

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

Año VII

Abril de 1931

Núm. 76

El heredero aparente ⁽¹⁾

(Conclusión.)

TEORÍA DE CARETTE.

Este autor expuso su sistema en una nota publicada sobre un *arrêt* de la *Cour de Orleans* de 27 de Mayo de 1836.

Dice que si el legislador ha debido, en algunos casos y por la fuerza de las cosas, derogar el precepto general de que la venta de cosa de otro es nula, debe ser precisamente en el caso del heredero aparente que enajena un bien determinado a un tercero adquirente de buena fe. «Evidentemente—dice—, esta cuestión no ha sido prevista por el legislador. Sin embargo, cuando ella se presente al Juez es un deber para él el resolverla. En este caso, como en todos los semejantes, su misión se agranda, se eleva desde una esfera restringida hasta la altura de la del legislador mismo. Es entonces por consideraciones de equidad, de orden público, de economía política, que está obligado a decidir», y se declara partidario de la validez sostenida por la jurisprudencia francesa.

Para él todos los argumentos de textos invocados de una parte y de otra son extraños a la cuestión, y en ningún artículo de la ley se puede encontrar la solución; por ello, ante el silencio del legislador, otorga al Juez un poder absoluto, afirmando que él

(1). Véanse los números 71, 74 y 75 de esta Revista.

legislador ha rodeado a los terceros de una solicitud constante, y concluye diciendo que la buena fe de éstos bastará para justificar la teoría de la validez, aunque el heredero aparente fuere de mala fe.

Pero ¿cómo sostener que si no de un texto expreso, cuanto menos del espíritu de toda una legislación tan completa como la del Código napoleónico, no se derive ningún principio que permita resolver la cuestión?

Y, como dice Demolombe (1), si no se encuentra en la ley misma una excepción para sustraerla a los principios generales, el derecho de propiedad triunfa, y he aquí la acción en reivindicación abierta contra los terceros adquirentes; pero además es peligrosa la teoría de otorgar tales poderes al Juez. «Si la jurisprudencia—escribía Saleilles (2)—es impotente desde el punto de vista de la supresión y de la abrogación de las leyes, es todavía más impotente cuando se trata de crear todo un organismo de conjunto e introducirlo en la ley.»

I.—TEORÍA DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA.

La divergencia de sistemas construídos por la doctrina forman un verdadero contraste con la uniformidad de motivos dados por las sentencias en favor de la validez de las enajenaciones por el heredero aparente. La idea dominante, que se encuentra expresada en la mayoría de las decisiones judiciales, es que es contrario a la equidad y al interés social el anular semejantes ventas: desde el momento que los terceros con quien el heredero aparente trató eran de buena fe, hay una razón suficiente para no revocar las situaciones adquiridas, y desde el final del siglo XIX, la jurisprudencia se ha mostrado más cuidadosa por los intereses del crédito que de la observación estricta de las reglas jurídicas, y han sido una ínfima minoría y casi una excepción las decisiones judiciales que anularon las constituciones de derechos reales consentidas por el heredero aparente.

(1) Demolombe, *Traité de l'absence*, t. II, núm. 249, pág. 304.

(2) *Bulletin de la Société d'Etudes Legislatives. Questions*, núm. 10, página 79.

Siendo en especial y en la última fase evolutiva de la jurisprudencia francesa el principal y único argumento invocado la máxima *error communis facit jus*, a la cual vamos a dedicar una breve atención.

La buena fe de los terceros no bastaría para validar las enajenaciones del heredero aparente si no fuera porque aquélla reposa sobre una creencia general, sobre un error común a todos aquellos que conocieron al heredero y que, viéndole al frente de la herencia en virtud de un título al parecer incontestable, le consideraron como el verdadero dueño de la sucesión.

a) *Teoría de Valabregue* (1):

En 1890, siendo Valabregue consejero de la *Cour d'Appel* de Aix, fué el primero en construir sobre la máxima anterior toda una teoría jurídica, pero no pasó de un ensayo.

Se limitó a enumerar los casos en que los Tribunales apoyaban sus decisiones sobre la vieja máxima, haciendo resaltar los argumentos de equidad y de tradición que inspiraban a los jueces sus sentencias, extendiendo las soluciones dadas incluso a hipótesis que en la práctica no se habían presentado todavía; pero no da ningún fundamento jurídico a su tesis y se contenta con preguntar que si en efecto la máxima es o no aplicable; lo que será preciso examinar es si se aplica o no con razón, si la regla merece o no conservar la autoridad de que hoy goza.

