

Roca-Sastre en la Revista Crítica

En el programa de presentación de la Revista, contenido en su primer número, en enero de 1925, se lamentaba su fundador, don JERÓNIMO GONZÁLEZ, de que la radical transformación contenida en la Ley Hipotecaria de 1861 no había producido todos los beneficiosos resultados que de ella se podían esperar. Culpaba de ello a las deficientes medidas legislativas para el desarrollo del sistema hipotecario, a una doctrina jurisprudencial aún aferrada por entonces a los antiguos moldes, a un deplorable abandono de los políticos, no muy preocupados por los progresos jurídicos, y al poco interés de las Universidades por los estudios inmobiliarios.

Por ello, la nueva publicación nacía con el propósito, que evidentemente ha conseguido, de organizar esfuerzos y poner en juego los recursos necesarios para infundir energías al sistema hipotecario, proporcionándole el prestigio debido. Para profundizar en cuantos problemas se agrupan bajo el lema «Propiedad y Derecho», la Revista se proponía recoger la doctrina relacionada con la propiedad territorial y los temas hipotecarios y, a tal fin, requería la colaboración valiosa de Registradores, Notarios y Profesores de Derecho en general, a quienes dirigía una apremiante invitación a colaborar.

Pronto acude a esta llamada el entonces Registrador de la Propiedad de Sort, RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE, que ya en 1926 publica en la Revista Crítica el primer trabajo con su firma, la cual seguirá apareciendo asiduamente, culminando su colaboración con ser designado Presidente del Consejo de Redacción en 1965, cargo que desempeñó hasta su muerte en 1979.

Bien merecido y lógico es que, con motivo del centenario de su nacimiento, le rindamos ahora un afectuoso homenaje a su memoria. Al efecto, y junto a los valiosos trabajos que anteceden, donde se glosa la obra jurídica del maestro, tratemos también de rescatar de nuestras páginas las huellas de su paso por esta Revista para dar una visión más completa de lo que en ella significó **ROCA-SASTRE**.

Expondremos su labor en dos distintos apartados. En primer lugar haremos una reseña de la trayectoria de la Revista bajo su dirección y después haremos una glosa o resumen de los trabajos de su autoría que aquí se publi-

caron. Aunque antes recogeremos también algunos trazos humanos, dignos de conservarse, tomados de varias de las notas aparecidas en el suplemento que la Revista publicaba, dando noticias de actuaciones o trabajos de ROCA-SASTRE; se trata de hitos de su curriculum profesional.

A) NOTAS EN EL SUPLEMENTO DE LA REVISTA CRITICA

En el suplemento número 616, del año 1951, se dio noticia de que con fecha 29 de abril de aquel año, el Colegio de Registradores rindió un homenaje a ROCA-SASTRE con motivo de la imposición de las insignias de la Cruz Distinguida de San Raimundo de Peñafort. El acto, se dice, tuvo lugar en el domicilio del Colegio, ante nutridísima concurrencia y previas unas palabras del Decano. El Canciller de la Orden de San Raimundo, Magistrado del Tribunal Supremo, señor LÓPEZ PECES, leyó la Orden, siéndole impuestas las insignias por el Decano don RAMÓN CORTIÑAS, entre los aplausos de los concurrentes.

En el mismo suplemento se publica una nota del Centro de Estudios Hipotecarios en el que se da cuenta de que en el salón de actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos ha continuado el ciclo de conferencias sobre Derecho Inmobiliario Registral, disertando el día 30 de abril el Registrador de la Propiedad excedente y Notario de Barcelona, Ilustrísimo señor don RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE, sobre el tema «Imperfecciones hipotecarias».

En el suplemento número 712, en junio de 1956, se reseña la recepción de ROCA-SASTRE en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y del homenaje que con tal motivo le tributa el Cuerpo de Registradores de la Propiedad. Se dice que dicha Real Academia celebró el 30 de abril solemne sesión para dar posesión de la plaza de Académico de Número al electo don RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE, ilustre jurisconsulto y publicista. Presidió el acto, el de la Academia, don ESTEBAN BILBAO, acompañado por el Ministro de Justicia, señor ITURMENDI; el Presidente del Tribunal Supremo, señor CASTÁN TOBEÑAS; el Director de la Academia de la Historia, señor GONZÁLEZ DE AMEZÚA, y el Presidente del Consejo de Estado, señor IBÁÑEZ MARTÍN. El nuevo académico leyó un discurso que versó sobre el tema «El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código Civil». Esta institución, dijo, es la de mayor amplitud de todas las que integran el Derecho de sucesiones; hizo un estudio del fideicomiso en las legislaciones extranjeras, hasta llegar a la posición del Código Civil, para terminar con el estudio especial de la figura del fideicomiso *si sine liberis decesserit*. Terminó propugnando una reforma que armonice la utilidad de las sustituciones fideicomisarias con las necesidades de los tiempos modernos.

Con motivo de esta recepción académica, el Cuerpo de Registradores de la Propiedad le ofreció un homenaje íntimo, se dice, aunque a continuación se aclara que con numerosa concurrencia; el Vicedecano de la Junta Directiva, don FRANCISCO CERVERA, hizo constar que no se le daba la bienvenida al homenajeado porque estaba en su casa y que quería hacer resaltar que, siempre y ante todo, ROCA-SASTRE es y se siente Registrador de la Propiedad, mérito apreciado por todos los Registradores que tienen en gran estima y sienten con afecto a tan distinguido hipotecarista.

En 1961 se recogen las intervenciones de ROCA-SASTRE en el Primer Congreso de Derecho Registral, celebrado en Madrid con motivo del centenario de la Ley Hipotecaria. Se comenta su ponencia sobre el tema «La servidumbre predial como cauce adecuado al acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas». Se trataba de procurar el encaje de las nuevas normas de la entonces naciente legislación del suelo en el sistema hipotecario, que si ahora ya se ha conseguido, por aquellos años se presentaba como difícil. Nuestro autor estudiaba la posible solución al problema de hacer constar las limitaciones urbanísticas en el Registro, considerando que no parecían aplicables ni el artículo 530 ni el 541 del Código Civil; el primero exige que en la servidumbre predial las fincas dominante y sirviente pertenezcan a distintos dueños, y el segundo, que se refiere a la constitución futura por destino del padre de familia, exige la existencia de un signo aparente de servidumbre, lo que no se da en los supuestos de urbanismo. ROCA daba en su ponencia la solución diciendo que sería suficiente que el dueño de los terrenos parcelados, al enajenar el primer lote o parcela, establezca, de acuerdo con el adquirente, el grupo o estatuto de limitaciones a recaer sobre la finca nueva, quedando constituidas como servidumbres. Otro Registrador, LUIS ROGER, proponía en el mismo acto, en el coloquio posterior, otra forma de dar entrada en el Registro a las cargas o servidumbres establecidas en las fincas parceladas, inscribiendo estas situaciones en los propios asientos originados por la parcelación o división. Ya sabemos que las normas urbanísticas posteriores han regulado suficientemente este tema de las que ya no se consideran servidumbres sino limitaciones o más bien delimitaciones de la propiedad ordenada por el urbanismo.

También se reseña la conferencia pronunciada por ROCA-SASTRE en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, igualmente con motivo del centenario de la Ley Hipotecaria, bajo el título de «Trascendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861». Fue, escribió TIRSO CARRETERO en esta misma Revista, una tarde memorable para la ciencia hipotecaria española; aquel día nos demostró ROCA-SASTRE que podemos alejar el temor de que la doctrina jurídica española quede reducida a ramplonas exégesis; concretamente el Derecho Hipotecario cuenta con mentes claras y aptas para cualquier dificultad. La Ley Hipotecaria no está sola.

Y en el suplemento de 1962 se reseña la celebración, en la Facultad de Derecho de Barcelona, de un curso de conferencias sobre Derecho Registral, conmemorativo del centenario de la Ley Hipotecaria, corriendo la segunda de esas conferencias a cargo de don RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE, quien disertó sobre el tema «El derecho de opción y el Registro de la Propiedad».

B) ROCA-SASTRE, PRESIDENTE DEL CONSEJO DE REDACCION

El vacío que dejó a su muerte el fundador era, ciertamente, muy difícil de llenar, pero la Revista tenía que seguir y siguió.

En el aspecto doctrinal, a la época en que don JERÓNIMO GONZÁLEZ tenía que prodigarse y publicar un trabajo en casi todos los números que salían, fue sucediendo otra en que los escasos colaboradores iniciales fueron aumentando y ya la nave empezó a marchar viento en popa. Paulatinamente han ido apareciendo otros colaboradores con empuje y con ellos y sus acertados estudios ha ido acrecentándose el prestigio de nuestra publicación.

Y en la parte económica y administrativa, el Colegio de Registradores, consciente de que la única solución para mantener la Revista era asumir su titularidad y aceptar íntegramente sus obligaciones, fue adquiriendo las acciones de la sociedad «Publicaciones Jurídicas, S. A.», su inicial propietaria, para llegar a la asunción total del patrimonio de la sociedad que quedó disuelta. La escritura de liquidación se otorgó el 28 de abril de 1964, ante el Notario de Madrid don MANUEL AMORÓS GONSALVEZ, en la cual se adjudicó la totalidad del patrimonio social, más bien pasivo que activo, al Colegio de Registradores que pasó a ser su dueño y llevó la Revista en lo sucesivo.

A partir del fallecimiento de don JERÓNIMO, de hecho la Revista pasa a depender del Colegio de Registradores y en su ámbito se constituye un Consejo de Administración, nombrando Presidente a don EDUARDO DE FUENTES CERVERA, que desempeña el cargo hasta que dimite por razones de salud. Al aceptar su dimisión se expresa el pesar de verse privados de su inestimable colaboración y acertada dirección durante tantos años.

En la realidad, pasa a llevar la Revista el mismo Consejo, bajo la Secretaría activa y efectiva de don PEDRO CABELLO DE LA SOTA, que mantiene esta situación hasta 1964.

En el suplemento de la Revista de 1964 se inserta una nota, firmada por don PEDRO CABELLO, en la cual se dice que cumplido el encargo que se había hecho y al hacer el traspaso de poderes a un nuevo Consejo de Redacción, agradecía el apoyo y aliento que había recibido a lo largo del período anterior desde la desaparición de la gigantesca figura del fundador don JERÓNIMO GONZÁLEZ. Sin embargo, sigue diciendo, no deja de ser asombroso que la criatura viva después de una orfandad tan prolongada. Esta vitalidad la con-

sidera su recompensa y no duda de que la nueva gestión levantará a alturas insospechadas, doctrinal y materialmente a esta Revista que ha llegado a formar parte de nuestro propio ser profesional.

A continuación se da cuenta de que el nuevo Consejo de Redacción está compuesto por el Excmo. señor don RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE, como Presidente, y como Consejeros: Excmo. señor don RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, Ilmo. señor don FEDERICO BAS Y RIVAS, Ilmo. señor don PEDRO CABELLO DE LA SOTA, Ilmo. señor don JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, Excmo. señor don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, Ilmo. señor don GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO, y Excmo. señor don JUAN JOSÉ BENAYAS Y SÁNCHEZ-CABEZUDO; Consejero-Secretario, Ilmo. señor don LUIS Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, quien además será el Jefe de Redacción.

Como se ve un prestigioso conjunto de personalidades de gran altura doctrinal, encabezado también por quien aportaba un bagaje científico hipotecario de los más destacados en España, que hacían honor a nuestra Revista.

A partir de 1965 ya aparece en la contraportada de la publicación la composición del nuevo Consejo de Redacción, y en el primer número de dicho año aparece una nota de salutación, redactada por don LUIS Díez-PICAZO, bajo el título «Palabras previas», en la cual se dice que la Revista inicia con este número una segunda época de su ya larga y dilatada vida, dentro del ámbito de la bibliografía jurídica española. Fundada hace (por entonces) cuarenta años, por una de las personalidades más ilustres y prestigiosas de la ciencia española del Derecho, la Revista ha procurado servir como eficaz cauce de una renovación de los estudios hipotecarios e inmobiliarios y, por ello, también de los estudios generales de Derecho privado. Pretende la publicación mantenerse fiel al espíritu que en ella infundiera su fundador y conserva, por tanto, su preferente especialización y dedicación hacia los temas jurídico-inmobiliarios, mas sin que ello suponga, naturalmente, una clausura hacia otras zonas del Ordenamiento jurídico. La idea de la insoslayable unidad de la ciencia del Derecho, que preside sus páginas, veda toda pretensión de constituir compartimentos estancos. Ninguna de las zonas de la ciencia del Derecho es, pues, extraña al cuadro de preocupaciones de la Revista.

