

Por folletos y revistas

OERTMAN (doctor PAUL, profesor de la Universidad de Göttingen): «La reserva del dominio en la compraventa (*pactum reservati domini*)». *Revista de Derecho Privado*, págs. 257 y siguientes.

El pacto de reserva de dominio desempeña en la contratación contemporánea un papel preponderante. Este fué conocido en el Derecho antiguo, donde sólo en pocos casos se discutió su eficacia.

Entre los romanos, la entrega de la cosa comprada sólo transmitía la propiedad al comprador, cuando se había pagado el precio o se concedía un plazo al deudor. Las demás legislaciones apenas se ocuparon de la protección del vendedor, y menos que ninguna, la francesa y sistemas jurídicos de ella derivados, por no considerar necesaria la tradición, bastando únicamente para la transferencia del riesgo la individualización de la cosa. Pero tampoco en aquellos países en que, como España y Alemania se mantuvo el principio de la tradición, bastaba ésta para satisfacer el interés de los vendedores, pues en la mayor parte de los casos necesitaba el comprador la mercancía para revenderla, transformarla, etc., sin disponer de dinero para el pago, el cual había de adquirir por medio de las cosas compradas. En estos casos se presenta, como medio de garantía para el vendedor, la reserva del dominio.

Esta solución es un medio tosco, pudiéndose indicar como más suave el pignorar la cosa comprada; pero tratándose de bienes muebles, sólo es practicable esta solución en un número reducido de casos.

Puede suceder, en efecto, que el vendedor transmita la cosa, reservándose un derecho de prenda y la posesión de la prenda;

apelando al *constitutum possessorium* se llega fácilmente a este resultado, quedando el vendedor bien garantizado; pero razones económicas lo impiden, pues si la prenda es de gran volumen o requiere cuidados especiales, no querrá el vendedor custodiarla, y si el comprador necesita utilizar inmediatamente la cosa, no puede hacerlo, porque, aunque tiene la propiedad y la posesión mediata, carece de la inmediata.

Otra solución sería la contraria: quedar sólo en el vendedor la posesión mediata, pasando todos los derechos al comprador, el cual se constituirá en depositario o representante suyo; pero este derecho de prenda sería incognoscible para el mundo exterior; de ahí que sólo podría admitirse donde rigen los derechos de prenda clandestina y sin desplazamiento.

No queda, pues, al vendedor otra garantía eficaz que la reserva de dominio. La publicidad de esta construcción se halla fuera de toda duda. No puede decirse que implique un negocio simulado, puesto que proporciona, en la medida de lo posible, a cada uno lo suyo. El adquirente puede usar y aprovecharse de la cosa y adquirir lo único que le falta, la propiedad, mediante el pago del precio; el vendedor, hasta que ese pago se realice, sigue siendo propietario y puede ejercitar las acciones propias de éste.

El Código alemán, artículo 455, admite la reserva de dominio en todas sus formas.

El hecho de que el vendedor entregue la cosa al comprador, sin transmitirle todavía la propiedad, puede concebirse de dos modos: 1.º El vendedor aplaza la enajenación hasta un momento posterior, por ejemplo, el del futuro pago del precio. Aquí no sabe hablar de reserva de dominio; el comprador no obtiene la propiedad automáticamente, si paga el precio, sino que es necesaria una acción para conseguir del vendedor que cumpla sus obligaciones; ni tampoco adquiere una expectativa de derecho real sobre la propiedad, por lo que si el vendedor, antes o después del pago, transmitiera la propiedad a un tercero, constituiría una infracción del contrato, pero no daría al comprador ninguna acción contra el tercero, aunque éste hubiera obrado de mala fe. 2.º Sólo puede hablarse de una verdadera reserva cuando se ha verificado el consentimiento, según el Código alemán, y sólo se han suspendido sus efectos hasta que se verifique el pago.

La cláusula de reserva produce el efecto de que el adquirente no obtiene la propiedad, hasta haber pagado el precio, sino de una manera condicionada, pudiendo ser la condición suspensiva o resolutoria, a voluntad de las partes, siendo la presunción favorable a la suspensiva, cuando exista duda. Con esta regulación se pone el Derecho moderno en oposición con las Pandectas, que se inclinaban a favor de la resolutoria, según la opinión dominante.