Para Valabregue, la máxima ha sido acogida por los códigos y consagrada ya por el Consejo de Estado en su resolución de 2 de Julio de 1807. El caso fué el siguiente: el Consejo de Estado, en virtud de la Constitución del año VIII, tenía el poder de interpretar las leyes y sus resoluciones tenían fuerza legal; los secretarios de Ayuntamiento habían expedido bajo su firma numerosos certificados de los Registros de estado civil; después de la ley de 28 de Pluvioso del año VIII, estos empleados dejaron de ser funcionarios públicos, y no tenían, por tanto, cualidad para hacer auténticos los certificados que firmaban; sin embargo, la mayoría de estos documentos habían sido legalizados por la autoridad competente, y un cierto número de ellos habían producido efectos ante los Tribunales, sirviendo de base a sus sentencias; y

(1) Valabregue, *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, 1890.
t I, pág. 30.

se preguntó cuál sería la suerte de estos actos, contratos y sentencias en los cuales esos certificados se habían utilizado.

Deberían anularse o habría, por el contrario, respecto a los terceros un error casi invencible que debía validarlos a todos. El Consejo de Estado, consultado sobre esta cuestión, se pronunció claramente por la aplicación de la máxima y la validez de los actos, en consideración al interés general que entraña en juego. «Considerando... 4.^o Que de todos los tiempos y de todas las legislaciones el error común y la buena fe han bastado para cubrir en los actos y hasta en los juicios las irregularidades que las partes no habían podido ni prever ni impedir.. Estos actos susodichos debían gozar de la autenticidad.»

b) *Teoría de Loniewsky* (1):

Después de Valabregue y más recientemente, Loniewsky, en una tesis doctoral muy interesante sostenida el año 1905 ante la Facultad de Derecho de Aix, ha intentado definir el papel actual de la máxima, y en definitiva ha concluido que el error podía crear un derecho, y por ende, que las adquisiciones hechas por los terceros al heredero aparente eran oponibles al heredero real.

Loniewsky investiga, por de pronto, el origen de la máxima *error communis facit jus*.

Todos los romanistas, como Crocio (2), Cujas, Duranton, Dalloz, Solon, Accarias y Valabregue acostumbran a atribuir el origen a una ley (3) especialmente dictada para regular la suerte de los actos realizados durante la judicatura de un esclavo llamado Barbarius Philippus, que ocultó su condición, y en la ignorancia de su verdadero estado fué elevado a la pretura; el día que se descubrió que Barbarius no era un *homo liber*, se planteó la cuestión de la suerte de los actos que había ejecutado durante sus funciones. Ulpiano admite su validez, pero como afirma Loniew-

(1) Loniewsky, *Essai sur le rôle actuel de la maxime «error communis facit jus»*, Tesis, Aix, 1905.

(2) Grotius, *de jure belli ac pacis*, lib. I, cap. IV, pár. 15: Cujas, *Observations*, lib. 28, cap. XXVIII: Duranton, t. 13, núm. 77: Dalloz, *Jur. gen. V.^o obligation*, núm. 3.002: Solon, *Théorie sur les nullités des conventions et des actes de tout genre*. Paris, 1833, núm. 370: Accarias, *Précis de Droit romain*, t. I, pág. 100, nota 1: Valabregue, ob. cit.

(3) L. 3. *Digeste de offic. proet*; lib. I, tit. 14.

ky, si ello es cierto, no lo es menos también que el jurisconsulto Ulpiano no invoca jamás aquella máxima en favor de su tesis, y, por lo tanto, nada permite suponer que Ulpiano ni siquiera hubiera pensado en ella.

Oiros autores, como Merlin y Valabregue (1), pretenden encontrar el origen del principio en una ley del Código (2); se trataba de un laudo o arbitraje pronunciado por unos magistrados creídos, hombres libres, y que al ir a ejecutar la sentencia habían retrotraído en el estado de esclavitud. Su decisión, nos dice el texto, tenía, sin embargo, la autoridad de cosa juzgada; esta solución podía justificarse también con la máxima, y, sin embargo, esa ley no nos habla para nada del error común.

No se encuentra tampoco en otros textos (3), que han sido sin embargo citados como testimonios formales de que los romanos aplicaban la máxima; es, pues, equivocado, concluye Loniewsky, el atribuir al adagio un origen romano.

El primer monumento donde se plantea verdaderamente esta cuestión, es en la Gran Glosa de Accursio, aparecida en el siglo XVIII (1182-1270) y que dilucida la suerte de los actos de la judicatura de Barbarius Philippus (4).

Bartolo cita la máxima siempre, a propósito de la misma ley (5), y a partir de este momento, todos los jurisconsultos se ponen de acuerdo, así como la jurisprudencia, en invocar la máxima de una manera corriente, y se produce en esta época el hecho curioso de atribuir a las leyes romanas una paternidad que sólo es atribuible a los glosadores. Los jurisconsultos confundieron la ocasión con la causa, y citaban como contenido la má-

(1) Merlin, Rep. de Jurisprudence vº. Erreur; Valabregue, ob. cit., página 33.

(2) Cod. de sent. e int.: lib. VII, tit. 45.