Sigue diciendo esta nota, que es como un programa de la nueva época, que la Revista aspira a conservar su sentido eminentemente crítico, pero conjugándolo con una preocupación seria por servir a finalidades esencialmente prácticas. Se trata, de este modo, de que sea un vínculo de difusión de preocupaciones intelectuales de orden jurídico, bien sean de talante doctrinal o teórico, o bien posean un mayor sentido profesional y práctico. Junto a ello se quiere ampliar la Revista a una función estrictamente informativa: dar cuenta de los acontecimientos que importan a la vida del Derecho, como legislación, jurisprudencia, libros, revistas, noticias y comentarios.

Una amplia visión programática que ha dado nueva vida a nuestra publicación y que creemos que se ha cumplido.

A partir del primer número de 1965, como se ha dicho, ya aparece en la cabecera del Consejo de Redacción y como Presidente don RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE, ya por entonces una de las máximas figuras de la ciencia jurídica inmobiliaria, por ser autor del conocido libro «Derecho Hipotecario», obra básica en esta rama, del que todos hemos aprendido.

A diferencia de la época que podríamos llamar societaria en que se celebraban todos los años las correspondientes reuniones del Consejo de Administración, una vez disuelta la sociedad ya no hacían falta esas reuniones anuales y la Revista vive bajo la tutela directa e inmediata del Colegio de Registradores, que permite llevarla atenta y permanentemente, sin reuniones de carácter formal. Lo cierto es que siguió su marcha ascendente en lo doctrinal y con el suficiente amparo económico que le permitía subsistir cómodamente y sin sobresaltos.

Aunque, por supuesto, se reuniría el Consejo de Redacción en varias ocasiones, sólo se conserva de esta época el acta de la reunión que se celebró el 20 de febrero de 1970, bajo la presidencia de ROCA-SASTRE y firmada por el Consejero-Secretario LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. En esta Reunión, a la que asisten el Decano don JOSÉ POVEDA MURCIA y el Director del Centro de Estudios Hipotecarios, se acordó que ambos cargos formarían parte en adelante del Consejo de Redacción por derecho propio, manteniéndose en el Consejo los que los desempeñasen, incluso después de haber cesado en ellos, ya que no sería conveniente prescindir de su colaboración y experiencia. Se señaló la conveniencia de que el Secretario de la Revista, en coordinación con el Centro de Estudios Hipotecarios, programe números monográficos o bien números ordinarios con colaboraciones especialmente encargadas sobre los temas de mayor interés y actualidad tanto teórica como práctica. Se sugirió la inclusión en la Revista de resúmenes de legislación extranjera y de máximas o doctrinas de la jurisprudencia, lo que se ha venido realizando.

De esto se deduce que la marcha de la Revista fue normal o más bien *in crescendo* durante esta época de 1965 a 1979 en que estuvo presidida por ROCA-SASTRE e impulsada por los valiosos colaboradores que formaban un equipo eficiente a todas luces.

El primer número de 1974 coincidió con el número 500 de la Revista y en él vemos una nota en la que se resalta la efemérides, que no podía pasar inadvertida. Pensamos, se dice, que por el contrario es digna de ser resaltada y subrayada. Quinientos números de una revista jurídica, que además se mueve en el plano de una evidente especialización, dentro del campo de las disciplinas del Derecho, es algo que constituye ya, por sí solo, signo de laboriosidad y constancia. Este número, se sigue diciendo, sale a

la luz con el orgullo que le proporciona la cifra que en él aparece, como testimonio escueto de una tarea paciente e ingente. Se rinde a seguido un recuerdo al fundador, don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que fue, hasta su muerte, no sólo la fuente de inspiración, sino el alma misma de la Revista, junto con sus más estrechos y directos colaboradores que, sin desmayo, continuaron la obra emprendida. Y, finalmente, en el capítulo de agradecimientos, la redacción de la Revista expresa la deuda que tiene con el Colegio de Registradores, bajo cuyo generoso mecenazgo la Revista se encuentra, así como al Centro de Estudios Hipotecarios y a las personas que tan certeramente lo dirigen.

El 27 de diciembre de 1979 fallece don RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE, y en el número de la Revista de ese mes aparece por última vez su nombre, que durante quince años había encabezado el Consejo de Redacción. Al marcharse, como veremos, quedaron cumplidos los propósitos que se expresaron en el programa de 1965 y que antes hemos visto, tal como detallaremos después.

Con su figura y prestigio, la Revista pudo superar el vacío que en otro caso se hubiera podido producir al morir su fundador, salvando el período de transición siguiente. Con los inapreciables colaboradores que ciertamente tuvo, consiguió mantener y consolidar el rumbo que ha llevado a esta publicación a gozar de la gran difusión y categoría doctrinal que ha alcanzado en España y fuera de ella.

Las estadísticas suelen ser frías e inexpresivas, pero aquí son elocuentes y por ello las traemos como muestra de la labor desarrollada durante la presidencia de ROCA-SASTRE, con sus colaboradores.

En quince años se publicaron noventa y seis números, desde el 440 al 535. En ellos se incluyeron 273 estudios doctrinales, principalmente de Derecho Civil e Hipotecario, más otros de Administrativo, Mercantil, Fiscal y Procesal. Además 77 notas de varias materias jurídicas, resúmenes jurisprudenciales en todos los números y recensiones de libros en número de 438 notas.

Parece frío, repetimos, pero vistos en su conjunto, tal como aparecen encuadrados los tomos en nuestra biblioteca, suponen un conjunto francamente apreciable.

La presencia de ROCA-SASTRE en nuestra Revista ha sido lo bastante importante como para merecer un homenaje en su centenario. Lo hemos visto en las notas con que iniciábamos estos apuntes, referidas a algunos de sus pasos profesionales reflejados en el suplemento, e igualmente lo vemos en su presidencia en el Consejo de Redacción. Para completar la presencia en nuestras páginas del personaje rememorado, nos falta otra faceta, quizá la más importante, constituida por las colaboraciones doctrinales con las que enriqueció el prestigio de nuestra Revista y que, a seguido, tratamos de resumir.

C) ESTUDIOS DE ROCA-SASTRE PUBLICADOS EN LA REVISTA

Son diez los trabajos de don RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE que vieron la luz a través de nuestras páginas; todos ellos mostraron la gran altura doctrinal propia del autor cuya memoria recordamos:

Al año siguiente del nacimiento de nuestra Revista, ya en 1926, aparece en ella el primer estudio, que trataba sobre el patrimonio, seguido, en el año 1927, por otro referido a un tema algo coincidente, ya que trata de los llamados patrimonios especiales, en relación con el problema de la autocontratación.

La naturaleza de la partición hereditaria y la cuestión de la renuncia a la comunidad de gananciales constituyeron una aportación clarificadora de nuestro personaje, motivada por las discusiones que se planteaban en aquella época, y que se plasmaron en dos brillantes trabajos que vieron la luz en los años 1929 y 1930.

De aquí a 1935 hay un pequeño intervalo que sirve para que aparezca un trabajo sobre la acción pauliana y el artículo 37 de la Ley Hipotecaria que, por su amplitud, hubo de publicarse en dos números sucesivos de la Revista, dado el modesto formato de la misma por aquellos años.

Tras el penoso bache de la guerra, aparece en el número de septiembre de 1940 una crítica del Código Civil, bajo el prisma de lo que el autor llama Derecho institucional porque, según él, fija las líneas fundamentales o perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas.

El discurso de ingreso de ROCA-SASTRE en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación se reproduce en el número de mayo-junio de 1956, con autorización de la Docta Casa, que así venía a refrendar el prestigio de que ya gozaba nuestra Revista por entonces y que con esta inserción se reafirmaba y aumentaba, dada la gran altura doctrinal del trabajo. Se dedicaba, como es sabido, a estudiar la figura del fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código Civil.

Con motivo del centenario de la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861 se publicó un número extraordinario de esta Revista, recogiendo entre sus valiosas colaboraciones un trabajo, también extraordinario por su contenido, sobre el derecho de superficie, que ha servido de hito y base para todos los estudios que posteriormente se han hecho sobre el mismo tema.

Y dentro de los actos de celebración del mismo centenario de nuestra Ley básica, ROCA-SASTRE pronunció en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación una conferencia en la que resaltó la trascendencia que tuvo dicha Ley para construir el régimen de la propiedad inmueble en España y que fue recogida en nuestra Revista por su trascendencia.

El último trabajo publicado en nuestras páginas, en el año 1965, tiene un carácter polémico, pues en él defiende ROCA-SASTRE su conocida tesis, cali-

ficada después por «teoría monista», sobre el problema de la relación que guardan los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria.

En alguna reunión del Consejo de Redacción de la Revista se ha propuesto la conveniencia de publicar algunos números monográficos, a título de antologías, conteniendo los trabajos de los mejores tratadistas que han incluido sus doctrinas en esta publicación. Aunque la idea es atractiva, por supuesto, el problema de la extensión ha impedido en la realidad recoger en su totalidad estos originales para más acercarlos a nuestros lectores.

En pocos casos como éste estaría justificado publicar juntos los trabajos que hemos reseñado, con los que honró nuestra Revista el gran civilista e hipotecarista don RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE. Ante la imposibilidad de hacerlo en toda su extensión, en el presente número homenaje, ya que hemos de recoger también los estudios de otros distinguidos colaboradores, hemos de conformarnos solamente con tratar de presentar y resumir dichos diez trabajos. Gran osadía por nuestra parte, ya que no lograremos, en ningún caso, mostrar toda la doctrina de nuestro autor. Acudimos a la benevolencia de los lectores, los cuales, en todo caso, pueden ver los originales completos en los números que citamos, donde tendrán de verdad lo que nosotros no acertamos a reflejar.

1. *El patrimonio* (Revista núm. 15, marzo de 1926, págs. 171 a 187).

En este trabajo, firmado por el autor como Registrador de la Propiedad de Sort, en febrero de 1926, nos dice que la figura jurídica del patrimonio es una de las más abandonadas y menos estudiadas, a la que contadísimos autores dedican especial atención.

Es corriente, dice, que en los tratados se estudien las relaciones jurídicas de la persona con las cosas, pero como tales cosas concretas, específicas y aisladas; pero es raro que se estudie la relación de la persona con el conjunto global y sintético de esas cosas, bienes, créditos y débitos, que constituyen el patrimonio. Así lo define como el total conjunto de derechos y obligaciones, en su apreciación económica, atribuidos a un solo titular.

Explaya ampliamente estas tres líneas que caracterizan el concepto. En primer lugar, siempre que se habla de patrimonio surge la idea de conjunto o universalidad de cosas. El patrimonio es una *res universitas* y quizá la más importante; hay, a la vez, pluralidad de cosas y unidad: *uni* y *versitas*; es la unidad de la variedad.

El patrimonio tiene un fondo esencialmente económico y pecuniario, luego sólo comprenderá los derechos y obligaciones susceptibles de un valor económico. Por tanto deben excluirse las relaciones políticas o de carácter público y las del estado civil de las personas y las familiares; constituyen el patrimonio, pues, los derechos y obligaciones de carácter real y los de crédito.

Otro carácter es la atribución del patrimonio a un titular, pues la personalidad jurídica es el elemento principal del derecho. Por ello, siguiendo a

PLANIOL, estudia los cuatro principios que rigen en este punto: 1.º Sólo las personas pueden tener un patrimonio. 2.º Toda persona tiene necesariamente un patrimonio. 3.º El patrimonio es inseparable de la persona. Y 4.º Una persona sólo puede tener un patrimonio.

