

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXV

Julio-Agosto 1949

Núm. 254-255

Los mojones del Atica o la publicidad hipotecaria en el siglo IV antes de Jesucristo

LEMA: Saxa loquuntur.

SUMARIO

1. Los mojones hipotecarios.
2. La papirología y el Registro de la Propiedad egipcio en el período helenístico o época grecoegipcia, y en la romanoegipcia.
3. La helenización y el concepto de lo helenístico.
4. Las leyendas o inscripciones áticas:
 - a) Hipotecas de tipo romano.
 - b) Hipotecas del tipo de la mort-gage de los Estados Unidos en América del Norte, o ventas epi-lysei.
 - c) Modalidades hipotecarias en garantía del precio aplazado en las ventas.
 - d) La fiducia.
 - e) La anticresis.
 - f) La garantía industrial.
5. Aspecto registral de los mojones:
 - a) Las circunstancias de las leyendas.
 - b) Las segundas hipotecas.
6. ¿Responden los mojones áticos a un sistema de Registro de gravámenes?

* 1.—LOS MOJONES HIPOTECARIOS (1).

Actualmente ofrece el mundo dos canteras, con fecundos materiales para la investigación jurídica de la antigüedad: Egipto y el

* La grafía en alfabeto griego de las palabras griegas escritas según la pronunciación castellana figuran en el último fotograbado, por el orden alfabético de pronunciación española.

(1) El conocimiento de los mojones hipotecarios de Robinson lo debo al culto catedrático de Griego S. Fernández Galiano, quien en el Instituto de

Atica. En aquél se encuentran los *ostraka* (2) y los papiros, y en la región central de Grecia, las piedras *horoi*, o mojonos hipoteca-

Nebrija, al que pertenece, me dió todas las facilidades para el estudio de las inscripciones que figuran en el *Sylloge inscriptionum graecorum* y, para la reproducción de las fotografías de los mojonos de Robinson.

Respecto del mojon de Castañeda—numero dos de los de este trabajo—, el estudio está basado en un trabajo inédito en cinco cuartillas, suscritas por don Martín Sánchez Ruipérez, profesor de Salamanca, cuyas cuartillas me fueron entregadas por el profesor de la Universidad Central señor Vallejo, ambos también del Instituto de Nebrija, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Para las traducciones del latín del *Dittenberger* y del inglés de la *America Journal* he recibido el asesoramiento, respectivamente, de Carlos Humberto Núñez, autor de la versión castellana del *Lexicon*, de Elio Antonio de Nebrija, y de D. Antonio Hernández Moreno, profesor de la Escuela de Policía e intérprete de la Dirección General de Seguridad.

Cito también a mis hijos Rafael, Encarnación y Aurea Ramos Cea, estudiantes de Griego, porque me han prestado positiva colaboración y como estímulo en estas aficiones investigadoras.

Han sido consultados los siguientes libros:

Plutarco: *Vidas paralelas*. Traducción de Antonio Ranz Romanillos. Barcelona, t. I.

Diógenes Laercio: *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*. Traducción de José Ortiz y Sáenz. Madrid, 1946.

José María Pantoja y Antonio María Lloret: *Ley Hipotecaria comentada y explicada. concordada con las leyes y Códigos extranjeros*, 1861.

Manuel Torres Campos: *Estudios de bibliografía española y extranjera del Derecho y del Notariado*, 1878.

Gumersindo de Azcárate: *Ensayo sobre la historia de la propiedad*. Madrid, 1879.

Guillermo A. Tell y Lafont: *El Registro de la Propiedad en Egipto en la época romana*. Conferencia pronunciada en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Barcelona, 1914.

W. Dittenberger: *Sylloge inscriptionum graecorum*. Leipzig 1920; tercera edición, t. III.

Pedro de Castañeda y Agúndez: *El Catastro en las antiguas civilizaciones*. Madrid, 1925.

Paul Jörs: *Derecho romano privado*, edición refundida por Wolfgang Kunkel; traducción de L. Prieto Castro, 1937.

Ulrich Wilcken: *Historia de Grecia en la perspectiva del mundo antiguo*. Traducción de S. Fernández Ramírez. Madrid 1942.

Joseph Greco: *Alejandro Magno: Dominio mundial de una idea*. Traducción de Jaime Bofill y Ferro. Barcelona, 1943.

Joseph Greco: *Pericles: Grandeza y tragedia de Grecia*. Traducción de A. Herrero y Miguel. Barcelona, 1944.

Erwin Seidl: *Derecho*. Capítulo VIII de *El legado de Egipto*. Universidad de Oxford. Traducción de J. M. Fernández. Madrid, 1944.

Martin Wolf: *Derecho de cosas*. Traducción de Blas Pérez González y José Alguer. Vol. II del t. III del *Ennekerus*, Kipp y Wolf Barcelona, 1944.

David M. Robinson: *American Journal of Philology*, núm. 274, abril de 1948 Maryland.

Gonzague de Reynold: *La formación de Europa. El mundo griego y su pensamiento*. Traducción de José Miguel de Azaola. Madrid, 1948.

Alvaro d'Ors: *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano*. Madrid, 1948.

(2) Barros, especie de ladrillo con inscripciones de Egipto.

rios. Por eso, David M. Robinson, en la revista *American Journal of Philology* (3), ha podido decir que respecto del derecho de la época temprana del Atica no hay literatura ni papiros conocidos, y que, en consecuencia, «las piedras *horoi* son importantes para el estudio de la ley griega e hipotecas» (4).

En el territorio de la antigua Atica se han encontrado muchas piedras o mojones con inscripciones anunciadoras de gravámenes o responsabilidades hipotecarias. Se las viene llamando *mojones hipotecarios*, si bien, más gráficamente, y en méritos a su función indiscutiblemente publicitaria, debieran llamarse, como de pasada lo hace Robinson, *marcadores (markers)*. Gracias a tales piedras, se conocen hoy varias modalidades de la hipoteca griega, y probablemente el más primitivo de los sistemas publicitarios de las responsabilidades jurídicas de la Tierra. Aunque mudas y calladas, tan elocuentes se nos presentan estas piedras, que bien podemos decir que son piedras que hablan: *saxa loquuntur* (5).

La existencia de tales mojones es sabida de todo profesional hipotecarista, pero no suele serlo su forma y contenidos. La literatura española, en este particular, se reduce a simples alusiones o referencias. Así, por Pantoja y Lloret (6) supimos que M. Treilhard,

(3) REVISTA CRÍTICA de abril de 1948.

(4) «None survives in literature or papyri. So the stone *horoi* are important for the study of Greek law mortgages.»

(5) El Atica fué una de las ocho regiones o comarcas de la Grecia central. Su extensión era pequeña, de unos 2.200 kilómetros cuadrados, y su población, en la época de Pericles, por los comienzos de la guerra del Peloponeso, que fué la más nutrida, alcanzó los 250.000 habitantes. De ellos, según un censo de propietarios del siglo V a. de J. C.—citado por Heráclides de Ponto, y referido por Azcárate—, unos 10.000 eran propietarios.

Creo curioso referir la organización administrativa de la época de nuestros mojones y el porqué de su establecimiento. El Atica se hallaba dividida en cuatro grandes tribus o *phyles*, que, no obstante las reformas legislativas de Solón, se hallaban bajo la influencia de la aristocracia. Para destruirla, o anular la influencia política de tal clase social, Clístenes, en el 509 antes de J. C., hizo una reforma que consistió en dividir el territorio ático en tres grandes sectores: la ciudad, las costas y el interior; cada uno de estos sectores los subdividió en diez distritos, y tomando una décima de cada uno de estos distritos, formó diez tribus o *phyles* nuevas. Con ello había destruido la continuidad territorial y los vínculos de la sangre, en que se basaba la influencia y poderío de la aristocracia. Wilcken, O. c., pág. 140) La *phyle* o tribu estaba formada por la reunión de *demos* o comunidades de aldeas, cuyos habitantes, llamados *demotas*, se distinguían, a más del nombre, por el gentilicio de su *demos*. Las tribus de Clístenes adoptaron nombres derivados de los héroes epónimos. Dos de esas diez, las llamadas Leontis y Cecropis aparecen citadas en nuestros mojones.

(6) O. c., t. I, pág. 7.

durante las discusiones de la ley de 11 Brumario, había dicho que son «un pequeño pedestal o una lápida donde aparecen escritas las cargas a que se hallaba afecta aquella heredad». Don Gumersindo de Azcárate, en su *Ensayo sobre la historia de la propiedad* (7), aludiendo a Fustel de Coulanges y a Plutarco, dice que por una ley de Solón se mandó poner *hitos* o *señales* en las fincas gravadas, como forma de publicidad de sus responsabilidades jurídicas. La generalidad de las obras que conocemos, sólo hacen una alusión a los mojones como medio publicitario de la antigua Atica. Sólo en un folleto de Pedro de Castañeda y Agúndez (8) hemos visto la reproducción de un mojón hipotecario, pero sin literatura, luces ni antecedentes para su conocimiento jurídico y estudio.

Los mojones a que nos vamos a referir los conocemos por la revista filológica de los Estados Unidos de América citada y por la versión latina del Dittenberger. Por eso el presente trabajo ha de reputarse como una sencilla divulgación de lo visto y de las impresiones apriorísticas recibidas (9).

Joseph Greco, en su libro *Pericles* (10), dice que en Grecia las tierras serán pobres; deficientes, las cosechas; que el interés del dinero oscilaba del 18 al 20 por 100 (11), por lo que, cuando los años eran calamitosos, el pequeño propietario se abrumaba de deudas, que difícilmente podía saldar, y que «no es de maravillar que en estas condiciones la tierra se cubriera de las temidas piedras blancas de las hipotecas, de las que el Atica no se libró hasta Solón».

Todos los mojones a que alude este trabajo son posteriores a la época de Solón, por lo que la frase de Greco se ha de tomar en el sentido de que después de la reforma legislativa de aquel Arconte

(7) O. c., t. I.

(8) Folleto citado.

(9) Robinson remite, para estudios del Atica en general, a Kirchener, *Prosopografía Atica*, núm. 14.499; Dinsmoor, *The Athenian Archon List in the Light of Recent Discoveries*, New York, 1939, pág. 163; Pritchett y B. D. Meritt, *The chronology of Hellenistic Athens*, en *Harvard University Press*, 1940, pág. 99; para la dote, a Joannes M. Sonté; para inscripciones de hipoteca dotal, a revista *Hesperia*, t. II, 1934, y Supm. VII 6, 1943; para número de hipotecas en un mismo mojón, a *Hesperia*, núm. XIII, 1944; y para las ventas *epi-lysei*, a la revista *Sárdis*, VII.

(10) O. c., pág. 110.

(11) Según Eschbach, citado por Azcárate, el interés del dinero no estaba regulado por la ley, y oscilaba del 10 al 50 por 100.

las hipotecas no fueron ni tan numerosas ni tan agobiantes como hasta entonces lo habían sido (12).

Conocemos quince mojones. cuyas leyendas reproducimos, como también las fotografías y dibujos de los tres encontrados por Robinson en el verano de 1947 y el dibujo del de Castañeda. Salvo el señalado con el número 15, cuya fecha no conocemos. y de los señalados con los números 3 y 7, que pertenecen al siglo III antes de Jesucristo, los restantes corresponden al siglo IV antes de Cristo, probablemente entre los años 389 y 300 (13).

Estos mojones son piedras toscas, sin labrar; algunos mojones son de piedra mármol. La altura de los de Robinson oscila entre 0,30 y 0,60 m.; la anchura, de 0,20 a 0,30 m.; el espesor o grueso, de 0,05 a 0,10 m. Por lo general, sólo está escrita la mitad de su superficie; las letras son rudimentarias y mal cortadas, y suelen tener una altura de 0,015 a 0,024. Algunos de estos mojones conservan las letras pintadas de encarnado, y parece ser que lo usual fué que se pintaran de tal color después del esculpido. Casi todos los mojones se han encontrado en el campo, lo que hace pensar que era allí donde se solían poner, aunque la hipoteca alcanzase a al-

(12) Solón realizó la reforma llamada *seisachzeia*; hay diferentes versiones respecto de lo que es la *seisachzeia*. Azcárate (pág. 57 del t. y o. c.) dice que, según Fustel Coulanges, no afectaba a los propietarios deudores, sino a los clientes, y que las deudas de que se habla eran los precios de arrendamientos, y que la finalidad de Solón era impedir que el cliente cayera en la esclavitud. En cambio, según Wilcken (pág. 135 de o. c.), «lo primero que hizo Solón para aliviar la opresión social y la miseria económica fué atenuar el rigor del derecho de obligaciones, aboliendo la responsabilidad personal—*daneidsein epi tois somasin*—de una vez para siempre. En virtud de los efectos retroactivos de la ley, quedaron manumitidos en el Ática todos los que habían caído en la servidumbre por deudas; fueron rescatados en la medida de lo posible los deudores vendidos en el extranjero. y las deudas pendientes se declararon nulas—*chreon apokoté*—mediante la llamada *invalidación de cargas*».

Lo que desde luego resulta evidente, por el testimonio de Plutarco, es que Solón moderó el interés del dinero y, sobre todo, que revalorizó la moneda, haciendo que el dracma, que valía setenta y tres dracmas—en otra traducción hemos leído «sesenta»—, valiese cien; con esto quedaron verdaderamente *aliviados* en sus cargas los deudores. Cf. Plutarco, o. c., pág. 160.

También refiere Plutarco (o. c., t. I, pág. 161) que Solón era acreedor de seis talentos, según unos, y de quince, según otros, y que fué el primero en condonar la deuda después de la reforma. Sobre esto, cf. también Gonzague de Reynold, o. c., págs. 125 y sigs.