(3) L. 3. Dig. De Supellectile legata, lib. XXXIII, tit. 10: L. 1. Cod. de tex., lib. XVI, tit. 23; pár. 7. Institutes de text. ordin., lib. II, tit. 8; L. 1. Cod. Ad sen. Maced., lib. IV, tit. 28; L. 3 y 19 Dig. De sen. Maced., libro XIV, tit. 6.

(4) Los *affranchissements*, dice Accursio, serán válidos: «Libertas data ab eo qui postea servus pronunciatur valet et notatur hic quod circa factum error communis facit jus.

(5) Aut ultrum error communis habilitet et dico habilitet. Nam error populi pro veritate habetur ut hic et jus facit.

xima todos los textos romanos donde era posible encontrar al error común un caso de aplicación, y este anacronismo, dice Loniewsky, tiene más importancia de la que parece, y puede ser, quizás, la causa de que en las codificaciones napoleónicas no se reservara ningún puesto al error común; la máxima, en el antiguo derecho, había sido afirmada y citada, pero jamás discutida, y los textos romanos de los que habían creído se derivaba, no contenían, tampoco, a este respecto, ninguna controversia. Si nos remontamos a la época de la codificación del siglo XIX, todavía el derecho romano pasaba por ser la razón escrita, verdadera fuente de derecho supletorio, y no es extraño que el silencio se guardara respecto al *error communis*. Los redactores pensaron, sin duda—si es que verdaderamente meditaron sobre este punto—, que el adagio latino era un axioma del derecho que no tenía necesidad de ser consagrado, y que era inútil que un texto expreso de la ley viniera a confirmar lo que ya se tenía por evidente. Para Loniewsky, de quien es el razonamiento anterior, ningún texto había previsto la máxima.

En cuanto al dictamen del Consejo de Estado citado antes, Loniewsky reconoce que en sus motivos consagra formalmente el adagio, pero también reconoce, y afirma, que ese dictamen no se refería para nada a una cuestión de propiedad; regulaba simplemente una cuestión de estado civil de la que no se puede elevar a la doctrina ni deducir el principio de que el propietario no puede ser despojado de sus bienes; no se puede generalizar tanto lo establecido con ocasión de un caso particularísimo, lo cual sería caer en la arbitrariedad.

De otra parte, el Consejo de Estado, solamente en los motivos, habla de la máxima, y como el Consejo de Estado, en sus dictámenes, no tuvo jamás otra fuerza que la interpretativa y no dispositiva, puesto que no tenía más misión que el desenvolver el sentido de las leyes a petición del jefe del Estado y sobre las cuestiones de derecho que le eran presentadas, resultaría por demás exagerado el deducir las consecuencias anteriores.

En resumen, para Loniewsky, la tradición no es un recurso de fuerza para la cuestión del *error communis*, puesto que el derecho romano no trataba de la cuestión; los jurisconsultos del antiguo derecho hablaron muy brevemente de la máxima, y aún más,

cuando la invocan, es siempre a propósito de casos particulares y sin elevarse jamás a una teoría de conjunto; los Códigos guardan un mutismo absoluto, y el dictamen de 1807 no prevé más que una hipótesis especial; no puede, por tanto, generalizarse esta solución, y, sin embargo, la máxima *error communis* se aplica constantemente por los tribunales.

Se puede concluir, por tanto, que no hay ninguna concordancia entre la cosa juzgada y la tradición y la ley. Si pues los precedentes históricos y los textos no pueden ser invocados para justificar el sistema, ¿cómo fundamentar las decisiones jurisprudenciales más recientes sobre esta cuestión?

La máxima *error communis*, como escribe Stéphane Dobresco, es extraña a la cuestión de la validez de los actos realizados por el heredero aparente, y ella no explica la manera de cómo se pierde el derecho del heredero real; en la cuestión no juega más que una simple consideración de orden económico.

Loniewsky quiere profundizar y estudiar el fundamento jurídico y filosófico de la máxima. ¿Puede el error común conferir la propiedad a un adquirente a *non domino*?

Las teorías primitivas que consideraban que el derecho es la ley no admitirían ciertamente la máxima, puesto que en esta época el individuo, como dice Beudant (1), desaparecería ante el ciudadano... La personalidad humana es sacrificada al derecho social.

El individuo, aplastado en sus necesidades sociales por este poder exorbitante de la autoridad pública, no tarda en reaccionar. Desde el siglo XVI, una reacción se opera contra las viejas ideas, que desaparecen completamente bajo el impulso filosófico del siglo XVIII. Se consideraba entonces que el Estado es hecho para el individuo, y no el individuo para el Estado; la ley no tiene más autoridad que la de ser el medio de realizar el destino del hombre, el cual no tiene sus derechos derivados de la ley, sino de la naturaleza misma.

La teoría de los derechos naturales, ¿admite la máxima *error communis*?

