de órdenes judiciales. Sin embargo, ya en época romana, adquieren autonomía o la categoría de verdaderos contratos, por lo que a más de las circunstancias antes dichas con la referencia al contrato principal o al acto antecedente, consignaban las cláusulas propias del contrato realizado.

Más extenso tratamos este punto al hablar de la Banca y del banquero.

Documentos librados por funcionarios y autoridades.

Entre éstos figuran las copias de los *agoranómicos* y de los banqueros de que hablaremos al referirnos a la función notarial y la Notaria; el *diekbolé* (διεκβολή), de que hablaremos al referirnos a la Banca; del *katagraphé* (Καταγραφή), o certificado del Registro, de que extensamente nos ocupamos en capítulo aparte; la *metepigraphé* (μετεπιγραφή), al hablar del Registro de transferencias; y, además, entre estos documentos figuran los *prostagma* (πρόσταγμα), *programa* (πρόγραμμα) y el *apographé* (ἀπογραφή).

Prostagma (πρόσταγμα) era toda orden emanada de una autoridad o funcionario a sus subordinados, o de una divinidad a sus fieles, o del rey a sus súbditos.

(25) *The Oxyrhynchus Papyri* (part. XIX, London, 1948), rescensión de «Chronique d'Égypte», 1949, núm 2.236.

Programa (προγραμμα) era una especie de edicto o de publicidad de un acto o contrato por medio de avisos y carteles.

Los documentos en la época romana.

En esta época subsiste el documento greco-egipcio y además el romano para los ciudadanos que realizaban la contratación con sujeción a su *jus civile*. Estos documentos los redactaban los *tabellionis* o *nomikoi Romaikoi* (νομικοί), que no eran funcionarios, sino técnicos. La forma típica fué el documento privado o *testatio*, es decir, testimonio o prueba escrita, redactado en forma objetiva, y en que los testigos ponían sus sellos sobre el cierre del documento y consignaban sus nombres (26).

6.—LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA NOTARÍA. EL «ANAGRAPHÉ».

La función notarial estuvo desempeñada, tanto en período tolemaico como romano, por el *Archidikastés*, el *trapezes*, el *agórânome* y el *grapheion*.

Con la helenización, Egipto tuvo una legislación privilegiada para Alejandría por razón de ser la más principal de las ciudades griegas; también otras ciudades griegas, como Naukrates y Ptolemais, y más tardíamente la romana Antinópolis, tuvieron también régimen especial, pero más modesto que el de Alejandría. Al lado de ésta hubo la legislación de la Chora o territorio propiamente egipcio.

El Archidikastés.

El *Archidikastés* (ἀρχιδικαστής) en época tolemaica era un Magistrado de Alejandría con función notarial; en época romana su jurisdicción abarcaba toda la Chora; era también director de los archivos de Alejandría; estos archivos se llamaban Biblioteca Adriana y Biblioteca Nanaio. Al *Archidikastés* se dirigían las solicitudes y *apographes* para el archivo y registro de documentos, con lo que parece que también tenía función registral.

(26) Para estudio del documento egipcio greco-romano, véase V. ERWIN, *Seidl Ptolemäische Rechtsgeschicht*, Erlangen, 1947.

La literatura papiroológica recoge la siguiente frase: ἀρχιδικαστῆς ἱερός καὶ ἀρχιδικαστῆς καὶ πρόστῃ ἐπιμέλεια τῶν χρηματιστῶν καὶ τῶν ἄλλων κριτήριων, que quiere decir: *Archidikastés* sagrado y *Archidikastés* también en la dirección de los tribunales de negocios y de los demás tribunales de justicia. De esta frase se ve que el *Archidikastés* tenía una intervención en los *negocios* y otra en la administración de Justicia.

El trapezes, o banquero.

La organización económica del Egipto tolemaico y romano se basaba en fuertes impuestos sobre la tierra y otros sobre personas y ventas; además, tenía grandes ingresos por rentas de tierras dadas en arriendo, ya voluntario o forzoso. Para la percepción de estos ingresos organizó la Banca con carácter oficial la βασιλικαὶ τραπεζαί, o Banca Real. En algunos casos se arrendaba esta función bancaria a particulares, y, por tanto, hubo junto a la oficial otra Banca privada o particular. La Banca estuvo nacionalizada o monopolizada al menos en Egipto. Consecuencia de esa nacionalización fué el que los banqueros tuvieran la consideración de funcionarios públicos.

Una de las más frecuentes operaciones de la Banca fué la de recibir cantidades para el pago de las ventas y efectividad de los préstamos; con esto venía a ser la ejecutora de negocios jurídicos; muchas de las operaciones bancarias tenían un precedente causal que se reflejaba en la operación (27). Con el tiempo, los interesados en los negocios jurídicos, en vez de acudir al *agoránome*, se personaban en la Banca, y en ella, a presencia del banquero, se extendía el documento contractual correspondiente seguido de las operaciones bancarias. Estos contratos son los *diagraphé trapezes* (διαγραφὴ τράπεζης) o documentos de Banca. También estos banqueros enviaban las copias al registro de transferencias de propiedad.

En las ejecuciones fiscales, como en las hipotecarias, los pagos se hacían por medio de la Banca y a virtud de órdenes de los

(27) Para estudio de Banco y banqueros, véase M. I. DESVEINOS, fascículo 23 del Boletín de la Sociedad Arquelógica de Alejandría, «Banques et banquiers dans l'Égypte ancienne, sous les Tolomées et la domination romaine».

tribunales. ULRICH WILKEN estudia una serie de estos papiros que son órdenes de pago en virtud de adjudicaciones de inmuebles al Estado; entre ellos figuran los números 218-220, recogidos en fascículo III, tomo II de «U. P. C.». El 218 es una orden dirigida por el vice-Thebarke Dionysios al banquero *Heracleides*, por el precio de una tierra calificada de colina, que fué comprada por Ailourus al Tesoro Real; el 219 es un *diagraphe* que el mismo vice-Thebarke dirige al mismo banquero, pidiéndole que cobre 1.000 dracmas, que es el precio de un *Asalerion*, especie de capilla, en Inmuthes, que dos egipcios propietarios de ella, por ocupación de compra, vendían a otra persona; y el 220 es una *syngraphe* de Dionysios al banquero *Heráclides*, para que cobre un talento 2.000 dracmas, que ha de pagar el adjudicatario de una parcela sin dueño y apropiada por el Estado.

La relación entre la Banca y los encargados de las ejecuciones fiscales era grande, pero a veces con un funcionamiento irregular, como lo evidencia el papiro 169 de la Universidad de Hamburgo. Como consecuencia de no tener noticia oportuna del pago de descubiertos, los recaudadores iniciaban las ejecuciones contra los aparentes deudores; mas como éstos habían pagado, protestaban de la ejecución e incluso se quejaban a las autoridades de la conducta de los recaudadores. Por eso, uno de estos recaudadores acude en queja al encargado de la Banca de un territorio o distrito rogándole que ordene a los banqueros de su demarcación que notifiquen oportunamente los pagos de descubiertos para evitar injustos procedimientos. Según el papiro, un *telonés* (τελώνης) o recaudador, se dirige al banquero Nicanor, de la Banca Real de Ochyriucus (βασιλική τράπεζα Οχυρινκος), pidiéndole recuerde a los banqueros (ταίς κατά τόπον)—a los del territorio—encargados de recibir el pago de impuestos, la obligación de enviarles copias (κατ' ἄνδρα τῶν μετατόπων), es decir, *por cada hombre caído en deuda*, ya en vista de los balances de sus libros o de los pagos recibidos, *pues por no hacerse así iniciaban apremios y los contribuyentes les demandaban a ellos* ante el ecónomo Ammonius (28).

(28) Griechische Papyri der Hamburgerstaaks und Universitäts Bibliothek Miteinigigen Stücken ans der Sammlung Hugo Ibschen. Herausgegeben von Seminar fin Klassische Philologie de Universität Hamburg. núm. 169.

El banquero llevaba un libro de operaciones bancarias propiamente dicho, esto es, de entradas y salidas, con expresión de las causas que las motivaban. Las copias o certificados de las operaciones consignadas en este libro servían para probar los ingresos y pagos hechos por las partes interesadas. Esa copia o certificado se llamaba *diekbolé* (διεκβολή). Tenía la forma de *diagraphai trapezites* (διαγραφαί τραπεζιτης), es decir, era un documento bancario. Pero como esta operación bancaria tenía que haberse realizado en vista de alguna negociación anterior, si ésta era un préstamo o una venta, por ejemplo, había que expresarse la causa jurídica. Por eso, WOLF dice en su artículo citado que esa expresión de causa solía hacerse refiriéndose al *syngraphe* o documento precedente. En efecto, así resulta de la fórmula que empleaba el banquero Paniscus: *φν αί γεινίαι δεδήλωνται διά τής προκειμένης συγγραφής*, que se puede traducir así: los vecinos (*γεινίαι* se traduce por los vecinos o los que están cercanos; ¿y no querría decirse con tal palabra los cercanos por el contrato, es decir, los interesados?) deben manifestar 550 dracmas, según la *syngraphe*, esto es, según el documento celebrado.

Como WOLF, también los editores del papiro Tebtunis 389 consideran que la *diekbolé* estuvo siempre precedida de un negocio; pero, sin embargo, del papiro Grause 5 y papiro Giessen 32, se infiere lo contrario, es decir, que la *diekbolé* es un documento autónomo o independiente. Pero lo cierto es que la *diekbolé* siempre acusa un precedente causal como el depósito, la compraventa, el préstamo, etc., como lo demuestra el papiro Brux. E. 7.164 (29).

El agoránome o notario.

El *agoránome* era el funcionario encargado de redactar o autorizar los documentos relativos a negocios jurídicos; por eso, sus documentos reciben el nombre de *documentos públicos* (δημοσίοι χρηματισμοί). El cargo aparece en época tolemaica, por el año 265 antes de J. C., si bien, según dicen los papirologos, su verdadera función notarial no comienza hasta la primera mitad del siglo II antes de J. C.

(29) Sobre el *diekbolé* puede verse el papiro Tebtuni, 389, 3, como: L. Mittels Grund, pág. 70; P. M. Meyer, Juv. Pap., pág. 96; Ulrich Wilken, Archir. VIII, 1927.

El *agoránome*, lo mismo que el *Archidikastés*, tuvo función notarial y registral en la época tolemaica. Así lo apunta WOLF en la página 40 del artículo ya aludido. En la época romana, fué cargo litúrgico u obligatorio. El territorio de la Chora se dividía administrativamente en los siguientes distritos territoriales, por orden de su importancia: *nomos*, *meris*, *nomarkia*, *toparkia*, y pueblo o villa (30). El *agoránome* residía en la capital del *nomos*, y tenía competencia en todo el territorio. Tenía obligación, con fines de publicidad, de llevar el *anagraphé* o registro de sus documentos, y de enviar el *eiromenon* o rollo de copias de escrituras al registro. El cargo desaparece en el siglo IV, en que Egipto queda totalmente romanizado y entra en funciones la práctica del *tabellionis*.

El grapheion o notario rural o ayudante de Notaría.

El *agoránome* residía en el *nomos*, y en las aldeas había una especie de subordinado del *agoránome*, llamado *grapheion* (γραφεῖον), que efectuaba la función notarial. En algunos papiros aparece el nombre de *nomographo* (νομογράφος); éste, en los primeros tiempos tolemaicos era el escribiente de los sacerdotes en la redacción de documentos; y ya desde la aparición del *agoránome*, el *nomographo* ejerce la misma función del *grapheion* o notario de aldea. Así se infiere de unos papiros de Tebtuni de los años 7 a 56 d. de J. C. (31).

ELINOR MULLET HUSSELMAN, al hablar de la Notaría (*grapheion* tiene la doble significación de ayudante de notario o notario rural, y la de Notaría o despacho del notario), a la que designa con la palabra *grapheion*, dice que tal oficina no era sólo un depósito de documentos, sino también un despacho donde toda clase de documentos podían ser llevados por medio del *gramatikon* (γραμματεῖς γραμματικός), palabra ésta que significa escribano, con lo que parece verosímil que los *gramatikon* fuesen los auxiliares de Notarías (32).

(30) «Chronique d'Egypte», núm. 53, 1952.

(31) ARTHUR E. R. BOAK, en *Papyri from Tebtunis*, part. II (Colección Michigan, vol. V), Ann Arbor University of Michigan Press, London, 1944.

(32) Los papiros a que alude Md. Husseلمان están recogidos en el papiro Michigan con los núms. 121, 123-126, 128 V, 323 T, 238, 240, 241.

La Notaría y su técnica.

El despacho u oficina de la Notaría, al menos durante la época romana en que existió (la institución del *grapheion* duró hasta mediado el siglo iv de nuestra Era) se llamaba *grapheion*, tomando la palabra del de su encargado en las aldeas o *grapheion*. En estas oficinas había, a más del *agoránome* o del *grapheion*, varios escribas, posiblemente los *gramatikon* ya aludidos, que redactaban o extendían el documento en el papel que les suministraba el jefe.

ELINOR MULLET HUSSELMAN, con ocasión del estudio de los papiros de Tebtuni ya aludidos (33), refiere que el documento público se extendía en el *grapheion*; que allí se archivaban los documentos que autorizaba el *agoránome* y los demás que le llevaban los interesados; que a su frente estaba un hombre y un asistente y varios empleados en calidad de escribas de *griego* y de *egipcio*. Y sigue exponiendo esta egiptóloga que sobre «la base de informes suministrados por las partes interesadas, uno de los escribas empleados en el despacho extendía el acto sobre el papiro suministrado por el *grapheion*. Las partes—sigue diciendo—añadían sus suscripciones, que ellas mismas podían escribir o hacer escribir por un escriba. Las suscripciones complementarias eran dejadas en el *grapheion* con el ejemplar único del documento completo, para que el cuerpo del contrato pudiera ser añadido en seguida al sitio que le había sido reservado. Los interesados podían obtener sus ejemplares ulteriormente, una vez que los documentos estuvieren completos; éstos son los *ekdosimas* (ἐκδόσιμα), remitidos a las partes y que llevaban sus suscripciones auténticas». Las copias se llaman *antigraphon* (ἀντίγραφον).

Con esta descripción tan clara del funcionamiento bien se aprecia que, a pesar de los miles de años transcurridos desde entonces a nuestros días, no ha variado en su esencia el funcionamiento de un despacho de Notaría.

De la enseñanza de HUSSELMAN se viene en conocimiento que el *ekdosima* es una copia remitida o entregada a los interesados, respondiendo este sentido al gramatical de la palabra.

(33) Véanse notas 31 y 32.

Nos aclara esta autora que los *hypographe* o *suscripcio* independientes del contrato eran una repetición del cuerpo del contrato hecho en primera persona en vez de tercera, y que se hacían en presencia del notario, que añadía al margen la filiación de los interesados, la fecha y el cuerpo del contrato.

En los últimos tiempos de la época tolemaica y primeros de la romana las reglas jurídicas de los *agoránomes* se desprenden de esa serie de papiros del *grapheion* de Tebtunis, tan repetidos, de los trabajos de WILKEN en «U. P. Z.», 1, págs. 596 y sigs., y el trabajo de ANGELLO SEGRÉ, publicado en «Aegyptus», VII, 1926, páginas 97 y sigs. Según estas fuentes, el *agoránome* archivaba en su despacho los originales de sus documentos; los agrupaba formando tomos o *tomoi synkolesimoi* (τόμοι συγκολλήσιμοι) hacían listas de los documentos por su orden cronológico, con notas relativas al tipo de contratos, nombres de las partes, convenio y objeto del convenio, y derechos. Estas listas, extractos o registros se hacían no sólo con fines de abreviar tiempo en la búsqueda del documento, sino con los de publicidad, y constituían el llamado *anagraphe* de que nos ocuparemos seguidamente.

Los *agoránomes* sacaban copias del *anagraphe*, no ya para los interesados, sino para remitirlas al registro de transferencias de la tierra. Con esas copias hacían rollos atados, y de ahí su nombre de *eiromenon* (εἰρόμενα). Cuando el registrador recibía el *eiromenon*, podía expedir copias de los documentos o extractos de documentos en él comprendidos para entregarlos a los interesados.

El anagraphe.

Según ANGELLO SEGRÉ, en el siglo II a. de J. C., los *agoránomos* enchorichos llevaban un registro de sus contratos, en donde extendían asientos iguales o casi iguales a los documentos por ellos autorizados o incorporados a su oficina (34). De todos los documentos de la Notaria se hacía una especie de registro o lista, con indicaciones relativas al tipo de contrato, contenido, valor y nombre de las partes. Estas listas probablemente servían para facilitar

(34) «Aegyptus», X, f. 213.

la búsqueda, y también, según WOLF (35), para todas las cuestiones judiciales ante los tribunales griegos. A estas listas de extractos de documentos de la Notaría las llama madame HUSSELMAN (36) *indices*. Y, en efecto, no debió ser otra cosa, pues que en ellas sólo se consignaban los datos particulares que individualizaban el contrato, y respecto de los restantes datos comunes a todos los contratos se empleaba la fórmula τὰ ἄλλα ἀκόλουθος = *de acuerdo con el resto*. Esta idea de *índice* se corrobora con una serie de papiros referidos por madame HUSSELMAN, ARTHUR E. R. BOAK y WILLIAM F. EDGERTON (37). Estos papiros se refieren a la Notaría del *grapheion* de Tebtunis, y aunque todos ellos son ya de época romana, sin embargo, son de los años en que todavía regía el *katagraphe* y no la *Bibliotheke ekteseon*. El núm. 237 (Inv. 654) es un registro o lista que comprende los cuatro primeros meses del año 7 de Claudio o 46 d. de J. C.; el núm. 238 (Inv. 968) es un índice de los meses que van del 29 de agosto al 26 de diciembre del 46, y contiene 239 contratos; el núm. 241 (Inv. 946, verso) es un *eiromenon*, es decir, rollo de documentos, del año 16, de los que en época de la *Bibliotheke* se enviaba a esta oficina.

Pero a pesar de todo esto, no resulta muy evidente que el *anagraphe* sean estos índices notariales, pues a veces parece que *anagraphe* y *katagraphe* son la misma cosa. El *katagraphe*, como se dirá más adelante, es el registro de transferencias de ventas o de propiedades con fines de publicidad, de conocer quién era el autenticado para disponer y con fines de recaudar el impuesto fiscal de ventas. La confusión de *anagraphe* y *katagraphe* surge, por ejemplo, del 1.316 *Papiri greci et latini*, vol. XIII, del año 125 a. de J. C., estudiado por VITTORIO BARTOLETTI; se dice de este papiro que es una *petición de anagraphe a favor del actual poseedor* respecto de una tierra cedida por su ocupante.

Induce también a la confusión el que a esta lista o extractos de documentos se le llamó ἀναγραφὴ συμβόλαιων, que es tanto como decir *registro de documentos*, pues *anagraphe* significa inscripción o transcripción, y *symbolaion* es palabra que alude a los contratos. El hecho de que *anagraphe* y *katagraphe* lo llevaban los ago-

(35) *Art. c.*, pág. 59.

(36) Ann Arbor University of Michigan Press, London, 1944.