(13) El mojón de Castañeda—número 2 de este trabajo—figura en el *Dittenberger* con el número 1.188; también los mojones distintos de los Robinson figuran registrados por *Dittenberger* con los números 1.186 y siguiente y 1.189 a 1.197. Los de Robinson son los señalados con los números 1, 3 y 11, de los que se reproducen las fotografías.

guna casa de la ciudad, como ocurre con el mojón número 11; sin embargo, el mojón señalado con el número 6 fué hallado en las paredes de una casa antigua de Atenas, entre Pnice y el Areópago. Dittenberger no da más detallés sobre el hallazgo, por lo que lo mismo pudo haberse encontrado formando parte de la obra de fábrica de casa, o puesta en la fachada con finalidad publicitaria.

Estos mojones, anteriores y coetáneos a la llamada época helenística, es muy probable que ejercieron la influencia helenizadora sobre el Egipto; por ello, la cultura jurídico-registral de la época helenística, que aparece más estudiada y conocida que la ática, puede ser un complemento para el estudio del régimen registral griego.

2.—LA PAPIROLOGÍA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EGIPCIO EN EL PERÍODO HELENÍSTICO O ÉPOCA GRECOEGIPCIA Y EN LA ROMANO-EGIPCIA.

a) *La papirología*.—Comparativamente, la papirología ha tenido, respecto de los mojones hipotecarios, un estudio más prolijo y una literatura más abundante. En nuestro idioma existen las admirables lecciones del catedrático de Oviedo D. Alvaro D'Ors, aparecidas recientemente en un libro bajo el título de *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano* (14). También otro catedrático, D. Manuel Torres Campos, en el año 1878, publicó una obra con valiosas aportaciones de los papiros (15).

La papirología, según Alvaro D'Ors, es una ciencia «que estudia todos los textos no epigráficos hallados en la órbita del mundo helenístico desde la época de Alejandro a la de Justiniano» (16).

Los papiros, que van desde el tiempo de los jeroglíficos al de los coptos, han ilustrado profundamente los conocimientos jurídicos; pero, de todos ellos, los escritos en griego y correspondientes al período de las dominaciones macedónica y romana son los más interesantes a nuestros fines. La importancia estriba no sólo en el contenido, sino en la cronología, ya que tales papiros corresponden a época coetánea y posterior a la de nuestros mojones, principalmente con los que contienen la fecha de la inscripción,

(14) Ha sido editada por el Instituto de Nebrija.

(15) O. c.

(16) O. c., pág. 15.

ya que esta circunstancia fué exigida por el arconte Demetrio Falereo o de Falero, en cuyos diez años de gobierno ático fueron frecuentes los contactos con Egipto (17).

La papirología no sólo estudia los papiros, sino también los *ostraka*. Estos barro o arcillas contenían inscripciones de actos jurídicos; algunos se arrollaban y pegaban con el sello, probablemente, del escriba; en un pequeño recinto de unas excavaciones fueron hallados numerosísimos tientos de esta clase, como si aquel reducido espacio hubiera sido el archivo o depósito de los *ostraka* notariales en tiempo de los faraones. Más tarde, los papiros revelan la existencia de documentos redactados con intervención de funcionarios notariales llamados *agorónomos* o de otros de más modesta condición o categoría, o tal vez una especie de los actuales oficiales de Notarías, llamados *grafeion*. También se ha llegado a conocer la existencia de una autoridad judicial, llamada *archidicastsés*, con residencia metropolitana y funciones notariales, y que debía actuar con el auxilio de un subordinado llamado *criterion*. Las copias que se expedían de estos documentos notariales se llamaron *antigrafon*.

b) *El Registro de la Propiedad en la época grecoegipcia.* — Como la papirología comprende, según hemos transcrito de D'Ors, desde Alejandro Magno hasta Justiniano, subdividimos el estudio del Registro de la Propiedad en dos períodos: uno, el de la dominación ptolomaica, y otro, el de la dominación romana.

Del Registro de la Propiedad en el período grecorromano se sabe muy poco. Alvaro D'Ors dice que el Derecho inmobiliario de esta época, «que en gran parte conservan los romanos, se caracteriza por el régimen de publicidad que en él impera» (18). Según él, «la compraventa inmobiliaria de la época ptolomaica se perfecciona por la katagrafé, o sea la inscripción del título de enajenación, previa percepción del impuesto correspondiente», y que la palabra katagrafein, que más tarde se reduce a redacción de documento público, significó «reconocer oficialmente a alguien como propietario» (19). Explica que la *hypallagma* era una ce-

(17) Según Wilcken (o. c., pág. 324), Demetrio de Falereo fué expulsado por Demetrio el hijo de Antígono, en el año 307. Su gobierno, según este dato, comprendió desde el 306 al 307.

(18) O. c., pág. 95.

(19) O. c., pág. 96.

sión, con fines de garantía, de los títulos de propiedad, hecha por el deudor a su acreedor, y que como este acto no implicaba transmisión de derecho propiamente, «no se hacía ningún apuntamiento en el Registro»; pero que, en cambio, respecto de la hipoteca, el notario, o «agorónimo, debía comprobar la constitución de hipoteca, examinando la capacidad de las partes, y registrar la operación» (20).

c) *El Registro de la Propiedad egipciorromano*.—En cuanto a este Registro, se calcula fué establecido por el año 60 de nuestra Era. Se llamó *Bibliozeke enkteseon*. Se traduce como *archivo de adquisiciones* por Guillermo A. Tell y Lafont (21); o por *registro de adquisiciones*, según Alvaro D'Ors (22); o como *registro de la tierra* por Erwin Seidl (23). Nosotros creemos que no pecaría de incorrecta la traducción de *Registro de la Propiedad*, ya que *Bibliozeke* deriva de libro y equivale a *libro registro*, y *enkteseon* quiere decir *adquisición de fincas*.

Tell y Lafont, siguiendo a Otto Eger (24), considera que este Registro era una «dependencia de carácter semicivil, semiadministrativo», regida por funcionarios del Rey, llamados *enkteseon bibliofilakes*, o simplemente *bibliofilakes*, a la manera como hoy decimos Registradores de la Propiedad o sencillamente Registradores.

El Registro tenía jurisdicción territorial y una doble función: la de archivo y la de información y publicidad, probablemente con garantías jurídicas. Como archivo no es bien conocido, porque ningún papiro lo aclara, y sólo se conoce que los documentos se presentaban por duplicado, quedando uno de ellos archivado en la oficina. En cambio, se conoce más exactamente en su función publicitaria.

Se admitían documentos públicos y privados; éstos, una especie de instancias o solicitudes generalmente de contenido contractual (*hipómnema*), y también contratos privados, con el nombre y sello de seis testigos (*syngraphé*), o sin testigos ni sellos; llama-

(20) O. c., pág. 97.

(21) Conferencia citada, de Barcelona.

(22) O. c., pág. 96.

(23) *El legado de Egipto*, pág. 328.

(24) *Zum Ägyptischen Grund-buchwesen in römischer Zeisc.*, Leipzig y Berlín, 1909.

dos *cheirographon*. Los presentaban los mismos interesados. Los documentos públicos los presentaba también el interesado o el funcionario autenticador, entre los que figuraba, a más de los notarios y funcionario judicial dichos, el banquero, que tenía función pública, porque la banca era de tipo o intervención nacional, y sus documentos se llamaban *diagraphé trapézes*. También los funcionarios fiscales, como el estratega, hacían presentaciones de documentos en favor del Fisco real.

Los documentos se presentaban por duplicado; uno de los ejemplares se archivaba y el otro se devolvía al interesado, posiblemente también al funcionario representante, con una nota que parece equivaler a nuestra actual calificación. En un papiro de *Hermupolis* consta que los hermanos *Herminus* y *Theognostus* manifiestan al *bibliofilaz* o Registrador que, en unión de su otro hermano *Isidorus* han heredado de su tío carnal *Herminus* una casa con corrales, y le piden que registre la finca, por terceras partes, a favor de ellos. El bibliofilaz puso la siguiente nota: «Constando el nombre del tío y que éste no es deudor, pero siendo incierto si les corresponde la sucesión, bajo esta reserva se queda con el duplicado de la declaración escrita» (apografe).

Hecha la calificación, se hacía un apuntamiento (parazesis) o un extracto del documento, cuyo extracto se transcribía (anagraphé) al *diastromata*, que era un índice de personas por orden alfabético, dentro de cada pueblo, equivalente al folio personal de un distrito. Del edicto del gobernador *Mettius Rufus*, este folio personal o índice había de renovarse periódicamente para mantenerlo al día, y cuando se terminaba un folio se abría uno nuevo, trasladando a éste la situación final del folio anterior.

Los *diastromata* servían para conocer inmediatamente la situación jurídica de las fincas de un titular inscrito y tal vez para indicar en qué lugar del archivo podía verse con más extensión lo que se deseaba conocer.

Los parazesis también tuvieron carácter de asientos provisionales para los gravámenes y mutaciones de propiedad. Se practicaban para garantizar derechos a favor del Fisco, o cuando los derechos aún no habían sido registrados, o para hacer constar un proyecto de enajenación o gravamen, o para prevenir y evitar fraudes de deudores. De un papiro resulta que un deudor se había

obligado a no enajenar sus bienes hasta el pago; la acreedora teme ser defraudada y pide el *parazeis* de su derecho a fin de que el deudor no pueda enajenar sus bienes. El papiro dice así: «... si de las actas del *enkteseon bibliozeke* se desprende que ninguna otra persona fuera del deudor es propietaria de tales fincas hipotecadas; que no existe hipoteca a favor de otra persona, ni quien tenga derecho de ninguna clase que limite la libre facultad de disponer del deudor, entonces no ha de haber dificultad en conceder la *parazeis* reclamada».

Había también una especie de certificación registral que servía para que los notarios pudieran autorizar los correspondientes documentos. El edicto de Mettus dice: «Los funcionarios que autentiquen los documentos no deben ejecutar ninguno sin que preceda la correspondiente disposición de los *enkteseon bibliozeke*, siempre que se trate de autenticar negocios cuyo objeto radique dentro de la circunscripción de la *enkteseon bibliozeke*, y en cuanto las disposiciones tengan por objeto inmuebles.» Esta autorización del registrador, o especie de certificación registral, se llamó *epistalma*. Los agorónomos expresaron el cumplimiento de esa exigencia del Edicto de Mettus consignando en el mismo documento que autorizaban lo siguiente: «El documento ha sido otorgado por el deudor después que los *bibliofilakes* han dado el correspondiente permiso.»

La finalidad u objeto de estos registros no debió ser la mera publicidad, sino la concesión de garantías y ventajas, respondiendo ya, sin duda, a nuestra actual filosofía jurídica del *ser* y del *valer*, reservando el *ser* a la función notarial y el *valer* a la registral, si del Derecho inmobiliario se trata.

Mettius Rufo, en uno de sus Edictos, ordenó a todos los titulares de derechos inmobiliarios que declarasen en los Registros sus propiedades y derechos reales, y añadía: «A fin de que los contrayentes no sean engañados por *desconocimiento*.» Pero la convicción de la finalidad jurídica deriva de una serie de papiros en los que se aprecia que aquellos registros conferían eficacia y validez a los actos y contratos registrados. El Fisco acudía a los *bibliozeke enkteseon* para asegurar sus propios créditos frente a los de otros particulares por la sola prelación registral; los funcionarios judiciales y los del Fisco se dirigían a los *bibliofilaz* preguntándoles si

había o no dificultades para la resolución de sus asuntos y si podían o no poner en posesión de determinados bienes a personas reclamantes; el hecho de que las mujeres y los hijos se dirigieran constantemente a los bibliofílax solicitando la inscripción de las hipotecas legales pregona bien claro que sin la registración tales derechos no debían ser eficaces; igual sugerencia producen esas numerosas peticiones de plazo que los vendedores de fincas pedían para poder cancelar las cargas del bibliozeke enkteaseon.

Erwin Seidl, en su trabajo citado, dice a este propósito: «Los Gobernadores introdujeron los bibliozeke enkteaseon, registro de la tierra, el único de su clase en la antigüedad de que tenemos conocimiento. Todos los títulos de propiedad relacionados con la tierra se recogían en un centro, con índices diastroma, para hacer más fácil la referencia. El comprador de un trozo de tierra podía investigar en estos archivos y podía, al parecer, estar conforme de que no existían derechos sobre el mismo si no se le encontraba allí.» Seidl insinúa la existencia de una fe pública en tales registros (25).

3.—LA HELENIZACIÓN Y EL CONCEPTO DE LO HELENÍSTICO.

Helenizar es tanto como modificar una cultura no griega por la influencia de la cultura helénica. Respecto a Egipto, es la operación de importar a las regiones del Nilo la cultura de los griegos. Pero, naturalmente, la pureza de origen no se conserva en el país que importa, sino que sufre alteraciones, y entonces aparece la llamada cultura helenística.

Por eso Alvaro D'Ors dice que «los tres siglos de dominación ptolomaica en Egipto sirvieron para *helenizar* intensamente el país» (26), y que en la época *helenística* «la cultura de la Hélade clásica se ha transformado de modo que ya podrá ser asimilada por el mundo romano. La cultura helenística es, en este sentido, una cultura de fijación y de transmisión. Ocupa respecto de Roma un papel análogo al que ocupa Bizancio respecto al mundo de la Edad Media. Del mismo modo que en Bizancio se fija la cultura del mundo antiguo para su transmisión al Medievo, así también la cultura griega se transmite a Roma después de haber sido fijada

(25) Cf. Alvaro D'Ors, Torres Campos y Tell y Lafont, o. c.; la transcripción del contenido de los papiros está tomada de la conferencia impresa de Tell y Lafont.

(26) O. c., pág. 44.

en el crisol del mundo helenístico. Dos épocas, pues, que en las exposiciones de la historia política suelen ser algo olvidadas y que, sin embargo, están llenas del más alto significado para la historia de la cultura» (27).