Si se hubiera limitado a la concepción negativa, que consiste

(1) Beudant, *Cours de Droit civil français. Introduction*, pág. 14.

en decir que la ley no es el derecho, la teoría de los derechos naturales no habría sido un obstáculo lógico a la admisión del adagio. En efecto, el desconocimiento de una regla de la legislación no entraña, de una manera absoluta, la violación del derecho, puesto que esta legislación no es su verdadera fuente. Pero no se contenta con decir esto, sino que ha querido edificar un sistema nuevo y decir que el derecho está allí.

Por tanto, dice Loniewsky, el derecho, después de los filósofos del siglo XVIII, que combatían las teorías primitivas, era tal, que el error común no podía crearlo ni podía, sobre todo, hacerlo desaparecer.

Los derechos eran, pues, todas las facultades indispensables al hombre para el cumplimiento de su destino; los derechos serán los derechos naturales, y, por tanto, para conocer las facultades naturales al hombre, basta con preguntar cuáles son sus necesidades en el estado de *natura*, y la razón bastará para descubrir los principios del derecho natural. El estado de *natura* es una situación especial, una e invariable; el hombre tendrá, por tanto, en esta situación, derechos igualmente inmutables e invariables: un acto reconocido justo por la razón, no podrá ser, en consecuencia, declarado ilegítimo, pues forzosamente no se puede admitir que un mismo acto sea al mismo tiempo contrario y conforme al derecho. En esta teoría de los derechos naturales habrá derechos que permanerán inmutables e intangibles, y que las circunstancias, cualesquiera que sean, serán incapaces de modificar; si, por tanto, hay conflicto entre un heredero real y el tercero adquirente víctima del error común, puesto que la razón quiere que la propiedad vaya a su verdadero titular, los bienes enajenados tornarán de derecho al heredero real, cualquiera que fuere el error padecido por el adquirente del heredero aparente.

En suma, los terceros no pueden invocar ningún derecho en virtud del adagio tradicional, el que no puede tampoco despojar al verdadero heredero.

El error no puede, ni crear, ni hacer desaparecer un derecho. El derecho, escribe Laurent (1), es la expresión de la verdad eterna. ¿Cómo el error podrá jamás ser asimilado a la verdad? Nada

(1) Laurent, ob. cit., t. XIII, núms. 281 y sigs.

hay más funesto que la autoridad que se atribuye a un hecho cuando descansa sobre un error; reconocer a este hecho, por universal que sea, la autoridad del derecho, es destruir la base del orden social; tal es, sin embargo, el sentido que se da algunas veces al adagio *error communis*. No son los hechos los que gobiernan el mundo; es el derecho, es la justicia, y cuando un hecho se universaliza, es la justicia, y cuando tal ocurre, es preciso atacarlo antes que darle la autoridad de un derecho.

Hay un derecho fijo, invariable, escribía Windscheid (1), que es el derecho de la razón, válido para todos los tiempos y para todos los lugares; pero estas teorías, dice Loniewsky, han envejecido, y los principios de evolución y de inducción aplicados a la ciencia del derecho han sustituido, poco a poco, esos principios de inmutabilidad y de deducción que consagraba el sistema de los derechos naturales. De otra parte, añade, la hipótesis racional del hombre, en el estado de natura, es históricamente falsa; el hombre aislado no ha existido jamás, y es, por el contrario, un ser esencialmente social que no vive más que en sociedad. Ahora bien, la sociedad cambia y evoluciona, y debe ocurrir lo mismo con el derecho, cuando escribía de él Picard: «viejo y siempre joven, canción de la humanidad, permanece en estado de desenvolvimiento constante, y cada época, cada raza, proyecta su derecho como proyecta su arte y su moral» (2).

La idea del derecho es eterna y universal, pero sus aplicaciones deben variar como varían los hombres; los derechos mismos no son más que relativos, dice Saleilles (3).

Con esta tesis de un derecho variable, la máxima tradicional deviene perfectamente admisible y se explica que su aplicación pueda atribuir un derecho a alguno que sin ella no lo tendría y otorgarlo a quien sin ella también no lo habría jamás poseído; se admite, pues, que el derecho pueda nacer del error.

El derecho no es, como sostienen Savigny, Bluntschli y Ihering, el producto de una especie de ser ficticio, la conciencia co-

(1) Windscheid, Recht und Rechtswissenschaft Rectoratswechsel an der Universität. Leipzig, 1899.

(2) Ed. Picard, Le Droit pur, Permanences abstraites, p. 256.