(37) Véase pág. 46.

ránomos, y de que SEGRÉ diga que el *agoránomo* redactaba los documentos y los registraba, es otro dato para llevar la duda al ánimo. Y, en fin, cuando WILKEN, basándose en el papiro Par 65 («U. P. Z.», 1, pág. 596, H), entiende que en el 146 a. de J. C. hubo una reforma del *anagraphe* de actos demóticos, sale WOLF a aumentar la confusión, pues dice que tal reforma no se refería solamente al *anagraphe*, sino a la redacción de documentos y al *registro de los agoránomos* (38), señalando nuevos estilos y normas, y que el *katagraphe* es independiente de la Notaría y de la función notarial.

La gran autoridad de don ALVARO D'ORS parece enfocarse en el sentido de que *anagraphe* es una transcripción pública con fines de comprobación y para facilitar informes (pág. 96 de o. c.), en tanto que el *katagraphe* es la inscripción del título de enajenación (39). Indica que el encargado del registro era el *grapheion* cuyo nombre figuraba en las notas expresivas del despacho del documento, que tenía la siguiente fórmula: *está inscrito por medio del grapheion en ...* (lugar) = ἀναγράφεται διὰ τοῦ ἐν... γραφείου.

7.—LOS NEGOCIOS JURÍDICOS.

La gran variedad de negocios jurídicos que muestran los papiros evidencian el gran progreso jurídico del Egipto tolemaico y romano. Pero los principales negocios fueron el arrendamiento y la compraventa, a los que dedicaremos más atención. Como muestra de esa gran variedad a que aludimos reseñamos a continuación la dote, la donación, herencias, mandato, depósito, préstamo, sociedad, etc.

Dote.

El caso que recogemos es de constitución indirecta de dote hecha por el padre del novio a la novia. El padre finge ser deudor de la novia, y en garantía de la deuda constituye hipoteca a favor

(38) Pág. 38, art. c.

(39) O. c., págs. 41 y 109.

de aquélla; y la novia da en arriendo a los padres del novio la tierra hipotecada. Los papiros son de época bizantina y evidencian la agudeza del egipcio; son dos los papiros. Por el primero, Amelios Jacob, hijo de Phoibammou; su mujer, Irene, y su hijo, Besarion, reconocen una deuda de 30 *nomismatia* en favor de Aurelia Rachel, hija de Phoibammon, que es novia de Besarion; garantizan la deuda con una hipoteca sobre una tierra de 10 *aroures* (la *aroura* = ἀρουρα, era una medida agraria de 22.500 pies cuadrados). En el segundo, la misma tierra hipotecada es dada en arrendamiento por Rachel a Jacob y su familia; no se señala ningún precio, pero Jacob y los suyos tienen que pagar las tasas o impuestos. D. S. GRAWFORD (40) explica esta doble transmisión del siguiente modo: ninguno de estos negocios jurídicos implican lo que jurídicamente son, pues ni había deuda o transferencia de dinero, ni garantía real alguna con transferencia de propiedad, ni tampoco la contraprestación de pagar los impuestos; en cambio, sí hay una suma de 30 *nomismatia* que se garantiza a Rachel por la familia del novio, ante la eventualidad de un divorcio o de la muerte de Besarion. En una palabra—termina diciendo el autor—, toda la operación no es otra cosa que un arreglo para constituir la dote de la novia.

Donación o doseos (δόσεις).

Las donaciones que tenían por objeto tanto la transmisión de propiedad como de nuda propiedad, reservándose el donante el usufructo, o sólo la posesión, con reserva del dominio en el donante. Eran frecuentes estas últimas donaciones, que tenían la naturaleza *mortis causa*; su nombre era el de *katoche* (κατοχή), que significa entrega de la posesión con retención del dominio hasta la muerte del donante. La forma era la *syngraphe doseos*; la fórmula, la de la homología o convenio. El papiro Goodsp. 6 dice: homología que hizo Horus, hijo de Imotu, voluntariamente y con consentimiento, conforme a la cual está de acuerdo en ceder 350 ...

(40) D. S. GRAWFORD, *Papyri Michaelidae*, being a catalogue of Greek and Latin papyri, tabletas and ostraca, in the library of Mr. G. A. Michaelidae of Cairo. Published for the Egypt Exploration Society by the Aberdeen University Press, 1955.

a su hijo. Este documento se hizo en la oficina del *agoránome* de Crocodilópolis, provincia de Parthurita. Por el papiro Grenff 127 (Mittels Chrestom. 156) Setabis está de acuerdo, y según ello, conviene en ceder, etc., a su hija. Es una donación de madre a hija, del siglo II a. de J. C. Por otros papiros, como B. G. U., 111, 993, del 127 a. de J. C., y papiro Lond., 111, 880, pág. 8, y papiro Strasb. 1.185, los padres distribuyen sus propiedades entre sus hijos y esposa. Estos contratos se hicieron en forma objetiva; comienzan con la palabra *homologeui* o *se ha convenido*. Están firmados por el *agoránome*; y por llevar una larga datelina se piensa por algunos si en vez de documento notarial se trata de un *catágrafe* certificado, es decir, de un certificado del registro.

Resulta curioso el B. G. U. 1.114, que se refiere a la donación de cinco esclavos, libres de todo cargo. En este documento figura con la donación, la previa compra de un esclavo por el donante; y se da la siguiente explicación: El donante sólo era dueño de cuatro esclavos, y quería donar cinco; el que le faltaba lo adquiere por precio de 1.200 dracmas, cuyo pago acredita por la *sincoresis* que hace la vez de recibo; ya dueño de todos, hace la donación de los cinco.

Sucesión intestada.

La sucesión *ab intestato* se llamó *nomimai kleronomai* (νομίμοι κληρονομοί): herederos sin testamento. No siendo nuestro propósito el estudio del Derecho sucesorio, sino el aportar referencia de los documentos relacionados más o menos directamente con los antiguos registros tolemaico y romano, poco podemos decir de la sucesión intestada, salvo lo relativo a la declaración de herederos.

El orden de suceder *ab intestato* fué, según la enseñanza de los papiros: los hijos; en su defecto, el padre; a falta de éstos, los hermanos y hermanas; luego los sobrinos. Nota particular es la facultad de renunciars en favor de cualquier otro heredero, aunque no lo sea de igual rango.

En *The Oxyrhynchus Papyri*, part. XIX, London, 1948, figura el papiro número 2.231, año 241 d. de J. C., en que una madre, viuda, se declara heredera *ab intestato* de su hija; la declaración la hace al *Bibliotheke*.

KARL. K. estudia un papiro de la colección Yanda, que contiene la *agnitio bonorum possessionis*. Es curiosa, porque la petición está elevada al prefecto Aurelius Appius Sabinus, por un impúber, asistido de su padre como *kurios* (κύριος).

Se pedía la declaración de heredero de su madre y la posesión de los bienes.

Sucesión testada.

El testamento se introdujo en Egipto por los griegos; había plena libertad de testar, pero se solía llamar a los hijos o *kleronomoi* (κληρονομοί); además, como reminiscencia de la antigua institución del mayorazgo arraigada en el antiguo Egipto, los padres solían mejorar al hijo mayor con un prelegado.

El testamento corriente fué el *diatheke* (διαθήκη); era el testamento ológrafo, suscrito y sellado por el testador y seis testigos, y autenticado o certificado por un *agoránome*. El testamento mancomunado de los cónyuges fué frecuente también. También en las capitulaciones o contratos matrimoniales se consignaban cláusulas testamentarias; estos documentos se llamaron *singrapho diatheke* (συγγράφω διαθήκη); solían contener una institución de herederos recíproca entre los cónyuges, con sustitución a favor de los hijos; se llamaban *singraphe* y *homologia* (συγγραφή καὶ ὁμολογία).

En el testamento tolemaico solía consignarse el nombramiento de un ejecutor testamentario, que era el *epitropos te idia pistei* (ἐπίτροπος τῆ ἰδία πίστει), cargo que se introduce también en el testamento de la época romana, reformando con ello el Derecho romano.

En época romana hubo el testamento en forma de homología. En un testamento *per aes et libram* del 142 d. de J. C., el testador Antonius Silvanus, instituye heredero a un hijo suyo, menor y natural, en toda su buena castrense y doméstica, estableciendo una sustitución a favor de un hermano del testador. Pero por ser el hijo natural, no puede nombrarle tutor y le nombra un *procurator* con el encargo de recoger toda la *bona castrense* y de exigir que se cumpla el testamento. Este testamento lleva una *hipographe* o *suscripcio* en griego confirmando el testamento, lo que como el

nombramiento de ejecutor testamentario son novedades o influencias griegas en el Derecho romano (41).

Otro testamento *per aes et libram*, de fecha 21 de julio de 224 d. de J. C., contiene una especie de *mancipatio*, por la que el testador entrega sus bienes al *familiae emptor*, que queda obligado a cumplir lo ordenado en el testamento tan pronto ocurra el fallecimiento del testador. Este testamento contiene en su primer columna la institución de heredero, la composición y disposiciones relativas a la partición; la segunda columna contiene disposiciones funerarias, y una cláusula penal consistente en una multa de 3.000 dracmas a cargo del pariente que ataque el testamento; luego se consigna el lugar y la fecha (42).

Un estilo corriente en los testamentos era: estando en mi sano juicio tendría εἴη μὲν μοι ὑγιαίνοντι κτλ.

Las renunciaciones de herencia se hacían por escrito, y se designaba el beneficiado con la renuncia. En la colección Michigan, V, número 351 (Inv. 942), una mujer, en el año 42 d. de J. C., renuncia a la herencia de su madre en beneficio de su hermana. El papiro número 1.980, de Britis Museum, correspondiente al 17 d. de J. C., contiene renuncia de herencia.

Papiros con partición de herencia son abundantes. Nota característica de estas épocas es la proindivisión, razón por la que también son abundantes los papiros con ventas de partes indivisas. Los papiros 323-325, colección Michigan, V (Inv. 1.264, 1.273, 675), son contratos de división de herencia; son del año 47; en ellos tres hermanos se reparten cuatro esclavos que había dejado el padre. El papiro 326 (Inv. 1.282) es una partición entre cinco hermanos y una hermana; se reparten tres parcelas de tierra *catoécica*, que tenían en total 100 *aroures*; dos viñedos de 37/8 y dos *aroures*, y 18 esclavos.

Mandato o entolé (ἐντολή).

En Egipto hubo la representación directa; el *entolé* podía ser general o para un asunto determinado; hubo poderes para las

(41) «Chronique d'Egypte», núm. 47, estudiado por O. Gueraud et P. Jouguet.

(42) «Chronique d'Egypte», núm. 50, Mario Amelotti.

actuaciones procesales. En una colección de papiros procedentes de una familia que habitó en Tebtunis y Antinópolis, hay uno de 18 de octubre del 172, por el que una mujer encarga a su marido que la represente en la venta de una esclava de que es propietaria (43).

Préstamo y garantías.

El préstamo mutuo o *daneion* (δάνειον), podía ser de dinero y de cosas, con y sin interés. En este último caso se le llamaba estéril o *atokon* (ἀτοκον). Se consignaba en una *singraphe*; no se expresaba la causa.

Una modalidad singularísima fué el préstamo negociable o transferible; eran una especie de títulos al portador. La fórmula de estos préstamos era *panti to epipheronti* (παντί τῷ ἐπιφεροντί), cláusula que significa: a todo el que lleve el presente documento.

El préstamo solía garantizarse con bienes muebles o inmuebles. En el número 24 de «Chronique l'Egypte», 1937, se recoge un papiro por el que en garantía de 1.300 dracmas se empeñan joyas. Para OR. M. HEICHELHEIN este papiro es del año 173 a. de J. C.; en este papiro, Demetrius, hijo de Kephalos, quiere cobrar unos créditos garantizados con prenda; y explica que en garantía de los 1.300 dracmas de cobre ha recibido las joyas que reseña (44). El papiro Mich., V, 328 (Inv. 682-723) es un préstamo de 420 dracmas, garantizado con una casa con patio (*oné en pistei* = ὀνή ἐν πίστει). El número 44, de Michaelides (45), es un préstamo de trigo, hecho por Phoiamon, hijo de Triadelphos, con garantía de una rústica que le ha sido entregada en arrendamiento en 19 de julio de 527. El papiro número 188, Michigan Papiri, V., 111, es un préstamo con anticresis hecho a unos agricultores de la villa de Bacchis, cerca de Karamis, al norte de Fayum. Un préstamo curioso es aquel por el que Eirene da en arriendo a tres personas un viñedo y un huerto con árboles frutales; éstos son deudores de Nicandros; y éste y los arrendatarios convienen, con aprobación de la arrendadora, en que el precio del arrendamiento lo perciba el acreedor.

(43) Núm. 27 (B. M. 1.966), de B. A. Van Groningen, A. Family Archive from Tebtunis = Leyle E. I. Brill, 1954.

(44) «Chronique d'Egypte», núm. 24, pág. 268.

(45) Véase nota 40.

La prenda u ὠνή ἐν πίστει consistía en la entrega de la cosa mediante la venta fiduciaria de que hablaremos seguidamente.

Sociedad.

Sin estar configurada como persona jurídica independiente de la de los socios, fué practicada en Egipto mediante un documento especial a que llamaron *metoché* (μετοχή), en donde se consignaban los derechos y obligaciones de los socios en cualquier empresa privada, especialmente en contratos de obras públicas, monopolios, explotaciones agrícolas. El papiro Mic., V, número 348 (Inv. 629) se asocian varias personas para tomar en arriendo y explotar una tierra *catoécica* (κληῖρος κατοικητος) de 40 *aroures*, en el año 27.

Arrendamiento.

Fué el contrato más frecuente en la época, y el más abundante en los papiros. Se consignaba en el *hipomnema*; el plazo solía ser corto, a lo sumo cuatro años; generalmente el plazo quedaba a voluntad del arrendador: ἐφ ὅσον χρόνον βουλει para cuanto tiempo lo desee. El precio se pagaba en frutos, generalmente por una participación como en nuestras aparcerías; los impuestos reales iban a cargo del arrendatario; el arrendamiento se llamó *misthosis* (μισθωσις); la renta, *ekphorion* (εκφόριον). El Estado, nos dice MARIO TALAMANCA (46), como gran propietario del suelo y dueño de las tierras y bienes sin dueño, los daba en venta o arrendamiento, mediante subasta, y a iniciativa particular. En los arrendamientos el Estado se reservaba el derecho de expulsión, y las rentas las percibía por medio de los recaudadores, que seguían el expeditivo sistema de incautarse de toda la cosecha, y después de percibir lo que por renta e impuestos había de pagar el arrendatario, devolvían a éste el sobrante. Este resto se llamó *epiegnema* (ἐπιέγνημα). Los arrendatarios de las tierras reales, llamados colonos reales o *gueorgoi* (γεωργοί βασιλικοί), solían abandonar las tierras por la onerosidad

(46) MARIO TALAMANCA, *Contributti allo studio delle vendite all' asta nel mondo classico*, Att della Accademia Nazionale der Lincei Mamore, Class di Science moralistouche e filologiche, serie VIII, vol. VI, Roma, 1954.

de los arrendamientos, practicando los éxodos que entonces se llamaron *anacoresis*, porque el arrendatario se iba hacia el desierto o los templos haciendo vida anacoreta o aislada. De aquí aquellas medidas adscribiendo al colono a un lugar determinado o *idia* (ἰδία), y estableciendo el arrendamiento forzoso o *epibólé* (ἐπιβολή).

Un papiro de Yena, estudiado por FRIEDRICH ZUCHER (47), se refiere a un *epibólé*. Un hombre que posee tierras con su *idia* (su propia casa) en Tebtunis, distrito de Polemon, del *nomos* Arsinoite, no sometido al impuesto de capitación (48), y que vive en Antinópolis, ha sido destinado en Tebtunis para la explotación *forzosa* (*epibólé*) de una tierra. Protesta de esta designación y dirige petición al estratega de Polemon para que anule la designación.

El contrato de arrendamiento servía en Egipto para satisfacer diversos fines o intereses. Así hubo los arrendamientos anticréticos y los ficticios. Por el anticrético, el arrendatario hacía un préstamo a su arrendador, del que se reintegraba quedándose, es decir, no entregando los frutos que constituían la renta o precio. Por el ficticio, lo que se buscaba era seguir conservando el carácter de propietario en los casos de auténtica venta. Esta ficción se hacía en las ventas de navios, porque los navieros gozaban de ciertas consideraciones.

Nombres especiales son la *ekchoresis* (ἐκχώρησις) y *misthosis* (μισθωσις), y *misthosis prodomatike* (μισθωσις προδοματικῆ). La *ekchoresis* es la cesión a título de arrendamiento hecha por el concesionario de una tierra. MARIO AMELOTTI (49) ha estudiado un papiro con el contrato de *ekchoresis* registrado en el *grapheion* del pueblo de Taley, de la *meris* Polémonos, del *nomos* Arsinoite. *Misthosis*, se llama cuando arrienda el propietario; y *misthosis prodomatike* al arrendamiento real, de breve duración y desahucio a voluntad del rey.

Un papiro editado por ERIC G. TURNER (50), parece que se refiere

(47) Aus Einer Urkundenfolge Hadrianisch-antoninischer zzt.

(48) Virtualmente hubo las clases sociales determinadas por pueblos; así, la indígena, la griega y después la romana; la dominante fué la greco-romana, que se conocía por no estar sujeta al impuesto de capitación llamado *taographia*.

(49) Athenam N. S., 26, 1948.

(50) A Ptolemaic Vineyard Lease, Bulletin of the John Rylands Library, 31, 1948.

a un subarriendo. El dueño es un tal Crates de Arsinoe de Licia; el arrendatario es Nicómaco de Halicarnaso, y el que ha de cultivar la tierra se llama Apollonos. Se arrienda un viñedo; el precio es en especie, dando dos de cada tres. El contrato se hizo ante siete testigos por duplicado el día 9 *Phaophi* del año 1 del reinado conjunto de Ptolomeo Filometor, Ptolomeo el joven, y Cleopatra, o sea, el 12 de noviembre de 170 a. de J. C. El intérprete de este papiro nos dice que el llamarse «persa del epigonado», como lo hace el subarrendador Apollonus, quiere decir que ha aceptado para el caso de incumplimiento del *locador* un proceso de ejecución muy severo.

A más de la tierra, era objeto de este contrato el esclavo, las habitaciones de una casa, el ganado, los servicios, etc.

Lo curioso del arrendamiento de esclavos es el problema de la descendencia. Princeton, 1942, número 151, es un papiro del 341 d. de J. C., que comprende el arriendo de dos mujeres esclavas.

En un papiro del 117 d. de J. C., en Hermenópolis, Amelia Serene toma en arriendo dos habitaciones destinadas a Lycarios, un soldado perteneciente a los *numerus* de los Iamos. El precio del arriendo es la fabulosa suma de 11.000 talentos; el comentarista dice que esto responde a que la época del arriendo es el de la gran inflación que tantos estragos hizo en época de Diocleciano (51).

El arrendamiento de ganado se llamó también arrendamiento de hierro *siderion* (σιδῆριον). Consistía en arrendar un rebaño de un número conocido de cabezas, y el arrendatario había de devolver (*diathesis* = διαθεσις) un número de cabezas igual al que recibió. Se llamó arrendamiento de *ganado inmortal*, porque las cabezas muertas se reponían siempre.