Pero si el período helenístico se fija desde Alejandro a Augusto, el de helenización comenzó bastante tiempo antes. Verdad es que los mayores contactos entre uno y otro país tuvo lugar cuando después de la muerte de Alejandro sus diádocos, aquellos generales que como sucesores de su jefe, y que se llamaron Perdicas, Cráteros y Antipater, se repartieron el poder del gran Imperio Alejandrino con los títulos de Quiliarca o Gran Visir el primero, y los segundos con los de Estrategas de Asia y Europa, y se designó para la Satrapia de Egipto a Ptolomeo, hijo de Lago, fundador de la dinastía ptolomaica con el nombre de Ptolomeo Soter, o el Salvador, bajo cuyo reinado menudean las luchas por el poderío de Grecia con el sátrapa de la Gran Frigia Antígono, durante cuya regencia actuó el arconte Demetrio Falereo, regulador en una de sus leyes de la forma de redactar las inscripciones de los mojoneros hipotecarios del Atica. La helenización de Egipto había comenzado mucho antes de que estos sucesos acontecieran. Así lo pregona Náucrates, ciudad griega fundada por emigrantes griegos del siglo VII a. de J.-C. en las orillas del Nilo, bajo el reinado del faraón Psámético, de quien los emigrados recibieron la expresa facultad de regirse por sus propias leyes nativas (28). Y también así lo proclama el contenido de un papiro que revela que las leyes de Alejandría se remontan en parte a las leyes de Solón, respecto de cuyo particular el famoso investigador, hace poco fallecido, Ulrico Wilcken nos dice: «Las leyes de Solón (llamadas zesmoi, luego nomoi), publicadas íntegramente en el pritaneo (29) sobre

(27) O. c., pág. 50.

(28) Durante el reinado del faraón Psámético hubo una revolución política, en la que el faraón fué auxiliado por los jonios, tras de los cuales iban los mercaderes griegos, a los que el rey permitió establecerse en la desembocadura canónica del Nilo. Así nació Náucrates; sus ruinas fueron descubiertas recientemente; coinciden con la actual Nebireh. Fué la única ciudad griega en tierras de Egipto hasta la fundación de Alejandría. (*Historia de Grecia*, de Wilcken, citada, págs. 101 y 104.)

(29) El prytaneo fué el edificio del Arconte epónimo y lugar de celebración de los banquetes a los huéspedes de Estado. Su esplendor corresponde a la época de Pericles. Pausanias, que visitó Atenas en el siglo II de nuestra Era, dice que en sus muros vió escritas las leyes de Solón.

tablas giratorias recubiertas de blanco adsones y en extracto sobre pirámides de piedra (kurbeis) delante del pórtico real, alcanzaron en las ciudades griegas, a través de los siglos, una fama y una difusión extraordinarias, fama y aceptación plenamente merecidas y que tampoco les regatea la ciencia jurídica de hoy. No sólo penetraron en el ámbito de la primera confederación marítima del Atica bajo la influencia uniformadora de la confederación; todavía se rastrean sus huellas en el Código romano de las Doce Tablas y, como nos enseña un papiro recientemente descubierto, se utilizaron en la época helenística en la redacción de las leyes de la ciudad de Alejandría» (30).

Las leyes áticas, por su superioridad cultural, se impusieron sobre las imperantes en las demás regiones griegas; esta expansión eliminadora de otras leyes operó el milagro, que tantos trabajos, esfuerzos y años ha costado en nuestra Patria, de producir la unidad legislativa de la Grecia antigua, que más tarde, por las confederaciones marítimas del Atica, como nos dice Wilcken, fué infiltrándose en países extraños y lejanos. Hoy mismo la lectura de las formas hipotecarias que describen los mojones de que nos vamos a ocupar irresistiblemente fuerzan el pensamiento a la creencia de un influjo griego en nuestro derecho de hipotecas. ¿Cómo no pensar que también esas leyes áticas, ese derecho ático de hipotecas, en virtud de la transmutación helenística, haya sido causa no ya del registro romanoegipcio, sino también de los sistemas germánicos registrales o de publicidad?

4.—LAS LEYENDAS O INSCRIPCIONES ÁTICAS.

Para facilitar el conocimiento de los mojones que ofrecemos al lector, los hemos clasificado, a tenor de la modalidad hipotecaria o garantizadora que ofrecen, en cinco grupos, bajo las letras a), b), c), e) y f) que siguen: dentro de cada uno de ellos transcribimos la leyenda de cada uno de los mojones, con su traducción y las interpretaciones de que son susceptibles. Bajo la letra d) sólo

Allí se conocía de los asuntos civiles. De aquí que se llamaran prytaneas las costas de los juicios. El prytaneo fué también la casa consistorial, y los ediles se llamaron prytaneos (*Pritaneion* = casa del Ayuntamiento; *Pritanis* = prytano).

(30) *Historia de Grecia*, citada, pág. 138.

hacemos alusión a un mojón o papiro que no conocemos, pero que lo menciona Dittenberger y que al parecer responde a la modalidad garantizadora de la fiducia romana.

a) *Hipotecas de tipo romano*.—La impresión que se recibe con el análisis de los mojonos áticos es que la hipoteca griega, en sus diversas modalidades, salvo para la anticresis, responde a la misma idea de la hipoteca romana. Jörs no opina de esta manera (31). El carácter accesorio y de garantía lo proclaman esas obligaciones personales que son el préstamo, la devolución de la dote, la responsabilidad de los tutores, etc., que se trata de asegurar con los mojonos; la naturaleza real resalta con la existencia de segundas hipotecas y las ventas con prohibición de volver a hipotecar y probablemente también prohibición de enajenar. Estas segundas hipotecas también pregonan el no desplazamiento o desposesión de la finca y acusan, por tanto, un origen consensual del contrato. No aparece de los mojonos si la responsabilidad de las fincas gravadas es netamente material o subsidiaria de la personal del deudor, ni tampoco cuál fuera el proceso de ejecución hipotecaria (32). A nuestro juicio, hay tres razones para inclinarse por la responsabilidad no material. Una, según el sentido valorativo de la palabra hipoteca, porque aunque etimológicamente (poner debajo = *hypo*, debajo, y *tizemi*, poner) pudiera pensarse lo contrario,

(31) Jörs (o. c., pág. 224) dice que «... las últimas investigaciones han demostrado que la hipoteca griega se basa exclusivamente en la idea de la responsabilidad material de la cosa, y que es por completo diferente de la prenda sin posesión del Derecho romano». Cita los escritos de Manick aparecidos en la *Real Encyclopedie*. Manick es uno de los investigadores en esta clase de estudios, constantemente citado por Dittenberger.

(32) En las ejecuciones de hipoteca del Derecho egipcio, el acreedor podía optar entre la ejecución personal contra el deudor o ejercitar lo que hoy llamamos acción real contra la finca; había un acto de posesión por parte del acreedor—*enechirasia*—y una adjudicación oficial—*prosbole*—en los casos de la *hypalagma* o cesión de títulos de propiedad en garantía. En los casos de hipoteca, y ya en la época romana, el procedimiento se iniciaba con el *epistalma* o autorización del Registrador o bibliofilaz; se requería de pago al deudor, si así se había pactado, y caso de que éste no protestase, seguía adelante el procedimiento, que se llamaba *epikatabolé*—*epikatabolé*—, y consistía en la comprobación de la vigencia de la hipoteca y vencimiento de la deuda, y terminaba con la declaración de traspaso de la propiedad; el procedimiento se seguía ante el archidicastes, y, una vez terminado, este funcionario se dirigía al estratega del *numo*. esto es, provincia o distrito en donde estaba establecido el *Bibliozeke enkte-seon*. para que el bibliofilaz practicara la inscripción del traspaso o adjudicación de la finca hipotecada. Cf. D'Ors, o. c., págs. 97 y sigs.

se desprende que la idea del jurista griego fué sujetar o poner las cosas para sufrir o aguantar las cargas o responsabilidades personales. pero no en el sentido de sustitución de deudor o pago de la deuda, sino en el de fianza. Lo corroboran las siguientes observaciones: de los quince mojones que reproducimos, ni uno solo contiene una transmisión de propiedad efectiva al acreedor, ni simple, ni con condiciones resolutorias o suspensivas, que fueron las formas típicas de la hipoteca de responsabilidad material (33) (sólo Dittenberger alude a una forma de la fiducia, sin darle este nombre y dando a entender que es una modalidad nueva en el Derecho griego, como exponemos a continuación bajo la letra d); la otra observación es la siguiente: de la mayoría de nuestros mojones se infiere la existencia de *hyperocha*, es decir, del *superfluum* de los romanos, lo que quiere decir que el propietario de la finca hipotecada era dueño de lo que su finca valiese más después de pagada la deuda, en cuya consideración jurídica estriba precisamente la facultad de constituir segundas hipotecas. La responsabilidad material de la antigüedad no corresponde con el actual concepto de responsabilidad limitada a la finca, en la que, naturalmente, subsiste la *hyperocha*.

A nuestro juicio, responden a la fórmula corriente de la hipoteca romana las de los siguientes mojones:

MOJON NUMERO 1

Traducción: Mojón de la tierra (o campo) hipotecada a Hipopstrate por la dote en 5.200 dracmas.

Este es uno de los mojones encontrados por Robinson en el verano de 1947; lo halló en Anavysso, lugar donde existió el demos de Anaphystus. Lo ha donado al Museo de Agora. Lo sitúa por el año 378 a. de J.-C., y dice de él que «es un pilar de hipoteca levantado para registrar la seguridad dada para la dote de Hippostratē».

En la generalidad de los mojones se consigna la responsabilidad en cifra o guarismo, sin expresar la clase de moneda; en estos casos la responsabilidad se entiende en dracmas (34). Otras veces

(33) V. en esta REVISTA, núm. 249, mi trabajo sobre *La hipoteca antes del Código civil*.

(34) El dracma fué unidad de peso y moneda en diversas regiones;

se expresa en talentos y con abreviatura; otras se dice por escritura en el texto del mojón.

MOJON NUMERO 2

Traducción: Mojón de la tierra por la dote de Hippoclea, la de Deemócares el Leuconoense. por un talento. Cuanto valga más, hipotecado a los Cicrópidas y a los Licómidas y a los Flienses.

Este es el mojón que reproduce Castañeda y fué descubierto por Antoniaades entre Marusi y Chalandri en 1883. El sitio del hallazgo es el en que se supone existió el demos Phlya, al que pertenecen los phlienses del mojón; Licómidas es el nombre de una familia que, según Plutarco, tuvo su casa en Phlya; por la situación del demos se infiere que perteneció a la tribu de los Cicrópidas, que se menciona en la inscripción hipotecaria.

Conocemos tres versiones sobre este mojón. Carlos Humberto Núñez lo traduce en los siguientes términos: Mojón del campo de la dote de Hippoclea de Demajaro Leucon, de más de un talento, hipotecado por los atenienses, los leucómidas y los flienses. Según esta traducción, la piedra sólo publica un derecho real de hipoteca constituido por los cicrópidas o atenienses, los leucómidas y los flienses a favor de Hippoclea para garantizarle su dote, con la responsabilidad de más de un talento.

Las otras dos versiones aprecian la publicidad de dos actos. Una, la más generalizada, aprecia la existencia de dos hipotecas, y la otra considera que hay en la leyenda del mojón una hipoteca a favor de Hippoclea y una donación a favor de la tribu, de la familia y del demos.

Don Martín Sánchez Ruipérez, en las cuartillas inéditas a que ya hemos aludido, da la siguiente interpretación: «Una mujer llamada Hippoclea, hija de Demócares el de Leucónoe, se ha casado con un varón seguramente del demo de Phlya, el cual varón responde de la dote aportada por Hippoclea por el valor de un talento con parte de la finca en la que se ha colocado el mojón. El resto

las colonias griegas de nuestra Península tuvieron el dracma olímpico. El dracma ático fué el utilizado desde Solón hasta la dominación romana, que lo sustituyó por el denario. Con la reforma de Solón, cien dracmas formaron la mina, y sesenta minas el talento; es decir, que un talento valía seis mil dracmas.

del valor de la finca lo hipoteca a favor de la tribu Cécropis, del demos Phlya, y de la familia de los Licómidas» (35).

Szanto (36) considera que la segunda parte del mojón contiene una donación a favor de la tribu, familia y demos que enuncia.

(35) Respecto del mojón de Castañeda, D. Martín Sánchez Ruipérez, en las cuartillas citadas, dice: «LUGAR: El mojón en cuestión fué encontrado en el lugar hoy llamado Socharia, enclavado entre las aldeas que hoy se llaman Marusi y Chalandri. Según se puede ver en el mapa del Atica, incluido en *R. E.*, c. II, 2.204 (*Real Encyclopedie*, de Pauly y Wissowa), dichas aldeas están situadas al noreste de Atenas, a unos doce y siete kilómetros, respectivamente, de distancia. Con la actual Chalandri parece coincidir el antiguo demos Phlya, de que se habla en la última línea de la inscripción. El hallazgo de este mojón fué dado a conocer por Antoníades en la revista *Ephemeris Archaeologica*, año 1883, pág. 65.—II. FECHA: Nuestra inscripción ha de ser fechada, por lo tanto, entre los años de 403 y 300, aproximadamente, siendo muy probable que pertenezca a fecha anterior al 353 a. de J. C.—III. TRADUCCIÓN: Mojón de finca [hipotecada] por la dote / en favor de Hippoclea [hija] de Demócáres Leucónoense [por el valor de] un talento. / Cuanto vale de más [esta finca] para los Cécropidas / está hipotecado y para los Licómidas y para los Elienses.—IV. INTERPRETACIÓN: Una mujer llamada Hippoclea, hija de Demócáres, del demos de Leucónoe, se ha casado con un varón, seguramente del demos de Phlya, el cual varón responde de la dote aportada por Hippoclea por el valor de un talento con parte de la finca en la que se ha colocado el mojón. El resto del valor de la finca lo hipoteca a favor de la tribu Cécropis, del demos Phlya y de la familia de los Licómidas. Se trata, pues, de una hipoteca doble (en latín, *hyperocha*). Por lo que hace a la primera hipoteca, hemos de señalar que en el Derecho griego—del que el ático no es el mejor conocido—, como el marido recibía la dote de la esposa sólo en usufructo, y como en ciertos casos—por ejemplo, disolución de matrimonio—estaba obligado a restituir dicha dote al padre o encargado de ella, el marido, al recibir la dote, daba una garantía o fianza al padre o encargado que le entregara la dote para responder de ésta. La finca hipotecada como garantía era señalada en el Atica con un mojón. (Véase Thaleim, en *R. E.*, II c., 188 y sigs.) Cuando la hipoteca es doble, lo común es que se consigne el importe por el que se hace la primera hipoteca (en este caso un talento), entendiéndose que el resto del valor de la finca se aplica a la hipoteca en favor del segundo (o segundos) acreedor (o acreedores). (Véase Manig, en *R. E.*, IX c., 306 y sigs.) En su primera parte, la presente inscripción llama la atención por la omisión del término técnico hipotecada, que hemos explicado más arriba y que aparece en otras inscripciones del mismo tipo. En la segunda hipoteca lo chocante es que los acreedores sean simultáneamente una familia, su demos y su tribu, lo cual sería difícil de explicar si se tratase de una hipoteca para responder de deudas contraídas. Según Szanto (en revista *Hermes*, 20-1885, págs. 515 y sigs.), lo más seguro es que la finca hipotecada, que sería propiedad del esposo de Hippoclea, servía en primer lugar de garantía por el valor de la dote, y por el exceso, era donada o dejada en herencia a la tribu, al demos y a la familia en cuestión». Las precedentes cuartillas, transcritas en parte, llevan la firma de don Martín Sánchez Ruipérez, fecha 25 de febrero de 1948, e indicación del Instituto Antonio de Nebrija, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Me fueron entregadas por el profesor señor Vallejo.