(3) Saleilles, Revue Trimestrielle de Droit Civil. l'Ecole historique et droit naturel: a propos du Droit naturel a contenu variable de Stammel.

mún, que se la reconoce ya por medio de la historia, ya por medio de la psicología ; hay que concluir, como Loniewsky, que, adoptando la teoría de Levy (1), decía así : «Esto, que es el derecho, es lo que nosotros creemos ser el derecho, y todavía más, es la creencia en nuestro derecho lo que nos hace adquirir el derecho, y más aún, como una creencia no es visible, es la creencia que se atribuye al adquirente la que le da su derecho.» Por consecuencia, según esta opinión, todo derecho descansa sobre una creencia, no sobre una creencia individual, sino sobre una creencia social, y en nuestra hipótesis del adquirente de bienes del heredero aparente, el derecho de ese adquirente a la propiedad de los bienes hereditarios estará fundamentado si *nosotros creemos que lo está*. La máxima tendrá así un fundamento que será la creencia de la colectividad.

El error deviene, por tanto, en una verdadera fuente del derecho, y no es sólo, como se cree generalmente, una causa de derogación del derecho común, en interés de la equidad y de la buena fe.

Es la solidaridad social la que crea el derecho del adquirente, puesto que su buena fe reposa sobre la creencia común, y esa creencia es la verdadera fuente de la adquisición de los derechos.

c) Teoría de Morin (2).

Morin, en un excelente trabajo sobre la máxima *error communis*, después de haber expuesto las teorías de Loniewsky, y antes de abordar el trabajo de crítica, expone, de acuerdo con Levy, el sentido de la expresión : creencia colectiva.

La doctrina de Levy implica una distinción fundamental entre dos puntos de vista : consideremos, por de pronto, la sociedad, en su aspecto dinámico y en el curso de su desenvolvimiento. Consideremos las modificaciones del derecho objetivo abstraído de la norma jurídica : en otros términos, las instituciones, como la familia, la propiedad, toda la evolución se resume en un perpetuo desplazamiento de derechos, en una continua violación de derechos

(1) Levy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, Thèse, Paris, 1896. *Responsabilité et contrat* (Revue Critique, 1899). *L'exercice du droit collectif* (Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1903).

(2) Morin, «A propos de la maxime *error communis facit jus*». *Anales de la Faculté d'Aix*, 1906.

adquiridos bajo la influencia de la conciencia colectiva, que deroga los derechos lo mismo que los crea. ¿Qué es la supresión de la esclavitud? ¿Qué es la supresión del feudalismo, sino una expresión de derechos adquiridos de propietarios de esclavos o de propietarios feudales? Levy considera entonces que el derecho es de esencia relativa y que cambia con la creencia social, expresión, ella misma, de su necesidad, y Morin hace observar que la concepción de esta creencia social, variable según las épocas, y tomada como fundamento de derecho, no es ninguna novedad, puesto que un gran escritor del siglo XVII, como Pascal, escribía ya en sus «Pensées»: «Nada según la sola razón es justo en sí. Todo cambia con el tiempo. La costumbre hace la equidad, por la sola razón de ser aceptada: es el fundamento místico de su autoridad», y Morin dice: «He aquí un primer sentido del término «creencia», en el cual la creencia es el fundamento de las transformaciones del derecho en el tiempo»; estamos, pues, lejos de la materia que nos ocupa.

Colocándonos ahora desde el punto de vista estático, en uno de los estados de la evolución social, por ejemplo, en nuestra legislación actual, Levy estima que todas las soluciones de la ley, todas las decisiones de la jurisprudencia, responden a esas necesidades de la confianza, imprescindible a la acción de los hombres. Inconscientemente, y por la fuerza fatal de las cosas, los tribunales, en todas las cuestiones, y especialmente al validar los actos del propietario aparente, obedecen a las necesidades de la confianza y del crédito. Esta confianza es también la creencia, y he aquí el segundo sentido del término «creencia», en el cual la creencia es el fundamento filosófico de la transferencia de derechos entre individuos bajo el imperio de un estado legislativo determinado. Es ella la que traduce la máxima *error communis*.

Así, los dos sentidos del término «creencia» pueden coexistir, y por ejemplo, en la hipótesis que nos ocupa, la creencia, sinónima de confianza, es la base del derecho del tercer adquirente, en tanto que la creencia colectiva, base de nuestro orden sucesorio, está en favor del heredero real.

Morin constata que el adagio *error communis*, considerado como procedimiento de transferencia de derechos, no puede ser acoplado a la teoría de Levy sobre la creencia, si, como se sostiene, tra-

duce la conciencia colectiva fundamento del derecho objetivo; ello no puede ser más que si se considera la creencia como sinónimo de confianza en las transacciones.

Y esta demostración, dice Morin, no está muy avanzada, ya que los efectos que la jurisprudencia atribuye a la máxima no se explican jurídicamente, puesto que se ha reconocido que las necesidades del crédito los justifican económicamente. Admitiendo, en efecto, la validez de los actos del heredero aparente, o de una manera más general, de propietario aparente, la jurisprudencia que funda su teoría sobre el error invencible de los terceros da a este error común un poder destructor de un derecho antiguo, al lado de un poder creador de un derecho nuevo, o, si se quiere, un poder traslativo del derecho del verdadero propietario al adquirente.