Hubo el arrendamiento de servicios aplicado al aprendizaje; en el contrato, celebrado entre el maestro y el aprendiz o sus representantes, se convenía que el aprendiz prestaría servicios a cambio de una pequeña remuneración y del aprendizaje (52). También se arrendaban los servicios para la construcción de un objeto, verificar transportes, etc.

(51) Henrik Zilliacus, *vieizehn Berliner Griechische Papyri, Urkun dem und Briefe heransgegeben und uklart*. Helsingfois, 1941, núm. 5 (Inv. II, 353).

(52) A. D'Ors, *o. c.*

Compraventa.

La compraventa en Derecho griego se perfeccionaba por la entrega del precio, y ésta fué la regla de la época tolemaica. El precio había de acreditarse; generalmente se hacía documentalmente, y como un refuerzo del contrato se añadía al mismo el llamado escrito interior o de renuncia a la propiedad. En la época romana se sigue con igual principio, si bien, con el tiempo, recibe las influencias romanas y adopta la fórmula unilateral de *ὁμολογῶ πεπρακεναὶ καὶ καταγεγραφεναὶ* = estoy de acuerdo en vender y en inscribir.

La compraventa forzosamente, dado la necesidad de la entrega del precio, había de ser al contado. Por eso, en los casos de aplazamiento se verificaban dos contratos: el de compraventa y el de préstamo por el importe de los valores aplazados.

Un papiro proveniente de la Antinoe bizantina, el número 9 de los nuevos de Societá Italiana, consigna la calidad de propietarios con tres palabras diferentes: *κρατεῖν* (poseer); *καὶ κυριεύειν* (tener pleno poder), y *καὶ δεσποτεύειν* (ser dueño de.) El contrato tiene la forma de homología; el monje Víctor y sus sobrinos, representados por su padre, de la tribu Osizantinote, vende el tercio de una casa a otra persona de la tribu Paulina; se reseñan los títulos de propiedad del vendedor; se describe la casa según el catastro; se señala el nombre del barrio; se especifica el precio, y termina con muchas cláusulas de garantía.

El papiro número 188 de Hamburgo, 1954, 1 vol., un cleroaque o colono, vende todo su *kleros* (lote asignado a un sacerdote o Iglesia) a un *aristolochos* (*θράκης ἐπίγονος*) (nacido en Tracia), y en el documento se consignan los sacerdotes epónimos del año 4 de Tolomeo Filopator.

La compraventa fiduciaria fué contrato frecuente. Papiro Lips., 1; papiro Grent., 1.128; papiro Strassb., 1.189, de 99 a. de J. C. Pe-tearsemtheus, hijo de Panebschouris, vuelve a comprar una tierra que unas semanas antes había vendido su padre al actual vendedor. El contrato no alude, naturalmente, a la fiducia, pero se infiere que lo es, pues carece del rollo o recibo de haber pagado el impuesto. Como estos contratos no suponían una transmisión definitiva de la cosa, no solían inscribirse. Si el vendedor-deudor

pagaba, se anulaba la venta y el vendedor seguía con la facultad dispositiva. Si no pagaba, entonces se formalizaba la transferencia inscribiéndola en el Registro.

Un papiro del año 75 a. de J. C., estudiado por PIERRE FOUQUET (53), es un *singraphe examaturos* (ante seis testigos) en que se paga un préstamo que Peteseuchos había hecho a un pariente de Onnophis, llamado Panatés-Tekoi; se refería a otros dos contratos, uno de préstamo, y otro de venta de una vaca, por el que el comprador Peteseuchos la devolvería a su pariente por anulación de la venta, una vez que el préstamo hubiese sido pagado. En otro papiro del 76 d. de J. C., una mujer vende su casa por 220 dracmas, y la venta va seguida de un préstamo. El comentarista lo considera como la venta fiduciaria, o venta a retro (54).

Se conoció también el contrato cuyo objeto era conceder una exclusiva. El caso conocido por nosotros va incluido en una venta. El contrato se refería a la venta de una casa, pero en él se reseñaban una serie larga de personas que habían fallecido; en el contrato se concedía a un señor, en exclusiva, la realización de todos los servicios propios del culto a los muertos. En la literatura egiptológica hemos visto también contratos que tenían por objeto la venta de esta exclusiva de cultos, y de los almacenes en donde se depositaban los muertos para embalsamarlos. Uno de los negocios lucrativos de aquellos tiempos fué el embalsamamiento y culto a los muertos; el embalsamador se encargaba de realizar las funciones fúnebres, y por este servicio percibía rentas o capitales de los deudos del muerto; y este negocio era también objeto de venta. La exclusiva de servicios a que nos referimos se llamó *prostasia* (προστασία), y a ella se refiere U. P. Z., 11, número 180 a; el papiro es de 113 a. de J. C. (P. CASATI).

El escrito de renuncia.

En toda venta, a más de la entrega del precio, requisito esencial para la perfección del contrato, se redactaba el llamado *escrito de renuncia*, en el que el vendedor hacía constar que se apartaba o abandonaba aquella propiedad respecto de la que nada

(53) «Chronique d'Égypte», núm. 26, juillet 1938.

(54) «Aegyptes», XX, 1940, Papiri Frombini inediti.

tenía que reclamar; se llamó *apostasio* (ἀποστάσιον), renunciar o abandonar. Se añadía tanto al documento demótico como al griego. A estos escritos de renuncia se refieren B. G. U. 111 (Mitteis Chrstom. 252; Mayer, Jur. Papiro 35), col. 11; y papiro Adler Gr. 14, en relación con el papiro Gr. 12, que había sido formalizado un año antes.

El escrito de renuncia según SCHWARZ (55) es una garantía o seguridad para el comprador; a virtud de dicho escrito, el vendedor ya no podía hacer ninguna reclamación respecto a la propiedad vendida; tenía un gran valor especialmente cuando en el documento no constaba el recibo del precio de venta. B. G. U. 111, 995, papiro Gen. 20, y S. B. 1, 5.865, dan lo siguiente: En Phaoni 22, año 8 (noviembre 9, 110, a. de J. C.) Arkonesis, hijo de Phigeris, vendedor, y Naomsesis, hija de Spemminis, compradora, declaran en la oficina de Sosus *agoránome* de Parthuris, su intención de vender y comprar un terreno de cultivo determinado. El mismo día, la compradora paga el impuesto de ventas. El precio de compra que consistía en una cantidad de trigo, se había de pagar hasta Mechir 2 del mismo año (17 febrero 109, sic). Ese mismo día, el vendedor, Arkonesis, en una homología ante el mismo *agoránome*, declara haber recibido el precio y que nada tiene que reclamar al comprador.

Si bien se medita, este escrito de renuncia, virtualmente viene a ser el escrito que perfecciona la venta, ya que la entrega del precio era requisito esencial para la perfección; además constituía efectivamente una garantía para el comprador, ya que por él, el vendedor renunciaba a toda clase de reclamaciones.

En los documentos de venta, se consignaba también la *bebaisiis* (βεβαίωσις), que era otra garantía más al comprador, tal vez una especie de evicción.

Venta de bienes de menores.

MEDEA NOISA, *Papiri greci et latini*, «Publicazioni della Società Italiana per la Ricerca dei Papiri greci et latini in Egitto», Firenze 1949, estudia el núm. 1.310. Por él podemos ver qué adelantado

(55) Urkunde, 156, f. 275, 278.

estaba el espíritu proteccionista de los menores en los principios del siglo II de nuestra Era, al que pertenece el papiro de referencia.

El tutor de unos menores se dirige a los *chrematistes* (χρηματιστής), jueces de un Tribunal para griegos y documentos griegos, solicitando le autorice para vender bienes de los menores con el fin de atender a la subsistencia de los mismos; el juez accede y lo comunica al estratega; el estratega Phantias, a su vez, remite una orden al *agoránome* del *nomos* Arsinoite, rogándole ejecute la decisión de los jueces, transcribiéndola debajo de la orden. En esta decisión de los jueces, más bien sentencia, se dice que el tutor ha de prestar juramento por el que se compromete a no afectar el producto de la venta que se la autoriza para manutención de los menores.

Permuta.

Este contrato, a que llamaban *antikatalagúe* (ἀντικαταλαγή), es muy raro. Con el número 51 se recoge uno en «Published for the Egypt Exploration Society by the Aberdeen University Press», 1955 (56); y otro, núm. 1.341, *Papiri greci et latini*, vol. XIII, estudio de VITTORIO BARTOLETTI, reeditado por EUGENIO CRASI; el primero es del siglo IV y el segundo bizantino, siglo VI.

Cesiones.

Las cesiones se llamaron *parachoresis* (παράχωρησις). Podían ser gratuitas y onerosas; si mediaba precio, había en realidad una enajenación, y por eso tales cesiones se llamaron *exstásis* (ἐκστασις), que significa enajenar; en el papiro Mich., Papyri VI, Inv. 2.927, es una *exstásis* de la mitad de una plantación de olivos. El número 41 del papiro Michae (57) es una *parachoresis* (παράχωρησις καὶ ἐκχώρησις) a Apollos, hijo de Joseph, de propiedades pertenecientes a una Iglesia; es del año 539 ó 554; no se menciona precio alguno, si bien Apollos se compromete a pagar todas las tarifas o tasas. En el

(56) Véase nota 40.

(57) Véase nota 40.

papiro núm. 38, de Fuad, de El Cairo, que es la cesión de una propiedad caterócica, contiene, además, un *juramento* confirmando la cesión. El 1.316 de *Papiri greci et latini*, vol. XIII, Firenze, estudiado por V. BARTOLETTI (παρά κερωρηκα, del año 125 a. de J. C., nos da la fórmula corriente de estas cesiones: εἰς τὸν ἅπαντα χρόνον ὃν τρόπον εἴθισται = para todo el tiempo [según] se acostumbra.

División material y segregaciones.

Estas dos palabras fueron sinónimas; este contrato fué frecuente, debido al sistema de la proindivisión, en las herencias principalmente. De la colección Michigan, el núm. 2 Inv. 755 es una división entre tres personas de tierra catócica o de soldados, de doce *aroures*; es del siglo I de nuestra Era. El número 55 de Michaelides (58) es un fragmento de un contrato de división o *diairesis* (διαίρεσις), de época bizantina. También el papiro Par. 17, de 154 d. de J. C., de Elephantine, es una *diairesis* hecha por los interesados ante el *agoránome*.

Cláusulas de los contratos.

Fueron frecuentes las siguientes cláusulas: las de multas convencionales; la penal, o *epitemon* (ἐπιτίμιον), consistente por lo general en el 50 por 100 del valor del objeto del contrato; la de una indemnización por incumplimiento, que ascendía a doble del daño sufrido; la ejecutiva ἡ πρᾶξις ἔστω καθάπερ ἐκ δίκης = La ejecución será como de juicio, por la que el documento entraba en seguida en la vía de apremio, sin necesidad del período declarativo; y la de estipulación ficticia en época ya romana de καὶ ἐπερωτεθεὶς ὁμολογησα, que quiere decir: y habiendo sido consultado, yo me mostré de acuerdo.

Opción a la compra.

A ella se refiere el papiro 219, fasc. 3, T. 11 de U. P. Z.

(58) Véase nota 40.

8.—EL OBJETO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS.

Una pequeña prueba de su variedad son los casos que siguen.

JOHN GARRET WINTER publica en *Michigan Papyri*, vol. III, el núm. 202 de la colección de Michigan, que es un contrato de crianza de un niño. El documento es una carta, como dice el autor, muy curiosa. Y en efecto lo es: una mujer pretende contratar a otra para que críe un niño; y a este efecto le dice: que es mejor cuidar un niño libre que un esclavo, que tendrá más salario, y que será más feliz en la nueva familia. En el papiro Graec Vintob 26.252, un hombre se compromete a regar las tierras de una iglesia, y confiesa haber recibido ya dinero para ello. *The Okurhynchus Papyri*, part. XIX, London 1948, núm. 2.239, época bizantina, el intendente de un gran dominio se compromete a revalorizar las tierras que va a llevar, haciendo todo lo necesario para darlas más valor, y entre ello plantar árboles. Los números 182, 183 y 193 de *Michigan Papyri*, vol. III, son contratos que se refieren a un contrato de préstamo con hipoteca y un convenio entre acreedor y arrendatarios de las tierras hipotecadas, consentido este convenio por la dueña y deudora, por cuyo convenio los arrendatarios pagarán el precio del arriendo al acreedor. El comentarista de estos papiros, GARRET WINTER, dice que este documento atestigua la formación de una propiedad privada por la *plantación de árboles*, con lo que resulta que para los griegos el plantador de árboles en tierra ajena, que para nosotros sería un superficiario, en vez de tener el disfrute de las tierras se convertiría en propietario

El papiro U. P. Z. 11, núm. 217 del año 11, de Cleopatra, 11 ó 131 a. de J. C., estudiado por ULRICH WILKEN, es una promesa de hipoteca. Demetrius, bajo juramento, se compromete a hipotecar su casa y tierras hasta la suma de 100 talentos, en garantía de la gestión de Ptolomaíos, que ha sido nombrado Intendente de una guarnición de Tebas. ALVARO D'ORS, en su o. c., aporta un contrato de transporte, diciendo que el transportista solía asumir el riesgo de pérdida en la travesía mediante la fórmula *παραδώσει σῶα καὶ ἀκακοῦρητα ἀπὸ ναυτικῆς κακουρίας* (59): entregará la mercancía a salvo e indemne después de una travesía mala.

(59) Pág. 126, o. c.

Los papiros números 184-186 de Hamburgo, vol. I, 1954, se refieren a compraventa de pastos y recolección de *ἄρακος κάκοφυής* o almorta, que crece mal, y de espelta (especie de trigo), en los *κληροὶ βασιλικοὶ* (posesiones reales). El núm. 581 del «Catalogue of the Greek and Latini Papyri», in The John Rylands Library, Manchester 1952, de 121 a. de J. C., es una compraventa de un palomar y de tierra inculta. El número 49, tercer fascículo, II tomo, U. P. Z., texto de U. WILKEN, es la compraventa de una capilla.

Pero los principales objetivos en los negocios fueron, a más de las casas, solares para edificar, y las tierras, los esclavos. Vamos a ocuparnos del suelo y de los esclavos.

La *χωρα* o suelo egipcio (Chora), pertenecía al Estado o rey; los particulares tenían una posesión tan fuertemente protegida en ocasiones, de la que podían disponer, que virtualmente se comportaban como propietarios. Respecto a una auténtica propiedad de los particulares, M. TURNES cree que comenzó a haberla en la primera mitad del siglo III a. de J. C. (60), y dice que así lo evidencian documentos demóticos.

Independientemente de las adquisiciones de tierras por el negocio particular, la principal fuente de estas adquisiciones fueron la concesión real y las adjudicaciones de tierras sin dueño y caídas en descubierto fiscal.

La Chora, agricolamente considerada, se dividía en dos grandes categorías: tierras de trigo, lino y hierba; y las de otros cultivos, como los de la vid y olivo, muy abundantes; y desde el punto de vista de su propietario, la tierra se dividió en tierra real o del rey (*γῆ βασιλική*), y tierras de concesión (*γῆ ἐν ἀφέσει*). La tierra real es la que se daba en arriendo o *μίσθωσις* en los términos ya dichos. Las restantes tierras o tierras de concesión se clasifican en diversas clases mirando al titular: tierra ciudadana o *γῆ πολιτική*, tierra sacra, o *γῆ ἱερά*, y también tierra sacra de renta o *ἱερά πρόσσόδου*; tierra consagrada, o *γῆ ἀνιερωμένη*; tierra en beneficio, o *γῆ ἐν δωρεά* y *γῆ ἐν συντάξει*; tierra colonial o *γῆ κληρουλική*, y tierra privada, o *γῆ ἰδιοκτητος* (61).

La tierra *politiké*, era la adquirida por particulares.

(60) E. C. TURNES, *The Hibeh Papyri*, part. II, Graeco-Roman memoris, número 32, London, Egypt Exploration Society, 1955.

(61) Véase a Alvaro D'Ors, o. c., págs. 88 y 55.

Tierra *iera*, o sacra, era la concedida a los templos; la cultivaban los esclavos del templo, y las rentas las percibían los templos y el rey. En razón a estas rentas se llamó también tierra sacra de beneficio.

Tierra consagrada o *anieromené*, era la adscrita o regalada a un dios.

La tierra en beneficio era la concedida a funcionarios civiles y militares. Pero esta concesión podía tener un carácter lisa-mente revocable, o sólo mediante el incumplimiento de condiciones determinadas. A los altos funcionarios civiles y militares se les hacía las concesiones con carácter revocable, y esta concesión es la llamada tierra de donación revocable (*dorea* = donación). A los funcionarios más modestos se les hacía la concesión en condiciones más favorables, que les permitía darlas en arriendo a colonos y quedarse ellos como verdaderos propietarios. El nombre de tierra de *sintaxei* (¿provenirá acaso de que se concedan al modesto funcionario en pago de sueldos o de honorarios?). A estas tierras se refieren los llamados papiros Zenon.

Tierra colonial o la *γη κληρουλική* era la concedida a los soldados, como forma de pago de sus servicios. Esta tierra también se llamó de *catekos*, o *κατοικοι*, y de *cleruchos* o *κληρουχοι*. En tiempos de movilización estos adjudicatarios daban sus tierras en arriendo a los labradores. Ni se podían enajenar ni hipotecar, pero eran transmisibles por herencia a los hijos.

Tierra privada o *γη ιδιοκτητος*, también llamada *κτήματα*, es la que disfrutaban sus titulares casi como auténticos propietarios; la figura jurídica de nuestros tiempos más parecida a estas concesiones es la enfiteusis, pues el Faraón se reservaba el derecho de vigilar los cultivos y percibir una renta, y el concesionario podía disponer *inter vivos* y *mortis causa*, hipotecar, etc.

En la época romana, todas esas diferentes clases de tierra se reducen a cinco tipos fundamentales. Tierras del Estado, que son las antiguas reales. Estas se subclasifican en dos grupos: tierra pública o *γη δημοσια*, y tierra de renta, *προτοδου γη*, que se daba en arrendamientos muy onerosos, o en *epibolé*, es decir, en arrendamiento forzoso, ya a colonos, comunidades o aldeas. Estos arrendatarios se llaman colonos públicos, o *δημόσιοι γεωργοί*; las rentas que pagaba la comunidad en el *epibolé* se llamaban *ἐπιμερισμός*.

Tierra hierática o sacra, la *ιερατικά εἶδα φή*, que se diversificaba a su vez en las siguientes clases: la *ἀνιερωμένη γῆ*, *ιερευτική γῆ*, o tierra concedida por el Estado a la administración de los sacerdotes, y la *βασιλική ιερευτική γῆ*, o tierras confiscadas y dadas en administración a los sacerdotes.

La tierra patrimonial, la *ὠσία κῆ γῆ* o tierra del Emperador, llamada también *ὠσῖαι*, es decir, del Emperador. Procedían de las de concesión no sacras de los Tolomeos; se llevaba en arrendamiento y en *epibolé*.

Tierra particular, equivalente a la antigua tierra privada o *γῆ ἰδίοκτητος*; el derecho del concesionario de estas tierras era muy parecido a la propiedad, y se acentuó más esta semejanza, porque con el tiempo los Emperadores concedían estas tierras por subasta, adjudicándolas al mejor postor. En el siglo III, en el Bajo Imperio, por este procedimiento se acumulaban en una sola mano grandes extensiones de tierra y grandes propietarios que llegaron a absorber a la pequeña propiedad.