(36) En la revista *Hermes*, 20-1885, págs. 515 y sigs.; cita tomada del señor Sánchez Ruipérez.

No conocemos los argumentos de Szanto, y juzgando por los nuestros nos inclinamos a creer que no hay tal donación. Verdad es que esta segunda parte de la inscripción no contiene una determinación de la responsabilidad de la finca, lo que parece que quiere decir que se trata de una responsabilidad ilimitada, cuyo concepto se aproxima al de una donación o enajenación, ya que no se sabe si hay o no *hyperocha*, y por tanto posibilidad de una nueva disposición por parte del dueño. Los griegos contaban con la palabra *elleipon*, que aunque tiene una significación parecida a la de la *hyperocha*, se diferencia de ella. Ambas se parecen en que significan un segundo plano, algo que es posterior a otra cosa o inferior en categoría, es decir, un sobrante; y se diferencian en que el *elleipon* indica un agotamiento y por tanto la imposibilidad de una nueva disposición, en tanto que la *hyperocha* concede siempre al propietario la facultad de disponer del sobrante. El *elleipon* es tanto como decir: todo lo que valga la finca *hasta su total valor* queda hipotecado a tu favor. Por eso, el *elleipon* se ha traducido como una renuncia o donación.

Nosotros creemos que esta segunda parte del mojón es una hipoteca, porque expresamente contiene la palabra *hipoteca* (hipotecado a) referida a los Cicrópidas, etc. No creemos que la palabra *hipoteca* sea aplicable a la primera parte del mojón, o sea a la garantía de Hippoclea, porque aunque allí no se emplea, queda sobreentendida su aplicación. Pero como tampoco es verosímil que los acreedores de esta segunda hipoteca fueran colectividades de personas o personas colectivas indeterminadas, creemos que podría ser interpretada tal hipoteca en el siguiente sentido: la finca, «en cuanto exceda de un talento, hipotecada a la familia de los leucómidas, del demos de Filias, perteneciente a la tribu de Cécrope». Nos apoyamos para ello en que, según la organización administrativa del Atica, la familia formaba las aldeas, el grupo de aldeas formaba el demos y la reunión de éstos constituía una tribu o *phlya*, siendo todos ellos una especie de círculos concéntricos, de los que el menor era la familia, que solía designarse, a más de su patronímico, por el gentilicio o demos a que pertenecía.

MOJON NUMERO 3

Traducción: Mojón de las casas y de los huertos que están cerca de las casas, que fueron hipotecados por la dote de Nicesareta; consagrados y adscritos a la celeste Afrodita en el Aspid por Nicesareta, la mujer de Náucrates, y por Náucrates como dueño (señor), conforme al testamento que está en poder del sacerdote de Afrodita y del Arconte Euménidas y del tesmoteta Tesifonte.

Interpretación: Dittenberger dice: «Náucrates, pues, había pignorado, en concepto de dote de su mujer Nicesareta, casas y huertos. Después, Nicesareta, juntamente con su marido, como dueño de los fundos y tutor suyo, consagra y dona aquellos fundos a Venus, esto es, por causa de muerte, lo cual habían consignado en testamento, fuera éste uno o fueran dos (Bruck). Que la donación ha sido hecha efectiva se indica con el nombre de Venus añadido bajo el título, como lo demuestra el que en otros lugares los fundos, al igual que los metales (preciosos) consagrados a los dioses se designan con el adjetivo derivado del nombre del dios.»

MOJON NUMERO 4

Traducción: Siendo Arconte Euxenipo. Mojón de la tierra y de las casas hipotecadas no sólo por la mitad de la dote de Xenaristz, mujer de Pizodoro Garguetio, sino también por las usuras producidas hasta el arcontado de Leóstrato, por 2.721 dracmas.

Dittenberger trata de este mojón bajo el número 1.187 del *Repertorio inscriptionum graecorum*. En la nota 1 dice: «Se trata aquí de la mitad de la dote de Xenaristz, que fué de 4.000 dracmas, y de las usuras de dos años, que son 720 dracmas. Es todavía dudoso entre los doctos quién había pignorado el campo como dote de Xenaristz. Kreler, siendo muchas las piedras colocadas en los campos de los maridos que a éstos o al suegro se dan bajo el concepto de dote, o se pignoraban como dote por el total o sólo parte de ésta, supuso también que aquí había constituido la hipoteca el marido, habiendo recibido la parte anterior de la dote por disolución entonces del matrimonio; pero que dos años después los esposos habían vuelto a la concordia, pero con la condición de que no pagara todavía al marido la otra parte de la dote ni que tampoco

tuviera que pagar (en el acto) las usuras de la anterior parte de la dote, la cual se le adscribía juntamente con el capital mediante la hipoteca. Esta conjetura, aprobada por Lipsio (*Das. Alt. Recht. u. Rechtsverf.*, II-499), y por O. Schulten Woch Klars (*Phil.*, 1892, 794), y C. F. Hitzig (*Griech Pfandrecht*, 44), y Szanto, y Billeter y Papulias, contaba en su apoyo con nuevos y fuertes argumentos. Por el contrario, Dareste y sus seguidores Guiraud Propr. fonc. en Grèce, 290, y Dittenberger, opinan que constituyó la hipoteca a Pilodoro el padre de la mujer, el cual, habiendo dado a su hija en matrimonio, siendo Arconte Euxenipo, a cierto ciudadano, constituyó a éste una dote por valor de cuatro mil dracmas, que no pagó al contado. (Cf. *Dem.*, XLI-5.) Pasados dos años pagó la mitad de esa dote, con las usuras correspondientes a esos dos años; pero como todavía entonces seguía debiendo otros dos mil dracmas con las usuras de otro bienio, sustituyó con esta piedra a la primera, en que la casa y el fundo venían obligados a la totalidad de los 4.000 dracmas.

Según el mojón, las tierras y las casas hipotecadas sólo garantizan la mitad de la dote y los intereses de dos años. Lo dudoso es saber quién constituyó la hipoteca, si el marido o el padre de Xenaristz; el hecho de que la hipoteca asegure los intereses de la dote inclina a la creencia de que el hipotecante fué el padre, ya que no parece lógico que el marido, seguramente administrador de los bienes conyugales, tuviera que pagar usuras a la mujer o al padre de ella.

Las leyendas transcritas se refieren a hipotecas *pro dote uxoris constituta*; la del mojón quinto, que sigue, es una hipoteca *a tutore pupillis constituta*.

MOJON NUMERO 5

Traducción: En tiempo del Arconte Nicocleo. Mojón de las tierras y de la casa y del agua de la pertenencia de los campos que riega las heredades, hipotecadas a Jarippo y Jari, los hijos huérfanos de Jario el extranjero.

Interpretación: El tutor de los menores, Jarippo y Jari, garantiza su gestión con hipoteca constituida sobre las tierras en donde se puso el mojón, la casa que en ellas hay y sobre las aguas que corresponden a esas tierras para su riego.

MOJON NUMERO 6

Traducción: Mojón de la casa hipotecada X... a Periandro Colargense. Paso (de aguas) de la casa hipotecada en Hales por 200 dracmas.

Interpretación: Dittenberger recoge este mojón bajo el epigrafe *hypotheca fundus pluribus creditoribus oppigneratur*, esto es, un mismo fundo hipotecado a varios acreedores. Aclara además que después de la X hay un espacio correspondiente a dos renglones y medio que fueron borrados de intento. El mojón fué hallado, como ya se ha dicho, en la pared de una casa antigua de Atenas.

El mojón publica desde luego dos hipotecas diferentes, es decir, dos títulos hipotecarios, puesto que contiene la palabra hipoteca dos veces, una referida a la casa y otra al *poros* de la casa. Desconcierta el hecho de que la segunda hipoteca no contenga el nombre del acreedor y haya de reputarse que son múltiples los acreedores. Pero el mojón es importante por razón de la cosa hipotecada. La palabra *poros* da idea de *paso de aguas*, o curso de aguas, como dice Humberto Núñez, perteniente a la casa. Esto puede interpretarse como una servidumbre de aguas de la casa, y el hecho de que ese curso de aguas haya sido hipotecado con independencia o como derecho real independiente explicaría que hace dos mil cuatrocientos años, lo mismo que hoy, la servidumbre de aguas era susceptible de hipoteca independiente.

MOJON NUMERO 7

Traducción: Siendo Arconte Leontos, en el mes de Apotorion, mojón de las casas y de los huertos que hipotecó Antenor, hijo de Kleudico, a Pasaristo, hijo de Evágoras, además del señor Samonos, en noventa dracmas de plata, según el tratado que está en poder de Evaquis de Critolao.

Interpretación: En el mes de Apotorion, del arcontado de Leontos, y a fin de garantizar un préstamo de noventa dracmas de plata, que Pasaristo, el hijo de Evágoras, había hecho a Antenor, éste hipotecó a favor de su acreedor las casas y los huertos en donde se puso el mojón. La mención que se hace al señor Samon

lo mismo puede ser interpretado como que es un acreedor anterior o que conjuntamente con Pasaristo es acreedor hipotecario por los noventa dracmas.

La obligación garantizada por la hipoteca de este mojón, como la del número 6, es el préstamo.

b) *Hipotecas del tipo de la mortgage de los Estados Unidos de América, o ventas epi-lysei*.—Con el nombre de *pepramenon epi-lysei*, esto es, *ventas epi-lysei*, se designa otra modalidad hipotecaria griega. Literalmente quiere decir venta con facultad de deshacerla, por lo que suele traducirse como *venta sujeta a redención*. Pero no es comparable a las ventas con pacto de retro, porque el dueño de la finca, si bien concertaba una venta con facultad de retraerla, no entregaba la finca, sino que la conservaba en su poder, seguía disfrutándola y además seguía teniendo la facultad dominical de celebrar posteriores ventas *epi-lysei*. Realmente no había venta, sino una fórmula hipotecaria análoga a la de los Estados Unidos de América, por lo que Robinson titula estas ventas con el nombre de mortgages (37).

Dittenberger (38) dice: «Si alguna cosa se vende *epi-lysei*, el comprador adquiere ciertamente el dominio de la cosa, pero con la condición de que le sea permitido al vendedor recuperarla por el mismo precio, reteniendo éste el usufructo y pagando al comprador anualmente el importe de las usuras. La condición de ambos es, por consiguiente, la misma que la de un préstamo con hipoteca» (39).

Responden a esta modalidad los mojones números 8 a 11, que siguen:

(37) Wolf, en o. c., pág. 168, dice que la garantía real mediante la transmisión de cosas inmuebles ha desaparecido en el continente europeo, y que «la institución inglesa del *mortgage* era hasta hace poco una auténtica transmisión a efectos de garantía sin transferencia de posesión (y lo es aún en América del Norte); hasta 1925 no se ha convertido en una pura hipoteca en el sentido que tiene en el continente europeo».

(38) Nota 2 al núm. 1.191.

(39) La páctica de esta modalidad la hemos conocido en una región levantina, la de verdadera influencia griega; el préstamo se verificaba como una venta sin condiciones, pero el comprador simultáneamente arrendaba la finca al vendedor con derecho de opción a la compra.

MOJON NUMERO 8

Traducción: Mojón del campo y de la casa hipotecados a Filozeo, de Frearroi, por 1.500 dracmas.

Interpretación: El Philotheus de esta inscripción era del demos de Phrearroi, que perteneció a la phlye o tribu de Leontis, una de las diez primitivas del Atica (que coincide con el poblado de Sunium, donde fué hallado el mojón), y prestó 1.500 dracmas al dueño de la finca donde se puso el mojón.

MOJON NUMERO 9

Traducción: Mojón del campo y de la casa hipotecado a Ieromnemo, de Hales, en 500 dracmas, según las estipulaciones que están en poder de Lysistrato; y a los Decadistas en 130 dracmas; e hipotecado a los eranistas que siguen a Teopeido, Icario.

Interpretación: La finca estaba compuesta de casa y tierra, y sobre ella pesaban tres hipotecas; dos de ellas en garantía de préstamo de las cantidades que publica, y la tercera probablemente para garantizar la aportación que el dueño de la finca debía hacer a los eranistas.