Termina su trabajo estudiando la trascendencia hipotecaria del patrimonio, que no parece muy adecuada, ya que los sistemas hipotecarios se refieren a fincas y por tanto en el Registro no tienen entrada los patrimonios en su integridad, sino sólo a través de los inmuebles que contienen. En un sistema de registración por personas o propietarios, podría facilitarse el ingreso en los libros del patrimonio inmobiliario en toda su cohesión y contornos. Excepcionalmente, la legislación alemana así lo permite en el caso del folio personal, pero lo normal es el sistema de folio por finca que es el nuestro. Sólo en el supuesto aislado de la inscripción del derecho hereditario parece admitirlo nuestra Ley Hipotecaria, señalándose en este caso la parte que corresponda a cada uno de los herederos en el patrimonio hereditario, aunque, reconoce el autor, esto sólo se da a título excepcional y sujeto a los efectos retroactivos de la partición que en su día se opere.

2. *La autocontratación y los patrimonios especiales.* Tiene un subtítulo: «De los actos jurídicos consigo mismo o algo más sobre la autocontratación» (Revista núm. 31, julio de 1927, págs. 506 a 512).

Este artículo tiene dos particularidades que resaltamos:

- En primer lugar, una pequeña entrada del autor que nos dice que «aunque esta humilde pluma parece como si se ruborizara al pretender entrar en la palestra sostenida acerca del problema de la autocontratación, en la que tan autorizados nombres han intervenido, no cejo en mi empeño de romper una lanza en la tal lid, a fin de cooperar en el desentrañamiento de tan interesante figura jurídica».
- La otra particularidad es que ROCA-SASTRE, para desarrollar el tema de la autocontratación, contempla como uno de los posibles casos el de la pluralidad de patrimonios concurrentes en la misma persona. Pero ya vimos que en el trabajo antes resumido, el autor, apoyándose en PLANIOL, nos decía que es imposible atribuir a una sola persona una pluralidad de patrimonios, ya que estando referidos a un solo ente, se absorben y unifican, por lo que no admite este supuesto de autocontratación. Esto hace que el propio don JERÓNIMO GONZÁLEZ redacte unas «Observaciones» sobre este particular punto, que se insertan en el mismo número de la Revista y a seguido, en las páginas 512 a 521. Por cierto que, respetuosamente, le comunica este añadido de modo personal al autor. Así lo podemos ver en el ejemplar que se conserva en la colección encuadernada del Colegio de Registradores, donde hay una nota manuscrita (¿Letra del propio don JERÓNIMO?, es posible),

donde se dice: «Llamar a don RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE, Registrador de la Propiedad. Observaciones». Así de discretos y considerados eran aquellos señores.

Y ya entramos en el resumen-comentario del artículo y de las citadas observaciones.

Al examinar la autocontratación, ROCA-SASTRE descubre en ella tres tipos posibles:

- a) La autocontratación del representante, en la que una persona concluye un contrato consigo mismo operando como representante legal o voluntario de las partes representadas, o como representante de otro y además en su propio nombre e interés. En estos casos el representante siempre actúa por dos o más patrimonios distintos.
- b) La autocontratación a base de pluralidad de patrimonios, que comprende el caso de los contratos que una persona cierra consigo misma como titular a la vez de dos o más patrimonios propios. Tropieza con el escollo de admitir la posibilidad de atribuir una pluralidad de patrimonios a un solo ente.
- c) La autocontratación o, mejor dicho, el acto unilateral en el que el titular del patrimonio lo condiciona o afecta, en todo o en parte, a un régimen, reglamentación o limitación especiales.

Estudia la posibilidad jurídica en cada uno de los tres supuestos, empezando por el de la típica representación. Cuando una persona ejecuta un acto jurídico por cuenta y en nombre de otro, recayendo sobre éste los efectos consiguientes, lo indiscutible es que el representante debe obrar en interés del patrimonio del representado. Si teóricamente no hay dificultad, la realidad nos muestra que a veces el hombre no alcanza la plenitud moral y es preciso adoptar garantías contra sus flaquezas, siendo la mayor garantía la de separar y deslindar las esferas de actuación de la gestión de intereses. Debe rechazarse la autocontratación del representante cuando haya oposición de intereses; de ahí que no se admita en los artículos 165, 236, 275 y 1.459 del Código Civil ni en el artículo 266 del Código de Comercio.

En cuanto a la autocontratación de un mismo titular de varios patrimonios, ROCA-SASTRE rechaza el supuesto, como ya vimos, porque considera imposible atribuir varios patrimonios como tales a una sola persona. Únicamente puede admitirse, dentro de un patrimonio, grupos de bienes afectos a un régimen jurídico o unas limitaciones especiales, pero eso no destruye la unidad sintética del patrimonio, ya que éste supone una referencia abstracta a centralizar todos los elementos económicos que lo integran respecto a su titular.

Tampoco admite la posibilidad del tercer supuesto. Es absurdo, nos dice, llamar autocontratación al acto unilateral de un sujeto tendente a condicionar elementos de su patrimonio. Más que a la autocontratación, esta figura atañe a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones.

Termina su trabajo proclamando la impropiedad del término «autocontratación». Si el contrato presupone un concurso de voluntades y la confrontación de patrimonios, en los dos últimos supuestos contemplados no cabe contrato porque falta la oposición de intereses y el concurso de voluntades. Y en la contratación del representante, precisamente es la oposición de intereses manejados por un mismo sujeto lo que hace rechazar la fórmula por peligrosa.

El trabajo de ROCA-SASTRE suscita las «Observaciones» citadas de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que se publican a seguido, y que se refieren especialmente a estudiar la posibilidad de los actos consigo mismo en el supuesto de corresponder a una misma persona varios conjuntos patrimoniales.

Don JERÓNIMO llama patrimonios especiales a los conjuntos de bienes que, por su común adquisición u origen o por estar afectos a determinada finalidad, pueden ser tratados como unidades o universidades en cierto modo independientes, aunque correspondan a una sola persona.

Este diferente modo de enfocar la cuestión hace que don JERÓNIMO, respetuoso con lo afirmado por otros autores y aceptado por ROCA-SASTRE respecto a la imposibilidad de atribuir varios patrimonios a una misma persona, no sólo formule estas observaciones en un tono distendido y dialogante, sino que se justifique ante ROCA de modo personal, según hemos visto.

Don JERÓNIMO señala que en la práctica civil encontramos grupos de bienes bajo el señorío de una persona y que están sometidos a distintas reglas, como los bienes gananciales y los privativos de los esposos, los fideicomisos, las reservas matrimoniales o troncales, los bienes heredados a beneficio de inventario y los bienes regulados por legislaciones especiales. ¿Con qué criterio resolveremos los problemas a que puede dar lugar la regulación de las relaciones jurídicas entre unos y otros?

De nuevo insiste don JERÓNIMO en que no tiene ánimo de entrar a discutir la teoría del patrimonio y quiere limitarse a hacer constar que, en el supuesto de que una persona goce de varios de esos grupos de bienes y tenga además un patrimonio que responda, en general, de sus obligaciones, pueden presentarse situaciones jurídicas que necesiten de una reglamentación distinta y pueda surgir, en su consecuencia, el problema de cómo se ha de proceder para fijar el alcance respectivo de esas unidades patrimoniales.

Cita, transcribiéndolo en extenso, un trabajo del francés VALLIMARESCO, y expone varios casos prácticos, para terminar estas observaciones, diciendo que el problema de la autocontratación relativa a patrimonios especiales pertenecientes a una sola persona debe ser tratado con gran cautela.

3. *La partición hereditaria ¿es acto traslativo o declarativo de la propiedad?* (Revista núm. 57, septiembre de 1929, págs. 641 a 660, y Revista núm. 58, octubre de 1929, págs. 740 a 749).

Este trabajo, como vemos, se publicó en dos números consecutivos, dada su gran extensión.

En la primera parte se contiene un estudio completo de las dos distintas posturas que se han manifestado sobre la cuestión, tocando la concepción romana, su evolución histórica posterior, su cristalización en el Derecho positivo actual en los principales países, para terminar en la discusión dogmática promovida en la doctrina patria.

En la segunda parte ROCA-SASTRE se inclina abiertamente por la tesis de que la partición hereditaria es un acto de efectos declarativos o determinativos, exponiendo las razones que le llevan a esta conclusión.

El *sistema traslativo* lo defiende PLANIOL diciendo que durante la indivisión cada objeto es, a la vez, propiedad de todos los coherederos y cada uno de ellos tiene una parte de propiedad en cada cosa. Una vez realizada la partición, cada uno de ellos es propietario exclusivo de los objetos incluidos en su lote; los otros no tienen sobre ellos ningún derecho; a la recíproca, éstos no tienen derechos sobre las cosas puestas en el lote de los demás, aunque antes era propietario proindiviso. De esta suerte, cada coheredero es causahabiente directo del difunto solamente en la parte que le pertenecía privativamente en su lote; en el resto es causahabiente de los otros copartícipes. Este análisis de la partición hace de ella un acto atributivo o traslativo de la propiedad.

En cambio, en el *sistema declarativo*, como dice POTHIER, la partición no se considera como un título de adquisición, sino como un acto determinativo de las cosas respecto de las cuales cada heredero ha sucedido al causante. Cada uno de los herederos que no es más que heredero de una parte, no ha podido suceder en todos los bienes, sino solamente en aquéllos que le sean asignados en la partición. La partición, pues, queda reducida a un acto material y no tiene otra virtualidad que la de determinar la parte de cada sucesor.

Para hacerse cargo de la importancia práctica del tema hay que ver la diferente protección que pueden tener los terceros que han adquirido un derecho real sobre una porción indivisa; la adquisición en un caso se mantiene íntegra, independientemente del acto particional, mientras que en el otro se halla condicionada a las adjudicaciones respectivas y supeditada a los efectos retroactivos de las mismas, suscitando interesantes y graves problemas en el orden hipotecario.

Analiza ROCA-SASTRE la *evolución histórica* de la cuestión, presentando al Derecho romano como el prototipo de la legislación que aceptó el sistema particional de efectos traslativos. Ciertos textos del *Corpus Iuris Civilis* avalan tal afirmación; en el Codex, al prescribir las reglas comunes a los juicios

divisorios, se consideraba que la división de los predios hacía las veces de compra. El texto más explícito es uno de GAIo, comentando la fórmula hipotecaria, al decir que si alguien hubiere dado en hipoteca parte indivisa de una cosa común, hecha la división con el socio, no queda obligada al acreedor solamente la parte que obtuvo el que dio la garantía, sino que la parte indivisa de ambos permanecerá obligada por la mitad. Es opinión general de los autores españoles y extranjeros el encasillar al Derecho romano dentro del sistema traslativo particional.

El sistema traslativo fue también el imperante en la Edad Media, viniendo el Derecho romano con su renacimiento, a reforzar las pretensiones y derechos del feudalismo, pues interesaba a los señores a los efectos de la percepción de laudemios y gabelas sobre las traslaciones de fundos, calificar de traslativa la partición hereditaria.

Fue a partir del siglo XVI cuando se pensó en dar a la partición un carácter distinto. DUMOULIN tuvo gran influencia en la nueva orientación doctrinal y el triunfo del sistema declarativo fue aceptado a partir de 1569, tomando desde entonces carta de naturaleza en Derecho francés esta teoría declarativa. El Código de Napoleón aceptó el sistema que quedó condensado en su artículo 883, donde se preceptúa que cada heredero debe reputarse que ha sido siempre el propietario único de los bienes adjudicados en su favor y que no tuvo derecho alguno de propiedad respecto a los otros.

En el *Derecho comparado* ha de notarse que el sistema declarativo rige en Bélgica, Italia, Holanda, Rumania, Paraguay, Chile, Colombia, Argentina, Méjico, Guatemala y Portugal. Las legislaciones alemana y suiza siguen también el sistema declarativo, pero llegan a él por un conducto más científico que el Código francés, como consecuencia lógica de la verdadera naturaleza y esencia de la comunidad hereditaria.

En el *orden doctrinal* el efecto declarativo o traslativo de la partición dependerá, dice ROCA, de la clase de comunidad que sea la herencia durante la indivisión.