Y tierra comunal, o *ἰδιωτική*, de ciudadano, que eran las adjudicadas a las comunidades y aldeas.

En la literatura papirológica hemos visto diferentes nombres aplicados a las tierras: *φιλός τόπος περιτετειχισμένος*, *tierras áridas*, a cuyo alrededor se ha fortificado (62) y *χερσαίμετος* o tierra inculta.

Esclavos.

En el capítulo del Egipto pretolemaico se dijo que, según el parecer del descubridor de la tumba de Djefa Hapi, profesor Reisner, aquellos sacrificios masivos de la servidumbre de un señor, se debían a la consideración de propiedad privada en que el señor tenía a sus criados. Y también se dijo nuestra creencia relativa a la existencia de una especie de clases o categorías dentro de la esclavitud, ya que los había consagrados a las tareas más rudas, como las del campo, y otros a más llevaderas, como el servicio doméstico y el de los reyes y nobles. Y ahora agregamos que la esclavitud en Egipto no estuvo muy arraigada, porque había mucha

(62) Col. Michigan, Inv. 943 y 689, y núms. 280, 285, 286, de edición consignada en nota 35.

manò de obra libre; probablemente esto hizo también posible que no hubiera gran diferencia social entre el esclavo y el hombre libre. Pero, a pesar de ello, el esclavo, aunque en parte tuviera consideración de persona, también tenía la de cosa, pues que era objeto de venta y de transferencias y de prenda.

El esclavo egipcio o δούλος, jurídicamente tenía capacidad para contraer matrimonio incluso con mujeres libres, y podía poseer bienes. En los contratos de enajenación gozaba de cierta protección el esclavo indígena, como la prohibición de ser exportados al extranjero. La manumisión se hacía por documento agoranómico, y la transmisión estaba sujeta al pago de un impuesto especial que en época romana se llamó de manumisión *per capitat*, como se verá más adelante al referirnos a las subastas de esclavos. Los templos también tenían esclavos; una de las formas de adquirirlos era la anacoresis o éxodo de los campesinos al templo; estos esclavos se llamaron ιεροδοῦλος.

La descripción de un esclavo se hacía dando el nombre, seguido de la palabra esclavo y del nombre de su propietario, el oficio, edad y señas particulares. Entre los papiros de la Fundación egiptológica Reina Elisabeth, figura un κατ' οἰκίαν ἀπογραφή, publicado en el número 27 de «Chronique d'Egypte», 1939. La *kata oikian apographe* era la declaración hecha por el propietario a efectos de empadronamiento. En este documento de la Colección Elisabeth, se alude a cuatro esclavos que pertenecen por mitad a dos hermanas, Laberia y Horaiane; y lo curioso es que uno de esos cuatro esclavos, llamado Dioscoros, está casado con Alekous, hija de Hermes, libre, de cuyo matrimonio nacen tres hijos, un varón llamado Pasion y dos hembras, Alekous y Taareotis, cuyos niños no llevan la palabra esclavo, lo que quiere decir que son libres. El documento es, a más de curioso, interesante, porque permite inferir que en el Egipto romano regía el principio *partus sequitur matrem*.

El papiro 16.046 B, estudiado por ELIZABETH VISSER, es una venta de esclavas, en que se dice que se venden ἄνευ ἐπαφῆς, es decir, sin *epaphes*. Esta palabra, en los diccionarios significa vituperio, censura, castigo; sin embargo, la comentarista dice que ignora su significado, y que tal vez signifique una enfermedad o una servidumbre jurídica.

Entre los papiros de la Fundación egiptológica Reina Elisabeth, figura uno con datos del Reglamento de venta de esclavos. Según este documento, el concesionario de la venta de esclavas y el copista, percibían en plata, sobre el precio declarado en las ventas ante *agorónimo*: a cargo del vendedor y en provecho de Dicearco (probablemente un corsario o guerrero), 9 dracmas y 2,50 óbolos por 100. A cargo del comprador, 8 dracmas y 2,50 óbolos por 100; total, 17 dracmas y 5 óbolos. A cargo del comprador, y en provecho de la ciudad, 4 dracmas y 1 óbolo por cabeza de esclavo. Cualquiera que compre un esclavo tomando a su cargo todo gasto, 20, y un sexto por cien, y en provecho de la ciudad, 4 dracmas y 1 óbolo por cabeza. Cualquiera que compre en subasta o puja, añadirá en provecho de la ciudad una tasa suplementaria. En las ventas subsiguientes a una ejecución, los compradores pagarán el 19 por 100, mas un 1 por 100 como gasto de vocero o pregonero, mas 1 dracma por cabeza de esclavo en favor de Dicearco, como gastos de inscripción. Los compradores de esclavos vendidos en favor del Tesoro real, pagarán 16 y 5 sextos, más 1 por 100 por gastos de vocero, mas 1 dracma por cabeza en favor de Dicearco.

En los casos de hombres libres caídos en servidumbre por impago de sus deudas, los funcionarios antes dichos percibirán, a cargo del acreedor adjudicatario, 5 sextos por 100, y a cargo del deudor, que es vendedor de si mismo... (63).

9.—EL IMPUESTO FISCAL DE VENTAS.

Tanto en época toleámica como en la romana, estuvieron sujetos a impuestos fiscales, no sólo las personas y las tierras, sino algunos actos de transferencias.

Por lo que respecta a las personas hubo un impuesto para la clase modesta y dominada; virtualmente había dos clases sociales: la de sacerdotes, nobles y cortesanos, de donde salían los cargos de Gobierno y militares, y el pueblo indígena; la distinción de una y otra clase social, al menos en época romana, se

(63) Núm. 10 de «Chronique d'Egypte», 1920.

basó en el impuesto de capitación a cargo del pueblo. El impuesto se llamaba *λαογραφία* = *laographia*; de aquí que a la clase sujeta al impuesto se la llamó *λαογραφουμενοι*, y a la exenta, *epikekrimenoi*.

Los impuestos sobre la tierra debieron ser tan gravosos que provocaban las frecuentes *anacoresis* o abandonos y traspasos a otros, con la sola obligación de pagar los impuestos. Respecto a documentos, los de compraventa estaban sujetos al impuesto, y son abundantes los papiros con cartas de pago. El impuesto era exigible antes de verificar el registro. Más tarde, se gravan también las herencias.

La organización fiscal, en una y otra época, se llamó *διοικησης* (*διοίκησις*); al Fisco, *τό βασιλικόν* por los tolemeos, y *φίσκος* por los romanos; también se llamó *τό δεμόμιον*, o *τό ταμείον* y *τό ιερώτατον ταμείον*. El impuesto que gravaba la venta, hipoteca, y más tarde las herencias, se llamó *ἐγκύκλιον*, y los recibos o cartas de pago se llamaron *πτῶματα*.

En Alejandría, el encargado de liquidar y percibir el impuesto fué el *ταμιαί*, tesorero o intendente; en época romana era el *καταλογεῖον* del *Archidikastés*. En la Chora, en un principio lo percibía un funcionario encargado de los impuestos indirectos, y a últimos del período tolemaico el *agoránome*. El impuesto de herencias en la época romana lo percibía el *procurator ussiacus*, el estratega, y unos inspectores llamados *ἐπίσκοποι*.

El pago se hacía en la Banca real. En el papiro Teb. 111, 2.969, del 235 a. de J. C., aparece un impuesto llamado *plus agio*, y que consistía en el 5 por 100.

El pago del impuesto se consignaba en la carta de pago y en el margen del lado derecho del cuerpo del documento.

WOLF, en el trabajo tantas veces citado, dice que la función del *tamiai* tesorero alejandrino estaba íntimamente unida al registro de transferencias. Se basa WOLF en B. G. U., vol. 1.213, que contiene un *dikaïomata* o provisión jurídica respecto a las actividades de los tesoreros, y también en un pasaje del papiro Hal. 1, líneas 242-252, que dice que los tesoreros están obligados a exigir el impuesto; el B. G. U. dicho, también impone al tesorero la obligación de exigir el impuesto *antes* de hacer el registro.

He aquí las primeras líneas del papiro Hal., relativas al *tamiai* o tesorero:

Τῆς καὶ οἰκίας καὶ οἰκονέδ[ων ὧν] ἡ.
 Ἐάν τις γῆν ἢ οἰκίαν ἢ οἰκονέδα ἀγοράσῃ
 παρ' οὐ[τινοσ]οῦν ἢ πολῆτε ἰσθμίουσιν τασιέστω] *[...]*
 τοῖς ταμίαις τῶν μὲν [ἐ]κατὸν δραχμῶν [πέντε...
] ἐντός v. ἔστω δὲ τοῦτο ἱερῶν Ἀλεξάνδρου].

La traducción es ésta: Primera línea o epigrafe = *Compra de tierra, casas y solares*. El texto que sigue tiene dos interpretaciones: Si alguien compra la tierra, casa o solares de una persona o de una ciudad, será impuesto por los intendentes 100 dracmas, *a excepción de compras inferiores a 50 dracmas*, y esto será consagrado a Alejandro. Esta interpretación se basa en suponer que en la laguna del texto, en donde figuran los puntos suspensivos, debió haber la siguiente frase: [ἐ χωρὶς τῶν ὧν ὧν τῶν] ἐντός v. = *a excepción de compras por debajo de los 50 (dracmas)*.

La otra interpretación es ésta: Si alguien comprare la tierra, casas o solares de una persona o de una ciudad, será impuesto por los intendentes 100 dracmas, *debiéndose hacer la inscripción (en el Registro) en el espacio de cincuenta días*, y esto será consagrado a Alejandro. Esta segunda interpretación se basa en suponer que en la laguna dicha existía la siguiente frase: [πέντε ἀπογραφόμενος] ἐντός v. = *debiéndose hacer la inscripción en el espacio de cincuenta (días)*. Se basa también esta segunda interpretación en que el resto del texto del documento, como se transcribirá al hablar del Registro, indica que es obligación de los tesoreros practicar la inscripción registral.

10.—LA HIPOTECA, EL EMBARGO Y EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.

La hipoteca o ὑπόθηγμα de la época pretolomaica y de los tolemeos consistía en la entrega por el deudor al acreedor de los títulos de propiedad de las tierras gravadas. Nuestras partidas también tuvieron esta modalidad. Constituía garantía la entrega de documentos, porque, dado el sistema inmobiliario del Egipto

tolemaico, el dueño de las fincas hipotecadas, no podía disponer de ellas, pues el encargado del Registro o *katagraphe* no le facilitaba el certificado acreditativo de su facultad dispositiva, y del mismo modo quedaba garantizado el deudor-dueño respecto al acreedor, pues éste tampoco podía disponer de los bienes, porque tampoco el Registrador la facilitaba el certificado acreditativo de su facultad de disponer. Como diremos más detalladamente al hablar del Registro, la facultad dispositiva sólo podía ejercitarse en vista del certificado expedido por el Registrador, y éste no lo daba mientras no tuviese la tranquilidad de que quien lo pedía podía disponer de la cosa. La entrega de los títulos de propiedad se llamó *ἀσφάλεια*.

Roma respetó esta hipoteca, pero sólo la aplicaba a los indígenas; pero su constitución ya no consistía en la entrega de los títulos de propiedad, sino en el otorgamiento de escritura por el *agóránomo*, que únicamente la autorizaba, cuando en vista de los antecedentes del Registro o *Bibliotheke exteseon*, resultaba que se podía constituir por el deudor. Así se infiere del papiro Teb. 111, 1.814, y el papiro London (Inv. 1.897), según los cuales, las diferencias entre hipoteca tolemaica y romana sólo consisten en pequeños detalles del procedimiento y en la forma de constituir las. La hipoteca era acto registrable, y sus particularidades se dirán en el lugar oportuno.

Llegado el momento de hacer efectiva la garantía, se seguía un procedimiento llamado *ἐπικαταβολή*. Incluso en los contratos de préstamo solía ponerse la cláusula *ἡ πρᾶσις ἔστω καθαπερ ἐκ δίκης*, es decir: *la venta será como de derecho*, con cuya cláusula, llegado el momento de exigir la deuda, se entraba en la vía de apremio sin necesidad del periodo declarativo.

La ejecución hipotecaria se iniciaba por una comprobación que hacía el *agóránome* de la existencia y vencimiento de la deuda; se requería de pago al deudor, y ante el no pago venía el apremio; se podía pactar que la ejecución se iniciase previo aviso o sin él; el no pago después del aviso se consignaba en una *ἐντευξίς*, y seguía el procedimiento o *epikabolé*, que era igual para la hipoteca que para el embargo, con lo que se ve que también entonces el embargo era una hipoteca judicial.

Del papiro Teb. 111, 1, 814, col. 1, contiene procedimientos que

corresponden al 239 a. de J. C., que terminan con la adjudicación o transferencia de la cosa al acreedor. El funcionario que intervenía en los apremios (κρηματισμός) era el *praktor* o ejecutor, y su función consistía en hacer una negociación con el deudor, que enviaba al *agoránomo*; otras veces era una homología o una *synchorexis*; había un período de apoderamiento material de la finca por el acreedor y la adjudicación definitiva; y, por último, la inscripción de la transferencia en el Registro y el certificado de propietario al acreedor adjudicatario.

El papiro Berl. Leihg, 10, en líneas 17 y siguientes, dice:

:καταγράμματι κατὰ τὰ προστεταγμένα κατὰ
 συγχώρησιν διὰ τοῦ κατὰ λογείου ἐνεχυρασίας
 καὶ προσβολῆς τῶν τῆς [Ξενικῆς] πρατορίας δημο-
 σιωγιῶν τοῦ Ἀρσινοίτου νόμου].

(He hecho asiento en el Registro), inscrito conforme a lo ordenado en la *synchorexis*, de *enechurasia* (toma de la garantía o apoderamiento del inmueble por el acreedor) y de *prosbolé* (adjudicación oficial) por medio del *xatologeion* de los arrendatarios públicos de la *practoria xenikes* (oficina de recaudación de contribuciones) del *nomos* de Arsinoite.

Como se ve por este papiro, en el apremio había una negociación con el deudor, hecha por los *practores* o recaudadores, y una concesión de éstos al acreedor, que tomaba posesión de la finca, y que terminaba con una formal adjudicación al acreedor hecha por los recaudadores. Y se infiere, además, que este documento se llevaba al Registro, como expresa la frase inicial de: he inscrito conforme al documento, etc.

Otro papiro de época romana, correspondiente al año 234 antes de J. C., a pesar de las grandes dudas que sobre su interpretación tiene WOLF, parece que viene a confirmar la identidad o casi identidad del procedimiento tolemaico y el romano en los apremios o ejecuciones. Es el papiro Flor 1, 56 (Mitteis Chrestom. 241, Meyer, Jur., papiro 49), que en la línea 11 dice: καταγράμματι κατὰ τὰ προτεταγμένα γράμματα ἐνεχυρασί(α)ς καὶ προσβολῆ(α)ς κατὰ συχώρησιν τελειώσασαν: he inscrito conforme a los documentos entregados, de *enechyrasia* y de *prosbolé*, conforme a la *synchorexis*

hecha. A continuación, en la línea 16, figura: καταγραφῆς συγχώρησις, δι' ἧς καὶ αἱ γεινῖαι ἐδηλώθησαν, o concesión de la *katagraphē*, por medio del cual también los vecinos fueron declarados. Esta concesión de la *katagraphē*, no es más que el consentimiento para la inscripción, que era el último periodo o momento de las ejecuciones.

11.—LA SUBASTA.

A más de las propiedades reales, pertenecían al rey las casas y tierras declaradas sin dueño, y se vendían en su nombre, en subasta, percibiendo su producto el tesorero real o *idiólogos*.

Un papiro del 158 a. de J. C., el número 11 (Inv. 321), *Papyri Graecae Haunienses Instituti Papyrologie Graecae Universitatis Hauniensis*, Copenhague, 1942, es el finiquito de una venta en subasta, en provecho del *idiólogos*; la casa pertenecía a Marasas, y fué declarada sin dueño y devuelta al rey. Subastada se adjudicó al mayor postor en precio de 1.300 dracmas. El ecónomo extendió una *diagraphē* por esta suma, y después intervenían los funcionarios para la transferencia. El precio se había de pagar en dos plazos, pero el comprador lo hace de una vez y entrega toda la suma en la Banca de Diospolis Magna, a cuyo pago se refiere el papiro.

MARIO TALAMANCA (64) nos dice que la subasta era el medio de realizar los inmuebles sin dueño (*ἀδέσποτα*) y los bienes confiscados por deudas fiscales, y de arrendar las parcelas de tierra real, y que estas subastas se iniciaban a petición de parte interesada y no por iniciativa de la administración.

Hubo una forma de evitar la subasta: la denuncia. La denuncia del fraude fiscal era un camino para la adquisición. ALLAN CRESTER JOHNSON y SIDNEY PULLMAN GOODRICH (65) refieren que en el reinado de Constantino, un miembro de la guardia imperial tenía tierras en beneficio y otras compradas, y que a su muerte, los herederos fueron denunciados por Dioscoros, porque aquellas tierras no habían pagado los impuestos, y que el tal Dioscoros reclamaba para sí aquellos bienes por razón de la denuncia.

(64) Véase nota 46.

(65) Papyri in the Princeton University Collections, Princeton, 1942.

12.—LOS REGISTROS DE TRANSFERENCIAS DE PROPIEDAD.

Del mismo modo que el egipcio hizo del documento el elemento principal de la prueba, hizo también de la publicidad registral el momento decisivo para el conocimiento de las titularidades y ejercicio de la facultad dispositiva. Tan partidario de la publicidad fué Egipto en todos los órdenes de la vida, que hemos visto en la literatura de una revista consagrada al estudio de este país, un curioso documento por el que dos esposos divorciados que tenían un hijo común de mala conducta, advierten cada uno de los esposos por separado, y por medio de edictos públicos, que no se hacen responsables de los daños derivados de la conducta del hijo. Este documento es el papiro Flor 99 (Mitteis Chrst. 368) del siglo I o II d. de J. C.

La publicidad de transmisiones inmobiliarias se hizo por medio de una especie de Registros de la Propiedad. Hubo un Registro para Alejandría y otro para la Chora o territorio propiamente egipcio; el Registro de la Chora, en la época tolemaica, se llamó *katagraphé*, y en la época romana, *Bibliothéke enkteseon*.