El derecho nuevo del tercero, cuya buena fe ha sido supuesta, no es otro que el derecho del verdadero propietario, que le es transmitido a causa de las exigencias del crédito: hay, pues, violación de un derecho adquirido, en provecho de un nuevo titular de mayor interés. Pero ¿cómo explicar este poder traslativo de la máxima?

Loniewsky afirma que la idea de creencia basta para justificarlo todo, y para apoyar su afirmación añade: «si el verdadero heredero pierde sus derechos, es verosímilmente porque el adquirente del heredero aparente adquiere los suyos»; pero esta razón, dice muy justamente Morin, ¿no equivale a la ausencia de razón? Y de la fuerza de la objeción se da cuenta aquel escritor, puesto que restringe lo más posible los casos de aplicación de la máxima, y así en todos aquellos en que la menor imprudencia, la menor negligencia, pueda ser reprochada al adquirente, éste es el que deberá sucumbir, y así la tesis de Loniewsky, como dice Morin, hace al adagio insuficiente. Por demás para llenar la función traslativa que se le ha querido atribuir, Morin, partidario también de la teoría de la validez, después de haber establecido la insuficiencia de los argumentos de Loniewsky, se esfuerza en dar al error común una justificación nueva.

El problema, para él, consiste en encontrar una explicación de la supresión del derecho adquirido del propietario verdadero, supresión que permitirá a los terceros, de buena fe, adquirir en virtud de la máxima *error communis*. Esta explicación la pretende

encontrar en el riesgo creado por el verdadero propietario, y, a veces, en el abuso del derecho.

El tercer adquirente, dice, ha sido víctima de un error, y el daño causado por éste no debe estar a cargo de la víctima, sino a cargo del verdadero propietario, lo cual no quiere decir sino que este último es responsable, jurídicamente, del error, y esta responsabilidad consiste precisamente en la obligación, para una persona, de reparar un daño sufrido por otra, y así la pérdida de la reivindicación es la sanción de la responsabilidad del propietario, la cual, a su vez, consiste en el riesgo que ha creado para el crédito público.

Sin embargo, Morin reconoce que, en ciertas hipótesis, esta teoría del riesgo no permite llegar a validar los actos del heredero aparente, pues puede ocurrir que el no ejercicio de su derecho por el verdadero propietario sea un acto ilícito; si el titular de un derecho lo aparta de su fin, llevándolo más lejos, el ejercicio es abusivo; pero si lo aparta igualmente de su fin, no ejercitándolo, puesto que el fin primordial de un derecho es su ejercicio, ¿no habrá también aquí abuso de un derecho, ya que éste no es otorgado para servirnos?

El heredero real habrá de contratar, tendrá que tomar posesión de los bienes hereditarios, y, si todo ello no lo efectúa sin otra razón que su capricho o de su indolencia, hay en este caso, como en el otro, abuso del derecho, y ello basta, según Morin, para que se admita la validez de los actos del heredero aparente.

Nosotros admitiremos que en ciertos casos sea cierta la responsabilidad del verdadero propietario, si hay verdaderamente riesgo para el crédito público, y ello así, por su falta, por su negligencia flagrante, pero ¿podemos hacer al verdadero propietario responsable, incluso, cuando ha hecho lo imposible para luchar contra un heredero aparente de mala fe, cuando ha sido víctima de un error judicial, o se ha simulado por completo un testamento inexistente en la realidad? No es justo hacer responsable a una persona de una falta que no ha cometido. En cuanto a la responsabilidad derivada del abuso del derecho por el verdadero propietario, no la admitimos. Sin querer comentar la teoría general del abuso del derecho, que es hoy admitida tanto por la doctrina como la jurisprudencia, observaremos, sí, que la aplicación de esta

teoría a nuestro supuesto de estudio implica una concepción especial del derecho de propiedad, el cual no es un simple derecho, es decir, una prerrogativa, un privilegio para su titular; la propiedad deviene, ante todo, en una función social, y ella implica, sobre todo, deberes.

Nosotros no somos individualistas a ultranza, hasta el punto de no admitir más que la concepción del estado *de natura*, el de un hombre nacido completamente armado de sus derechos, como Pallas, su broquel; nosotros nos apartamos, por el contrario, de la teoría absoluta de los derechos naturales, para reconocer el benéfico concurso de las ideas, del deber y del derecho, en vista de una misma función de solidaridad y de progreso social; pero nosotros consideramos, sin embargo, que ésta es una concepción particular que necesita una extensión más amplia del derecho de propiedad y que se funda, de otra parte, sobre la negligencia del verdadero propietario: «Todas las veces que la propiedad se estremece—escribe Hauriou—, es debido, sobre todo, a que de parte de los propietarios se ha faltado gravemente a sus deberes (1).