Entre la comunidad romana o, por cuotas, y la germánica o de mancomunidad de bienes, el autor se inclina por considerar la comunidad hereditaria como la segunda. Por tratarse de una sucesión en el cargo de titular de un patrimonio relicto, nos dice, los herederos encarnan conjuntamente en ciertos momentos la personalidad patrimonial del causante; en la herencia hay algo más que una sucesión de derechos y un simple cambio en la titularidad de las cosas, puesto que además siempre se produce un fenómeno de subrogación en la personalidad patrimonial del difunto. La índole de la titularidad de los herederos sobre los elementos singulares de la herencia impide calificar como romana a la comunidad hereditaria, pues los herederos acaparan conjuntamente sobre cada cosa la plenitud de derechos que antes correspondía al causante.

Por ello concluye que la comunidad hereditaria no es romana o proindiviso, sino que es comunidad *in solidum*. En consecuencia, los efectos de la partición no pueden ser nunca traslativos, ya que no teniendo los coherederos partes indivisas especialmente adjudicadas, ni en el conjunto global ni en los elementos singulares que integran el patrimonio relicto, no hay posibilidad de que se produzca el cambio recíproco de partes indivisas en la partición. Al darse la retroacción, la partición siempre aparecerá como un acto declarativo o, mejor dicho, determinativo y nunca traslativo de la propiedad.

La doctrina civilista española, en su mayoría, se ha mostrado coincidente en calificar de efectos traslativos a la partición, basándose en el artículo 1.068 del Código Civil. Se recogen las opiniones, en este sentido, de MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, COVIÁN, JAÉN, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE y CASTÁN. Igual opina CAMPUZANO, el cual empieza considerando la comunidad hereditaria como en mano común y llega después, en contra de lo que cabía de esperar, a considerar la partición con efectos atributivos o traslativos.

MORELL tiene un criterio opuesto y afirma que se tiene que considerar la partición de la herencia sólo como un acto o título declarativo, apoyándose en el artículo 1.059 del Código Civil.

ROCA cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1987 y 29 de enero de 1916, que reiteran antigua jurisprudencia y que apoyándose en el artículo 1.068 del Código Civil declaran que la partición constituye un título traslativo de dominio en favor de los herederos.

Tras exponer los antecedentes y la doctrina vistos, ROCA-SASTRE entra en la *defensa de su tesis* en la segunda parte del trabajo, afirmando que cree sin vacilación que, en nuestro Derecho positivo, la partición es un acto de efectos declarativos o determinativos.

A esta solución, dice, conducen las siguientes consideraciones:

- a) Que la comunidad hereditaria no es tratada en nuestro Derecho como una comunidad de tipo romano, sino germánica, mancomunada o *in solidum*. Insiste en las razones expuestas y trae a colación varias sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General. Esta jurisprudencia es acorde con el artículo 71 del Reglamento Hipotecario que establece que el derecho hereditario (en estado de indivisión) es incompatible con el supuesto de adjudicación de bienes a no ser que consientan todos los interesados, en el caso de adjudicarse solamente una parte del caudal, refiriendo las cuotas al patrimonio hereditario y no a las cosas que lo integran.
- b) Confirma lo antes dicho la esencia constructiva de la figura del patrimonio, considerada como relación jurídica abstracta, comprensiva

y sintética entre un titular y el conjunto o universalidad de todos sus elementos; cuando concurren varios herederos, la herencia no es más que un patrimonio relicto en comunidad.

- c) En nuestro Código Civil no hay un artículo como el 883 del Código francés, que consagra de modo explícito los efectos declarativos de la partición hereditaria, pero puede equivalerle el artículo 450 que, aunque se refiere a la coposesión, es perfectamente aplicable a la comunidad hereditaria.
- d) También corrobora la tesis el artículo 399 del Código Civil, que es de aplicación a la comunidad mancomunada y consagra legalmente los efectos declarativos de la partición al quedar afectos a la retroacción los actos de disposición verificados por un partícipe durante la indivisión.
- e) Los artículos 657, 661, 440, 989, 784 y 881 del Código Civil, coinciden todos en referir al momento de la muerte del causante los efectos de la adquisición hereditaria y afirman el criterio retroactivo en materia particional.
- f) Si la partición fuera acto traslativo de propiedad estaría equiparada por nuestra legislación a todo acto traslativo, principalmente cuando afectara a bienes inmuebles, lo que no es así.
- g) Un estudio serio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo conduce a tener por declarativas las particiones hereditarias en nuestro Derecho, pues si bien algunas sentencias parecen aceptar el criterio opuesto, hay otras como las de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 7 de mayo de 1924 y otras que, al negar a cada heredero un derecho específico, cierto y efectivo sobre bienes singulares de la herencia ni en cuotas de los mismos, vienen a corroborar la tesis de ROCA, pues inutilizan la premisa base de la conclusión traslativa del cambio de partes indivisas.

Termina diciendo que ni el artículo 1.068 del Código Civil ni de la Ley 1.^a, Título XV de las Partidas puede deducirse que la partición sea traslativa. Los partidarios de esta teoría conceden exagerada importancia al coheredero durante la indivisión, atribuyéndole el doble carácter de causahabiente en dicha indivisión y transferente y adquirente en la partición, lo que no parece admisible; de ahí las vacilaciones y contradicciones en que incurren.

Por ello, concluye ROCA-SASTRE, considerando demostrada la posibilidad de construir en nuestra legislación civil una teoría declarativa de los efectos generales de la partición hereditaria, criticando a los redactores del Código por no haber incluido en su articulado un precepto análogo al del artículo 883 del Código francés.

4. *La comunidad de gananciales; destino de éstos en caso de renuncia* (Revista núm. 63, marzo de 1930, págs. 161 a 177).

Aquí media ROCA-SASTRE en la polémica entablada por entonces entre LEZÓN y CASTÁN acerca del problema de los efectos de la renuncia a los gananciales. Según el primero, los gananciales renunciados por los herederos del cónyuge premuerto deben ir destinados a sus herederos abintestato y según CASTÁN deben acrecer al cónyuge superstite.

Para centrar la cuestión, ROCA-SASTRE estima que debe empezarse por determinar la verdadera naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales como comunidad de tipo germánico y señalar el carácter universal de la sucesión hereditaria y afirmar la indivisibilidad en la repudiación. Demostrando esto, surgirá automáticamente la verdadera solución acerca del punto en que discrepan estos autores.

Como vamos a ver, ROCA no acude a una simple solución ecléctica, sino más bien distinta y original, derivada de las afirmaciones dichas y que son:

A) La sociedad de gananciales provoca una situación jurídica de comunidad de bienes de tipo germánico. A esta conclusión llega después de examinar, para rechazarlas, las opiniones que han querido encuadrarla en los más diversos tipos, como la copropiedad, el patrimonio de destino, la persona jurídica, la sociedad civil o la copropiedad romana o simple copropiedad.

Se trata de una comunidad germánica o propiedad mancomunada o *gesammte hand*, o sea, una forma de atribución de un derecho sobre una misma cosa a una pluralidad de sujetos, sin que éstos lleguen a constituir un nuevo ente, ni que el derecho se desintegre en cuotas. En esta comunidad, al contrario de la romana, los diversos partícipes están unidos por un vínculo personal, por relaciones jurídicas de carácter estatutario que atribuyen a cada uno de ellos una titularidad personalísima, caracterizada por la atención más considerable que merecen los factores personales. Se extiende el derecho de los comuneros a todas y cada una de las cosas de la masa patrimonial, pero no consideradas en su singularidad, sino como elementos integrantes de un todo; y cada uno de los comuneros tiene el derecho de propiedad completo, pero limitado, porque otro tiene igual el derecho a la totalidad y de aquí que deben reducirse en un ejercicio mancomunado y no según sus cuotas.

Y como la titularidad de cada partícipe actúa como comprensión del derecho de los demás, al eliminarse uno por renuncia de su participación, acrece el valor de la de los otros, no en virtud de un fenómeno adquisitivo, sino de incremento del valor de nuestra participación, al librarse de la presión que sobre ella ejercía la concurrencia del renunciante en la comunidad, actuando a modo de una facultad de expansión subjetivamente real. Es el resultado jurídico del *solo concursu partes fiunt, cessante concursu, partes cessant*.

En la sociedad de gananciales hay, por tanto, un caso de comunidad germánica en que los titulares están ligados por vínculos personales que les erigen en titulares personalísimos del patrimonio ganancial; con partes tasadas tan sólo a los efectos de la partición del remanente líquido o ganancia, inalienables en sí y cuya titularidad reside *in actu* en la cabeza de cada causante. Con tecnicismo clarividente y moderna orientación, nuestro Centro Directivo ha calificado en repetidas Resoluciones como germánica, la comunidad de gananciales.

B) Carácter universal o integral de la sucesión hereditaria. Siguiendo su planteamiento, ROCA dice en su trabajo que el heredero continúa la personalidad patrimonial del difunto y le sustituye y se coloca en su misma posición jurídica en todas sus relaciones. Le sucede en el cargo de titular del patrimonio, subrogándose en todos sus derechos y obligaciones; es como un *alter ego* del causante en el sentido de ocupar en todo su posición jurídica. El patrimonio es pensado como una totalidad y esta unidad es la que pasa al heredero, quien adquiere en bloque todos los derechos y obligaciones comprendidos en el patrimonio. En suma, es una sucesión universal que abarca íntegramente toda relación jurídica del difunto.

C) Indivisibilidad de la repudiación hereditaria. Uno de los requisitos de la repudiación de la herencia es su indivisibilidad, tal como dispone el artículo 990 del Código Civil al decir que la herencia no puede repudiarse en parte. De aquí que sea imposible que los herederos del consorte premuerto acepten su herencia y simultáneamente repudien los gananciales, ya que dicho artículo 990 no lo permite y el carácter y esencia de la adquisición a título universal lo rechaza. Cuando la ley llama a los herederos del esposo premuerto a recoger los gananciales prueba que establece para ellos un régimen sucesorio normal u ordinario.

Basándose en estos tres supuestos, ROCA-SASTRE considera resuelto el problema del destino o suerte que cabe a los gananciales renunciados. Es indudable, dice, que estamos en un supuesto de una sociedad de gananciales ya disuelta por la muerte de uno de los cónyuges; en esta situación ha llegado el caso de liquidar la comunidad.

En este punto distingue la renuncia de los gananciales hecha por el cónyuge sobreviviente y la hecha por los herederos del muerto:

- a) Disuelta la sociedad y titular libre el *cónyuge viudo* de sus derechos a la comunidad, es indudable que puede renunciar a los gananciales y entonces ¿qué sucede? Pues que en la mancomunidad hay un miembro menos y cesando el concurso de un comunero, cesa y desaparece su parte, que pasa a acrecer a los herederos del premuerto.
- b) En cuanto a los *herederos del causante*, los derechos que éste tenía en la comunidad ganancial integran la sucesión en unión de sus bie-

nes privativos, en virtud del carácter integral de la sucesión hereditaria. Por lo tanto, los herederos del finado le sucederán también en sus derechos a los gananciales y, en virtud del principio de indivisibilidad de la repudiación hereditaria, no podrán a la par repudiar los gananciales y aceptar la herencia, ni viceversa. Si son herederos testamentarios y repudian la herencia, no habiendo derecho de acrecer ni sustituto, entonces sí que suceden los herederos abintestato, como dispone el artículo 986 del Código Civil, del que habla LEZÓN; pero en este caso, los gananciales seguirán la suerte de toda la herencia.

Ahora bien, concluye ROCA-SASTRE, una vez aceptada la herencia y admitido el título de sucesores del *deuius*, se encuentran dichos herederos en la misma posición, en cuanto a la comunidad de gananciales, que el cónyuge superstite, y entonces sí que pueden renunciar sus derechos a la comunidad; es entonces, también, cuando se produce un acrecentamiento por descompreensión, tal como se ha explicado respecto a la renuncia del cónyuge sobreviviente, pues, como dice muy bien CASTÁN, sería anómalo aplicar principios y efectos distintos a la renuncia de gananciales hecha por uno de los cónyuges y a la efectuada por los herederos.