Pero tanto el Registro de Alejandría como los de la Chora tolemaicos y romanos respondían a una misma técnica, aunque variando en algunas particularidades. Una serie de papiros hallados hace poco más de diez años en el Gebelen, estudiados por HANS JULIUS WOLF, casi todos tolemaicos, responden al mismo estilo o modelo que los de Alejandría. También los papiros Adler, casi en su mayoría registrales, responden al mismo modelo; y otros de la época del Imperio, coinciden con los del Gebelen. Esta coincidencia de estilos evidencia que el modelo tolemaico no fué exclusivo para Alejandría y para esta época, sino que se aplicó en todas las épocas y lugares egipcios, y que los tres Registros responden a la misma técnica y sistema jurídico registral. Ni las reformas legislativas del año 146 a. de J. C., ni la romana, creadora de la *Bibliothéke*, alteraron en lo fundamental el sistema.

a) *Actos inscribibles y no inscribibles.*

Actos sujetos al Registro fueron las compraventas definidas de tierras, casas y esclavos, y las hipotecas y embargos. No se inscribía la tierra de *katecos*, para las que bastaba la *suscriptio metepigraphé* (μετεπίγραφη). Parece que hubo para estas tierras unas listas o Registros de sus transacciones llamado *καταλογισμοί* (66). Tampoco se registraban las compras al Estado, ni las herencias según WOLF (67); sin embargo, hemos visto referencias a papiros con inscripciones lucrativas, como la donación y herencias, tales como los S. B. IV, 7.457, siglo II a. de J. C., el papiro Mich. V, 266, del 38 a. de J. C., y B. G. U. IV, 1.114, del 14 a. de J. C. Tampoco se registraban las ventas fiduciarias porque no eran transmisiones definitivas de propiedad. En efecto, si la deuda se pagaba, se rescindía la venta; la rescisión se hacía tachando o cruzando el documento según el papiro Lips. 1, y, además, el acreedor-comprador extendía un escrito de renuncia expresando que nada tiene que oponer a la propiedad.

b) *Voluntariedad de la inscripción.*

Su característica fué la voluntariedad; así se desprende de WOLF (68), que dice que no era exigible de una manera absoluta. Pero, sin embargo, muy grandes debieron ser los efectos del Registro, cuando, según B. G. U., IV, 1.130, del año 4 a. de J. C., el adquirente de varios trozos de tierra, se había cerciorado antes de los antecedentes registrales y en archivos, y en otro, el papiro del siglo II a. de J. C., publicado por T. REEKMANS y E. VAN 'TDACK, perteneciente a la Biblioteca Bodleéne, de Oxford, el comprador demanda judicialmente a la vendedora para que registre. Los autores referidos, basándose en la identidad con el texto del papiro Lond., 11, 220, lo interpretan así: Horus había comprado un *topos* (tierra); la vendedora, una mujer, no había cumplido con el *deber* del Registro, y el comprador pide al estratega que la haga comparecer ante él, con la intervención del jefe de Policía, Aristóbulo, y la *obligue* a inscribir.

(66) Consúltese Kundel, Gnomon III, 155, 2. Sar. St. XLVIII, 299, f. 303.

(67) Art. c., pág. 63, núm. 2, y papiro Oxi, XVIII, 2.199.

(68) Art. c., pág. 58.

c) *Valor de la inscripción.*

Así como el *anagraphe* tenía un valor *inter-partes*, el *katagraphe* o verdadero registro de las transferencias de propiedad, tenía un valor para terceros. SCHÖBAUER (69) dice que la finalidad del registro es confirmar autoritariamente la transacción del enajenante; WOLF, que por un lado dice que tiene un valor probatorio del acto de registro realizado por el *agoránome*, en página 43 del artículo citado, dice que la finalidad del registro es *legitimar* las adquisiciones de propiedad a efectos de ulteriores transmisiones, y en página 73, repite que la transferencia por actos *inter vivos* queda *legitimada* por el registro y por el certificado, y ALVARO D'ORS (70) dice que los documentos privados no registrados quedaban sin valor frente a terceros, y no se podía acudir a un proceso.

d) *Las circunstancias del asiento registral.*

Del papiro Hal, 1, se han trasladado ya algunas relativas al *tamiai* de Alejandria, en su aspecto fiscal. A continuación de esas líneas ya transcritas van otras netamente registrales. Son las siguientes:

[Οἱ δὲ λαμιαὶ καταγραφόντωνσαν τὰς ὠνάς κατὰ δὲ-
-μους καὶ κατὰ [... ἐνὶ τῷ μὲν τοῦ] ἀποδομένου
δύμῳ ἐγγράφοντες πρῶτον μὲν τοῦ ἀποδομένου
τὸ ὄνομα πατριάσσι καὶ δύμου, εἰς τὰ [δὲ τὸ
τοῦ πριεμένου] κατὰ ταῦτα, καὶ τὴν [μῆ]να καὶ
τὴν ἡμέραν, [ἢ ἂν τὴν ὠρὴν μετα]λάβωσιν, καὶ
ὅτι ἂν ἀρ[ρο]πάσσι ὀνομαστικῶς καὶ ὄρθου ἂν χεῖρας
καὶ εἰν] τινα ἐκωνυμίαν ὁ χ[ρ]ῶ[σ]της ἔχη, ἐπι-
γράφοντες καὶ τὸν προσηγόντων, εἰ μὲν κτε-
-νες ὄσιν, πάντας· εἰ δὲ μὴ, [ὑποδίκου ἴσ-
-τῶσαν].

(69) Referencia de WOLF en art. c., pág. 58.

(70) Pág. 110 de o. c.

Traducción: Estos tesoreros tendrán que registrar las compras por *demós* y por meses, inscribiendo además de lo vendido en el *demo*, en primer lugar el nombre del que vende, al padre y el nombre del *demós*, y después el nombre del que compra, en qué circunstancias, en qué mes y en qué día; si reciben el precio de la compra, y si se ha comprado en el mercado por su nombre, y en dónde se encuentra, y si el terreno tiene algún sobrenombre, inscribiendo además también al magistrado, y si fueren más, a todos; y los tesoreros, si no hiciesen esto, serán considerados responsables.

Como se ve, este documento nos enseña que los registros de ventas, es decir, de transferencias de la propiedad, se llevaban por demarcación topográfica, y el registro de documentos se hacía por orden cronológico. El texto dice: Tendrán que registrar las compras por *demós*, y por *meses*; el *demós* es el *topos* o territorio sobre el que se extendía el poder de un funcionario. Además, se infiere de la fuente que la responsabilidad de la función la tenía el tesorero encargado de llevar el registro; la última parte del documento dice que los tesoreros que no cumplan lo ordenado serán responsables.

El resto del texto se refiere concretamente a las circunstancias que había que consignar en el asiento o apuntes del registro. Estas comenzaban por describir el bien objeto de registro: inscribiéndose lo vendido en el *demo*, dice el texto. Después venía el nombre del vendedor. A continuación el texto emplea la palabra *patriasti* en dativo, y ha de traducirse *al padre*, con lo que la frase completa del texto tendría que ser: inscribiéndose además de lo vendido en el *demo*, en primer lugar, el nombre del que vende *al padre*; y como éste no tiene sentido, entendemos nosotros que lo que el texto quiere decir es que se consigna el nombre del que vende, expresando el de su padre, pues ésta era la manera de identificar a las personas; y para dar este sentido al texto, ponemos una coma al final de la frase que precede a la palabra *patriasti*, como va en nuestra traducción.

Se consignaba el nombre del *demo* del que vende, pues que el *demo* de la cosa o finca o esclavo, ya se consignaba con la cosa; después del nombre del comprador, las circunstancias de la adquisición, con el mes y día, haciéndose constar si se recibió el

precio de la compra. Dice el texto que se ha de consignar también si se ha comprado en el mercado por su nombre y dónde se encuentra, y esto parece que sería aplicable cuando se trataba de compra de esclavos.

Se describían también los nombres particulares o sobrenombres de la situación de la finca, y una circunstancia curiosa: la del magistrado o magistrados que hubieren intervenido.

A) *El Registro alejandrino.*

Se ha visto cómo entre los funcionarios de Alejandría con función notarial estaba el *Archidikastés* que autorizaba los contratos en forma de transacción judicial, pero nada se dice si empeñaba o no también la función registral, como acontecía con los *agoránomes* de la Chora que tenía la doble función notarial y registral. Sin embargo, hemos leído en más de una interpretación de papiros relativos a Alejandría que, las solicitudes para aquel registro se dirigían al *Archidikastés*. Del papiro B. G. U. VI, 1.213, y el papiro Hal 1, se ve que el encargado del registro en Alejandría era el *tamiais* o tesorero o intendente. En época posterior, el funcionario que sustituye al *tamiais* es el *καταλογεῖον*.

El registro se llevaba según el estilo de los de la Chora, pero aquí las transacciones se hacían ante una asamblea de vecinos, que era la que la ponía en conocimiento del *tamiai*.

El hecho de registrar se llamaba *δήμοσιωσις*, palabra que alude al carácter oficial o público del registro.

La oficina parece que debió ser los Archivos y Bibliotecas de Alejandría. Los papiros hablan de *ἡ Ἀδριανῆ βιβλιοθήκη* y de *ἡ τοῦ Ναναίου βιβλιοθήκη*, o sea de las Bibliotecas Adriana y de Nanaio. También refieren los papiros que en estas Bibliotecas se archivaban los documentos para protegerlos contra incendios. También los papiros aluden a que el documento *cheirographon* se registraba en el Archivo de Alejandría.

¿Cabría inferir de todo esto que el Registro alejandrino, en ambas épocas tolemaico y romana estaba establecido en los archivos de las Bibliotecas, y que los funcionarios encargados de

hacer el registro o δῆμοσιωσις eran el *tamiai* y luego el *katalogeion*? Hemos dicho que algunos papiros hablan de que las solicitudes de registro se dirigían al *Archidikastés*; pues bien, el B. G. U. 1.131 del año 13 a. de J. C. alude a una inscripción en Alejandría, que dice: «Se inscribirá (hacer asiento en el Registro) [el documento] por medio del Magistrado político, la mitad de una casa y un corral.» La fórmula es: καταγραφειν... δια τοῦ πολιτικοῦ ἀρχήου.

El *Archidikastés*, en tiempos de Roma, tuvo jurisdicción, no ya sobre Alejandría, sino también sobre toda la Chora, y además era el director del Archivo de Alejandría y parece que, a más de intervenir en la redacción de documentos, intervenía en el Registro de los mismos.

VITTORIO BAROLOTTI, en *Papiri greci et latini*, vol. XIII, Firenze, recoge el papiro 1.325 editado por ANGELO SEGRÉ en *Studi Bonfante*, 111, 1930. Se trata de un *apographe* de bienes hereditarios, dirigido al ἐξῆγητής de Alejandría, para que legitime el *apographe* con el fin de inscribir los bienes en la *Bibliotheke extension* de Heracleopolite. Es el del año 176-180 d. de J. C. Con el *apographe* se acompaña copia del testamento como título de adquisición de los declarantes. El ἐξῆγητής de Alejandría debió ser un empleado del *Archidikastes* con la función de examinar o calificar los documentos presentados al Registro, pues tal palabra significa exegeta o intérprete.

B) EL REGISTRO EN LA «CHORA».

El katagraphe.

La palabra *katagraphe* tiene una triple valoración o axiología jurídica: unas veces significa el registro de transferencias de propiedad de la *chora* en la época tolemaica; otras el certificado de este registro o la significación de documento del registro, y otras, a fines del periodo tolemaico y periodo romano, significa documento notarial.

a) *El «katagraphe» registro.*

Es la institución genuinamente registral de los Tolomeos, que los romanos respetaron, y que, a pesar de los muchos años con que cuenta, nos da la ejemplar enseñanza de que la distinción de los efectos jurídicos de los negocios, en efectos entre partes y efectos respecto de terceros, responde a una necesidad vitalísima del Derecho, tan vital que, sin ella no puede haber un ordenamiento inmobiliario perfecto, ni una seguridad en el tráfico jurídico de los bienes raíces o muebles perfectamente descriptibles.

Para WOLF (71) el *katagraphe* registro tuvo por objeto controlar las transferencias de tierras y esclavos, con la finalidad de *impedir que se efectuasen transmisiones por quienes no tenían la facultad dispositiva*, y también con la finalidad de *asegurar la recaudación del impuesto de ventas*. También Kunkels, pero refiriéndose a la *Bibliotheke* (72), dice que la finalidad de estos registros era *evitar confusiones sobre las relaciones de propiedad*. Y si bien WOLF remacha el carácter no constitutivo del asiento registral, y RABEL (72) piensa como él, y V. WOES (73) cree que este registro no suponía una garantía de buena fe del adquirente, tenemos que PARTS FETSCHR'F (74) opina lo contrario que WOES y que E. P. WEGENER (75) sienta que, bajo los Lagidas «el Egipto había conocido un sistema de publicidad de títulos inmobiliarios que garantizaba a los propietarios contra reclamaciones de la propiedad», y que lo mismo aconteció con la *Bibliotheke* egipcio-romana.

Según el papiro Hal. I, el *katagraphe* registro tenía carácter territorial, pues que se llevaba por *demos*, y consistía, según las palabras del papiro, en poner en lista o dar entrada a los documentos recibidos en la oficina. Pero no sólo se registraban documentos, sino también contratos verbales, manifestados por las partes al Registrador, con lo que el registro lo era de títulos más que de documentos. Es WOLF quien hace esta observación basán-

(71) *Art. c.*, pág. 61.

(72) *Z. Sar. St.*, en LIV, 218.

(73) *Urkundemwesen*, 265.

(74) Lenel, 183; *steinacker stundlagen*, 142.

(75) *Some Oxford Papii*, *Papirologia Lugduno, Batava*, editit Institutum Papyrologicum Universitatis Lugduno-Batavae, 1942.

dose en que los documentos registrados son los de egipcios y no los de los griegos, y supone que los griegos hacían sus contratos de palabra ante el encargado del *katagraphe*.

La registración consistía en notas indicativas de que los actos de transferencias de propiedad habían sido declarados ante el encargado del Registro. En ellas se consignaban las circunstancias ya dichas. La voluntariedad de la inscripción, la confirma el papiro Petre 11. 23, que dice que se obraría justamente inscribiendo la casa de Horus... Asclepiades: Καλῶς ἂν ποιήσαι καταγράφας τὴν οἰκίαν τοῦ Ὁρου... εἰς Ἀσκληπιάδην.

Sin embargo, era frecuente la obligación por parte del vendedor de hacer las declaraciones pertinentes ante el *agoránomo* a efectos de registro, una vez requerido para ello por el comprador.

El *katagraphe* registro empieza a decaer en el Fayum antes de la ocupación de Roma, a virtud de una práctica notarial de los *agoránomes* de aquel *nomos*. Admitieron los *agoránomes* que los documentos demóticos se tradujesen al griego y se registrarán en el *anagraphé*, y con esta inscripción se admitieron tales documentos para las transferencias sin necesidad de *katagraphe*. Los griegos imitaron esta práctica, y con solo el *anagraphé* se consideraron legitimados para transmitir. Contribuyó al fomento de esta práctica el que los documentos se autorizaban en las aldeas por el *grapheion* en vez de hacerlo el *agoránome* del *nomos*.

Modelos de asientos registrales son: *Papyri of Gebelen* (25, lines 62-65):

Ξενόδομος [Μοι]ργγένους Ελευθναϊεύς ἠρὰ Πεισιπρά-
 τούς] Ἰσανδρου Θρυσι[σ]οῦ ἐπρίατο τῆς οἰκίας τῆς
 φν ἄσκει τὴν ἡμι[σ]οεῖαν καὶ τὰς δύο μέρη τὰς ἐπού-
 -σας καὶ τοῦ οἰκοπέδου τὸ ἡμισυ, οἷς γείτων Ἀρ-
 -ρ-εσιμβροτος δραχμῶν ἀργυρίου] διοχοσίων πεν-
 -τήκοντα, πάντα ὅσα ἐπρίατο Πεισιπράτης παρὰ
 Θρασ[υ]β[ο]ύλου· πρακτ[ή]ρ] Ἰσανδρος Θυβαῖος Πι-
 -σιπράτου Θρυσιοῖ, Ἰσανδρος Φανοκλέους] καὶ
 μεσῶ πάντες καὶ χωρὶς ἕκαστος παντὸς τοῦ ἀργυρίου

Traducción: Xenodemo, hijo de Morigenes de Eliteo, compró a Pisicrato, hijo de Lisandro de Thriesia, en 450, la mitad de la casa que tenía en la ciudad, también las puertas que tenía y la mitad del solar; todo esto lo compró su vecino Arquisombroto en 250 dracmas de plata, en tanto cuanto Pisicrato lo compró de Trasonos, hijo de Thrasibulo; el vendedor, Isandro el Tebano, recibió de Pisicrato de Triesia, Isandro de Fanoleo, y todos en público y cada uno por separado, todo en dinero.

Un pequeño pergamino editado por Franz Gumont como papiro G. Dura 1, restaurado por WOLF, dice así: «Aristonax, hijo de Ariston el europeo, compró a A..., hijo de..., las tierras paternas que le pertenecían, con sus árboles frutales, sus chozas, sus jardines y con todas las cosas que estaban en el patrimonio de Aribeo, en la parte de campo de Cogon, en lo que se refiere a los vecinos que antes había. A. prometió devolver 20 dracmas por Aminandro, en la cuenta de Aristonax, hijo de Ariston el europeo, conforme al escrito convenido en el año 117 del mes de Panemu; y si no [los devuelve] en el año 23 del mes de..., las tierras serán adquiridas en propiedad por Aristonax previa la reclamación y honorarios del pregonero público. Vendió lo que es libre según la ley... Siendo testigos el guardián [encargado] del Registro, Heliodoro el egipcio, y Ma.»

De esta inscripción se han dado diferentes versiones, pero a juicio de WOLF su interpretación es la siguiente: Aristonax no es el vendedor, sino el comprador; el deudor es un tal A., que ha prometido en un *singraphe* formalizado en el mes de Pamenu del año 117 de la era de Seleucid, pagar la deuda en el año 123, y que si deja de hacerlo Aristonax adquirirá definitivamente la propiedad. El pago ha de ser hecho a Amenandro, que seguramente es un banquero con quien Aristonax tiene cuenta.

Un modelo interesante de inscripción registral, es la de Tenos, larguísima y, por tanto, imposible de incorporar a este trabajo. Otras inscripciones registrales son las de los papiros P. Adler, P. Hal 1, P. G. Dura y los de Tebtunis 111, 2, 969, del año 235 a. de J. C. Trabajo interesante para el estudio del *katagraphe*, a más del trabajo de WOLF, lo es el de ANGEL SEGRÉ sobre la venta en Derecho egipcio-greco-romano.

El *katagraphe* registro desaparece definitivamente con la im-

plantación de la *Bibliothèque* por los romanos, alrededor de los años 55 al 79 de nuestra Era, según se infiere de papiro Oxy 1, 99, y papiro Oxy 2, 375 y 380. Pero, a juicio de WOLF, subsistió para los embargos e hipotecas, pues desde los primeros tiempos tolemaicos era un requisito indispensable para su eficacia a virtud de un $\pi\rho\sigma\tau\acute{\alpha}\gamma\mu\alpha\tau\alpha$ = mandato, según se infiere del papiro Teb, 111, 1, 814, Col. 1.

b) El «*katagraphe*», documento registral o certificado del Registro.

Esta segunda significación del *katagraphe* tolemaico tiene otro alto valor ejemplar y es una elocuente lección que la sabiduría de los griegos que habitaron el país de los légamos y tierras negras del Nilo han legado a la posteridad. No podemos menos que estremecernos ante la gran visión de aquellos juristas, como tampoco dejamos de emocionarnos al contemplar la suntuosa arquitectura de sus templos en ruinas, y de los perennes monumentos funerarios que son las Pirámides, que tanto asombraron al coloso de Córcega, y la fabulosa riqueza de los faraones hechos momias, y la gran fertilidad intelectual, pareja de la fecundidad de la tierra, que al armonizar la sabiduría griega con la religiosidad egipcia, hizo nacer la filosofía cristiana.