Este mojón ofrece dos particularidades dignas de recoger. Una de ellas, la relativa a poner de relieve que no sólo eran titulares de las hipotecas las personas individuales, sino también personas jurídicas, como los decadistas y los eranistas. Para Dittenberger los decadistas eran personas pertenecientes a una sociedad llamada así «por el día décimo de cada mes, en que solía reunirse» (40); y los eranistas, un grupo de fratries que siguen a un jefe (41). Pero se sabe que hubo una sociedad de ese nombre a la que los socios aportaban una cuota con el fin de celebrar comidas conjuntas o repartir socorros o limosnas (eranos).

La otra particularidad es la relativa a la existencia de la palabra hipoteca (hipotecada a) después de haberse consignado una venta epi-lysei, con lo que queda bien claro que tales ventas no restringían la facultad dispositiva del vendedor epi-lysei.

(40) Nota 2 al núm. 1.196.

(41) Nota 3 al núm. 1.197.

MOJON NUMERO 10

Traducción: Mojón de la tierra hipotecada a Cefisidoro Leucon en 1.500 dracmas; y a los hermanos que siguen (que están) a Eva-tostrato Anaflysto, en 200 dracmas; y a los Glaucidas, en 600 dracmas; y a los Epíclidos, en 160 dracmas; y a los hermanos que están con Nicono Anaflysto, en 100 dracmas.

Interpretación: Esta piedra horoi publica cinco hipotecas sobre la misma finca, constituídas todas ellas con la fórmula de ventá epi-lysei, y con la particularidad de que la última hipoteca también tiene asignada la responsabilidad de la finca, al contrario de otros mojones en que nada se dice, como dando a entender que la finca tenía aún mucho más valor que el de todas las responsabilidades señaladas, y se podía seguir constituyendo más hipotecas. Aquí podría decirse que no hubo *elleipon*, sino que había *hyperocha*.

MOJON NUMERO 11

Traducción: En tiempos del Arconte Prasibulo. Mojón de la casa y de la tierra y de la casa que está en la Ciudad, hipotecadas en 3.000 dracmas a Mneson de Hálaei, a Mnesibulo de Halai, a Charinos de Hálaiei.

Interpretación: Ofrece dos particularidades notables el presente mojón. Está colocado en una finca compuesta de casa y tierra y no sólo advierte que la finca está hipotecada, sino que dice que también lo está la casa de la ciudad. La otra particularidad estriba en que sólo hay una hipoteca y una responsabilidad, de la que son acreedores tres personas determinadas. Robinson, que encontró este mojón, dice en la revista ya citada que es el único caso de tres acreedores del mismo demos tomando una misma hipoteca (42).

c) *Modalidades hipotecarias en garantía del precio aplazado en las ventas.*—Los griegos tenían dos modalidades de garantía *pro pretio ab emptore nondum soluto*. Una de ellas consignaba simplemente la existencia de la hipoteca para garantizar el pago

(42) Also unique is the number of three mortgagees of the same deme taking one mortgage.

del precio de la venta, o precio aplazado. Su fórmula era la siguiente: *timés enopheilomenes*; esto es, pago o precio de la venta (times) garantizado con la misma finca (enopheilomenes). La finca respondía ante todo del precio no pagado, y el adquirente podía establecer segundas hipotecas.

En cambio, con la otra modalidad los compradores no podían establecer ninguna hipoteca sobre la finca comprada. La fórmula era añadir a la palabra venta (*prasis*) la palabra *pantos*, para dar a entender que tal adquisición esté agotada o impedida para el crédito; su verdadero sentido era el de prohibición de hipotecar, y tal vez de disponer. Dittenberger nos dice que tal palabra se añadía en los mojonos para prevenir públicamente que no se hipotecara la finca dos veces. De aquí el que la frase *pepramenon pantós* tenga la significación de hipoteca en garantía de precio aplazado en la venta, consumiendo el total valor o con prohibición de volver a hipotecar.

Los dos mojonos que siguen responden a estas dos modalidades.

MOJON NUMERO 12

Traducción: En tiempos del arconte Teofrasto. Mojón de la tierra hipotecada en garantía del precio a Fenostrato de Pean, en 200 dracmas.

Interpretación: Dittenberger (43) dice que «el que compró el fundo a Fenostrato pagó al contado sólo parte del precio, pignorando el campo por el resto».

MOJON NUMERO 13

Traducción: Mojón del campo y de la casa hipotecados totalmente a Epígono de Anquiles, por 80 dracmas.

Interpretación: Epígono vendió la tierra y la casa, pero se le dejó a deber 800 dracmas, que le quedan garantizadas con la misma finca en virtud de una hipoteca que absorbe todo el valor de la finca.

d) *La fiducia.*—Entre los mojonos que reproducimos en el presente trabajo, ninguno se refiere a la fiducia.

(43) Nota 2 al núm. 1.194.

Dittenberger, al interpretar un mojón relativo a la anticresis, incidentalmente alude a «la nueva forma de pignoración que se llama *oné en pistei*», y para su estudio remite a Mittei. Nosotros solamente hemos analizado las palabras que transcribe, que las traducimos como *compra de confianza* (*oné* = compra, y *pistei* = garantía de juramento, es decir, confianza).

e) *La anticresis*.—El mojón de la anticresis es interesante, porque da a conocer la naturaleza real, la desposesión de la finca y la percepción de frutos por intereses.

MOJON NUMERO 14

Traducción: Mojón de la tierra y de la casa hipotecadas por 800 dracmas, a condición de que el poseedor de los bienes perciba los productos según los pactos que están en poder de Deinio Evónimo.

Interpretación: Dittenberger (44) dice: «Este fundo tenía que ser gravado por una cantidad de dinero percibida en préstamo». Se trata de «un campo *entregado* al acreedor para que con sus frutos se cobre las usuras. Aquí mismo observamos la institución de la anticresis».

Según este mojón, por la anticresis el acreedor se posesionaba de la finca; los frutos no constituían la garantía de la obligación, sino que solamente se aplicaban al pago de los intereses y en lugar de las usuras, y la finca quedaba gravada a la responsabilidad del capital.

La desposesión de la finca se infiere no sólo por la autoridad de Dittenberger, que emplea la palabra *entregar* la finca al acreedor, sino de la significación axiológica de la palabra *echein* y por la omisión en la leyenda del nombre del acreedor.

La palabra *echein* significa *el que está en posesión de la finca*. Pero, además, como exponemos más adelante, al conjeturar sobre la existencia de una oficina o registro de gravámenes áticos, en los mojones hipotecarios no se consignaban más que los nombres de quienes tenían derechos no susceptibles de posesión material, y, en consecuencia, no se consignaba los de quienes tenían el *jus po-*

sidendi o *posesionis*. De aquí que ya por la significación de *echein*, y por la no publicidad del nombre del acreedor, se infiera la desposesión o desplazamiento de la finca.

Anticresis da la idea de trueque (*anti* = en lugar de; *chresis* = utilidad), y equivale a percibir los frutos en lugar de la utilidad del dinero, esto es, de las usuras o intereses. El mojón, en su leyenda, responde a este sentido, al decir que el poseedor de los bienes, o sea el acreedor, se ha de apropiar los productos. Lo hace limitándose o refiriéndose al pago de los intereses, y no al del capital. Para éste ha empleado la palabra *hipoteca*, referida a la finca, es decir, que la finca queda gravada con hipoteca para responder de los 800 dracmas. Así queda definida la naturaleza real de la anticresis en contra del parecer de Ruggiero y Chironi, que entendían que su naturaleza es personal, y en pro del criterio mantenido por Planiol y Colin y Capitant, entre los extranjeros; de Sánchez Román y Morell y Terry, entre los españoles, y de nuestra Dirección General de los Registros, que en resoluciones de 31 de julio de 1915 y 11 de marzo de 1932 se pronunció en este sentido real. El caso resuelto en la resolución de 17 de octubre de 1945 encaja en este concepto de la anticresis, aunque la resolución no lo entendió así.

f) *La garantía industrial*.—No por la forma de garantía, sino por el objeto que la constituye, resulta notable el mojón número 15. Se refiere a un taller o fábrica con los operarios que la trabajan, o esclavos.

MOJON NUMERO 15

Traducción: Dioses. Mojón del taller y de los esclavos, hipotecados a Pheidon Aixoneo, por un talento.

Interpretación: Dittenberger (45) dice: «Además de casas, huertos, campos y otros inmuebles, se dan en prenda los esclavos y operarios, juntamente con los talleres, de que vienen a ser como instrumentos o herramientas.»

Lógicamente, no debía haber desposesión de la fábrica; pero

(45) Nota al núm. 1.191, en la que para el estudio de las cosas que se dan en prenda remite a H. F. Hitzig en *Das Griech Pfandrecht*, 1895, 17 y sigs.

es que del contexto transcrito de Dittenberger, ya que se refiere a la prenda de inmuebles, esto es, a la hipoteca, se deduce que el dueño seguía explotando la finca.

Esta hipoteca sobre fábricas industriales recuerda la recientemente creada por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional con la garantía de maquinarias empotradas, en edificios ajenos (46).

5.—ASPECTO REGISTRAL DE LOS MOJONES.

Los mojoneros hipotecarios áticos puede que históricamente sean la primera manifestación publicitaria de gravámenes jurídicos de la tierra. La rusticidad, tanto del labrado de las piedras como de la incisión de las letras, parece acusar una falta de intervención oficial, que pudiera alejar toda sospecha de una organización jurídica. Pero es muy significativa la uniformidad formulista de las inscripciones. La redacción de las leyendas, indiscutiblemente, obedece a un patrón o regla.

En las quince inscripciones transcritas aparece la palabra *horoi*, equivalente a mojón o piedra horoi; generalmente va seguida de las palabras alusivas al inmueble gravado. Cada uno de estos mojoneros hipotecarios recuerda los folios de los libros de nuestros Registros, con la inscripción correspondiente a una finca; hasta la palabra *mojón* con que empieza la leyenda, recuerda el comienzo de nuestros asientos: inscripción 1.ª, o anotación letra A. El parecido se acentúa porque, así como en nuestros asientos, después del número de la inscripción o letra de la anotación, se pone la palabra *rústica* o *urbana*, seguida de la descripción y características de la finca, en esas piedras escritas también se ponen a continuación de la palabra *mojón* las expresivas del inmueble gravado: casa, campo, huerto, aguas, etc. Desde luego, el derecho reseñado o inscrito en la piedra es siempre real: hipoteca, venta a redención, donación. La leyenda contiene la expresión del motivo, causa u obligación garantizada; lo más corriente es el préstamo, aunque expresamente no se diga; en cambio, resulta explícito respecto de las dotes, y se infiere en cuanto de pupilos o menores se trata, o de ventas con precio aplazado. Como la pose-

(46) Ley 17 de mayo de 1940; y Rs. de 18 de junio de 1945.

sión era, sin duda, el signo aparente del dominio, no figura en los mojones el nombre del propietario, pero, en cambio, constan, con referencias patronímicas a veces, y desde luego con el gentilicio, las personas acreedoras o favorecidas por el mojón. Se indica la responsabilidad total de la finca, y en ocasiones se hace la determinación o distribución de responsabilidad por conceptos, aludiendo al capital y a los intereses. Si pesan segundas hipotecas sobre la finca, el mojón meticulosamente nos dice la responsabilidad de cada una de esas segundas hipotecas. Y no cesa con todo esto el verdadero parecido con un sistema publicitario de gravámenes de fincas, pues algunos de esos mojones contienen una remisión al documento en que constan las estipulaciones o pactos de las obligaciones contraídas o contratos celebrados, sin dejar de aludir a la persona ante quien se establecieron los pactos o en cuyo poder se hallan. Ni siquiera falta la cronología de la inscripción o mojón hipotecario. En la mayoría de las piedras posteriores al Arconte Demetrio Falereo se expresa el nombre del Arconte bajo cuyo gobierno se practicó la inscripción de la piedra, que era la forma de expresar la fecha; en ocasiones se hace constar también el mes.

a) *Las circunstancias de las leyendas.*

Del estudio comparativo de los quince mojones reseñados se induce la existencia de una norma jurídica que los regulaba, y que puede quedar sistematizada, como en nuestros tiempos, en la determinación de requisitos o circunstancias de los mojones. Se pueden señalar los siguientes: 1.º Fecha y data; 2.º Referencia a la clase de inmuebles gravados; 3.º Modalidad del gravamen de la finca; 4.º Obligación garantida o causa del gravamen; 5.º Responsabilidad de la finca y especificación de los conceptos de la responsabilidad; 6.º Nombre de la persona a cuyo favor se constituye el gravamen; y 7.º Nombre de la persona ante la que o en cuyo poder obra el documento.

PRIMERA CIRCUNSTANCIA.—Como el gobierno de los Arcontes duraba un año, la fecha o data de un acto se expresaba con el nombre del Arconte reinante; a veces se concretaba el mes, como en el mojón número 7, en que se alude al arcontado de Leontos y al

mes de Apotorion. La fecha suele consignarse desde después del arcontado de Demetrio Falereo (47). Contienen la mención del Arconte los mojonos números 2, 5, 7, 11 y 12; la fórmula corriente era: *Siendo Arconte*. Por regla general se comienza con *epi* (siendo, o en tiempos de); sigue el nombre del Arconte, y a continuación la expresión del cargo.

SEGUNDA CIRCUNSTANCIA. — *Referencia a la clase de inmuebles gravados*.—Los quince mojonos contienen la palabra *horos*, o mojón; equivale a nuestro modismo registral «inscripción de». Aunque no conocemos el concepto de finca de los griegos, sí se sabe que estaban integradas por varios elementos: la tierra o campos, huertos, jardines, aguas de riego, etc. Los mojonos no dicen la superficie ni linderos de estas fincas, ya que eran conocidos por el estado de posesión y además estaban protegidos por la legislación penal, que castigaba la variación de lindes o alteración de mojonos con pena de muerte; pero, en cambio, sintióse la necesidad de hacer constar lo que en nuestro tecnicismo llamamos extensión de la hipoteca. Por eso los mojonos expresan si la hipoteca se limita a las tierras o campos, o se extiende a la casa, huerto, jardín, aguas de riego, etc.; en ocasiones contiene una especie de mención relativa a inmuebles alejados del mojón o de la finca, pero sujetas a la misma hipoteca, como ocurre con el mojón número 3, que alude, a más del fundo, a la casa de la ciudad.