5. *La acción pauliana y el artículo 37 de la Ley Hipotecaria* (Revista núm. 127, julio de 1935, págs. 510 a 526, y Revista núm. 128, agosto de 1935, págs. 576 a 584).

En este trabajo ROCA-SASTRE trató de esclarecer algunos problemas que se habían planteado en el que entonces era el párrafo 3.º del artículo 37 de la Ley Hipotecaria en relación con el trato registral a terceros respecto a la acción pauliana. Es sabido que este precepto ha pasado a ser el párrafo 4.º tras la reforma, en la cual, además, se ha ampliado el plazo para entablar la acción rescisoria de uno a cuatro años, ya en conformidad con la regulación civil. En lo demás, los supuestos son los mismos.

Los presupuestos de la acción pauliana, con los que inicia el autor su estudio, son una relación obligacional, o sea, un crédito existente; una enajenación o disposición patrimonial otorgada por el deudor de la anterior obligación; un perjuicio producido al acreedor porque esta enajenación impide que la obligación pueda cumplirse (*eventus damni*); que tal enajenación se haya efectuado con la intención de sustraer a la acción ejecutiva del acreedor (*consiliumfraudi*); que el adquirente sea cómplice en el fraude si la enajenación fue onerosa; que el acreedor no tenga otro medio para obtener el cumplimiento de la obligación; y, por último, que la cosa enajenada pueda ser restituida, pues en otro caso surgirá la obligación de indemnizar.

Dándose estos supuestos, la acción pauliana deshace la enajenación, considerándose como si no hubiese sido transmitida la cosa en la parte necesaria

para cubrir el crédito perjudicado; el adquirente viene obligado a restituir la cosa adquirida al patrimonio del deudor, del cual salió.

En el Derecho romano se consideraban requisitos específicos el perjuicio o elemento objetivo (*eventus damni*) y la intención de defraudar en el enajenante (*consilium fraudis*). Caso de tratarse de una enajenación a título oneroso se requería, además, que el adquirente fuera cómplice en el fraude (*consocius fraudis*); no así si se trataba de un adquirente a título lucrativo. La doctrina pura romana pasó a los códigos latinos y ha sido recogida también por el español.

ROCA-SASTRE trata de exponer los efectos de la acción pauliana en nuestro Derecho, saliendo al paso de algunas interpretaciones que considera no exactas, aun dentro del campo del Derecho civil, para después pasar a la aplicación que de este supuesto hace el artículo 37 de la Ley Hipotecaria.

En primer lugar estudia los efectos de la acción pauliana respecto a los subadquirentes, o sea, los que adquirieron del adquirente en el acto dispositivo fraudulento revocable. Estos son los verdaderos terceros, pues el primer adquirente no es tercero sino parte con relación al enajenante.

Si en la simple acción rescisoria el problema se ventila entre las partes del negocio que se pretende revocar, en la acción pauliana no sucede así, y esto explica su especial naturaleza y efectos.

La enajenación fraudulenta es un acto jurídico reprobado por el Derecho. Si se trata de una enajenación onerosa, responde a una motivación ilícita; el deudor enajena para sustraer a sus acreedores bienes fácilmente embargables, transformándolos en otros que oculta. Hay *consilium fraudis* si el adquirente conoce esta intención fraudulenta y coopera con ella aceptando la transferencia. Si la enajenación es a título gratuito, aunque el donatario desconozca la intención fraudulenta del donante, también nos encontramos con un enriquecimiento, igualmente ilícito, ya que el adquirente se enriquece a costa de los acreedores. El adquirente oneroso, cómplice en el fraude, es atacado porque se encuentra *ex delicto* y el adquirente lucrativo lo es porque se encuentra *ex injusta locupletione*.

Expuesta la posición del adquirente inmediato, ROCA pasa a examinar la del subadquirente. Una vez efectuada la enajenación fraudulenta, el adquirente puede vender, donar o hipotecar la cosa a un tercero. ¿Cómo actúa la acción pauliana respecto a este nuevo adquirente o titular? Si bien en principio la caída de la adquisición fraudulenta debe arrastrar a todos los derechos constituidos sobre ella, no obstante, deben quedar a salvo los derechos que han pasado a un tercero que adquirió a título oneroso si éste al tiempo de adquirir desconocía el vicio fraudulento que podría causar la destrucción de la titularidad del enajenante. No se salvan, por tanto, los subadquirentes a título gratuito nunca, ni los que lo sean a título oneroso que conocieran la fraudulencia del negocio.

Este es el sistema establecido en el Código Civil cuyo artículo 1.295 así lo dispone, si bien de un modo confuso respecto a los adquirentes a título lucrativo de buena fe. No obstante, ROCA entiende que este artículo 1.295 sólo se refiere a los adquirentes a título oneroso de mala fe y que, por lo tanto, sólo quiere proteger al subadquirente oneroso de buena fe, pues este precepto se halla al hablar de la rescisión de contratos onerosos.

Examinado el juego de la acción pauliana en el ámbito del Derecho civil, en la segunda parte del trabajo se entra en el terreno puramente hipotecario. Si la enajenación fraudulenta y la segunda enajenación a favor del subadquirente figuran inscritas, ¿qué sucede? El artículo 37 de la Ley Hipotecaria contesta a esto y lo hace en forma perfecta, según nos dice el autor.

Este precepto, dice, plantea cinco problemas principales:

1. ¿Cuáles son los terceros a que este artículo 37 se refiere? ¿Lo hace sólo respecto a los subadquirentes o también al primer adquirente? Este problema suscitó en su día una polémica entre VILLARES PICO y CAMPOS PORRATA. La jurisprudencia reiteradamente entiende que sólo se refiere a los subadquirentes, considerando que a los efectos del artículo 37, únicamente éstos son terceros. Esta es también la opinión de ROCA-SASTRE, pues los adquirentes del deudor no son terceros ni con relación al acto que se impugna o discute ni con relación al acreedor que acciona. El artículo 37 se refiere, pues, tan sólo a los subadquirentes; la misma Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria presupone que el tercero del artículo 37 es sólo el subadquirente cuando habla de proteger su derecho legítimamente adquirido o cuando recomienda la anotación de la demanda de rescisión antes de haberse inscrito la enajenación, lo cual supone siempre que la protección se refiere al subadquirente, o sea, al único tercero.

2. ¿En qué sentido emplea el artículo 37 el concepto complicidad en el fraude? La doctrina clásica, para negar protección al tercero o subadquirente, no exigía que fuera cómplice; era suficiente que conociera que la adquisición anterior había sido fraudulenta. En el artículo 37, si bien se habla de complicidad, entiende ROCA que lo hace en sentido amplio de conocimiento o no ignorancia de vicio fraudulento que afecta a la posición jurídica del transmitente. No usa el concepto de cómplice en sentido técnico, sino en el amplio de no ignorancia; se refiere a la fórmula de la buena fe hipotecaria, del desconocimiento de los vicios o inexactitudes que puedan afectar a la posición inscrita del transmitente.

El Registro se presume exacto e íntegro ante el adquirente oneroso de buena fe, que ignora toda situación o realidad jurídica no reflejada en el Registro. Pero si sabe extrarregistralmente que hay un vicio que puede producir la aniquilación de aquella adquisición, ésta le afectará aunque no esté traducida en los libros hipotecarios. La prueba es que si la acción pauliana se

ha reflejado en el Registro mediante la correspondiente anotación de demanda, aquella acción afectará al subadquirente, pues éste ya conocerá la amenaza que pesa sobre la titularidad del enajenante.

3. El artículo 37 de la Ley Hipotecaria dispone que la acción pauliana se dará siempre contra el subadquirente a título lucrativo, ya que no protege al tercero que adquiera gratuitamente, al igual que no lo hace el artículo 34 de la misma Ley.

El artículo 37 se produce en esto de forma plenamente técnica.

4. El artículo 37, en el último párrafo de su redacción existente en el momento de redactarse este trabajo, disponía que para que la acción pauliana pudiera afectar a los subadquirentes debía ejercitarse dentro del año siguiente a la primera enajenación, o sea, la fraudulenta. En la redacción actual es el penúltimo párrafo del artículo y el plazo se ha ampliado hasta cuatro años, de conformidad con el Código Civil.

5. El hecho de figurar inscrita la adquisición del primer adquirente, así como la del subadquirente, hace que, de momento, actúe el principio de legitimación registral, el cual funciona incluso tratándose de partes o terceros no inmunes.

Como final, el autor nos dice que el artículo 37 de la Ley Hipotecaria responde y encaja perfectamente con el juego de la acción pauliana y se trata de un precepto aceptable y que debe mantenerse.

6. *Crítica institucional del Código Civil* (Revista núm. 148, septiembre de 1940, págs. 497 a 515).

Creemos que este artículo es sólo una primera entrega de un más amplio trabajo inacabado de ROCA-SASTRE, como tendremos ocasión de ver seguidamente. Pues en el título se promete una crítica institucional del Código Civil en varias de sus partes y, sin embargo, sólo se publica la referente a su sistema hereditario. En la cabecera anuncia el autor que también estudiará los defectos institucionales relativos al momento de la sucesión, a la legítima, a la diferenciación entre la representación sucesorial y la *successio graduum et ordinum*; sin embargo, estos puntos no se han publicado, suponiendo que ni siquiera llegaron a escribirse y eso nos ha privado de conocer lo que ROCA-SASTRE opinaba de la regulación dada por el Código a estos temas, quedando reducida su crítica al punto concreto del sistema hereditario plasmado en el Código, visto desde la óptica del que el autor llama Derecho institucional o estructural.

Según él, éste es el Derecho que fija las líneas fundamentales o perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas. Construye los tipos o fórmulas básicas con las cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo, entre los varios modelos institucionales que le ofrece en cada materia, el que

más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo.

Para enjuiciar el sistema hereditario de nuestro Código Civil, ROCA-SASTRE lo enfrenta a los dos tipos que institucionalmente puede presentar esta institución que son el romano de la *sucessio* y el germánico de la *adquisitio per universitatem*. En el primero, el heredero se subroga en la misma posición jurídica del causante; en el segundo, el heredero adquiere todo el activo patrimonial del causante, pero con el gravamen de las deudas hereditarias.

En la organización patriarcal de la familia en Roma, el patér, más que titular de bienes, ejercía las funciones de jefe doméstico; i tenía más bien un *imperium* que un *dominium* y al morir el jefe había que sustituirlo por otro. La expresión de este fenómeno era la *sucessio*; el heredero sucede, se coloca o se subroga en todo el elemento o posición jurídica del *deuius* y por efecto de esa subrogación el heredero se convierte en titular activo de los derechos, créditos y acciones del causante y es titular pasivo de las deudas y obligaciones del mismo.

En el sistema germánico el principio fundamental es que el heredero no se subroga en la posición jurídica, sino que, simplemente, adquiere bienes y derechos. Al concepto romano de la *sucessio*, el sistema germánico opone el de la *adquisitio*, aunque lo sea *per universitatem*.

A continuación, para más aclarar estas ideas básicas, ROCA expone en paralelo los principios a que responden los dos sistemas:

I. En el sistema romano, el heredero sucede en una posición jurídica, mientras que en el germánico adquiere bienes o derechos. Hay que insistir que en el criterio diferencial entre la *sucessio* y la *adquisitio per universitatem*.

II. El título o condición de heredero tiene en el sistema romano un carácter eminentemente personal, mientras que en el germánico tiene una naturaleza patrimonial.

III. La *sucessio* es una consecuencia o efecto de la obtención del título de heres, bien sea por vía de la ley o por la voluntad del causante. La *adquisitio per universitatem* es una consecuencia de haberse efectuado en favor del heredero una disposición de la titularidad o una cuota del haber hereditario. En el sistema romano la cualidad de heredero depende del nombre y no de la atribución patrimonial, como en el sistema germánico.

IV. El testamento romano es un acto solemne de nombramiento de sucesor o heredero. El testamento germánico es un acto jurídico de disposición de bienes, asimilable a una donación. Por eso en Derecho romano es requisito esencial o constitutivo del testamento la cláusula de institución de heredero y en el sistema germánico el testamento es un simple modo de adquirir bienes a título gratuito, desprovisto de toda idea de conferir soberanía familiar.