Para WOLF el *katagraphe* documento registral es un extracto del contenido del registro, expedido por el encargado de la oficina, con el fin de que el propietario pudiera acreditar que su adquisición estaba legitimada y de que tenía la facultad dispositiva (76). ALVARO D'ORS (77) dice que en principio la palabra *katagraphe* significaba tanto como «reconocer oficialmente a alguien como propietario».

Pero esta valoración del *katagraphe* como certificación registral o documento del registro no está compartida por los egipólogos. Existe una polémica sobre si esa serie de documentos que WOLF considera certificados del Registro son o no tales documentos de registro, o si, por el contrario, son documentos notariales. WOLF mantiene su tesis basándose en que hay una diferencia de

(76) *Art. c.*, pág. 53, núm. 2.

(77) *O. c.*, pág. 96.

forma o aspecto exterior entre escritura y certificaciones, ya que en el contenido habían de coincidir.

El *katagrapho*-documento o certificado tiene una forma lujosa, limpia, cuidadosamente escrita sobre amplios folios, con márgenes muy anchos; por el contrario, los contratos o documentos notariales presentan un aspecto modesto. Para este autor, la lámina XI de los papiros Amherst son contratos; en tanto que las láminas IV-XII de los papiros de Londres, volumen III; la lámina XII, volumen II Amherst; y la 1 y 3-V de los papiros Adler, son certificados de registro. La razón de aquel mayor esmero, dice WOLF, se debe a que los certificados del registro «hacían testimonio de algo más oficial, que meras declaraciones de las partes en privado», y que «la forma en que eran redactados expresan la relevante dignidad concedida a estos certificados por su carácter oficial». Además, en los certificados se consignan los nombres completos del rey y reina actuales, se hace referencia a los sacerdotes epónimos, y se pone una datelina larga.

Estos *katagrapho*-documento comenzaban con la fecha y lugar de la transacción, y el nombre del oficial actuante con la fórmula de ante, ἐπί; después venía la identidad de la persona del vendedor, en la forma de: tal *persona vende a...*; después la identificación de la finca, por situación, extensión y colindantes de la propiedad vendida, y el nombre del comprador con la fórmula de *tal compró*. Se hacía constar que llevaba la garantía de la inscripción, y la aceptación del comprador. Y como final, una nota de honorarios.

Las fórmulas de ἐπίατο—compra, ὁ δεῖνα παρά τοῦ δεῖνος—tal persona compra a tal, se encuentran en papiro Oxy, 99.

El oficial encargado del registro expedía estos documentos cuando tenía la tranquilidad de que el vendedor nada tenía que oponer al comprador, y de que se había cumplido la legalidad de la transferencia, esto es, el pago del precio y del impuesto, o cuando el vendedor consentía en que se expidiera la certificación.

c) El «*katagraphe*», documento notarial.

La transformación del *katagraphe* en documento notarial debió tener su iniciación en el *Fayum* con la práctica ya dicha de los *agorónomos* de considerar legitimado al propietario para disponer con sólo el *anagraphe* en vez del *katagraphe*. WOLF nos refiere que esta transformación se opera una vez desaparecido el *katagraphe*-registro, porque los notarios siguieron con la forma del certificado, pero añadiéndoles las cláusulas de los contratos de venta, y haciendo que los interesados suscribieran estos documentos con el *hypographe*.

ALVARO D'ORS, en página 96 de su citada obra, dice, refiriéndose ya a la época romana: «Sobre el ἐπίσταλμα expedido por el registro, los *agorónomos*, que tenían funciones de notarios públicos, redactaban la καταγραφή constitutiva del derecho... A fines del siglo III la *Katagraphé* deja de ser esencial, sin duda por influjo de la compraventa puramente consensual del Derecho romano ahora extendida a Egipto; a mediados del siglo IV cayó en desuso y es el mismo interesado el que se hace sujeto del καταγραφήν, que se reduce a redacción de un documento público...»

Al *katagraphe* documento notarial se refieren sin duda el papiro Mich. 256 y SCHWARTZ y SCHÖBAUER cuando aluden a documentos notariales que implicaban confirmación oficial.

La Bibliotheke extheseon.

La práctica notarial del *Fayum*, de redactar los documentos de transferencia en vista del documento anterior con *anagraphe* y no con el *katagraphe*, trajo un gran confusiónismo, no sólo respecto a la facultad dispositiva, sino respecto a la percepción del impuesto de ventas; las autoridades ni sabían si las transferencias estaban hechas por quien podía hacerlas, ni tampoco tenían conocimiento de las mismas a efectos de exigir el impuesto, ni tampoco podían impedir las transferencias a quien no estaba legitimado para disponer. Y a fin de remediar el mal, se dió la orden imperial que obligaba a los notarios a remitir a los archivos alejandrinos los documentos por ellos autorizados, y se creó la βιβλιοθήκη

ἐγκτήσεων (78). Según una mayoría de egiptólogos, este nuevo registro aparece entre el 55 al 79 de nuestra Era. Sin embargo, el famoso edicto de Mettus Rufus, conocido también por «Petición Dionysia», es del año 89 de nuestra Era. Este edicto ha sido conocido gracias a un papiro que contiene una petición judicial hecha en el año 186 al prefecto de Egipto Pomponio Faustino por una mujer llamada Dionysia.

El Registro de transferencias estaba íntimamente ligado con el empadronamiento o censo de población, porque en los empadronamientos no sólo se consignaba el nombre de las personas, sino también las propiedades o bienes que tenía, con mira a hacer los repartos tributarios. Estos censos o empadronamientos se exponían al público, y por el solo hecho de que nadie impugnase aquellas listas de propietarios o de las propiedades que se les asignaba, se reputaba que el censo era verdad, y, por tanto, que los bienes o tierras allí consignados pertenecían a las personas que figuraban como dueñas. Este estado de hecho hacía que el Estado protegiera a quienes figuraban como dueños en las listas, y todo esto se traducía en una seguridad para el tráfico inmobiliario. Pero la realidad jurídica era que algunos de los propietarios que figuraban en el censo no eran los verdaderos propietarios, y que, sin embargo, por aquella presunción referida hacían actos de disposición. Y para impedir estas enajenaciones por el no propietario, Marco Metio Rufo dictó su edicto, que dice así:

«Marco Meti Rufos, prefecto de Egipto, dice: Claudio Ario, estratega de Okyrhincus, me hizo saber: que ni en los asuntos públicos y privados se cumplen las exigencias de la Administración, y que a causa de ello desde hace mucho tiempo no se hacen las inscripciones en el *Bibliotheke enkteseon*, y ello, a pesar de que los prefectos que me precedieron tenían decretado que los documentos de transferencias de propiedad se inscribieran debidamente. Esto no puede realizarse cumplidamente sin que se consignent los derechos del transferente. Así, pues, ordeno a todos los propietarios que en el espacio de seis meses inscriban sus bienes en el Archivo de propiedades; y a los acreedores que tengan hipotecas, y a aquellos otros que tengan documentos que les acrediten como titulares

(78) Wolf, *art. c.*, pág. 89.

de derechos, hagan una declaración escrita manifestando de dónde proceden sus propiedades y derechos. También las mujeres deben expresar en los escritos que presenten sus maridos, si los bienes de ellos se hallan gravados por alguna ley indígena. Y a su vez, también los hijos deben expresar en los escritos de los padres, a virtud de qué documentos públicos les es reservado el usufructo, haciendo constar si la propiedad se consolidará a la muerte del padre, para que no haya ignorancia y no puedan ser engañados por quienes contraten con ellos. Ordeno también a quienes escriban contratos y a los notarios que nada hagan sin orden del guardián de la Biblioteca, ya que saben que de lo contrario no hay utilidad, y que incluso obran contra las órdenes dadas, y en estos casos han de soportar el castigo merecido.

Y si hay en el Archivo transferencias de otros tiempos, que sean vigiladas con gran diligencia, y del mismo modo si hubiere copias, para que si más tarde alguien hace alguna investigación sobre aquellas cosas que no han sido descritas según se debe, sean recriminados por ello.

Por consiguiente, para que el uso de las inscripciones permanezca seguro y para siempre, y no sea necesaria una nueva disposición, yo ordeno a los vigilantes de los libros del registro que renueven en el quinto año las inscripciones, dando a conocer las últimas novedades o anotaciones, por su descripción, aldeas y forma. Año 9 de Domiciano, del mes de Domiciano IV» (*).

Este Registro romano o *Bibliotheke enkteseon* desaparece en el siglo iv, época de Diocleciano, en que la compraventa se hace consensual. El papiro Oxford 6 así lo evidencia. En tiempos de Diocleciano se acredita la cualidad de propietario por la notoriedad de la posesión; en estos tiempos aparece un nuevo funcionario, el ὄρτοδαικταί o encargado de decir a los *agorónomos* los lindes de las fincas, y de controlar los títulos de propiedad (79).

Un papiro que proporciona una perfecta visión de lo que era este Registro es uno del siglo iv de nuestra era (80); es la trans-

(*) Véase texto íntegro en fotocopia al final.

(79) E. P. Wegener: *Some Oxford Papyri*, Papirologica Lugduno, Batava editit Institutum Papyrologicum Universitatis Lugduno-Batavae, 1942.

(80) Hans Geistringer, *Eine Grunderwerbs apografe bei der Bibliotheke Enkteseon von Hermopolis magna ans dem Javre 319 n. Chr.* 1950.

cripción de una venta en la *Bibliothèque* de Hermópolis; según este documento, el registro se hizo a virtud de una declaración del comprador al encargado del registro en que pedía se pusiese a su nombre la tierra que acababa de adquirir; se *copia* el contrato de venta en la finca; y una vez registrado se envía el documento al adquirente con una nota del *Bibliothèque*, diciendo que la operación ha sido realizada. Otro papiro análogo es el número 76 de *Wilhelm Schubart Die Papyri der Universitate Bibliothek Erlangen*, Leipzig, 1942, del siglo iv también.

El papiro de E. 7.641, Lycópolis, de la fundación egiptológica Reina Elizabeth, del año 146 d. de J. C., es una declaración de propiedad incorporada en un *τομος συγκολλησιμος*, por la que Senesneos, hijo de Tannoubchis, asistido de su tío paterno, Ploutógenes, declara, cumpliendo las órdenes del prefecto Valerio Proclus, una casa situada en Leycópolis, comprada por documento público.

Los papiros números 222 y 225 de Oxirhincus, colección Yale University (81), son declaraciones de propiedad de bienes raíces del 148 de nuestra Era. Petenephotos y su hija Diógenis depositan en la *Bibliothèque* las declaraciones en donde consignan la procedencia de los bienes que declaran. El bien de Petenephotos es un terreno no edificado y las dos quintas partes de un ánfora cuadrada heredada de su madre muerta sin testamento; ésta lo había recibido de su padre a título de dote. El bien de Diógenis tiene el mismo origen que el de su madre, habiéndolo heredado, efectivamente, de su madre, mujer y hermana de Petenephotos.

Con ocasión de este papiro, M. AUSTIN M. HARMON, dice que había dos clases de declaraciones de propiedad de bienes raíces: las que se hacen por una orden de empadronamiento, y otra que los ingleses y alemanes llaman ordinarias y otros espontáneas. Las del papiro reseñado son espontáneas. Petenephotos dice que algunas transmisiones anteriores de esos bienes no se habían registrado, lo que quiere decir que la inscripción o Registro no era obligatoria; así, las herencias no se registraban sino antes de vender los bienes.

Este mismo autor dice que el papiro Oxy. 237, VIII, 11, 27-43 suministra el dato de que los *agoránomos* no pueden autorizar es-

(81) B. A. Van Groningen, A Family-Archive from Tebtunis-Leyde, F. J. Brid., 1950, núm. 50.

crituras de venta más que cuando la autorizan los *Bibliophilakes*. Y agrega que los encargados del Registro no tienen por misión llevar al día los archivos de la publicidad de bienes raíces, ni asegurar la publicidad de cambios, ni efectuar el asiento del impuesto. Su papel es garantizar a los compradores el estado jurídico del bien que les ha sido vendido; por eso, agrega, los bienes adquiridos por sucesión, donación o división no se registran.

La eficacia de la *Bibliotheke* la evidencian los dos papiros siguientes, según B. G. U., 1, 136 (Mitteis. Chreston. 86; Memphis 135 después de J. C.), en un juicio oral se dijo: εἰς τὴν συνηγορούμεν ἀφήλιχα οὖσαν συντεταχεναί καταγραφας ὑπαρχόντων = *en relación con la defendida, que es una adolescente, deben fijarse (hacerse) las inscripciones de sus bienes*. Y en el papiro Nent Sem. 8 (151 d. de J. C.) los hijos demandan al padre, que ha contraído segundas nupcias, y que le imputan haberse apropiado de la casa de la madre, pues ordenó inscribir todo a nombre de su propia mujer. . (la segunda mujer).

La ejecución hipotecaria también era objeto de inscripción. La manera en que se hacía este Registro lo da a conocer el papiro Lond., (Inv. 1.897); (ed. Bell. Arch. f. Papyri VI, 106, vuelto a publicar en Sb. IV, 7.379; es del *Fayum*, y corresponde al año 179 después de J. C.). En las líneas 7 y siguientes, dice:

:κατεγραφή ἐξ ἐνεχυρασιας καὶ προσβολῆς διὰ
 Ἀντωνίνου βοῦθου τῆ ὁμολογία ὑποτέτακται, Ἰσι-
 δωρος πρὸς τὰς ὀφειλόμενας αὐτῷ ἀργυρίου
 [κεφαλαίου δρ]αχμῶν κτλ.

= documento de apoderamiento del inmueble por el acreedor y de su adjudicación oficial... por medio del ejecutor (defensor) Antonio, conforme a la negociación convenida por ellos, no a la copia del documento que se ha puesto en la homología, Isidorors... En cuanto a los 350 dracmas de plata capital que se le adeudan. Se consigna también en el papiro la descripción personal del acreedor-adquirente, la superficie y lindes de varias propiedades.

La petición de Registro la hacían los interesados, y a veces también las autoridades. En un papiro esta petición se hace al exactor.

El número 33 de «Michailides of Cairo», es una petición de Registro de la transmisión de propiedad de una tierra en Okirinkus, finales del siglo iv o v de nuestra Era, en que la petición se ha llevado al despacho del exactor de Okirinkus (82).

Los *bibliophilakes* o registradores enviaban antecedentes del Registro al estratega. Papyri e Greci Latini, vol. XII, Florence, C. Calderini, 1943, número 1.235 (Okyrhynchus, s. 1), los βιβλιοφυλακες ἐγκτήσεων transmiten al estratega un extracto del tomo ἀγαγραφης διαγραφων, con transcripción de los pagos hechos por medio de la Banca, a fin de acreditar el pago de una deuda. Estos pagos los había hecho un πρακτωρ ἀργυριω (negociante en plata), y los herederos afirman bajo juramento que están en la casa los recibos y los ponen a disposición de los inspectores.

También las autoridades daban órdenes de registro a los *bibliophilakes*. Orsolina Montevecchi, Edo Bonifacio, Adriana Cella Dai Papyri inedito della Raccolta Milanese, 6-10, «Aegyptus», 21, de 1941, en el número 6 (Inv. número 56), es una declaración de propiedad, sita en la ciudad de Alabastron, de 117 d. de J. C., hecha a virtud de una orden del prefecto, y para cuyo efecto se presenta al βιβλιοφυλακης των ἐγκτήσεων el documento necesario para hacer la revisión del registro.

A este registro de la época imperial o *Bibliotheke enkteseon*, GUILLERMO A. TELL y LAFONT (83) lo llama *archivo de adquisiciones*; ALVARO D'ORS, *registro de adquisiciones* (84); ERWIN SEIDL (85), *registro de la tierra*. Nosotros ya lo habíamos traducido por *registro de la propiedad*, ya que *Bibliotheke* deriva de libro y equivale a libro registro, y *enkteseon* es tanto como decir adquisición de fincas (86).

Para TELL y LAFONT, siguiendo a OTTO EGER (87), este registro era una «dependencia de carácter semicivil, semiadministrativo», re-

(82) The Egypt Exploration Society by the aberdeen University Press, 1955. De D. S. Granford, Papyri Michaelidae, bein a catalogue of Greek and Latin papyri, tablets and ostraka in the Library of Mz. G.-A.

(83) El Registro de la Propiedad en Egipto en la época romana (Conferencia), Barcelona, 1914.

(84) O. c., pág. 96.

(85) *El legado de Egipto*, pág. 328.

(86) *Los mojones del Atica*, ya citados.

(87) Zum Agyptischen Grund-buchwesen in römischer Zeisc. Leipzig y Berlin, 1909.

gida por funcionarios del rey, llamados *enkteseon bibliophilakes* o simplemente *bibliophilakes*, a la manera como hoy decimos Registradores de la Propiedad o simplemente Registradores.

La finalidad de este registro, como se ha visto por los papiros reseñados, no fué sólo la publicidad, sino la concesión de garantías y seguridades. Por eso Mettius Rufus, en sus *Edictos*, ordenaba a todos los titulares de derechos inmobiliarios que declarasen en el Registro sus propiedades, a *fin de que los contrayentes no sean engañados por desconocimiento*. Y por eso los particulares demandaban ante los Tribunales a sus vendedores que no habían registrado lo transferido; los Tribunales ordenaban la registración de bienes de menores, etc.

Se duda si la *Bibliotheke* era, además de registro, archivo de documentos. Hay quien opina que los documentos se presentaban por duplicado al Registro, quedando archivado uno, y el otro se devolvía con la nota de su despacho o no despacho. En un papiro de Hermópolis, los hermanos Herminius y Theognostus manifiestan al *Bibliophilake* que en unión de un tercer hermano han heredado de su tío carnal, Herminius, una casa con corrales, y le piden que registre la finca por terceras partes a favor de ellos. El *bibliophilake* puso la siguiente nota: «Constando el nombre del tío, y que éste es deudor, pero siendo incierto si les corresponde la sucesión, bajo esta reserva se queda con el duplicado de la declaración escrita.»

El asiento que se practicaba en el Registro se llamó *parazesis*, y parece que había asientos provisionales, ya para garantizar derechos del Fisco, ya para proyectos de enajenación o gravamen, o cuando no se había registrado el título anterior, y para evitar fraudes de los deudores. Según un papiro, un deudor se había obligado a no enajenar sus bienes hasta que hubiese pagado la deuda; la acreedora teme ser defraudada y pide el *parázeis* de su derecho, a fin de que el deudor no pueda enajenar los bienes. El papiro dice así: «... si de las *actas del enkteseon bibliotheke* se desprende que ninguna otra persona fuera del deudor, es propietaria de tales fincas hipotecadas; que no existe hipoteca a favor de otra persona, ni quien tenga derecho de ninguna clase que limite la libre facultad de disponer del deudor, entonces no debe haber dificultad en conceder la *parázeis* reclamada.»

Practicado el *parátesis* o asiento, se hacía un apunte o extracto en el *diastromata*, que era un índice de personas por orden alfabético, dentro de cada pueblo; estos índices servían para conocer inmediatamente la situación jurídica de las fincas, y probablemente el lugar donde se había hecho el asiento.