Si la condición no se realiza, cesa la expectativa de derecho del comprador, y el vendedor se convierte nuevamente en propietario; pero como el incumplimiento, por parte del comprador, consiste, por regla general, en incurrir en mora, el acreedor puede fijar un nuevo término, transcurrido el cual, sin realizarse el pago, puede elegir entre solicitar la rescisión del contrato o reclamar la indemnización de perjuicios por el incumplimiento.

Avanzando aún más, el artículo 455 del Código alemán concede al vendedor, en caso de no cumplirse la condición, derecho a solicitar, con la devolución de la cosa, la rescisión del contrato; el pacto de reserva obra, pues, como cláusula de vencimiento (*lex commissoria*), pero esto es sólo un derecho que puede ejercitar o no. Aún más: puede suceder que tenga interés en la subsistencia de las ventas, y no puede verse contradicción en que, por un lado, reclame la devolución de la cosa, y por otro, el pago o fije plazo: lo cual también ofrece ventajas al vendedor en relación con la rescisión, pues transcurrido el plazo no sólo puede optar por la rescisión, sino también por la indemnización de perjuicios. En el Código civil alemán no ha sido regulada la cuestión relativa a la transferencia del riesgo. En el Derecho romano no había cuestión, porque el riesgo se transmitía al comprador en el momento de celebrarse el contrato. Por lo que se refiere al Código alemán, la transmisión del riesgo se refiere a la entrega de la cosa, y para los negocios a distancia, cuando se entrega la cosa a la agencia de transportes. En lo que se refiere a nuestra cuestión, predominó en los primeros tiempos del Código que correspondía al vendedor, por no haber cumplido aún sus obligaciones contractuales; pero, desde hace algún tiempo, se ha iniciado un cambio, seguido hasta por el Tribunal del Reich. En pro de esta opinión existen las siguientes razones: que el artículo 447 transfiere el riesgo al momento de la entrega de la mercancía en el almacén o agen-

cia, y que el 446 habla sólo de entrega, no de transmisión de la propiedad.

Uno de los problemas más difíciles, en esta materia, es el pacto de reserva en la venta de establecimientos mercantiles; ya nadie discute que puede extenderse a todas las mercancías o a una parte de ellas; pero así no se satisface a las necesidades del comercio, pues éste exige el poder disponer de las cosas, y esta exigencia no se satisface con el pacto, y si se concede la facultad de vender, entonces parecerá incompatible con el interés del vendedor. Las dos soluciones son inaceptables. Se hace preciso hallar un medio que permita al comprador vender y sujete directamente al derecho del vendedor los objetos que ingresen en el establecimiento en sustitución de los enajenados. Se han suscitado dudas sobre la posibilidad de encontrar la solución, llegando algunas organizaciones a mostrar su desesperanza. Mas lo cierto es que el derecho positivo, lo mismo en Alemania que en otros pueblos civilizados, ofrece una posibilidad que es ya cosa digna de aprovecharse. A este efecto debemos distinguir: 1.º Discurriendo por analogía con los derechos de garantía reservados al arrendador, el artículo 559 del Código alemán sujeta a éste todas las cosas muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada; pero el arrendatario podrá retirar del inmueble las cosas en cuestión en cuanto se haga «por virtud del ejercicio normal de la profesión del arrendatario». Y si, según esto, el derecho del arrendador no se opone ni aun a los actos de disposición, justo sería reconocer eficacia a esos actos de disposición cuando el titular del derecho autoriza al no titular a enajenar el objeto sometido al derecho de aquél.

Más difícil es armonizar la facultad de disposición con los intereses del vendedor, pues éste no la concederá; si no obtiene un derecho sobre las cosas que en adelante se incorporen al almacén o a alguna facultad en relación con el equivalente (contraprestaciones), recibido por el primer comprador a cambio de la enajenación, ¿cómo puede lograrse el primero de los dos medios de garantía mencionados? Según la doctrina corriente, es fácil. Hay que pensar en la figura jurídica corriente en las legislaciones modernas, a imitación del Derecho romano, el *constitutum possessorium*: el comprador acuerda con el vendedor que éste será propietario de las cosas que vaya adquiriendo en sustitución de las

enajenadas; pero, al ultimar este acuerdo, los objetos no existen todavía. ¿Es, por lo tanto, posible un *constitutum possessorium* por anticipado? Se ha discutido mucho, y está muy dividida la doctrina. El autor cree que a la solución afirmativa se opone el quedar destruido el principio de la tradición; claro que ello podría justificarse entregando la cosa al adquirente en propiedad y devolviéndola en seguida al enajenante en préstamo o depósito; pero se debe evitar ese ir y venir de cosas, y, desde luego, con el *constitutum* no se podría echar mano ni aun de esa figura. A pesar de ello, el Tribunal Supremo alemán es favorable a la admisión de este procedimiento. El segundo de los medios consiste en las contraprestaciones que el comprador tenga derecho a exigir, en virtud de la enajenación; éste es el camino más sencillo, en primer lugar, para los que no admiten el *constitutum possessorium* por adelantado, cuando la enajenación autorizada se realiza sin adquisición inmediata de objetos equivalentes y cuando vendiese sin autorización y la venta fuese eficaz, como adquisición realizada por un segundo comprador de buena fe.