V. En el Derecho romano no es posible una herencia sin heredero; de aquí las precauciones de establecer los estímulos de las cuartas falcidia y trebeliánica. Por el contrario, en el sistema germánico no es necesario que exista heredero, pudiendo el testador distribuir la herencia íntegramente en legados.

VI. Para que el testamento romano subsista con eficacia es preciso que el heredero instituido llegue a serlo, pues si por premoriencia, repudiación u otra causa no llegaba a ser heredero el designado, el testamento quedaba desierto, resultando ineficaces todas las disposiciones testamentarias. En cambio, en el sistema germánico, el testamento subsiste, contenga o no institución de heredero, y llegue o no a serlo el instituido.

VII. En el Derecho romano existe una diferenciación enérgica entre el heredero y el legatario, derivada del hecho de que aquél sucede al causante y éste simplemente adquiere. En el sistema germánico la distinción entre heredero y legatario es borrosa, pues ambos son simples adquirentes de bienes.

VIII. Para que se produzca la sucesión en el sistema romano es suficiente que se haya designado heredero, pues basta con el *nomen heredis*, siendo indiferente la asignación que el testador le haga. En cambio, en el sistema germánico la cualidad de heredero no depende del nombre, sino de la forma de la atribución patrimonial.

IX. La figura romana de los herederos *ex re certa* es desconocida en el sistema germánico.

X. En el sistema romano cabe la existencia de una *hereditas sirte nullo corpore* y aún una *damnosa hereditas* si el pasivo hereditario absorbe al activo. Bajo el concepto económico o patrimonial del sistema germánico no se concibe la existencia de una herencia que no implique adquisición de bienes a favor del heredero.

XI. En la herencia romana hay un patrimonio global constituido por un activo y un pasivo, en los que se subroga jurídicamente el heredero, el cual responde *ultra vires* de las deudas hereditarias, a no ser que acuda al beneficio de inventario, que es una institución romana que libra de responsabilidad hereditaria a los bienes propios del heredero. En el sistema germánico las deudas no son integrantes del patrimonio relicto, por lo que el heredero sólo adquiere el activo y no es preciso el beneficio de inventario.

XII. Es principio sucesorio romano la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada; si la institución de heredero comprende sólo una parte de la herencia, el heredero extiende su derecho sobre la parte de la herencia no dispuesta por el testador. Por el contrario, en el sistema germánico, el título de heredero carece de aquella fuerza expansiva, ya que, tratándose de una simple adquisición de bienes, el heredero no puede adquirir más de los que haya atribuido al causante.

XIII. El principio *semel heres semper heres* es también esencial en la sucesión romana; quien llega a ser heredero no deja nunca de estar investido de esa cualidad. El sistema germánico se funda en un criterio estrictamente patrimonial, el heredero simplemente adquiere bienes y cabe sujetar las adquisiciones a plazos y condiciones.

XIV. Según la doctrina romana, el prelegado o parte del mismo que grave la totalidad o una cuota de la herencia atribuida al heredero prelegatario, caduca o queda vacante y caso de existir otros llamados a la cosa prelegada, acrece a favor de éstos. Esta doctrina no puede tener aplicación en el sistema germánico, pues como en el todo depende de la disposición patrimonial del causante, es posible que los bienes hereditarios pasen al heredero en virtud de títulos jurídicos diversos, perfectamente compatibles entre sí.

XV. En la *usucapio* romana, si el causante poseía de buena o mala fe, su heredero continuaba o sucedía en la posesión bajo la misma característica o condición. En el sistema germánico el heredero es un simple adquirente y por ello la transmisión hereditaria es tratada institucionalmente como un simple traspaso patrimonial, en el cual transferente y adquirente ocupan su posición jurídica propia y por tanto no puede haber sucesión de buena o mala fe posesoria.

XVI. Es regla del Derecho romano que el heredero que muere antes de haber aceptado la herencia no transmite a sus herederos derecho alguno a aquella sucesión, o sea, que no se admite el *ius transmissionis*. En el sistema germánico ocurre todo lo contrario, se admite la transmisión, porque el heredero simplemente es llamado a verificar una adquisición patrimonial, sin consideración alguna a las cualidades del mismo.

XVII. En el sistema romano el heredero instituido bajo condición suspensiva que muere *pendentem conditionem*, no transmite a sus herederos ningún derecho a aquella sucesión. La lógica interna del sistema germánico impone la solución de que el derecho condicionado a heredar es una expectativa que forma parte del patrimonio del heredero y se transmite con su valor condicionado a los herederos de éste.

Vistas las características diferenciadoras, se pregunta ROCA-SASTRE cuál de los dos sistemas sigue el Código Civil español, y nos dice que, si bien algunos artículos del mismo parece como si se inspiraran en el sistema de la *sucessio* romana, no obstante, la mayoría de sus preceptos están informados por las líneas institucionales del sistema hereditario germánico. Esto demuestra, según él, que dicho cuerpo legal no está elaborado con perfecta lógica ni con técnica científica.

Cita como preceptos basados en el sistema romano los artículos 661, 1.003, 759, 739 y 659, entre otros. Pero la mayoría de artículos se producen a base del sistema hereditario germánico, como son el 667, 764, 891, 912,

768, 790 y 805, 442, 1.006, el 799 en contradicción con el 759, el 660, 668 y 669.

Estas y otras normas hacen que el Código Civil español deba considerarse inspirado en el sistema germánico; pero, con todo, tampoco adopta este sistema en toda su pureza, pues, como se ha visto, parece como si en lo fundamental del fenómeno subrogatorio que la sucesión implica mixtificara los dos tipos examinados. Esto pone en evidencia la falta de lógica institucional de nuestro Código.

Termina diciendo que los principios generales del Derecho, de los que habla el Código como fuente, deben ser los institucionales del sistema elegido. Y así, en la aplicación analógica de la ley positiva y al tratar de llenar las lagunas existentes en la legislación, estos principios inspiradores serán una abundante cantera para integrar la norma insuficiente. Entonces será cuando el llamado Derecho institucional aparecerá en todo su valor.

7. *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» y el Código Civil* (Revista núm. 336-337, mayo-junio de 1956, págs. 289 a 346).

Este trabajo, que se publicó en nuestra Revista previa autorización de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, está constituido por el discurso de ingreso del autor en la misma, como Académico de Número, y fue leído el 30 de abril de 1956.

Constituye un completo y acabado estudio de esta institución, de más importancia práctica en Cataluña que en el ámbito del Código Civil, analizándola en toda su amplitud.

Los fideicomisos, comienza el autor, constituyen una institución jurídica bastante abandonada por los juristas modernos, lo cual guarda contraste con la abundante literatura que produjeron en el Derecho intermedio. La ausencia de grandes tratados modernos sobre fideicomisos es seguramente la causa principal de que actualmente sea una de las materias menos elaboradas.

ROCA-SASTRE señala el clima de aversión general contra los fideicomisos, aunque después se haya notado alguna reacción a su favor. Se arremetió contra ellos porque eran la base sobre la que sostenían las clases nobiliarias su poderío económico, así como su potencia social y política; porque inmovilizaban la riqueza del país al impedir la libre circulación de los bienes; porque eran fuente de desigualdades entre los miembros de una misma familia al quedar para uno solo de ellos todo el patrimonio señorial; porque restringían la libertad de testar y porque, por su complejidad, eran fuente de litigios.

Pero el nuevo académico intenta situar las cosas en su debido sitio, diciendo que la sustitución hereditaria es una fórmula jurídica de repercusiones tan intensas que de ella debe hacerse en uso racional; se abusó tanto de los fideicomisos que se trocaron en nocivos, culminando en la absoluta abolición de toda clase de fideicomisos proclamada por la Revolución francesa.

El Código de Napoleón en su artículo 896 prohibió igualmente las sustituciones fideicomisarias, pero en los artículos 1.048 y siguientes, de una manera disimulada y sin emplear las palabras fideicomiso o sustitución, las admitieron aunque dentro de ciertos límites.

Al cabo de pocos años se produjo un movimiento rehabilitador de la institución, una vez comprobado que el fideicomiso, limitado a uno o dos grados, no tiene que repugnar en aquellas legislaciones en que era permitido instituir a los hijos de una persona determinada, aunque estuvieren por nacer.

En la corriente restauradora de los fideicomisos se ha llegado a hablar de que la sustitución fideicomisaria puede favorecer la política demográfica, ya que refuerza económicamente el núcleo familiar, proporcionándole nuevas formas de expansión.

Actualmente la sustitución fideicomisaria es admitida, con más o menos limitaciones, en numerosos países europeos, hispanoamericanos y aun otros de régimen jurídico inglés.

En España, la ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820, suprimió todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculación de bienes; pero siempre se estimó que la supresión se refería a los mayorazgos y vinculaciones perpetuas, quedando subsistentes los fideicomisos temporales. Hasta que entró en vigor el Código Civil quedaron en nebulosa los límites legales a que estaban sujetas las sustituciones fideicomisarias temporales en cuanto a su duración. En los artículos 781 y 785 del Código, la limitación se fija en el segundo grado o a personas que vivan al tiempo de fallecer el fideicomitente.

Entrando ya en el específico fideicomiso *si sine liberis decesserit*, ROCA recoge el concepto dado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1950, referida a un caso de Cataluña, diciendo que por él «el testador instituye heredero al hijo primogénito, y para el caso de que éste fallezca sin hijos o que éstos no alcancen la edad de testar, llama a otro hijo, y así sucesivamente a los demás hermanos, imponiéndoles el mismo gravamen restitutorio, hasta que se purifique la sustitución en favor de alguno o en su defecto, llegue a corresponder la herencia al último hijo, el cual será heredero libre, con lo que se establece una serie encadenada de instituciones cuyo orden prefija el testador dentro de las normas legales».

El Código Civil no contempla específicamente el fideicomiso *si sine liberis decesserit*, pero tampoco opone grandes dificultades para su posibilidad, y así opina ROCA que el testador puede instituir a uno de sus hijos y acumularle el tercio de libre disposición, el tercio de mejora y su cuota en el tercio de legítima y gravarle de fideicomiso *sine liberis* a favor de sus demás hijos sucesivamente. El tercio de mejora admite tal gravamen fideicomisario según el artículo 782 del Código y en cuanto a la porción legitimaria del fiduciario,

el testador puede obviar el obstáculo de la intangibilidad de la legítima por medio de la cautela Socini del artículo 820.

Otro apartado del discurso se refiere al estudio de este especial fideicomiso como sustitución fideicomisaria debido a su *carácter post mortem*. Con afirmar que el fideicomiso *sine liberis* es, por su propia esencia, una sustitución fideicomisaria y no un fideicomiso puro, sería suficiente, nos dice ROCA-SASTRE, si no fuera porque el artículo 781 del Código Civil, al pretender dar un concepto de sustitución fideicomisaria, más bien se produce como si diese el concepto de fideicomiso puro, ya que expresa que en su virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia. Este encargo de transmitir que emplea el artículo 781 constituye una expresión equívoca, porque el encargo es precisamente la nota típica del fideicomiso puro, mientras que en la sustitución fideicomisaria lo que hay realmente es un orden sucesorio impuesto por el mismo testador. Quizá se emplearon las palabras encargo de transmitir como equivalentes a las de obligación de entregar que usa en los artículos 783 y 785. Estas son las palabras que utilizan la generalidad de los códigos modernos, aunque la fórmula realmente adecuada es la obligación del fideicomisario de conservar y restituir los bienes afectados.

Este fideicomiso *si sine liberis decesserit* es, sin género de duda, una sustitución fideicomisaria condicional, ya **que** el gravamen sustitutorio solamente llega a ser efectivo en el caso de que el fiduciario fallezca sin dejar hijos. Es una condición de signo negativo condicionante de la actuación del fideicomiso, ya que si el fiduciario o anterior llamado a la herencia fallece sin dejar hijos, queda cumplida la condición y opera la sustitución fideicomisaria, mientras que si fallece dejando hijos la condición no se cumple y el gravamen fideicomisario se desvanece.