Los particulares podían examinar el registro, y refiere ERWIN SEIDL que había una especie de fe pública, ya que si no había antecedentes en el registro, se suponía que no había derechos sobre la finca.

También se conoció la certificación registral, pero con unos efectos de alcance constitutivo, pues el edicto de Mettus, dice: «Los funcionarios que autentifiquen los documentos, *no deben ejecutar ninguno sin que preceda la correspondiente disposición de los enkteseon Bibliothekes*, siempre que se trate de autenticar negocios cuyo objeto radique dentro de la circunscripción de la *enkteseon Bibliotheke*, y en cuanto las disposiciones tengan por objeto inmuebles.» Esta especie de certificación o autorización del Registrador se llamó *epistalma*.

Los *agorónomos* expresaban el cumplimiento de esta orden del edicto de Mettus, consignando en el documento, que autorizaban lo siguiente: «El documento ha sido otorgado por el deudor después que los *bibliophilakes* han dado el correspondiente permiso» (88).

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS,
Registrador de la Propiedad.

(88) Todos los papiros últimamente aludidos fueron recogidos en mi trabajo *Los mojones del Atica*, ya citado, tomándolos de la conferencia de Tell y Lafont.

NOTA—Las referencias griegas, parte de sus traducciones y la bibliografía y lexicón greco-registral que figuran en el sumario, son obra de la Licenciada en Clásicas, señorita AUREA RAMOS CEA. Tanto la bibliografía como el lexicón, no figuran en este número por su excesiva extensión y premura de tiempo, pero se publican en separata aparte, por constituir una preciosa fuente para la iniciación en el estudio de la papirología jurídico-registral.

EDICTO DE MARCO METTUS RUFOS.

Μάρκος Μέττιος Ρούφος ἑπαρχὸς Αἰγύπτου λέγει·
 Κλαύδιος Ἄρειος ὁ τοῦ Ὀξυρυχίτου στρατηγός·
 [ἐ]δήλωσέν μοι μῦτε τὰ ἰδιωτικὰ μῦτε τὰ δη-
 -μοσιακὰ πράγματα τῶν καθύπευκτον λαμβάνειν
 διοικήσιν διὰ τὸ ἐκ πολλῶν χρόνων μὴ καθ-
 ὄν ἔδει τρόπον ὑπονομήσθαι τὰ ἐν τῇ τῶν
 ἐκτέλεσει βιβλιοθήκῃ διαστ[η]κώματα, καὶ τοιο-
 -κλάεις πρὶν ὑπὸ τῶν πρὸ ἐμοῦ ἐπαρχῶν τῆς
 δεούσης αὐτὰ τυχεῖν ἐπαρορνώσεως· ὅπερ οὐ
 καλῶς ἐνδέχεται, εἰ μὴ ἀνωθεν γένοιτο ἀντι-
 -γραφα. Κελεύω οὖν πάντας τοὺς ἐπίτοπος ἐν-
 τὸς μὲν ἔξ ἀπογράφου τῶν ἰδίων ἐγγύων
 εἰς τῶν ἐκτέλεσει βιβλιοθήκῃν καὶ τοὺς
 δανειστὰς ἄς εἰάν ἔχωσι ὑποθήκας καὶ τοὺς ἄ-
 -κλους ὅσα εἰάν ἔχωσι δίκαια, τῶν δὲ ἀπογρα-
 -φῶν ποιήσασθαι διγλοῦντες πῶθεν ἕκαστος τῶν
 ὑπαρχόντων καταβεβύχεν εἰς αὐτοὺς/ἢ ἐγγύ-
 -σις. Παράτι δὲ τῶν καὶ αἱ γυναῖκες ταῖς
 ὑποστάσεις τῶν ἀνδρῶν εἰάν κατὰ τινα ἐπι-
 -χώριον νόμον κρατεῖται τὰ ὑπαρχόντα, ὁμο-
 -ῶς δὲ καὶ τὰ τίνα ταῖς τῶν γονέων οἷς ἢ
 μὲν χρεῖσι διὰ δημοσίῳ τετέλεται χρηματισ-
 -μῶν, ἢ δὲ ἐγγύσι μετὰ θανάτου ταῖς τέχναις
 κεράτῃται, ἵνα οἱ συναλλασσόντες μὴ κατ'

ἀγνοίαν ἐνεδρεύουσαι. Παραγγέλλω δὲ καὶ τοῖς συ-
 ντακτογράφοις καὶ τοῖς μνήμοσι μηδὲν διχᾶ
 ἐπιστάκματος τοῦ βιβλιοφυλακείου τεκείωσαι,
 γνοῦσιν ὡς οὐκ ὄφελος τῷ τοιοῦτο, ἀλλὰ καὶ
 αὐτοὶ ὡς παρὰ τὰ προστεταγμένα ποιήσονται
 δίχην ὑπομένουσι τὴν προσήκουσαν. Ἐάν δ' εἰ-
 σὶν ἐν τῇ βιβλιοθήκῃ τῶν ἐπι/νω χρόνων ἀπο-
 γραφαί, μετα' πάσης ἀπειθείας φυλασσέσθω-
 σαν, ὁμοίως δὲ καὶ τὰ διαστώματα, ἵν' εἴ-
 τις γένοιτο φήγῃσι εἰς /ύστερον περὶ τῶν μὴ
 δεόντως ἀπογραφῶν, ἐξ ἐκείνων ἐλεγχ-
 θῶσι. [Ἴνα] δ' [ο]ῦν β[ε]βαίητε καὶ εἰς ἅπαν
 διαμένῃ τῶν διαστωμάτων ἢ χρήσις πρὸς
 τὸ μὴ πάλιν ἀπογραφῶς δευθῆναι, παραγγέλλω
 τοῖς β[ι]βλιοφύλαξι διὰ πενταξτίας ἵπτανεοῦσαι
 τὰ διαστώματα μεταφερομένης εἰς τὰ καινο-
 ποιούμενα τῆς κώμης καὶ κατ' εἶδος. Ἔτους
 ὕ' Δομειτιανοῦ, μνήμος Δομειτιανοῦ δ'. Ἐξ ὑπο-
 μνηματισμῶν Πετρωνίου Μαμερτείνου. Ἔτους
 ιϋ' Ἀδριανοῦ, Ἀύστ' ιϛ'. /

La jurisprudencia del Supremo y la de la Dirección de los Registros y del Notariado

Casi es ya tópico hablar de la dualidad de decisiones del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado. Y como ni una y otra jurisprudencia tienen valor vinculante sino sólo ejemplar, como línea a seguir, el decidirse a actuar conforme a determinado criterio jurisprudencial, cuando sea distinto, es obvio coloca a los funcionarios encargados de realizar o desenvolver el derecho en su vida normal, en situaciones difíciles cuando no equivocadas.

¿Dónde, de qué lado, estará al obrar su responsabilidad? Parece elemental y es repetido en todos los tratados, que las decisiones de la Dirección amparan al Registrador (¿Y al Notario?). Pero esto será siempre en el singular caso o problema discutido y elevado a la decisión del Centro, por cuanto «ordena» anotar e inscribir y causa estado. Y en esta línea de exoneración de responsabilidad del funcionario calificador, afirma NARCISO FUENTES que el auto presidencial que dirime en primer término el recurso entablado tiene la misma firmeza que la resolución de la Dirección si no es apelada. El Registrador—añade—puede aceptar la decisión presidencial que le ordena inscribir sin incurrir en *responsabilidad*, de igual forma que el Fiscal puede aceptar la sentencia de la Sala de lo Criminal, y no se halla obligado aunque sí facultado, para plantear la casación. Lo prueba, además, el que ante un auto

firme, como ante una resolución, no pueden alegarse los mismos defectos, aunque sí otros no señalados en su día, si bien el no haberlos incluido en la nota calificadora oportunamente puede dar lugar a sanción.

Admitase o no esta posición de FUENTES SANCHEZ respecto a los autos que dictan en los recursos los Presidentes de Audiencia. y que, como el mismo dice, no hemos visto tratada, es lo cierto que este dualismo de decisiones para muchos es inquietante, habiéndose llegado a decir por la que se arroga nuestro Ilustrado Centro, que era una jurisdicción inconfesada (el señor TORMO, al discutirse en el senado la Ley de 1909, según escribe el citado NARCISO FUENTES. *La reforma hipotecaria y la jurisprudencia registral*).

Viniendo a tiempos muy recientes, veamos, por ejemplo, lo referente a la renta vitalicia. En las dos ocasiones que se le ha planteado últimamente el problema a nuestro Ilustre Centro Rector, su solución ha sido idéntica: no admisión del pacto con efectos reales.

En 21 de noviembre de 1943 se constituía la pensión como una carga o gravamen real sobre el inmueble, de tal suerte que el adquirente del mismo o sus sucesores en dicho inmueble, a título oneroso o lucrativo, estarán obligados a satisfacer la pensión, pues donde quiera que vaya la finca irá la carga, «que será preferente, por acuerdo de los contratantes y en razón del tiempo, al de los terceros hipotecarios que surgieran o pudieran surgir».

La Dirección—como dijimos—rechaza que esa carga a que alude el artículo 1.802 del Código civil pueda considerarse tal como para vincular a terceras personas, para lo que se tiene la figura de la hipoteca, que es a la que los contratantes deben recurrir para garantizar las pensiones.

En la segunda ocasión, en 31 de mayo de 1951, de una forma más tajante y directa, expresa ser inadmisibile el pacto consignado en un contrato de renta vitalicia, de que en el supuesto de incumplimiento y como condición resolutoria expresa, revierta a los titulares de la renta la nuda propiedad transmitida de un solar, sin obligación de percibir las pensiones percibidas (pueden verse ambas resoluciones y nuestras notas a las mismas en esta Revista, págs. 315 y sigs. y 856 y sigs., años 1944 y 1955, respectivamente).

Pues bien, el Tribunal Supremo el 13 de mayo de 1959 y 14 de octubre de 1960 expresa—en la primera—que cuando se estipula la resolución para el caso de falta de pago de las pensiones, este pacto es válido conforme a lo que dispone el artículo 1.255 del Código civil; insistiendo en la segunda que las partes libremente y aumentando o disminuyendo los riesgos del «áleas» pueden pactar las condiciones y requisitos que estimen convenientes, y entre ellas la facultad resolutoria por impago de las pensiones (véanse estas sentencias en «Revista de Derecho Privado», págs. 856 y 900, años 1959 y 1960).

Y preguntamos, a presencia de una escritura en que no solamente se pacte la resolución por impago de pensiones, sino que, además, como discretamente dijera AZURZA y OSCOZ, al estipularse tal resolubilidad se especifiquen plazos y posibles o imposibles moratorias, así como la liquidación de los plazos ya abonados, sin contentarse con la sola derogación del precepto contrario, ¿qué criterio seguirá el Registrador? ¿El más moderno de la Jurisprudencia del Supremo o el de la Dirección?

Claro que todo esto no es sino natural consecuencia de una rígida línea que se dijera se ha marcado nuestro organismo rector, como señalara en esta Revista JESÚS ACEDO (pág. 497, año 1959). En tanto que la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que la voluntad de las partes no puede configurar un derecho si la convección pactada no reúne los elementos propios de los derechos de la expresada naturaleza, según declara la resolución de 1 de marzo de 1939, el Tribunal Supremo ha entendido que las partes pueden acordar que los pactos estipulados tengan eficacia respecto de cualquier adquirente, y que todo lo que constituya una limitación o restricción en el poder de libre disposición, tiene *trascendencia real* (sentencias de 25 de junio de 1945 y 27 de junio de 1955).

Prueba de esta rígida línea apuntada—que, seamos sinceros, no sabemos hasta qué punto se debe quebrar—fué la interesantísima resolución de 17 de octubre de 1945, según la cual «el pacto por cuya virtud los intereses estipulados del préstamo consignado en la escritura quedaran compensados con los productos de la finca rústica hipotecada, es de tipo personal, sin efectos hipotecarios, con desenvolvimiento específico en el campo del Derecho de

obligaciones, no provocando otros efectos civiles que los contractuales entre los interesados o sus causahabientes» (puede verse con nuestra nota en la página 41 y sigs. de esta Revista, año 1946).

Todo esto puede ser inquietante y perturbador—repetimos—, pues aunque nosotros—Registadores—parece debemos estar en la línea que trace nuestro organismo rector, ¿no podríamos caer, al no seguir la Jurisprudencia de Supremo, en cierta responsabilidad, y descartamos la moral, por omisión o inhibición, rechazando esta suerte de pactos? Porque—además—, como dice LACRUZ BERDEJO, el funcionario que no realiza la inscripción debida es responsable, como lo es si no la realiza en los límites y forma determinados.

Es por ello—un botón de muestra—que querríamos dejar de contemplar estas desarmonías jurisprudenciales para lo que no vemos otro camino que el logro de una vieja aspiración de Notarios y Registradores: la de convertir la sección de recursos de la Dirección en Sala del Tribunal Supremo a base de Magistrado o Magistrados del mismo, Oficiales Letrados de aquélla, y un Notario y Registrador nombrados o pedidos a sus Colegios

Con ello ciertas decisiones emanadas de la Dirección disfrutarían de un acatamiento indiscutible que no ya por disciplina, sino por honda admiración y entrañable afecto nosotros respetamos.

A tal efecto vamos a aflorar aquí algunas resoluciones de estos últimos veinte años que más parecen propias de Tribunales de Justicia que de organismo administrativo.

Y la primera que viene a nuestro recuerdo es aquélla de una reinscripción de hipoteca a favor del Banco Hipotecario, cerrado en plazo reconstitutivo del Registro. Dijo la Dirección que la constatación de la misma anteriormente inscrita (o sea, antes de la destrucción del Registro) en los títulos del deudor y posteriores adquirentes de la finca, al reinscribir ésta, reflejada tal constatación en el folio registral, implicaba más que una mención, la conformidad de todos los interesados en concederle un rango registral a manera de «reserva autenticada».

Se dictó esta resolución el 25 de abril de 1948, y como colofón a nuestra ligera glosa dijimos entonces—y nos ratificamos ahora—que esta doctrina, dictada por un Tribunal de Justicia, calificaríamos de impecable, por lo que nos parecía prudente, razonable y

hasta exacta la nota—que la Dirección rechazó—de no admisión del Registrador (págs. 33 a 39 de esta Revista, año 1949) (1).

También referentes a reinscripciones de hipoteca son las resoluciones de 3 de marzo de 1956 y 14 de febrero de 1957, que si justificable la primera, pues la reinscripción del inmueble a nombre de distinto titular del que estuviera inscrito puede considerarse sólo aparente—de «Esquerra catalana» a la Delegación Nacional de Sindicatos—, por verificarse conforme a la Ley de 23 de septiembre de 1939, por la que podía estimarse como una excepción o acaso mejor, modalidad del tracto sucesivo (véanse págs. 113 y siguientes de esta revista, año 1957), lo declarado en la segunda, sinceramente confesamos fué para nosotros y sigue siendo inexplicable. Se trataba de reinscribir una hipoteca, transcurrido

(1) Entendemos—indirectamente, o sea, sin abordar de plano la cuestión—felizmente derogada la peligrosa doctrina de esa Resolución—25 abril 1948—por la muy reciente y ponderada—aún no aparecida en estas páginas—de 24 de noviembre de 1960. Aparte la cuestión de fondo ventilada en la misma de que una servidumbre (u otro derecho *in re aliena*) no puede dar lugar a una apertura de folio registral, según establece el artículo 7.º de la Ley Hipotecaria y ratificarse Resoluciones de 12 de diciembre de 1953 y 19 de octubre de 1955, se declara «que para la imposición de un gravamen sobre inmueble inscrito se requiere, de conformidad con el artículo 20 de la citada Ley, el consentimiento del titular registral».

Se había invocado—con razón—por el recurrente en su escrito de alzada del auto presidencial la preexistencia de una relación jurídica por la constatación a través de la mención de la servidumbre en distintos predios inscritos, que destruía la buena fe del adquirente y constituía una reserva autenticada de rango a favor del titular de la servidumbre, conforme a la repetida Resolución de 25 de abril de 1948.

La Dirección, sin aludir directamente a este argumento, manifiesta que mientras no presten los titulares registrales de los predios su consentimiento no podrá llevarse a cabo la inscripción de la servidumbre, «sin perjuicio de lo que, en su caso, puedan resolver los Tribunales de Justicia». Que es la verdadera y recta doctrina, según en el texto expresamos.

Como se deduce claramente, el problema tiene mayor dimensión, pues está en saber si, como consecuencia de la poca feliz redacción del artículo 29 de la Ley Hipotecaria, la mención de un derecho real tiene—como dice con tino el Profesor LACRUZ BERDEJO—el efecto, en cuanto publicación no jurídica, de eliminar la buena fe del adquirente. Pero ese problema lo abordaremos en el lugar adecuado, o sea, en nuestra nota a esta Resolución.

Este afortunado rectificar de doctrina por nuestro Centro se pone asimismo de relieve en la de 19 de noviembre de 1960, como también en la glosa a la misma explanaremos.

Y como en realidad no se trata de fricciones o choques de las mismas con la jurisprudencia del Supremo, objeto de este leve trabajo, no las hemos desarrollado en el texto, en donde, deliberadamente, hemos omitido toda alusión, por igual motivo, a la jurisprudencia de la Dirección relativa al Registro Mercantil, en donde se ve más patente el rectificar de posiciones de aquélla, y de la cual—de tal jurisprudencia mercantil—un día habremos de ocuparnos.

el plazo reconstitutivo del Registro, sobre un inmueble adquirido por título de compra y libre de cargas según el Registro, de quien —como dijo el Registrador— tenía derecho a vender, por lo que el principio de fe pública registral debía mantener inatacable la adquisición (véanse págs. 836 a 840, año 1957, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO). La Dirección admitió la reinscripción, pero nosotros entendimos entonces, y seguimos creyendo ahora, que para hacerla efectiva habrá de acudirse previamente a los Tribunales de Justicia..., o es que se arroga funciones de tal la Dirección.

¿Y aquellas resoluciones de 26 de enero de 1955 y 16 de julio de 1956, referentes a adquisición de excesos de cabida en «restos» segregados de fincas (según la impropiedad de léxico empleada en la escritura objeto de la primera de dichas resoluciones) o justificación de tal exceso en finca formada por segregación a que se remite la segunda? En la primera jugó por mucho para resolver la inspección ocular del Presidente de la Audiencia, la segunda encuentra su mejor justificación en la no comparecencia de los propietarios de la primitiva finca, que en un principio se habían opuesto al acta incoada (véanse estas resoluciones y notas a las mismas en págs. 330 a 336, año 1955, y 260 a 265, año 1957, de esta revista).

Muchas más se podrían citar en las que se diría que la decisión del centro directivo rebasa las lindes de su jurisdicción o cometido. A tal efecto recordamos la de 8 de noviembre de 1944, en que compareciendo en una escritura de aceptación de herencia y aprobación de operaciones particulares el heredero único del causante, sin la concurrencia de la viuda de éste o quien en forma legal la representase, se dió por válido lo por aquél realizado (pág. 823, año 1944, de esta Revista).

¿Y la sin duda altamente progresiva de 18 de julio de 1947 declarativa de no deber concederse un valor absoluto a los términos en que está redactado el artículo 739 del Código civil, que impida la coexistencia de disposiciones testamentarias complementarias o aclaratorias, armonizándose en todo caso aquel artículo con el 675 del mismo Código?