Según nuestros mojonos, aparecen hipotecados: tierras o campos solamente, como en los mojonos números 1, 2, 10 y 12; tierras con sus casas de campo, como en los mojonos números 4, 8, 9, 13 y 14; la tierra con la casa y agua para el riego de los campos, como los números 5 y 6; la casa con su huerto, como los números 3

(47) Dittenberger (o. c., en nota 1 al núm. 1.186) decía: «Encontrándose con mayor frecuencia, a partir del 315-4, la mención del Arconte. Ferguson (*Alto*, XI, 266, cf. *Hellenist. Ath.*, 43) parece afirmar que Demetrio Falereo había dispuesto esa mención en la nueva ley».

El arcontado se instituyó en el siglo XI, antes de Jesucristo, a la muerte de Codro, último Basileos de la Monarquía; en principio el cargo fué unipersonal y hereditario; después, electivo entre los eupátridas o aristocracia; más tarde, en plena euforia de democratización, pudieron ser elegidos todos los demotas o ciudadanos. Dejó de ser unipersonal, para estar formado por una especie de consejo integrado por nueve arcontes, de los que el que hacía las veces de presidente se llamó epónimo; los seis últimos se llamaron tesmotetas, nombre que aparece en uno de los mojonos, y tenían funciones diplomáticas, legislativas y de Justicia. El cargo sólo debía durar un año, y por eso su gobierno sirvió para determinar las fechas.

y 7 (48), y un taller o fábrica con sus esclavos, como el número 15.

Ante la posible confusión con otros bienes pertenecientes a un mismo fundo y propietario, pero a los que la hipoteca no debe afectar, se les intenta distinguir por el infantilismo de un lenguaje familiar, como ocurre con el mojón número 3, en donde se advierte que los huertos que se hipotecan son los que están frente a la casa.

TÉRCERA CIRCUNSTANCIA.—*Modalidad del gravamen de la finca.* Salvo los dos supuestos de posibles donaciones, todas las piedras publican un derecho real accesorio y de garantía. Pero los gravámenes de seguridad, ni tienen un nombre único, ni responden a una modalidad tipo, sino que presentan diferentes modalidades, como se ha visto al reproducir las leyendas

CUARTA CIRCUNSTANCIA.—*Obligación garantizada.*—Las hipotecas de los mojones números 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 14 garantizan préstamos; las de los números 1, 2, 3 y 4 garantizan la dote. Debió estar ya admirablemente regulada en el Ática del siglo de Pericles. El donante, persona que seguramente ejercía autoridad sobre la futura esposa, por cuya razón vemos que se le designaba con el nombre de *kurios* (autoridad, curia), entregaba la dote al marido, que quedaba obligado a restituir en determinados casos, y en garantía de tal obligación constituía hipoteca a favor de la mujer. A esta hipoteca se refieren los mojones números 1, 2 y 3. Pero también acontecía que la persona que había de dotar, no podía hacer de presente la dote, y quedaba obligada a entregarla en el futuro, y para garantizar tal entrega, constituía hipoteca a favor de la esposa. Tales hipotecas, parece que debieran establecerse a favor del marido, y no de la mujer; sin embargo, la práctica griega resulta lógica si, como apunta Dittenberger, el marido era el tutor de la mujer.

(48) La palabra *kepon*, empleada en dos de los mojones, la hemos visto traducida indistintamente como *huerto* y como *jardín*. Debe ser tomada por huerto, esto es, extensión de terreno destinada al cultivo y que necesita de obreros. El testamento de Teofrasto nos da la distinción entre jardín y huerto. El jardín es sitio de recreo o de *paseo*; Teofrasto, como discípulo y sucesor de Aristóteles, fué peripatético, es decir, filósofo que explicaba *paseando*. En su testamento dice: «Manes y Calias quedarán libres después que estén cuatro años en el *huerto*, *trabajando ambos sin reprensión alguna*»; y en otro pasaje del testamento dice: «La heredad que tengo en Estagira la doy a Calino; y todos mis libros a Neleo. El huerto, el *paseo* y todas las habitaciones contiguas al huerto los doy a mis infrascritos amigos si quisieren estar juntos en la escuela y filosofar de consuno...» (Diógenes Laercio, o. c., págs. 288 y 290; edición Aguilar «Crisol».)

porque en tal supuesto, la mujer es la propietaria de los bienes que forman la dote, y al marido sólo corresponde la administración y el usufructo. Del mojón número 4 se infiere claramente la función tutelar del marido, ya que en él aparece juntamente con Xenaristz, su mujer, para hacer la donación a Afrodita.

El mojón número 5 contiene una *hypotheca a tutore pupillis constituta*, para garantizar la gestión del tutor de los menores.

Los mojones números 12 y 13 publican hipotecas en garantía del precio aplazado de las ventas.

QUINTA CIRCUNSTANCIA.—*Responsabilidad de la finca y determinación de los conceptos y cuantía de la responsabilidad.*—La responsabilidad de la finca se expresa generalmente en guarismos; de los quince mojones, sólo el número 8 la expresa por escritura: *noventa dracmas de plata*. La unidad monetaria con que se expresaba la responsabilidad, aunque no se consignase, era el dracma; a veces se expresaba por talentos. Los mojones números 2 y 15 consignan el talento en abreviatura; los números 7 y 14 contienen la palabra *dracma*; los demás no expresan la clase de moneda. Es de notar que los números 3 y 5 no contienen cantidad o responsabilidad de la finca, lo que tal vez debe entenderse en el sentido de responsabilidad ilimitada, o agotada (*elleipon*).

La nota más curiosa la ofrece el mojón número 4, que contiene la determinación de responsabilidad por capital y por intereses, quedando con ello especializada la hipoteca.

SEXTA CIRCUNSTANCIA.—*Nombre de la persona a cuyo favor se constituye el gravamen.*—De los quince mojones, trece contienen el nombre de la persona titular del gravamen; el único que no la expresa es el 10, que se refiere a la fórmula de la anticresis, y el 6, que es colectivo. Pero la omisión del 14 se justifica si, como ya dijimos, en esta forma de garantía la finca pasa a poder del acreedor, porque entonces, como poseedor, no necesita de la publicidad de su derecho. En oposición a este mojón se tiene el número 7, en el que no sólo aparece el nombre del favorecido, sino también el del constituyente del gravamen; allí se dice que Antenor, hijo de Kleudico, hipoteca las casas y el huerto a Pasaristo, hijo de Evágoras. Del mojón número 3 se infiere claramente que el constituyente de la hipoteca dotal fué Náucrates, marido de Nicesareta.

Podían ser titulares de las hipotecas, tanto las personas indivi-

duales como las colectivas (¿jurídicas?); la segunda hipoteca del mojón de Castañeda, o número 2, alude a la familia, un *demos* y una *phyle*; las segunda y tercera del número 9 se refieren a las sociedades de Decadistas y Eranistas. La donación del mojón número 3, a favor de la diosa Afrodita, habrá que considerarla como donación a favor del alma (49).

Las personas individuales se expresaban con sólo el nombre, como en el número 1, que sólo figura Hipóstrate, o con el nombre y el gentilicio, como Filoteo de Frearroi, Mnesibulo Halai, Epígono de Anquiles, Fanostrato de Panian, en los mojones 8, 11, 12 y 13 (50). Si el titular es un menor, se añade al nombre propio el del padre; así, el mojón número 5 se refiere a Jaripo y Jaris, los hijos huérfanos de Jario el extranjero, o como el número 7, en donde se dice que Antenor, hijo de Kleudico, hipotecó su finca a Pasaristo, hijo de Evágoras. Al nombre de la mujer se añadía el del marido o el del padre: el mojón 3 se refiere a Nicesareta, mujer de Náucrates; el número 4, a Xenaristz, mujer de Pilodoro Fargueton; más explícito, el número 2 dice que el titular de la hipoteca es Hippoclea, hija de Demócares el Leuconoense.

También en ocasiones aparecen los patronímicos. El mojón número 10 contiene, entre otros, los nombres de Glaucidas y Epíclidos, que, según Dittenberger en nota 2 a 1.197, «parecen haber sido familias (*gentes* = sic) por la forma del nombre: una derivada de Glauco, tal vez el héroe ático». También dice que «las fatrias en el Atica tienen nombres patronímicos».

SÉPTIMA CIRCUNSTANCIA.—*Nombre de la persona en cuyo poder obra el documento.*—Esta circunstancia la contienen los mojones números 3, 7, 9 y 14. En todos ellos se refiere que existen unos pactos o estipulaciones establecidas *ante o en poder de*; la palabra *pará* tiene estas dos significaciones, adecuadas a la interpretación

(49) Así como en los tiempos actuales los gremios y cuerpos del Estado y los pueblos se adscriben como patrono uno de los santos del santoral cristiano, también en la época ática tuvieron esa especie de patronos, a los que llamaban dioses locales. Sobre el culto del alma, se remite Wilcken a Erwin Rohde, *Psyche. Seelenkult und Unsterblichkeitsglaube der Griechen*, tercera edición, 1903.

(50) En la época democrática de Grecia, la verdadera personalidad la confería la cualidad de ciudadano que se daba a conocer por el *demos* a que pertenecían; por estas razones, los demotas áticos, en vez del patronímico, emplearon el gentilicio.

jurídica. Según el número 7, el documento obra en poder de Evaquis de Cristolao; según el número 14, en el de Deinis Evónimo; según el número 9, en el de Lysistrato. El número 3 señala como depositarios del testamento al sacerdote de Afrodita, al Arconte Euménidas y al tesmoteta Tesifonte.

Lo que no se sabe es si aquellos señores ante quienes se celebraron las estipulaciones o en cuyo poder obran, eran o no funcionarios; lo son las personas señaladas en el mojón 3, pero de ellas, sólo el Tesmoteta (51), que tenía funciones judiciales, pudiera considerarse con alguna intervención oficial; pero lo regular es que sólo intervengan como testigos o depositarios, como se infiere de los testamentos que Diógenes Laergio reproduce en *Vidas de filósofos ilustres* y porque el documento privado era característico de Grecia.

b) *Segundas hipotecas.*

Se observa también en algunos de nuestros mojones, que en la misma piedra, como si se tratara de un folio dedicado a la registración de los gravámenes de una finca, se van consignando las sucesivas hipotecas. ¿Cómo se verificaban las inscripciones de estas segundas hipotecas? ¿Se practicaban después de estar ya inscritas las precedentes. o, por el contrario, se destrozaba la piedra anterior y en otra nueva se gravaban las anteriores y la actual? Difícil será aclararlo; sin embargo, a juzgar por el cortado de las piedras y los espacios que median entre las primeras y segundas hipotecas, parece que todas ellas están inscritas al mismo tiempo. Dittenberger dice que en el mojón número 6 aparecen borradas adrede unas líneas de la primera hipoteca, y que dicha piedra contiene dos títulos diferentes, lo que es tanto como decir que las inscripciones se hacían sucesivamente.

Según Robinson, los mojones correspondientes al siglo iv antes de Jesucristo contenían más de una hipoteca; son poco frecuentes los que sólo publican una. En los nuestros, los señalados con los números 1, 4, 5, 8, 12, 13, 14 y 15 contienen una sola hipoteca;

(51) Véase nota 47. En la época de Pericles se llamaron así los miembros de una comisión encargada de proponer la revisión de las leyes defectuosas.

los números 2, 3, 6 y 7 tienen hipotecas dobles; es triple la del número 9, y contiene cinco el mojón número 10.

6.—¿RESPONDEN LOS MOJONES ÁTICOS A UN SISTEMA DE REGISTRO DE GRAVÁMENES?

Ninguno de los mojones reseñados publica títulos de propiedad de las fincas, salvo los de la hipotética donación de Szanto a los leucómidas y la que los esposos Nicesareta-Náucrates hacen a la celeste Afrodita.

Creemos que la razón se encuentra en que la propiedad, con su *jus possidendi*, constituía un acto de ostentación conocida de todo el mundo, que hacía innecesaria la publicidad del título. De aquí que la publicidad de las dos excepciones aludidas se encuentre justificada en la falta de una posesión material de sus titulares. En la donación de Szanto, porque la colectividad acreedora o donataria sólo podía ejercer sus derechos en virtud de la representación, y otro tanto ocurre con la donación a Afrodita, que, como diosa impalpable, tampoco podía ejercitar personalmente sus derechos dominicales.

Esta consideración y la prueba de los mojones las estimamos suficientes para la conclusión de que en Grecia no hubo Registro de la Propiedad.

En cuanto a la existencia de un Registro de gravámenes, el ánimo se queda en suspenso. Verdad es que las instituciones registrales de Egipto en la época helenística dan pie para creer que en Grecia debió haber habido una oficina de análoga misión; como botones de muestra están, de un lado, la existencia de un funcionario archivador, que en Egipto se llamó *bibliofilaz* y en Grecia *nomofilaco*, si bien éste con la misión de archivar y custodiar leyes, y, de otro, el hallazgo de consagraciones y adscripciones de tierras a los dioses (la tierra consagrada). También Herodoto dice que los *poletes* llevaban un registro de minas, cuya inscripción era obligatoria para obtener el reconocimiento y protección de las minas.