Lo corriente en estas cláusulas fideicomisarias es utilizar la palabra hijos sin expresar la calidad de los mismos. ROCA recoge las opiniones de los autores sobre el particular, que solían distinguir entre los legítimos y los naturales. Se consideraba lógico excluir a los adoptivos, porque no puede depender de la simple voluntad del fiduciario el hecho de estar o no gravado por el fideicomiso.

El gravamen fideicomisario debe subsistir durante toda la vida del fiduciario, a menos que desaparezca la posibilidad de que le sobrevivan fideicomisarios o que todos éstos renuncien a su derecho.

En cuanto a la cuestión de la disponibilidad de los bienes sujetos a fideicomiso *si sine liberis*, era norma admitida en el Derecho romano que el fiduciario condicional podía anajenar los bienes fideicomitidos, aunque quedando a salvo el gravamen fideicomisario y en el Derecho intermedio ésta era también una regla plenamente recibida. En el régimen de nuestro Código Civil, ROCA cree que hay que llegar a la misma conclusión y esto no sólo por lógica institucional, sino porque el legislador hipotecario ha sentado también

este criterio. El número 10 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria vigente permite que se hipotequen los bienes sometidos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante; y en la Ley Hipotecaria anterior, el artículo 109 era más explícito y se refería tanto a los actos de enajenación como a los de gravamen y en su último párrafo extendía esta disposición a los bienes poseídos en Cataluña con cláusula de sustitución pendiente, precepto que, naturalmente, se había aplicado a toda España.

El problema de los hijos puestos en condición no existe, como veremos, en el Código Civil, aunque tuvo gran importancia en el Derecho intermedio y en los lugares donde ha regido el Derecho romano. Se da específicamente en la sustitución fideicomisaria *sirte liberis*, especialmente en la de tipo escalonado, o sea, con varios fideicomisarios sucesivos. Como puede darse el caso de que el fiduciario fallezca sin dejar hijos, cuando ya había fallecido el primer fiduciario dejándolos, la cuestión consiste en determinar si estos hijos del fideicomisario premuerto al fiduciario entran en el fideicomiso en lugar de su padre, es decir, sin el hecho base de la condición *si sirte liberis deceserit*, los hijos puestos en condición son a la vez llamados al fideicomiso.

El Código Civil en su artículo 783 dispone que para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos; por consiguiente, según el Código, los hijos puestos en condición no se entenderán nunca llamados, por conjeturas que existan. Como declara la Resolución de 11 de junio de 1923, dicho precepto ha rechazado, en materia de fideicomisos, los llamamientos conjeturales.

El artículo 781 del Código Civil exige, para que las sustituciones fideicomisarias sean válidas y surtan efectos, que se respeten estas dos limitaciones: que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Sobre el significado de la palabra «grado», ROCA cree que no es igual a llamamiento en todo caso. La fórmula más procedente, según él, sería distinguir entre fideicomisos familiares, en que los grados son generaciones, y los no familiares, que equivalen a llamamientos.

En cuanto a la motivación finalista del fideicomiso *si sirte liberis deceserit*, si bien es, en general, de orden familiar, ésta actúa de diferentes modos en los varios tipos de sustituciones. En el fideicomiso *cum liberis* se prevé el hecho de la existencia de hijos, de suerte que, de dejarlos el fiduciario al morir, la sustitución tiene lugar a favor de ellos, mientras que en el fideicomiso *sirte liberis*, el hecho previsto es precisamente el contrario, o sea, la inexistencia de hijos, de manera que, de no dejarlos el fiduciario al morir, la sustitución opera corrientemente a favor del hermano o hermanos de este último y en su caso de los hijos del hermano premuerto. Esto es debido a que el objeto perseguido por el fideicomiso *sirte liberis* no es que la herencia pase

rígidamente a los hijos del fiduciario y después de éstos a los hijos de estos hijos, sino tan sólo evitar que la herencia del fideicomitente vaya a parar a personas extrañas a la descendencia de éste, que no pertenezcan a la estirpe de dicho fideicomitente.

Se termina el trabajo examinando la utilidad actual de los fideicomisos. Reconoce ROCA que ahora las sustituciones fideicomisarias han perdido frecuencia y alcance, pero continúan siendo un mecanismo idóneo para satisfacer determinados intereses en ciertos casos. Respecto al fideicomiso *si sine liberis decesserit*, su finalidad es verdaderamente útil, especialmente tratándose de patrimonios hereditarios de carácter familiar.

En cuanto al fideicomiso *cum liberis*, por el cual el testador grava a uno de sus hijos herederos de sustitución fideicomisaria a favor de los hijos de éstos, su utilidad es evidente cuando dicho hijo gravado de fideicomiso carece de las dotes de un buen administrador. Para estos casos, el fideicomiso constituye una medida de protección, no sólo para el gravado, sino también para sus propios hijos.

En lo tocante al fideicomiso de residuo, particularmente el de finalidad de consumo o de subsistencia del cónyuge viudo, también su utilidad es indudable.

Concluye afirmando que la utilidad de las sustituciones fideicomisarias persiste en la actualidad, aunque concede que para que puedan continuar prestando su función protectora de intereses en determinados casos, se requeriría la introducción de algunas reformas para armonizarlas con las necesidades de nuestros tiempos.

8. *Ensayo sobre el derecho de superficie* (Número extraordinario de la Revista, año 1961, págs. 7 a 66).

Para una ocasión extraordinaria, ROCA-SASTRE aportó un trabajo bien extraordinario en todos los sentidos. Se trataba de conmemorar el centenario de la Ley Hipotecaria y por ello la Revista Crítica emitió un número especial en el cual aparecieron unas colaboraciones dignas del acontecimiento.

Una de ellas es ésta que resumimos y que constituye uno de los estudios más cuidadosamente elaborados por el autor que ahora recordamos. El ensayo, como él lo titula, es un acabado y completísimo estudio, que ha marcado un hito en nuestra doctrina y al que acuden todos los que quieren tratar esta figura de la superficie. De ser antes tan esporádica, hasta el punto de calificar de epitafio don JERÓNIMO GONZÁLEZ, la simple referencia del artículo 1.611 del Código Civil, ha pasado ahora a estar en alza, gracias a las nuevas directrices de la normativa urbanística.

La concepción moderna es la que acepta ROCA al definir el derecho de superficie como el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separa-

da, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación preexistente.

Tras unos trazos históricos, analiza las características fundamentales de este derecho, siguiendo los puntos de la definición que antecede, con un detallado estudio doctrinal en el que sopesa las posturas de los distintos sistemas legales que han conformado esta figura y recogiendo de paso las opiniones doctrinales y las decisiones jurisprudenciales.

Examina los requisitos para la constitución del derecho, empezando, entre los elementos personales, por el concedente que ha de ser el propietario de la finca y ha de tener capacidad para disponer del inmueble. Como elemento real, el derecho de superficie puede recaer sobre o bajo suelo ajeno e incluso sobre una edificación ya construida. En cuanto a los modos y forma de adquisición del derecho, el modo normal será por negocio jurídico, que puede ser contrato o donación y también por testamento, por expropiación y se discute si puede ser por usucapión. Respecto al título instrumental, tanto la legislación del suelo como el artículo 16 del Reglamento Hipotecario exigen la escritura pública y la inscripción en el Registro con carácter constitutivo.

Entra en el examen de los efectos del derecho de superficie, empezando por los que se atribuyen al *dominis soli*: Derecho a la contraprestación económica, si así se pacta; derecho sobre las circunstancias de la construcción y derecho de tanteo y retracto. Y como derechos de superficiario, estudia el derecho a construir, el derecho a mantener su construcción en el suelo ajeno; derecho a disponer de la superficie y también derecho de tanteo y retracto.

Termina el ensayo con los supuestos más importantes de extinción del derecho de superficie: El transcurso del tiempo de duración fijado en el clásico supuesto de extinción de un derecho por su caducidad, es decir, por haberse agotado el tiempo de vida que se le señaló al ser constituido, dentro del plazo máximo determinado por la ley. El tránsito de la propiedad de la edificación al dueño del suelo es un fenómeno semejante al de la accesión, que se opera al transcurrir el plazo fijado.

También se extingue por no estar concluida la edificación dentro del plazo pactado y por abandono de sus derechos por parte del superficiario. Igualmente cabe la extinción por mutuo disenso, por expropiación forzosa, por confusión y por perecimiento de la construcción.

Todos estos supuestos son estudiados por ROCA-SASTRE, que completa la materia analizando las causas que son dudosas para producir la extinción, como la prescripción y la condición resolutoria y cuáles son los efectos que se originan respecto a las hipotecas y demás derechos reales que se hayan constituido sobre el derecho de superficie al extinguirse éste.

Según ROCA, de la regulación legal de este instituto puede deducirse que los efectos son distintos según que el derecho de superficie se extinga por caducidad, o sea, por el 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 edificación al dueño del suelo produce la extinción del derecho de hipoteca y demás derechos reales, mientras que subsisten en otro caso. Pero cuando la hipoteca u otros derechos reales ya gravaban el terreno al constituirse el derecho de superficie, por regla general se extienden y propagan a la construcción que posteriormente se efectúa.

9. *Trascendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861* (Revista núm. 412-413, septiembre-octubre de 1962, págs. 585 a 604).

Es el texto de la conferencia pronunciada por ROCA-SASTRE el 5 de mayo de 1961, con motivo del centenario de la Ley en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

El conferenciante empieza celebrando que este discurso le permita destacar los méritos que concurrieron y el alto grado de valentía que representó la formulación y aprobación de la Ley Hipotecaria de 1861, principalmente habida cuenta de la época en que la misma apareció y del estado en que entonces se encontraba la legislación sobre la materia.

Dijo que los legisladores que prepararon y llevaron a buen fin la Ley Hipotecaria de 1861 se dieron perfecta cuenta de la importancia que la misma entrañaba para el régimen de la propiedad inmueble de España y hay que reconocer que su esfuerzo fue considerable, por lo que dicha Ley es merecedora de los más cálidos elogios, no sólo por el elemento normativo que desarrolló en torno a su objetivo fundamental de proteger registralmente al tercero adquirente y con ello asegurar el tráfico inmobiliario, sino también por el valor de los elementos que en estado primario, o todavía no desenvueltos por completo, en ella se contenían.

La Comisión redactora resaltó en la magnífica Exposición de Motivos los objetivos que se proponían en la Ley:

- Asentar la propiedad territorial sobre sólidas bases que le dieran firmeza, seguridad y certidumbre, mediante la publicidad de las transmisiones del dominio de inmuebles y la constitución y transmisión de los derechos reales sobre los mismos.
- Y establecer la publicidad de las hipotecas para facilitar la obtención de dinero a los propietarios de bienes inmuebles y garantizar debidamente a los que se lo prestaron.

La preocupación básica fue ciertamente la hipoteca, como lo muestra la propia denominación dada a la norma, Ley Hipotecaria, aunque CÁRDENAS, uno de los miembros de la Comisión, la calificara de Código de propiedad territorial, en cuanto que precisamente la propiedad inmueble es la base de la hipoteca.

Respecto al aseguramiento de la propiedad inmobiliaria por medio del Registro, el aspecto concreto al que se atribuyó más importancia fue el de la protección de terceros adquirentes, a base de hacer prevalecer el título inscrito sobre el no inscrito en hipótesis, tales como la de la doble venta, ampliando la protección dentro de la pauta fundamental de que lo no inscrito en el Registro no podrá perjudicar al tercer adquirente que, amparado en él, hubiese registrado su adquisición.