¿Y cuando señala cómo deben determinarse los reservatarios: resolución de 16 de septiembre de 1947?

Hasta sin plantearsele directamente el problema, para fijar doctrina, dicta reglas, por decirlo así, cual es aquella de que la supresión del párrafo 7.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria anterior a la del 30 de diciembre de 1944, y 8 de febrero de 1946. no priva de valor a la Jurisprudencia hipotecaria anterior a 1909—que prescribió el consentimiento de los herederos forzosos para la enajenación de inmuebles por los albaceas al efecto por el testador autorizados—por estar fundada en preceptos de derecho material (resolución de 19 de julio de 1952).

Y a veces llega a más, como cuando dijo—en 18 de octubre de 1955—que en caso de instrucción de sumario por estafa y falsedad, el Registrador debe prestar su ministerio y cooperación precisa al Juez Instructor, con el fin de restablecer el derecho violado, y, en consecuencia, acatar el mandamiento judicial..., «aunque este mandamiento adolezca de un deficiente tecnicismo hipotecario».

Que en los problemas que pudiéramos llamar normales, su ciencia y ponderación resplandece ocioso es consignarlo. Nada más que al azar podemos presentar como reciente la de 8 de febrero de 1957, en donde se discrimina de manera brillante la institución de residuo del usufructo de disposición.

Resolución ésta, como tantas más—así también tomada al azar, la de 14 de agosto de 1959, marcando los perfiles del llamado derecho de representación—, que la hacen merecedora de que en varias ocasiones su doctrina, no sea ya invocada, sino hasta fielmente seguida por nuestro más alto Tribunal, como puso de relieve en estas páginas nuestro compañero MENCHÉN, a propósito de la sentencia de 28 de septiembre de 1956, lo que refleja el alto valor de sus decisiones (págs. 547 y sigs., año 1957).

La misma disparidad que en ocasiones se quiere ver en una y otra jurisprudencia, ¿no nacerá de que los hechos a resolver implican, llevan dentro de sí, ya incubadas, diferentes soluciones?

Es el caso de aquella resolución de 11 de marzo de 1957, que se diría contradecía en absoluto la sentencia de 2 de febrero de 1951.

Multiplicaríamos ejemplos. La falta material de tiempo nos lo impide (se nos piden estas cuartillas en el espacio de unas horas). Pero creemos bastante la idea antes apuntada de que la creación de una Sala en el Supremo para la resolución de los recursos gubernativos, daría más relevancia al unificar criterios y justificar

soluciones, a esta ejemplar doctrina de nuestro ilustre organismo rector, que estaría allí presente en absoluto con su alto magisterio y con la asesoría de funcionarios prácticos en la vida del Derecho, como un Magistrado, un Notario y un Registrador.

Esto no llevaría cambio de matiz en las decisiones. Podría discutirse posteriormente en el juicio correspondiente la validez del título o la obligación, ya que las decisiones no tendrían calidad de cosa juzgada.

Acaso pudiera hacerse desaparecer del texto de la Ley—artículo 66—ese mal llamado recurso judicial, que, como dice Roca, no es un recurso jerárquico, sino un verdadero juicio ventilable entre los interesados, al objeto de contender acerca de la validez del título que el Registrador considera defectuoso.

Y tendría la enorme ventaja de dotar de una mayor flexibilidad a las resoluciones dictadas, abriendo caminos, despejando situaciones, que la rigidez de las soluciones actuales desemboca a que los bienes queden fuera de todo tráfico, concretamente esos casos de los patrimonios *pseudo-usufructuados* (véase nota en resumen de la resolución de 7 de mayo de 1960, págs. 545 a 551 de esta Revista), configuraciones al principio aludidas de un Derecho real, etc.

Parece que en Alemania, y según tenemos oído a nuestro dilecto amigo y compañero RAFAEL RAMOS FOLQUÉS, existe una Ley llamada de Unidad Jurídica, al amparo de la cual se puede recurrir ante el Supremo contra resoluciones de las territoriales de los antiguos Estados federados.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad.

Un sistema registral español

El Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España va a realizar la primera de las manifestaciones tangibles, en que se traduce su anticipada y cuidadosa organización de numerosos actos para celebrar el centenario de la Ley Hipotecaria española: publicar un número extraordinario de su prestigiosa REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO; y para colofón de la misma, se me requiere, con un cariño que debo agradecer (mucho más, por ser notoriamente desproporcionado con mis merecimientos), para que fije en unas cuartillas, embastadas *voce volante*, algunas ideas vertidas en una conversación sostenida ayer.

No puedo negarme a tal requerimiento, aunque esté plenamente consciente de que esta colaboración será la única nota discordante en el conjunto armónico de ese número extraordinario: el carboncillo que quiebre la uniforme calidad de un diamante. Tal vez el Colegio de Registradores tiene la original idea de coronar una obra artística, integrada por materiales nobles, con un remate de hoja de lata. Acaso desee, como cosa lógica, que este báculo, con el que empieza a caminar en sus actos de homenaje a la centenaria Ley, pueda preservar sus ricos metales, adhiriéndole una herrada contera, que soporte y amortigüe los golpes propios de la andadura.

Sea como fuere, cumplo el honroso encargo recibido, expresando mi convicción de que el Registro de la Propiedad español, sin es-

tar libre de los defectos que son inherentes a toda obra humana, siempre perfectible (sobre todo cuando se halla en manos de funcionarios preparados y competentes, que aspiran a su mejoramiento progresivo e incesante), constituye hoy un órgano útil, ágil, seguro y protector, que puede formar un sistema de características propias, muy de acuerdo con nuestro temperamento, con nuestras necesidades jurídicas y con el servicio público que le está encomendado.

Nuestros legisladores de 1861—aun cuando dedicados a publicar una Ley que regulase la institución de la hipoteca a fin de fomentar el crédito territorial para que, estando suficientemente garantizado y a cubierto de lesiones y sorpresas, pudiera extenderse e impulsar el mejoramiento de la propiedad inmueble, así como eliminar la usura en los préstamos, mediante respaldarlos con una garantía indiscutible—ya vieron que no sería posible esta seguridad de la hipoteca, sin crear un verdadero sistema de Registro de la Propiedad. Así lo decía la Exposición de Motivos de la Ley en sus dos párrafos siguientes:

«La primera cuestión que ha tenido la Comisión que resolver es si el proyecto de Ley deberá limitarse a la reforma del sistema hipotecario que viene en observancia, o ser extensivo a asentar la propiedad territorial y todas sus desmembraciones y modificaciones en bases más seguras de las en que hoy descansa. Basta a la Comisión leer la Exposición de Motivos que preceden al Real Decreto de 8 de agosto, para comprender que la intención del Gobierno se extendía también a este punto. Ni podía ser de otra manera: la condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad; si ésta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario. La obra del legislador que no estableciera este principio no sería subsistente, porque caería abrumada con el peso de su descrédito.

Así se ha comprendido entre nosotros en todos tiempos el sistema hipotecario, desde que Don Carlos y Doña Juana, accediendo a las peticiones del Reino en las Cortes de Toledo, y adelantándose a lo que más de ciento treinta años después ideó para

Francia la inteligencia privilegiada de COLBERT, allegaron en 1539, por primera vez, materiales para la obra que ahora se trata de levantar sobre bases más sólidas. Entonces, con sabia previsión, plantearon el doble problema que se ha agitado en todas las naciones que modernamente han querido reformar la legislación hipotecaria: el de adquirir sin temor de perder lo adquirido, y el de prestar sobre la propiedad raíz con la seguridad de que no sería ineficaz la hipoteca. *Nos es fecha relación—decían los reyes—que se excusarían muchos pleitos, sabiendo los que compran los censos y tributos que tienen las heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores.*

Que la inscripción, pues, o transcripción de la propiedad inmueble debe comprenderse en el proyecto, está fuera de duda; no sería reformar nuestra legislación hipotecaria en sentido progresivo, sino empeorarla, o mejor dicho, anularla por completo, si se prescindiese de que la primera base de la Ley fuera el Registro de la Propiedad.»

* * *

Sin embargo, por muchas que hubieran sido las previsiones de la Ley, no hubieran conseguido del sistema un contenido humano y un desenvolvimiento eficaz, de no haber sido manejado por dos Cuerpos, o carreras jurídicas, como son los Notarios y los Registradores de la Propiedad, sólidamente formados en el cultivo del Derecho, especializados en el de la protección del tráfico inmobiliario: cuidadosos, los primeros, de la buena titulación que les está encomendada; celosos y competentes aplicadores, los segundos, de la facultad calificadoradora, que siempre han ejercido de una manera prudente, ponderada y progresiva; con lo cual se ha conseguido que la propiedad inmobiliaria, acogida al Registro español, sufra el mínimo de inconvenientes, defectos y perjuicios, que dentro de cualquier sistema pueden comprobarse.

Es cierto que a esto ha podido llegarse, no sólo cuidando los principios jurídicos fundamentales de todo sistema de derecho inmobiliario (aquí no se mencionarán por no ser un estudio técnico y sí una impresión subjetiva), sino también huyendo de extremos interpretativos y de inflexibilidad y rigidez perturbadoras, usando,

dentro de los límites legales, un amplio arbitrio registral, sólo posible y beneficioso cuando la cultura jurídica y la formación moral de los Registradores permite que les sea confiado; de la misma manera que los sistemas judiciales propenden a la equidad y al máximo arbitrio judicial, a medida que se comprueba el prestigio y la prudencia de los jueces; porque no hay que olvidar que prudencia y sabiduría son facetas de una y la misma cosa, y que no se comprende un jurisprudente que no sea jurisperito, o viceversa.

* * *

Como peculiaridades de nuestro Registro, merecedoras de ser consideradas, pueden anotarse:

No se ha caído en el tentador riesgo de la inscripción constitutiva, y separada de su causa, lo que haría perder al Registro—magnífico y privilegiado instrumento de publicidad jurídica, calificada por la criba rigurosa, jurídica y moral, de los derechos publicados—una facultad de creación, que solamente de un modo artificial puede suponerse dentro de su campo.

Se mantiene el detalle y la identificación de las fincas dentro de los límites de la descripción verbal; sin sujetarlos de un modo riguroso a dependencia, ni siquiera a paridad, con respecto a los Catastros Geográficos o Topográficos, lo que parece constituir un ideal; pero sí dando a los datos catastrales la preferencia necesaria en cuanto a justificación de circunstancias físicas y a presunción de situaciones jurídicas, permitiendo su alegación. su utilización voluntaria e incluso el archivo de sus planos, como elementos de apoyo o de comprobación; todo lo cual, sin merma de la seguridad, constituye, bajo la recta administración de Notarios y Registradores, un notable elemento de agilidad para la actualización de las fincas registrales.

Se previenen y regulan los más amplios medios para inmatriculación registral, liberación de cargas, suplencia de titulaciones y concordancia entre realidad y Registro, mediante intervenciones notariales y judiciales que aseguran el respeto a los derechos, evitan posibles lesiones de intereses y permiten fácilmente actualizar también el Registro; así como atraer a éste la propiedad que todavía no se acoge a sus beneficios, no por culpa del sistema, sino,

muchas veces, por el coste del procedimiento necesario, en relación con el valor de las fincas que desearían ingresar en los libros registrales; pues, en su mayor parte, se trata de minifundios agrícolas, emplazados en regiones pobres, a las que va redimiendo la política de concentración parcelaria, de unidades mínimas de cultivo, de extensión de regadíos y otras de protección económica que llevarán, con el tiempo, y sin medidas drásticas de obligatoriedad (las cuales, en definitiva, quedarían también incumplidas, como ya antaño quedaron), toda la propiedad ahora ausente; que, en verdad, constituye una parte proporcional de la riqueza nacional registrable, muy inferior a la que a primera vista puede parecer.

Se ha excluido la inscripción del hecho posesorio, que parecía no encajar en un sistema de registro de títulos y derechos, y que, durante los años de su práctica, dió lugar a infinidad de situaciones confusas, y se ha admitido, en cambio, la inscripción de derechos afectantes al contenido jurídico y económico de la propiedad, sin tener el carácter técnico y jurídico de derechos reales, pero que constituyen, efectivamente, condicionamiento y limitación del libre dominio y de la libre disposición, por lo que merecen y requieren la publicidad registral y todos sus efectos jurídicos.

Estas características y otras de menos relieve, determinadas por la práctica, hacen de nuestro sistema un instrumento de fácil manejo; al que no hay que cargar lentitudes y dificultades de tramitación, que dependen muchas veces de entorpecimientos prácticos, de pequeños inconvenientes o defectos fácilmente subsanables y de disparidades de criterios (escasas, por fortuna), que también tienen su procedimiento especial de pocos trámites y prestigiosa resolución, en los recursos gubernativos, cuya última instancia es la Dirección General de los Registros y del Notariado.

* * *

Todos los elementos de nuestro Registro pueden ordenarse y agilitarse mucho más:

Podrían complementarse los libros con índices en fichas, que permitan seguir el debe y el haber de cada finca, sin buscar necesariamente, uno tras otro, los tomos del Registro donde consta su inscripción; pues, como muy acertadamente ha puesto de relieve

nuestro ilustre compañero don RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, la mayor parte de los méritos y de la eficacia del sistema español se deben a haber destinado para cada finca no un folio real, sino un folio contable, lo cual permite el pronto conocimiento de las partidas y la clara fijación de los saldos o resultados.

Podría establecerse la «inscripción-resumen», que, practicada a instancia del titular, y eliminando en ella pesos muertos, ampliando el principio ya ensayado con éxito en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, produjera un punto de partida de efectos semejantes, aunque más amplios y eficaces a los que ha traído al mundo de las sociedades anónimas la escritura de adaptación de estatutos; evitando así la consulta de numerosos tomos precedentes.

Podría garantizarse la prioridad, *a priori* (valga la redundancia), mediante el cierre voluntario, por plazo breve, del Registro, a petición del titular y con el aval notarial, en vista de operaciones convenidas, de disposición y gravamen, que pudieran ser otorgadas y presentadas dentro del corto término del cierre.

Podrían, en fin, estudiarse otros medios que, conjugando la seguridad con la facilidad, hicieran de nuestro Registro, que ya es un buen instrumento, un instrumento mejor; un órgano eficaz y eficiente en alto grado.

* * *

Tal vez debe huirse, como antes ya he apuntado, de excesivas rigideces y de protecciones muchas veces dañosas. No hemos de olvidar, por ejemplo, dada su transcendencia hipotecaria:

Que la aplicación en Cataluña de la «Auténtica si qua mulier» y del «Senado-Consulta Veleyano», aparentemente protectores de la mujer al impedirle aňanzar obligaciones del marido, trajo como consecuencia, para garantía de los acreedores hipotecarios, la protección, al revés, de constituir a la mujer en única deudora y obligada, a fin de poder ser aňanzada por el marido, y cumplir así, dando vuelta a la norma, la función de garantía de las hipotecas sobre bienes de la sociedad conyugal, establecidas a fin de asegurar prestaciones que, en definitiva, se invierten casi siempre en los negocios o necesidades matrimoniales.

Que una disposición administrativa (aquella que en la Reforma Tributaria de 1940 prohibió consignar, en las escrituras de préstamos, el pacto de pagar el deudor la contribución de utilidades), no solamente ha destrozado el formal funcionamiento de las hipotecas en garantía de préstamos de particulares, sino que prácticamente ha perturbado la normalidad de éstos y los lleva a la zona de ocultación y de usura, que, antes de tal medida, aparentemente protectora, no se producía.

Que la bien intencionada reforma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario ha saltado por encima del artículo 1.413 del Código civil; pues, ante el temor de dificultades en la ejecución de hipotecas constituidas sobre bienes gananciales por el marido con el solo consentimiento de la mujer (dados los términos del artículo y la interpretación que le ha sido dada en la práctica), ya no se exige el consentimiento de la mujer, con arreglo al 1.413, para la operación del marido, sino la asunción directa y conjunta de las obligaciones por la mujer, a fin de que no haya duda de que la demanda deberá ser dirigida contra ambos y de que la anotación no tendrá obstáculos por esta causa; con lo cual la medida protectora se ha convertido también en instrumento no protector.

* * *

Ya sé que estas ideas no han de ser compartidas por muchos compañeros, y soy el primero en reconocer el escaso mérito de mi personal opinión aquí expresada, aunque una larga experiencia y un temperamento bastante reflexivo, me lleven a pensar que no son desacertadas.

Si «en el medio consiste la virtud»; si el hallazgo del «término medio» requiere buen sentido natural, ponderación, cultura y formación moral, eficaces; si la apelación a la equidad, como correctora de las aristas de la justicia rigurosa, es atributo de civilizaciones maduras y de conciencias jurídicas formadas y contrastadas; si todo ello es cierto, aprovechemos esta virtud del término medio que, entre distintos tipos conocidos, constituye hoy, de hecho, el sistema registral español; sin abandonar, sino, al contrario, estudiando y ponderando, cada día más, los principios cientí-

ficos y jurídicos en que se apoya, procurando perfeccionarlos, facilitarlos, agilizarlos; para dar a nuestro Registro ese ritmo vibrante y cambiante, que es propio de las instituciones vivas; vigilando la corrección de sus lagunas y defectos, siempre dentro de la flexibilidad exigida por las mil facetas de cada caso que la vida nos presenta, que no admiten patrones cortados ni trajes a medida.

Y, de este modo, dentro de unas normas morales y jurídicas marcadas por la Ley, los Notarios y Registradores (en este caso, especialmente los últimos) artistas y artesanos del Derecho, haremos para cada situación, la adaptación necesaria, siempre que el arbitrio registral sea amplio por la delegación que haga el Estado en sus funcionarios, y siempre que éstos se muestren, como es seguro que se mostrarán, a la altura de su misión, sabia y prudente al mismo tiempo que sensible y humana; pues tras los folios del protocolo y de los asientos del Registro, hay una vida latente, muchas veces doliente, que trasciende a los patrimonios privados, a las haciendas particulares y oficiales: en suma, a la vida económica nacional; así como muchas veces también, a la salud y a la felicidad corpóreas, entrañables y afectivas, de las personas y de las familias.

* * *

He aquí lo conversado y, con la misma llaneza y sinceridad, dictado y transcrito.

Si con ello he cumplimentado el deseo, intención y propósito de los queridos compañeros Registradores que me han invitado y --en procedimiento de amistoso apremio-- traído a dar forma escrita a las opiniones habladas, quedaré con la conciencia tranquila de haber cumplido con un deber de colaboración cordial; lo que no me libraré de sentir mi ánimo encogido y temeroso, por lanzar ideas y opiniones que pueden ser equivocadas o dar lugar a interpretaciones divergentes; aun creyendo sinceramente que la emisión de opiniones produce siempre efecto favorable y útil; si valen, porque ello contribuye al mejoramiento de las cosas; y, si no valen, porque su descarte definitivo contribuirá a no empeorarlas.

Queda, pues, terminada esta improvisación y deseo verdadera-

mente que actúe como contera del número extraordinario de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO; es decir, que pueda concitar las críticas y, por contraste, avalorar las virtudes de sus restantes elementos componentes.

FAUSTO NAVARRO AZPEITIA,

Notario de Madrid.