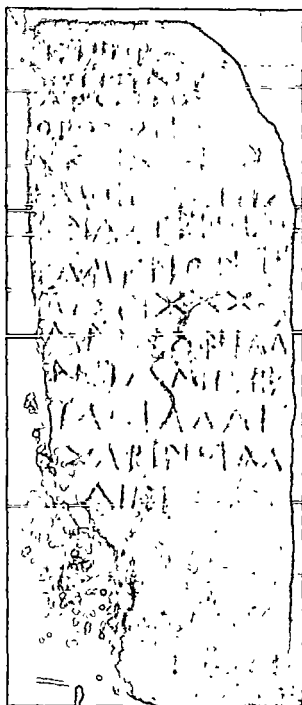
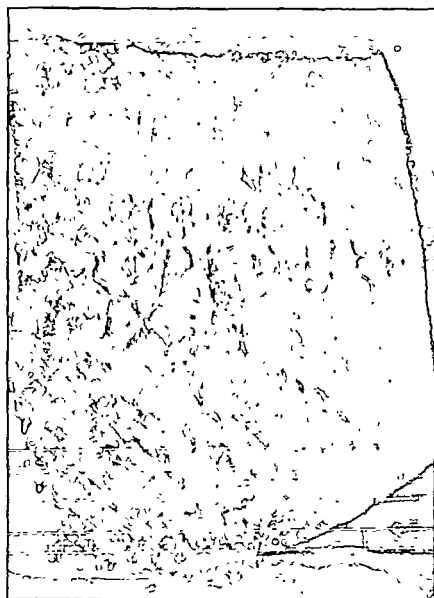
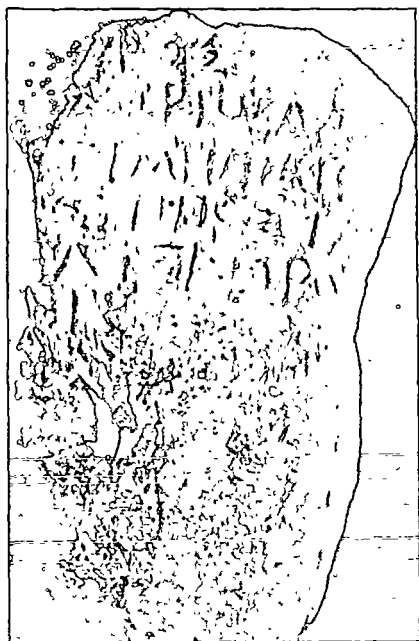
Pero también es cierto que, hasta ahora, la investigación arqueológica ningún dato ha aportado en pro de la existencia de un

dikasterion (oficina pública) para las situaciones jurídicas de la tierra, ni de un *dikastes* (funcionario) con misión registral.

No obstante, esas piedras, testimonio vivo de una publicidad remota; esos mojones, que a través de los siglos conservan potente su voz pregonera de gravámenes sobre los campos, hacen que el ánimo investigador espere con fe, que tenga esperanza en futuros hallazgos, pero esperanza que, mientras no llegue a convertirse en realidad, no es más que «el sueño de un hombre despierto», según la sentencia de Aristóteles. Por eso, después de haberme enfrentado con estos mojones, dudo si he penetrado en una realidad histórica o si he divagado en la fantasía de los sueños.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS.

Registrador de la Propiedad.



Dibujo del mojon.



Transcripción

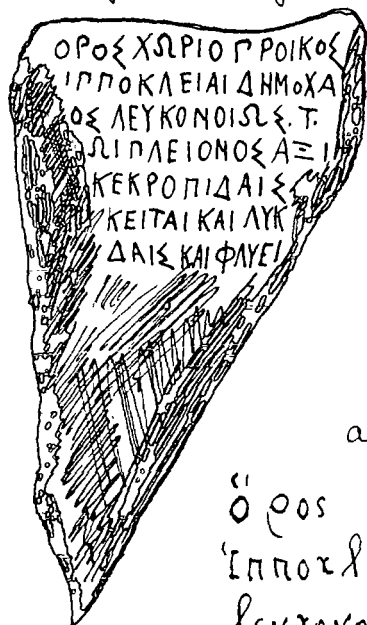
ΟΡΟΣ
ΧΕΡΙΟ ΑΠΟ-
ΤΙΜΗΜΑΤΟ-
ΣΙΠΠΟΣ ΤΡ-
ΑΤΕΙ ΡΡΟ-
ΙΚΟΣ ΧΗΗ

alfabeto corriente

ὄρος
χερίου ἀπο-
τιμήματος
σιπποτε-
ατεί προ-
ικός χηη.

Μοjon n.º 1.

Dibujo del mojon



Transcription

ΟΡΟΣ ΧΩΡΙΟ ΠΡΟΙΧΟΣ
 ΙΠΠΟΚΛΕΙΑΙ ΔΗΜΟΧΑ-
 ΡΟΣ ΛΕΥΚΟΝΟΙΩΣ.Τ.
 ΟΣΩΙ ΠΛΕΙΟΝΟΣ ΑΞΙ-
 ΟΝ ΚΕΚΡΟΠΙΔΑΙΣ Υ-
 ΠΟΚΕΙΤΑΙ ΚΑΙ ΛΥΚΟ-
 ΜΙΔΑΙΣ ΚΑΙ ΦΛΥΕΥΞΙ

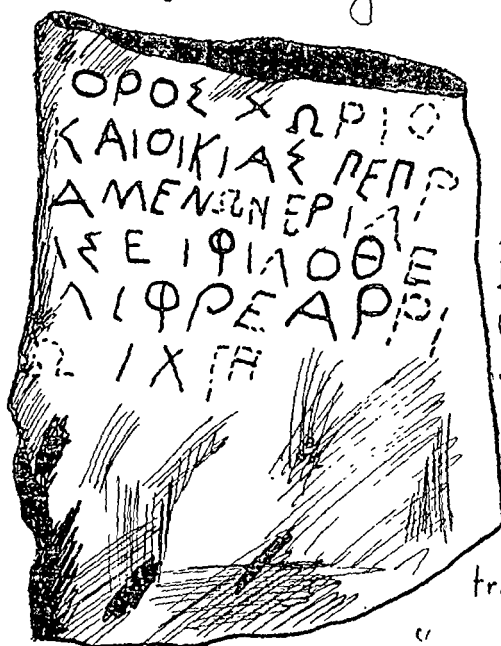
alfabeto corriente

ὄρος χωρίου προίχος
 Ἰπποκλείᾳ Δημοχάρους
 λευκονοίωσ.τ.
 ὡς ὁ πλείονος ἄξιον
 κεχροπίδαις ὑποκειται
 καὶ λυχομιδαῖς
 καὶ φλυεύσι

Mojon nº 2.

Dibujo del mojon

Transcripcion



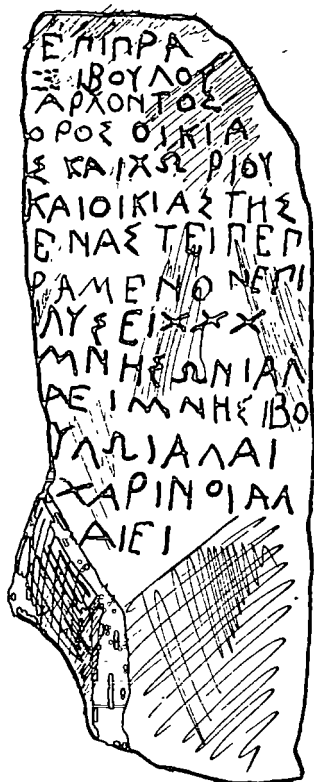
ΟΡΟΣ ΧΩΡΙΟ
ΚΑΙ ΟΙΚΙΑΣ ΠΕΠΡ-
ΑΜΕΝΩΝ ΕΠΙ Λ-
ΙΞΕΙ ΦΙΛΟΘΕ-
ΟΙ ΦΡΕΑΡΡΙ-
ΩΙ ΧΡΗ

traduccion alfabeto corriente

ὄρος χωρίου
καὶ οἰκίας
πεπραμένον
ἐπὶ λύσει
Φιλοθέω,
Φρεαρρίω

Mojon nº 8.

Dibujo del mojon



Μοjon n° 11.

Transcripción

ΕΠΙ ΠΡΑ-
ΞΙΒΟΥΛΟΥ
ΑΡΧΟΝΤΟΣ
ΟΡΟΣ ΟΙΚΙΑ-
Σ ΚΑΙ ΧΩΡΙΟΥ
ΚΑΙ ΟΙΚΙΑΣ ΤΗΣ
ΕΝ ΑΣΤΕΙ ΠΕΠ-
ΡΑΜΕΝΟΝ ΕΠΙ
ΛΥΣΕΙ ΧΧΧ
ΜΝΗΣΩΝΙ ΑΛ-
ΔΕΙ ΜΝΗΣΙΒΟ-
ΥΛΩΙ ΑΛΑΙ
ΧΑΡΙΝΟΙ ΑΛ-
ΔΕΙ.

alfabeto corriente

Επι Πρα-
ξιβουλου
αρχοντος
ορος οικια-
ς και χωριου
και οικιας της
εν αστει πεπ-
ραμενον επι
λυσει ΧΧΧ
Μνησωνι Αλ-
δει Μνησιβο-
υλωι Αλαι
χαρινοι Αλ-
δει.

Μοῖον η' 1.
ὄρος | χωρίου ἀποτιμυματοῖς
Ἰπποστε|ατει προ|ιχός ΠΗΗ

Μοῖον η' 2.
ὄρος | χωρίου προ|ιχός | Ἰπποχλεία
ἡμοα|ρεους λευκοροιῶς Τ. | (οῖ)ω
πλαιο|νος ἀξι|λου) Κεχρο|νίδαις (ὅ)πο)
ξεῖται καὶ λυ|χ(μ)ιδαις καὶ φλυ|χ(σ)οι

Μοῖον η' 3.
ὄρος οἰκίῳ καὶ κήπον των πέ|ος
ταῖς οἰκίαις των ἀποτε|μυμένων Νιξε-
σαρτεῖς εἰς τὴν προ|ιχα καθιερωμ-
νων καὶ ἀνακείμενον τῇ Οὐρανίαι
Ἀφροδίτῃ τῇ ἐν Ἀσπίδι ὑπο Νι|ξε-
σαρτεῖς τῆς γυναικὸς (τ)ῆς Ναυα-
τοῖς καὶ κυρίον | αὐαυρατοῖς καὶ
κατὰ τὰς δι|αδύχας τὰς κυμ-
νας ἐν τῷ | περὶ τῆς Ἀφροδίτης
καὶ παρ Εὐνομίδει τῷ ἀρχοντὶ
καὶ παρ τῷ θεομοδίτῃ Κτη-
δίφωντι.

Μοῖον η' 4.
Ἐπὶ Εὐγένιον ἀρχ|οντος ὄρος
χωρίου | καὶ οἰκίῳ ἀποτιμυ|ματων
προ|ιχός = ἐναρ|χιστε Πυθο|δωρου
Γαρ|χίτιου δύναται τὸ κατὰ | (ὅ)
ἡμοσ καὶ | (ὅ) ἐκ τούτου γιγνομ|εν-
ον αὐτῷ εἰς Λύω|στατον ἀρχοντα|χ(ΠΗΗ)α

Μοῖον η' 5
Ἐπὶ Νικοχλεῦς ἀρχοντος ὄρος | χω-
ρίου καὶ οἰκίας καὶ τοῦ ὕδα|ριος του
προσόν|χτος τοῖς χορίοις) κλήρων δυ-
εἰν | ἀπο|οτετιμυμέν|ων πλαιο|ιν ορεα-
χνοῖς τοῖς χαρίου) εἰσπο|τελοῦς χ|χαρδί-
πποι καὶ χ|χαρδαί

Μοῖον η' 6.
ὄρος οἰκίας ὕπο|κείμενες Χ-...-...-
Περαιανδρῶ | Χολαρχ|ταῖς. Πόρος οἰκίας | ὕπο-
κείμενες Αἰλαιου|σι: ΗΗ.

Μοῖον η' 7.
Ἐπὶ ἀρχοντος Λιοντίως | μνησ Ἀνατο-
ρεῖωνος ὄρος | (ὅ) οἰκίῳ καὶ κήπον ὧν κα-
τεδύ|κεν Ἀν|τήν)ωρ Κλευδίχου Πασα|ρσ-

την ἑξήτασιν μετὰ τοῦτον ἔτιμω {vot}
ἀφ' οὗτος δεσφύων ἐν γύοντα κατασφύ-
θησας τὰς τιμὰς μετὰ ἑξήτασι καί-
τολδον.

trojen v. 8

τοῦ ἐμὲ ἐξου φιλῶσιν φιλῶσιν φιλῶσιν
 ὅροι χαρίζου καὶ οὐκ ἔστι πνεῦμα καὶ
 ἡμεῖς ἡμεῖς ἡμεῖς

Major v_0^0 9

"ὁρῶντες καὶ οἱ πᾶς περιεσσυμένοι ἐπὶ
 ὑμῶν περιεσσυμένοι ἄλλοι τὰ πάντα, συν-
 ὄντες τὰς κατὰ Μωσέως τοῦ ἐργασίου καὶ
 ἀπεδοκίμαται Ἡ(Δ)Δ καὶ ἐκδοκίματοι ἐργασίας
 τοῖς μετὰ Θεομενίδους Ἰσραελῶσι.

Major n^o 10

ὅρος σωείης ημετέρας νον | ἐνὶ πόλει κή-
φισσ' ὄψεαι, ἄντων τοι | Χ Π καὶ φετέρε
τοῖς μετὰ ἑπείτα τοτ' ἀναφύγετο | Η καὶ
Γλαυχιδαῖς Π Η ἤ(αἰ) | Ἐπικλείδας | Η Π καὶ
φετέρε τοῖς μετὰ Νικίω υἱος Ἀναφύγετο | Η.

It is mainly

Εἰ μὴ πρὸς βουλοῦ ἀφ' ὧν οἱ αἰῶνες
καὶ χρονοὶ καὶ οἰκισ τῆς ἐνδοτῆς καὶ ἡμῶν

ρρμενον imi | λυσει xxx | μνησωνι xpxxi
 μνησιβοδω xxi | xxi | xxi

Major n^o 12.

Ἐνὶ θιοφφάκτου | ἀελοῦτος ῥήγος λω-
ριου τῆς ἐνοφειλομένης φάροτος.
Fwll Παράλιν ΧΧ.