Otra fuente de peligros hay para el vendedor en el hecho de que el comprador, si no enajena la cosa, la transforme en un objeto distinto (especificación). En efecto, así se extingue la propiedad antigua, y el especificador adquiere la propiedad de la *nova species* aun en el caso de haberse servido de materia ajena, sin tener para nada en cuenta la buena fe. Esta no habría tampoco de faltar en nuestro caso, puesto que muchas veces se concede esta autorización por no ser realizable sin ella el fin económico del negocio. El proveedor no tiene más garantía que la transferencia por el comprador de la propiedad de las cosas fabricadas mediante el *constitutum* anticipado, de cuya eficacia jurídica ya se ha hablado antes. Conviene también llamar la atención sobre un caso que surge con alguna frecuencia: la reserva de dominio *a posteriori*: el comprador se ve obligado, por cualquier motivo, a transmitir al vendedor la cosa adquirida en un principio sin condición alguna, y conformarse con la posesión de la misma y la expectativa de volverla a adquirir una vez pagado el precio. Sin razón ha sido discutida la eficacia de este negocio; lo único cierto es que se trata de un pacto de fiducia *a posteriori*, y que, prácticamente, tiene la consecuencia de que el deudor, cuando paga el precio,

no recobra automáticamente la propiedad, sino que adquiere solamente el derecho de exigir del vendedor una nueva transmisión, hallándose, por lo tanto, en condiciones menos favorables que en el caso de verdadera reserva de dominio.

Se ha presentado, finalmente, el caso de que el contrato no contenga cláusula de reserva de dominio, y, sin embargo, el vendedor remita la mercancía con esa reserva. Es evidente que la actuación unilateral de una de las partes no puede agregar al negocio esa cláusula; pero no se ha de creer por eso que tal reserva sea completamente inútil, pues como para la adquisición se requiere la tradición bilateral e incondicionada—que no se da desde el momento en que el vendedor manifiesta sólo de un modo condicional su *animus transferendi dominium*—, no puede verificarse la predicha adquisición. Claro es que, al no tener el vendedor facultades para decidir unilateralmente, y mucho menos cuando, según los usos de la práctica del contrato, le correspondía hacer su prestación sin esperar a que se realizara la recíproca, el vendedor puede ser demandado, exigiéndosele una transmisión sin condiciones. Mas no compete al comprador interpretar como incondicional una declaración de voluntad condicionada y derivar de ella a su favor adquisición inmediata de la propiedad.

DEMOGUÉ (RENÉ), Profesor de la Universidad de París: «Ensayo de una teoría general de los derechos accesorios».—*Revista de Derecho Privado*, año 1930, página 33.

Aunque la cosa tenga existencia material independiente ha sido destinada para completar otra, pudiendo suceder que no pueda ser accesoria sino de ella; por ejemplo, la llave de una casa no puede ser accesoria de otra. Los actos jurídicos concernientes a la cosa principal conciernen también a la accesoria; así lo afirma el artículo 1.615 del Código civil francés; fórmula que, tomada de Pothier, ha pasado a diversos Códigos y se considera sobreentendida en España, donde el Código guarda silencio sobre ella.

Esta fórmula se refiere sólo a la compraventa y debe ser generalizada, lo que han realizado el Código alemán y el suizo. Pero, en todo caso, no ha de verse más que una interpretación

de voluntad. Por tanto, se puede estipular sobre la cosa principal sin hacerlo sobre la accesorio, y como lo accesorio no llega a serlo sino en virtud de una operación intelectual acompañada o no de circunstancias materiales, también se puede pactar sólo sobre ello.

Los principales contratos en que se da esta unión son los que tienen por objeto crear derechos accesorios de garantía: fianza, prenda, anticresis, hipoteca; en tal caso existe un lazo muy estrecho entre el contrato de garantía y la obligación principal: si ésta se extingue o anula, el contrato de garantía quedará en las mismas condiciones.