Y si nosotros hemos dicho antes que en ciertas hipótesis de heredero aparente no podía haber falta, ni por consecuencia, responsabilidad del propietario verdadero, ¿cómo, pues, hacer intervenir, de una manera general, la teoría del abuso del derecho?

Concluyamos diciendo que la máxima *error communis* no es un argumento serio en favor de la validez de los actos de disposición del heredero aparente; es la opinión de Albert Wahl: «La teoría del heredero aparente, ¿reposa sobre la máxima *error communis*? De ninguna manera. Si ella tuviera un parecido fundamento, no permitiría comprender por qué los actos del heredero aparente no son oponibles al heredero real, si estos actos son a título gratuito, o si, en lugar de efectuarse sobre un bien hereditario determinado, actúa sobre la sucesión entera, o sobre una cuota aparte de la misma. Si la máxima *error communis* tuviera el carácter absoluto que se le quiere atribuir, estas distinciones no se comprenderían» (2).

(1) M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, p. 125 y nota.

(2) Wahl, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, núm. 1, año 1908, p. 128.

II.—LA TESIS DE LA NULIDAD EN LA DOCTRINA.

Un gran número de autores, como Touillier, Duranton, Proudhon, Troplong, Laurent, Baudry-Lacantinerie, Grenier, Poilane, Balestier, Dobresco, etc., se inclinan resueltamente por la nulidad de los actos de disposición a título oneroso efectuados por el heredero aparente, y repiten, en su apoyo, los principios generales del derecho, que pronto vamos a ver invoca la jurisprudencia belga, defendiendo la misma solución.

Dobresco, en el final de su tesis doctoral, no encuentra otra solución, visto el fracaso de todos los argumentos invocados para sostener la validez y en pro de asegurar la seguridad de las transacciones, en el derecho francés, que extender los preceptos de la ley de 25 de Marzo de 1855 a las disposiciones por causa de muerte, es decir, a las sucesiones abintestato y testamentarias.

III.—EL PROBLEMA EN LAS LEGISLACIONES POSITIVAS.

En Bélgica, las disposiciones del Código civil napoleónico no han sido modificadas, y, sin embargo, la solución que la jurisprudencia belga da respecto de las enajenaciones consentidas por el heredero aparente es diferente de la propuesta por la jurisprudencia francesa, ya que, de una manera constante, y sin excepción, declara aquélla nulos, sea de buena o mala fe el poseedor o adquirente, todos los actos de disposición consentidos por el heredero aparente. ¿Cómo explicar esta divergencia absoluta de las dos jurisprudencias, cuando los dos países tienen las mismas costumbres, y, sobre todo, son regidos por las mismas leyes? La respuesta es difícil.

La jurisprudencia belga rechaza la idea de la colectividad de la saisine; ella decide que la buena fe no puede cubrir los vicios de un título; que la venta emana de un no propietario, que el tercero no debe quejarse de nada, si ha hecho una adquisición imprudente, y que no hay, en ello, excepción a los principios generales del Código que favorezca la validez y que aquellos principios es pre-

ciso aplicarles hasta el fin. En cuanto a los argumentos de equidad y de orden público, la jurisprudencia belga declara que en vano se hace un llamamiento a los mismos, que el orden y el interés público reclaman el mantenimiento y la rigurosa aplicación de los principios conservadores del derecho de propiedad, que los razonamientos de equidad, aun los más fuertes, están siempre sometidos a la apreciación arbitraria de los tribunales y no pueden prevalecer contra la disposición de la ley.

A pesar de esta solución de la jurisprudencia belga, las transacciones no parecen entorpecidas por ella, o, a lo menos, los hombres de negocios, cuya opinión hacía pensar a Demolombe en favor de la validez, no se quejan de ello; «los hombres de negocios —dice Laurent—no quieren todos la misma cosa; en Bélgica deciden que el heredero aparente no puede enajenar lo que no le pertenece; en Francia, ellos juzgan que el heredero aparente es propietario de lo que pertenece al heredero real; verdad de un lado de la frontera, error de la otra, y esto en dos países gobernados por la misma legislación. He aquí el derecho cuando se acomoda con la práctica; Pascal se mofaba de un derecho que varía detrás de la frontera. ¿Qué habría dicho de un derecho que cambia según el sentimiento de los abogados y de los notarios?» (1).

En resumen, el sistema de la jurisprudencia belga no hace más que aplicar los principios generales del derecho que vamos a enumerar:

Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.

Nemo dat quod non habet.

Id quod nostrum est, sine nostro facto ad alium transferri potest.

En el nuevo Código civil alemán, cuando el heredero quiere probar su cualidad de tal, se dirige al tribunal de la sucesión, que, después de una encuesta, expide un certificado probando su cualidad (artículo 2.353), sea que venga a la sucesión en virtud de su parentesco (artículo 2.354), sea que fuere llamado por disposición testamentaria (artículo 2.355).