La cuestión típica de la doble venta fue resuelta por nuestros juristas clásicos conforme a la solución romana de dar preferencia al comprador que antes hubiera obtenido la tradición de la cosa vendida. El proyecto del Código de 1851, que ya adoptaba el sistema inmobiliario del Registro, disponía en su artículo 1.859 que pertenecería la propiedad al que hubiera inscrito antes su título. La Ley Hipotecaria de 1861, en forma más general, dispuso en su artículo 23 que los títulos inscribibles que no se hayan inscrito no podrán perjudicar a tercero. Y después, el Código Civil en su artículo 1.473, recogió la norma del proyecto de 1851, disponiendo que en caso de doble venta de un mismo inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Sigue diciendo ROCA que la importancia que desde un principio tuvo el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 es evidente, aunque la doctrina científica no penetrara entonces más a fondo en el estudio del papel desplegado por la inscripción, según este precepto, en el sistema registral adoptado, tanto respecto al íntimo proceso adquisitivo del tercero inscrito como en lo concerniente a la repercusión posible de la inscripción en orden a la tradición como modo de adquirir.

El primero de dichos problemas consiste en determinar, en relación con el artículo 23 de la primera Ley Hipotecaria (ahora art. 32), si la inscripción practicada de su título por el segundo comprador desempeña un cometido de factor esencial constitutivo de la adquisición, o bien si esta inscripción sólo actúa como factor de simple refuerzo, robustecimiento o consolidación de la adquisición, originando la ineficacia de la compra anterior no inscrita. Esta cuestión del valor constitutivo de la inscripción ha originado abundante controversia y ROCA opina que en España predomina el criterio de que la inscripción no surte efectos propiamente adquisitivos entre las partes contratantes, sino tan sólo respecto de determinados terceros.

Y respecto a la influencia que dicho artículo 23 pudo tener sobre la tradición como modo de adquirir, aunque algunos opinaron que ésta quedó sustituida por la inscripción, ROCA cree que la doctrina dominante considera subsistente el mecanismo transmisivo de los contratos de finalidad traslativa seguidos de la tradición respecto al dominio y demás derechos reales que entrañan posesión.

Pero, naturalmente, la Ley Hipotecaria de 1861 no sólo tenía el artículo 23 con un contenido sustantivo o material, sino que fue mucho más allá y ha avanzado aún más en sus posteriores reformas. Efectivamente, con su artículo 34 y los artículos 36, 37 y 38 que lo complementaron, la Ley Hipotecaria de 1861 imprimió al sistema que instauraba un notable avance en la protección que con estos principios brindaba la Ley, tal como se articularon y entendieron; pero, dice ROCA, sentaba un criterio que si no era del todo completo, inmunizaba en gran parte al tercero inscrito respecto a determinadas acciones, que de otra manera podían haberle perjudicado.

Según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, las adquisiciones que el tercero derivare de quien, según el Registro, aparecía con derecho para ello, una vez inscritas, no podían invalidarse ni resolverse por el ejercicio de acciones que anulasen, resolviesen o revocasen el derecho del otorgante, salvo que lo fuesen en virtud de título anterior inscrito o de causas que resultaren claramente del Registro. El artículo 34 y sus concordantes respondían a la regla de que lo no inscrito no podía perjudicar a terceros adquirentes protegidos; pero así como lo no inscrito era, para el artículo 23, los títulos anteriores al inscrito, en cambio para el artículo 34 eran las acciones de nulidad no emanadas de títulos inscritos o cuyas causas no resultaren claramente del Registro.

Las reformas ulteriores de la Ley Hipotecaria no han afectado estructuralmente al artículo 23 (ahora 32), pero sí al artículo 34, lo que es comprensible, según el conferenciante, porque éste requería más audacia legislativa. Tras varios retoques, en la reforma de 1944-46 se sustituye la antigua redacción por otra más expresiva de la idea de que al tercero se le protege porque se presupone que adquirió confiado en el contenido del Registro, merced a lo cual el sentido negativo antiguo del amparo registral, es cambiado por el positivo del mantenimiento del tercero en su adquisición frente a las acciones que pudieran enervarla, siempre que en los asientos no constaran claramente las causas.

Termina la conferencia reiterando el juicio favorable a la Ley Hipotecaria porque, además, introdujo en nuestro ordenamiento estos otros criterios fundamentales:

1. El sistema de **registro** por fincas, que mediante abrir una hoja a cada una de ellas, establece una regla de orden en el modo de llevar los Registros, con importantes repercusiones para la aplicación y efectividad de los principios hipotecarios de carácter material.
2. Es digno de alabanza el criterio de extender la inscripción en el **Registro** a todos los actos y hechos jurídicos que implicasen mutación jurídica de trascendencia real inmobiliaria, sin distinguir entre actos *inter vivos* o por causa de muerte.
3. Gracias a esta medida se hizo posible implantar el principio de *tracto sucesivo* o de continuidad registral.

4. También estableció la Ley Hipotecaria de 1861 los principios de especialidad, legalidad, rogación y prioridad.

No adoptó, en cambio, el sistema de inscripción constitutiva, ni tampoco la obligatoria o forzosa. Ha sido posteriormente, por obra del Código Civil, cuando se ha considerado constitutiva la inscripción para el derecho de hipoteca.

En definitiva, ROCA-SASTRE proclamó en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación las excelencias de la Ley Hipotecaria de 1861, a la que calificó de admirable, no sólo por su estricto contenido normativo, sino también por su fondo potencial, que posteriores reformas legislativas han desenvuelto y que han situado a nuestro sistema inmobiliario registral a la altura de las legislaciones progresivas y modélicas en la materia.

10. *El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma* (Revista núm. 446-447, julio-agosto de 1965, págs. 781 a 829).

En su libro «Derecho Hipotecario», de todos conocido, ROCA-SASTRE, al estudiar el principio de fe pública registral ha venido a mantener, en sus sucesivas ediciones, que tal principio se basa en los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria que no son más que el aspecto positivo y negativo, respectivamente, de una misma protección. Según el artículo 34, el adquirente de buena fe a título oneroso, queda protegido por la inscripción de su título; el artículo 32, desde una postura negativa, establece que lo no inscrito no perjudica. En ambos casos, el tercero es el mismo, sólo que visto desde distintas perspectivas.

Esta es la que ha sido llamada tesis monista del tercero hipotecario, que considera que tanto el artículo 34 como el 32, aunque sea en distinto grado, son ambas expresión normativa del principio de la fe pública.

Por el contrario, otros autores entienden que el tercero del artículo 34 es distinto del tercero del artículo 32, constituyendo la llamada tesis dualista, que pretende que en nuestro sistema hipotecario conviven dos sistemas diferentes, que son el de la transcripción, encarnado en dicho artículo 32, y el de la fe pública, del que es expresión el artículo 34, con dos terceros distintos, que algunos denominan latino y germánico, respectivamente.

ROCA-SASTRE en este trabajo, último de los que publicó en nuestra Revista, defiende su tesis, la llamada monista, de equiparación del tercero contemplado en los dos citados preceptos hipotecarios, empezando por exponer ampliamente los argumentos de los defensores de la denominada tesis dualista, para pasar después a impugnarlos.

Son varios los autores que defienden la tesis dualista, y aquí se recogen las opiniones de NÚÑEZ LAGOS, BALLARÍN, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, ALONSO FER-

NÁNDEZ, VILLARES, LACRUZ, LA RICA y TIRSO CARRETERO. En aras de la necesaria concisión que nos impone esta recensión, hemos de limitarnos a resumir lo que dice NÚÑEZ LAGOS.

Este último sostiene que el tercero de los artículos 13 y 32 es distinto del tercero del artículo 34. En los artículos 13 y 32, la relación jurídica determinante es ajena al Registro; en el artículo 34, esta relación jurídica está dentro del Registro, en el asiento precedente al del tercero. El tercero del artículo 32 es un tercero civil que inscribe; las acciones reales perjudican directamente al tercero civil, salvo que inscriba; para este tercero, el Registro es un burladero. En cambio, el tercero del artículo 34 es un tercero hipotecario, definido con referencia al asiento precedente, del que deriva su titularidad; es un sucesor o causahabiente a título singular, al que se protege contra las acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su causante o transmitente. El tercero del artículo 32 es el sujeto pasivo, directo e inmediato de una acción confesoria o hipotecaria no inscrita y su cualidad de tercero es una excepción procesal; por el contrario, el tercero del artículo 34 no es sujeto pasivo de la acción, pues ésta va dirigida contra su causante y su cualidad de tercero no es propiamente una excepción, sino una objeción. Para que el tercero del artículo 34 quede inmune son precisos los requisitos de la doble inscripción, el título oneroso y la buena fe, mientras que al tercero del artículo 32 le basta la inscripción.

ROCA-SASTRE impugna la tesis dualista que pretende encuadrar en dos sistemas dispares los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, lo cual, nos dice, es inadmisibles por carecer de fundamento, debido a múltiples razones, exponiendo las que, a su juicio, son más importantes:

A) La formulación legislativa del principio de la fe pública registral, cuyo precepto básico es el artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria, hace que el artículo 32, como otros de la misma Ley, rijan en función de aquél, por significar tan sólo uno de los varios supuestos de posible inexactitud del contenido del Registro, que son objeto de aplicación de aquel precepto fundamental del artículo 34 de la Ley. Así explaya su aplicación a todos los posibles supuestos de inexactitud registral.

B) ROCA considera de toda evidencia la circunstancialidad de las diferencias existentes entre los artículos 34 y 32, que los partidarios de la teoría dualista pretenden elevar a la categoría de sustanciales, hasta el punto de considerar a estos artículos, uno como exponente del sistema de fe pública y otro del de transcripción. Sigue diciendo que tanto el artículo 34 como el 32 obedecen a un dispositivo unitario de protección del tercer adquirente que reúna las condiciones requeridas, por lo que esta unidad anula las pretendidas diferencias entre ambos preceptos.

C) Los partidarios de la tesis dualista se producen como si el artículo 32 de la Ley Hipotecaria fuese una norma privativa de los sistemas de

transcripción y extraña a los sistemas de fe pública registral, cuando lo cierto es que también existe en éstos. El artículo 32 da la falsa impresión de que en estos sistemas no puede acaecer un supuesto de inexactitud del Registro por no haberse inscrito un título o relación jurídica inmobiliaria; sin embargo, las cosas no ocurren así, pues el supuesto que prevé el artículo 32 no es exclusivo de los sistemas de transcripción, sino que también puede integrar uno de los supuestos de inexactitud registral contemplados con amplitud por los sistemas de fe pública del Registro.

D) El artículo 40 de la Ley Hipotecaria es el precepto clave, según sigue defendiendo ROCA, que desvanece toda duda que pueda ofrecerse a quienes aceptan la teoría dualista. Porque no es exacto, sigue, que el artículo 32 sea tan sólo una norma propia de los sistemas de transcripción, ni es tan sólo expresión del caso de la doble venta del artículo 1.473 del Código Civil.

E) Los sistemas de transcripción, como regímenes inmobiliarios no evolucionados, solamente contemplan en su prístina pureza la pugna entre títulos incompatibles, principalmente cuando el de fecha más moderna se ha anticipado en la transcripción. En esta pugna puede existir la fórmula mágica del *prior tempore potior iure*; pero en los sistemas de la fe pública, aunque también juega la prioridad, se condiciona no sólo a la validez del negocio adquisitivo del tercero, sino también a su buena fe.

F) Como argumento final, ROCA dice que el tercero hipotecario, único existente en nuestro sistema y, por tanto, incluso el que indica el artículo 32, debe reunir todos, absolutamente todos, los requisitos o circunstancias exigidos por el artículo 34 de la misma Ley, pues el tercero hipotecario, a pesar de sostener algunos que son varios, recibe en este aspecto el mismo e idéntico tratamiento en punto a las condiciones complementarias que ha de reunir para ser tal y recibir, en consecuencia, la protección de la fe pública del Registro. Ningún tercero, en nuestro sistema, dice ROCA, puede ser protegido con sólo inscribir el acto adquisitivo, debiendo reunir en todo caso y como mínimo las cuatro exigencias del artículo 34 que son aplicables al artículo 32.

Y con esto, dice nuestro autor, damos por concluso el estudio del problema de la relación que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria guarda con el artículo 34 de la misma.

Esto se escribía en 1965. La cuestión ha seguido viva y discutida en los años posteriores, pero a esto ya no alcanza el trabajo que nos habíamos propuesto, limitado de reflejar la doctrina que don RAMÓN MARÍA ROCA-SASTRE en las páginas de nuestra Revista.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Consejero-Secretario de la Revista