Al lado de los contratos accesorios, es preciso estudiar los derechos accesorios, los cuales se hallan subordinados a otros derechos por su misma naturaleza.

Estos derechos son de dos clases: de servidumbre y de garantía: derecho de fianza, de prenda, de hipoteca.

Con relación a la prenda e hipoteca, el artículo 1.857 de nuestro Código afirma su carácter accesorio al indicar como condición especial que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. En los países en que se trata de ellas separadamente, el carácter accesorio de la hipoteca resulta de la fórmula, según la cual «es un derecho real sobre inmuebles afectos al cumplimiento de una obligación» (Código francés, artículo 2.114), y el de la prenda del hecho de constituirse por seguridad de un crédito (artículo 2.071 del Código francés); pero ¿en qué medida suponen estos derechos uno principal? Desde luego, es preciso que exista en un momento determinado; pero ¿es necesaria su existencia cuando se crea el accesorio? No lo cree así el autor, pues la constitución de este derecho tiene su utilidad, desde luego. Así, yo espero adquirir tal día un inmueble que carece de agua; me entiendo con el propietario de un inmueble contiguo para que constituya a mi favor una servidumbre de agua; ¿por qué no ha de ser posible esta servidumbre, que no aprovechará el propietario actual? Claro que es sólo eventual, y si pasan treinta años sin haber hecho yo uso de la servidumbre, ésta se extinguirá.

Una segunda cuestión se plantea a propósito del carácter accesorio de las garantías estudiada principalmente con motivo de la fianza, porque muchos Códigos, inspirados en el francés (artículo 2.012),

emplean esta fórmula: La fianza no puede constituirse más que sobre una obligación válida. Sin embargo, se puede afianzar una obligación, aunque ésta pueda ser anulada en virtud de una excepción puramente personal del obligado, por ejemplo, en caso de minoría de edad. No hay que ver aquí una regla general y una estrecha excepción, sino que, aun hallándose la deuda afectada de nulidad relativa, puede ser afianzada válidamente, a no ser que se funde en un acto inmoral del acreedor: la violencia o el dolo. Este punto, sin embargo, es discutido. En el caso de que la deuda sea anulada hay que añadir con el artículo 494 del Código suizo que el fiador conociera el vicio de que el contrato estaba afecto por el lado del deudor.

Abandonando un método puramente exegético para adoptar otro de interpretación racional, es razonable que se pueda, mediante una garantía, consolidar toda obligación incierta, siempre que no se persiga un fin contrario al orden público.

En el caso de que sea anulada la obligación subsistiendo la caución, estaremos en presencia de una garantía sin deuda principal; ¿cómo explicarlo? What lo hace, fundado en que una obligación natural ha sobrevivido a la civil anulada; pero lo impugnan Colin et Capitant, diciendo que esa supervivencia no puede servir de soporte a la fianza, porque no permite al fiador repetir contra el incapaz, y esta acción es de esencia en la fianza. Pero ese derecho de repetición puede consistir en tener contra el incapaz un crédito natural, y esta posibilidad de ser reembolsable nos parece suficiente.

Si la deuda principal está herida de nulidad absoluta por ser ilícita, la nulidad de la fianza no puede ofrecer duda; tal sería el afianzamiento de intereses usurarios, cambios introducidos en capitulaciones matrimoniales, etc.; pero una obligación puede no ser válida y no tener carácter ilícito; tal el caso de una obligación aceptada por un alienado; esta obligación no puede ser afianzada, pero el fiador puede aceptar una obligación condicional válida.

La idea general de la promesa de indemnidad explica una solución distinta.

Se admite que, en caso de condonación parcial de la deuda,

en virtud del convenio de quita y espera, el fiador siga obligado por la totalidad.

Lo mismo que en el caso de nulidad relativa, cabe observar que subsiste a cargo del quebrado una obligación natural.

Esto nos lleva al examen de una última dificultad. ¿Puede ser objeto de una fianza una obligación natural? El derecho romano y el antiguo admitieron esa posibilidad; hoy también hay que admitirla, porque, aunque la ley la prive de acción, tiene, sin embargo, una razón de ser suficiente para la constitución de la fianza.

La obligación natural se convertiría en civil con respecto al fiador, tratándose en este caso más bien de una obligación civil independiente en el fiador, lo cual todavía sería admisible.

¿Pueden aplicarse estas soluciones a la prenda e hipoteca? En principio, sí, porque se fundan en motivos racionales.