La ley ha tomado un conjunto de disposiciones minuciosas para que el certificado no sea librado en falso.

(1) Laurent, t. IX, núm. 565, p. 648.

El heredero demandante deberá suministrar diversas indicaciones al tribunal (artículos 2.354 y 2.355) y justificar necesariamente sus afirmaciones por documento público (artículo 2.356). El Tribunal, después de haber examinado los documentos y las declaraciones del heredero, abrirá de oficio una encuesta (artículo 2.358). Llamará especialmente por un procedimiento de publicidad a todos los herederos posibles y conocidos, incluyendo las partes adversas y los testigos. El Juez, después de ser aclarados y suficientemente probados los hechos (artículo 2.359) y sin haber habido oposición, librará el certificado.

Si este último, a pesar de las medidas tomadas, ha sido expedido a un heredero aparente, no tiene un efecto definitivo ni perjudica al heredero real, puesto que cuando el tribunal se apercibe de su equivocación tiene el derecho de retirar el certificado, que pierde entonces todos sus efectos (artículo 2.361); si el certificado no puede ser retirado inmediatamente, el tribunal lo anula por decisión especial que se publica, y un mes después la declaración de nulidad produce todos sus efectos.

Sin embargo, los derechos conferidos a terceros que contrataron confiados en el certificado, permanecen incólumes, ya que la retirada del mismo se realiza sin efecto retroactivo, y con arreglo al artículo 2.365, se presume que aquel a quien se expidió el certificado es realmente heredero, y, por consecuencia, los terceros de buena fe, que ignoraban que el documento no correspondía a la realidad, tienen el derecho de prevalerse en contra del heredero real de las convenciones que pactaron con el heredero aparente (artículo 2.366).

El certificado de heredero no solamente tiene la ventaja de disminuir las hipótesis de aprehensión de la herencia por el extraño, sino que suprime igualmente la cuestión del heredero aparente, puesto que los terceros de buena fe pueden siempre tratar con seguridad plena con el titular del certificado.

Esta fué la solución que propugnaba Charmont (1), el cual, para que los terceros se dieran cuenta exacta del origen de los bienes

(1) Charmont, *Revue Critique*, 1902. Examen doctrinal, jurisprudencia civil, págs. 10 y sigs.

que adquirían, propuso la creación de un certificado de heredero, y esto porque en su sentir, conforme también con el de Rudolph Sohm, el espíritu de los Códigos es más favorable a la circulación de los bienes que a la conservación de la propiedad.

Este último escritor, en una Memoria presentada al Congreso Internacional de Derecho comparado de 1900, se esforzó en probar que los dos grandes Códigos que han marcado el fin de la evolución jurídica del siglo XIX, el Código civil francés y el alemán, son del mismo espíritu; los dos reposan a la vez sobre la idea nacional y sobre las concepciones liberales de la burguesía... El interés de la circulación es el interés dominante... El tercer adquirente de buena fe aparece como un personaje principal. Su interés es siempre considerado como determinante. El punto de vista de la seguridad de las transacciones contratadas de buena fe es puesto en primer plano con una maravillosa técnica. El interés de la propiedad cede ante el interés de la circulación de los bienes.

En Italia, antes de 1895, el Código civil callaba sobre la cuestión que nos ocupa. Para apartar las dificultades a que daba lugar este silencio se añadió un parágrafo especial al artículo 933 de dicho Código civil: «El efecto de la aceptación se remonta al día en que la sucesión se abre. Sin embargo, quedan a salvo siempre los derechos adquiridos por los terceros a consecuencia de contratos, a título oneroso, celebrados de buena fe con el heredero aparente.

Si éste ha enajenado de buena fe una cosa de la herencia, está solamente obligado a restituir el precio o a ceder su acción contra el comprador, si éste no lo ha pagado todavía.»

Por tanto, en derecho italiano son válidas las enajenaciones efectuadas por el heredero aparente a terceros de buena fe.

En cuanto al derecho español, ya hemos citado, aplicándolos al supuesto respectivo, algunos artículos de su Código civil que juegan un papel importante en la materia.

Los artículos 194, 1.164 y 1.573 del mismo pueden servir para negar efecto retroactivo a la aparición del heredero real y validar los actos de administración que el mismo realizó.

El comercio de muebles por el heredero aparente se halla asegurado con el artículo 464 del Código civil y, por último, en el

artículo 23 de la ley Hipotecaria vigente, en su párrafo segundo, encuentra, como ha dicho con certeza el maestro D. Jerónimo González, el más firme sostén en su campo de aplicación la teoría del heredero aparente (1)..

JOSÉ M.^a FONCILLAS,

Notario

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 61, pág. 40.