Si una deuda se halla afectada de nulidad relativa puede ser garantida con prenda o hipoteca, lo mismo que la obligación inexistente; pero no sucederá así con la que está herida de nulidad absoluta.

También las obligaciones condonadas parcialmente y las naturales pueden ser garantizadas con prenda o hipoteca.

Examinemos otra cuestión. Si la obligación natural puede ser garantizada con prenda o hipoteca, se imponen la mayor parte de las soluciones indicadas; pero, si no es así, ¿cabe aplicar lo que se ha dicho sobre la fianza, o sea que el fiador se obliga por una obligación principal subordinada a la condición de que no pague otro deudor?

La cuestión ofrece poco interés si el deudor principal suministra la prenda o la hipoteca, pues estas garantías estarán afectadas de la misma nulidad que la obligación principal, la cual puede darse también en el caso de que sea un tercero quien la suministre. Parece que aun así pueden subsistir esas garantías, quedando limitada la obligación del tercero a que se le pueda embargar y vender sólo la cosa dada en prenda o hipoteca.

Por derecho común el deudor obliga todos sus bienes; pero como esa regla no es de orden público, si se estipula que el acreedor no podrá embargar más que tal objeto, este pacto es lícito, mas no obliga a los herederos.

Hay aún otra dificultad con arreglo a algunas legislaciones.

Según nuestro Código sólo las donaciones de inmuebles han de ser hechas en documento público; en otros países se exige para todas, aun las de muebles. En éstos, el deudor que ha garantizado una deuda no puede decir: «No puedo repetir contra el deudor principal, cuya obligación es nula o se ha extinguido; mi obligación implica una donación al acreedor; luego ésta es nula si no ha sido otorgada con las formalidades debidas.»

La objeción no es decisiva. Cuando una persona garantiza una obligación de otro, adquiere una obligación a cambio de la posibilidad de repetir contra el deudor principal, y si la deuda es nula por incapacidad, el tercero se ha obligado en razón de una posible acción contra el deudor principal, que solamente ve realizada, si se declara la nulidad en la medida de su enriquecimiento; se obliga, pues, por un acto a título oneroso y no ha lugar a hablar de donaciones. Tener una posibilidad de repetir no significa necesariamente tener una acción; basta tener la posibilidad de obtener algo, que es lo que sucede cuando el deudor principal está obligado por una obligación natural para con el fiador.

El carácter accesorio de los derechos de garantía aparece también en el hecho de que el máximo de su extensión es la de la obligación principal. Como dice el Código alemán (artículo 767): «el importe eventual de la obligación principal da la medida de la obligación del fiador».

La cantidad adeudada, el término o condición estipulados, se extienden de pleno derecho al fiador; aun más, según el artículo 767 del Código alemán, cuando la obligación se modifica por culpa o demora del deudor principal, el fiador sufrirá las consecuencias, solución que debería extenderse a la prenda e hipoteca, salvo la necesidad de prever en este último caso la posible extensión de la deuda, cuando se realice la inscripción. Pero si el máximo de la garantía es la obligación del deudor, el fiador propietario de la prenda o de la cosa hipotecada puede obligarse sólo por una parte de la deuda, fijar un término más remoto, etcétera.

Algunos autores han declarado que el propietario de un fundo dominante no puede afectar la servidumbre a otro de su pertenencia, ni venderla a otro propietario. Parece que esto es una exageración de la accesoriedad, pues ésta no exige siempre que la

servidumbre sea cosa accesorio del mismo fundo; esto sería contrario a la utilidad práctica.

Nuestro Código (artículo 534) ha resuelto la cuestión en el sentido de que las servidumbres son inseparables del fundo a que pertenecen activa o pasivamente; pero Manresa y Navarro (Código civil, IV, página 558), observan que con el consentimiento del propietario del fundo sirviente se puede transmitir la servidumbre y añaden que en caso de servidumbre de agua se puede, por lo menos, ceder la que se recibe.

Esta cuestión ofrece mayor interés práctico en relación con los diversos derechos de garantía, pero no ha sido examinada más que respecto a la hipoteca. Se ha preguntado si en el caso de tener un acreedor garantizado su crédito con una hipoteca, podía desprenderse de ella para darla a un nuevo acreedor con quien fuera a contraer una deuda: la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina la resuelven afirmativamente. Esta solución puede apoyarse, desde luego, en textos de los Códigos y en particular del español que en el artículo 1.271 emplea esta fórmula: «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.»