Major n^o 13

ὁρὸς
παιδὸς χαίροντι ἰδίαις οἰκίαις πεπραμένον
ἐπιτόνωι ἄγρυπνον] ἡ ΗΗΗ.

Wojen n^o 14

ὅπως χωρίον παλαιόν | ὅπου μνημον
ἔστιν ὄψιν καὶ ἀντι
σταθμὸν ὅπου καὶ ἀντι
σταθμὸν ὅπου καὶ ἀντι

Major no 15.

Ἰδοὺ. θεὸς ἐξαποστείλει αὐτὸν
ἐκ νόμων καὶ ἐκ αἰμάτων
ἐκ δυνάμεως καὶ ἐκ πνεύματος ἁγίου

Palabras griegas que figuran en el texto

- a) adione = ἄδιονες
 agorionomoi = ἀγορεύοντες
 anagrafe = ἀναγραφὴ
 antierem = ἀντιερεις
 antigrafon = ἀντιγραφον
 apografe = ἀπογραφὴ
 archidiktas = ἀρχιδικταστής
 b) bihozeke enktazon = βιβλιοθηκὴ ἐκτασσεως
 c) casa decontaminato = νευτὰνειον ἐκτασσεως
 criterion = κριτήριον
 chreon apokote = χρεων ἀποκοτὴ
 chierografon = χείρογραφον
 d) diagrafe trapézen = διαγραφὴ τραπεζῆς
 dianthomata = διατρηματα
 dicasterion = δικαστήριον
 diastis = διαστάτης
 e) echin = ἔχειν
 elleipon = ἐλλείπον
 epi = ἐπὶ
 epitulma = ἐπιστάλμα
 eranos = ἔρανος
 grafion = γραφεῖον
 huroi = ὄροι
 hypallagma = ὑπαλλάγμα
 hypo = ὑπο
 hypomnema = ὑπομνήμα
 hypoteica = ὑποθήκη
 hypoteicada = ὑποθηκαία
- k) hypoteicada = υποθηκαία
 hypoteicab = υποθηκαβ
 katagrafe = καταγραφὴ
 katagrafion = καταγραφειν
 kurben = κερβεῖς
 kurios = κυριος
 lysi = λύσις
 m) nomoi = νομοί
 o) one pinte = ὀνη πιντεῖ
 ostraka = ὀστρακα
 p) panton = παντός
 parazesi = παρὰθesis
 peramemon epi lyei = περιεμμενον επι λυσει
 peramemon panti = περιεμμενον παντός
 poner = τιθῆμι
 poros = πορος
 praxi = πράξις
 prytanor = πρυτανίς
 s) teichazetia = τεισσαχθεια
 syngrak = συγγραφή
 t) filira enagradia = τῇ ἀνερωμενε
 timen enofelomenos = τιμὴς ἐνοφελόμενος
 z) zermoi = θερμοί

La adopción en la República Argentina (1)

1. El Código civil argentino, en vigencia desde el 1 de enero de 1871, ha omitido deliberadamente legislar sobre la adopción, porque según su ilustre autor, el eminente jurisconsulto Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, esa institución—que en su concepto se reduce a un vínculo personal entre el adoptante y el hijo adoptivo—resultaba innecesaria y no se ajustaba a las costumbres del país, ni era exigida por el bien social.

Pero las condiciones de la sociedad argentina han variado fundamentalmente, y la complejidad de la vida actual, que ha reemplazado al ambiente patriarcal del siglo XIX, revela la conveniencia de establecer la adopción insistentemente reclamada en congresos, conferencias, proyectos parlamentarios, encuestas periodísticas y por la acción permanente y tesonera de hombres dedicados al trabajo científico.

El 15 de septiembre de 1948 el Congreso Nacional ha sancionado la Ley sobre adopción de menores, promulgada por el Poder Ejecutivo el 23 del mismo mes y año y registrada bajo el número 13.252, cuyas disposiciones están incorporadas al Código civil.

2 *Caracteres de la Ley.*—a) La norma legal admite únicamente la adopción de menores de dieciocho años, sin distinción alguna; habiendo quedado descartado así el criterio restringido, que quería limitar su ámbito, otorgándole una función referida solamente a la protección de la niñez abandonada.

b) La adopción es creada exclusivamente por sentencia judicial, que es la forma más adecuada a la naturaleza jurídica de esta institución de orden público y a los efectos que ella produce.

(1) Con la publicación de este trabajo del eminente profesor de Derecho civil argentino, se honra una vez más la REVISTA en dar a conocer firmas prestigiosas en naciones hermanas, y con este motivo envía un afectuoso saludo al jurista argentino.

c) No se extinguen los vínculos existentes entre el adoptado y su familia de origen, y subsisten, por consiguiente, los derechos y deberes que emergen del parentesco, excepto los de la patria potestad.

Ese concepto—que traduce la concepción germánica por oposición al sistema del Derecho romano, antiguo y clásico—tiene su reverso en la regla que fija el parentesco entre los sujetos de la adopción, sin vincular al adoptado con los parientes del adoptante.

d) La Ley admite el principio de la *revocabilidad*, y en el artículo 18 enumera las causas que permiten disolver el vínculo (infra número 37).

3. *Naturaleza jurídica.*—El carácter institucional derivado del vínculo legal de familia creado por la misma Ley ha sido admitido en el nuevo ordenamiento, al reconocer que la adopción genera un verdadero estado civil; y en la discusión parlamentaria fué justamente desechada la teoría contractual aceptada y difundida por los exégetas franceses y algunos juristas italianos, quienes ante la necesidad del consentimiento de las partes piensan en un negocio bilateral de derecho de familia, aunque es obvio que la institución se pone en movimiento por medio de un acto jurídico, que resulta así constitutivo de estado.

4. *Requisitos de la adopción.*—Los diversos requisitos establecidos para el adoptante y el adoptado deben estar cumplidos a la fecha de la sentencia, porque desde entonces se producen los efectos de la adopción (art. 10), y al Juez corresponde verificar si todas las condiciones se encuentran cumplidas al dictar su pronunciamiento.

5. 1.º *Condiciones del adoptante.*—Los requisitos legales que se refieren al adoptante son:

- a) Que tenga, por lo menos, cuarenta años de edad.
- b) Que no tenga descendientes legítimos concebidos o nacidos, ni hijos naturales reconocidos.
- c) Que sea, por lo menos, dieciocho años mayor que el adoptado.
- d) Que cuente, si es casado, con el consentimiento de su cónyuge.
- e) Que haya atendido con los cuidados de un padre al menor que va a adoptar, durante dos años anteriores al momento de la demanda.
- f) Que posea cualidades morales y medios de vida suficientes, a juicio del Juez.
- g) Que no sea hermano del adoptado.
- h) Que su rendición de cuentas, si es tutor, haya sido aprobada y haya pagado el saldo correspondiente.

6. a) *Edad*.—La Ley argentina ha fijado en cuarenta años la edad mínima del adoptante (art. 5.º, inc. c), sin discriminación entre el hombre y la mujer; y ese límite, ajustado a un prudente término medio, permite el cumplimiento del fin primordial de la institución, dirigida fundamentalmente a la protección de los menores.

No se ha olvidado, sin embargo, la situación de los matrimonios estériles, cuya armonía se va a fortalecer con los hijos adoptivos, y la norma autoriza la adopción cuando los cónyuges lleven más de ocho años de vida matrimonial, a pesar de que alguno de ellos, o los dos, no hayan cumplido cuarenta de edad.

7. b) *Inexistencia de descendientes*.—La prohibición de adoptar cuando existen descendientes legítimos concebidos o nacidos tiende a defender la familia constituida y a proteger el interés superior del núcleo legítimo, que no se agota ni se satisface negando derechos al adoptado en la sucesión del adoptante, porque sobre el aspecto económico del grupo debe predominar el factor ético, dándole fuerza cohesiva y elevando—al decir de Cicu—la necesidad de conservación de la especie a la más noble e inagotable fuente de afectos, de virtudes y de solidaridad humana (1).

La amplitud de los términos legales comprende todos los casos de existencia de descendientes legítimos concebidos o nacidos, y no puede adoptar quien tenga nietos, aunque haya fallecido el hijo.

En cambio, cuando se trata de descendencia natural, la prohibición se limita al primer grado para respetar la situación del hijo solamente, y no incluye a los nietos, porque no se lesiona su interés con la adopción que haga el abuelo, desde que no tienen vocación hereditaria (art. 3.582 Código civil). y no puede alegarse algún interés superior para mantener el óbice legal, pues el parentesco derivado de la filiación natural crea únicamente vínculos personales emergentes del hecho mismo de la generación. Constituiría tal vez una excepción a esta regla el nieto que es hijo legítimo de hijo natural, y concurre por derecho de representación a la sucesión de su abuelo (art. 3.583, íb id.); en tal caso la necesidad de defender los derechos de quien integra una familia fundada en el matrimonio prevalece sobre el interés de proteger a los menores por medio de la adopción.

El requisito legal alude a la existencia de hijos legítimos concebidos

(1) *El Derecho de Familia*, pág. 110. Buenos Aires, 1947.

o nacidos, o de hijos naturales reconocidos a la fecha de la sentencia, de manera que la prohibición no funciona cuando unos u otros han fallecido con anterioridad o se encuentran ausentes con presunción de fallecimiento. En el caso de muerte cesa el motivo que origina el impedimento, y ese principio se ha extendido analógicamente a los supuestos de ausencia.

8. *Descendientes sobrevenidos*.—El nacimiento de descendientes legítimos o hijos naturales del adoptante que no hubiesen estado concebidos a la fecha del acto constitutivo, no afectá la validez del vínculo, que requiere estabilidad y permanencia, y por su contenido espiritual, por sus efectos y porque crea un estado civil no puede quedar librado a las contingencias de acontecimientos inciertos.

Por las mismas razones la adopción subsiste, a pesar del posterior reconocimiento de sus hijos naturales que hiciere el adoptante: la traducción normativa de ese concepto es categórica, en cuanto la prohibición se refiere a quien tenga hijos naturales *reconocidos*, y mientras no haya reconocimiento el hijo es legalmente extraño frente a su padre.

9. *Descendientes adoptivos*.—La Ley exige también que el adoptante no tenga otros hijos adoptivos (art. 4.º), porque las nuevas adopciones vulnerarían los derechos del primer adoptado, que merece la protección legal por haber sido equiparado al hijo legítimo.

Existen, sin embargo, cuatro excepciones al principio del artículo 4.º:

1.ª Cuando se adopta a una persona de otro sexo del anterior adoptado para lograr la mejor integración de la familia adoptiva, aportando los sentimientos distintos y complementarios del varón y la mujer.

2.ª Cuando todas las adopciones se efectúan en el mismo acto, porque entonces no se lesionan derechos que han sido adquiridos simultáneamente.

3.ª Cuando se adopta al hermano de alguno de los menores ya adoptados para reafirmar el vínculo de sangre preexistente.

4.ª Cuando el nuevo adoptado es hijo ilegítimo del adoptante, nacido posteriormente a la primera adopción. Esta excepción—que tiende a evitar que el hijo de la sangre sea preterido por un extraño, quien sólo se ha ligado por vínculos sentimentales o lazos afectivos—autoriza expresamente la adopción de hijos ilegítimos—naturales, adulterinos e incestuosos—, pero se mantiene siempre la exigencia que el adoptante no tenga descendientes legítimos o hijos naturales reconocidos, que impiden mejorar al bastardo por vía de adopción, quedando

al padre el recurso de colocarlo en la situación que le corresponda, por medio del reconocimiento, sin poder elevarlo al lugar de hijo legítimo.

10. c) *Diferencia de edad entre adoptante y adoptado*.—Desde el Derecho romano, que establecía que el de menor edad no puede adoptar el de más edad (1), todas las legislaciones positivas exigen este requisito, que la Ley argentina también contiene al disponer en el artículo 3.º que el adoptante debe ser, por lo menos, dieciocho años mayor que el adoptado, y sólo exime de esta condición al viudo, que puede adoptar al hijo adoptivo del otro cónyuge fallecido, a pesar de que no haya dieciocho años de diferencia entre ellos.

11. d) *Asentimiento del cónyuge del adoptante*.—No está prohibida la adopción individual efectuada por uno de los esposos, empero se exige el consentimiento del otro, en resguardo del orden de la familia y del derecho del cónyuge que no es adoptante (art. 8.º).

El tipo legal consagra cuatro excepciones, que tienen su explicación en las propias causas que les dan nacimiento:

1.ª Cuando media divorcio declarado por Juez competente.

2.ª Cuando los esposos se encuentran separados de hecho sin voluntad de unirse.

3.ª Cuando el cónyuge ha sido declarado insano.

4.ª Cuando el cónyuge ha sido declarado ausente con presunción de fallecimiento.

En los dos primeros supuestos, y por razones derivadas de la situación de enemistad de los esposos, existe casi la imposibilidad de conseguir el asentimiento requerido por la Ley. La excepción no incluye al cónyuge inocente, que no pierde su vocación hereditaria (artículo 3.574 del Código civil e interpretación doctrinaria y jurisprudencial del artículo 3.575, íb id), y necesariamente debe ser oído en el juicio de adopción, quedando librado al criterio del Juez la valoración de las causas de oposición.

En los dos últimos casos hay la imposibilidad material de una declaración válida de voluntad, y la excepción se justifica porque la adopción no turba entonces el orden de la familia legítima.

12. e) *Cumplimiento previo de los deberes de la paternidad*.—El requisito que impone al adoptante la prueba de haber atendido al menor con los cuidados de un padre durante dos años anteriores al

(1) *Minorem natu non posse maiorem adoptare placet* (*Instituta*, libro I, título XI, 4).

momento de la demanda (art. 6.º), tiende a asegurar la existencia previa de la relación psicológica de filiación para la mayor estabilidad del vínculo y a impedir el comercio de los menores, que no podrán ser adoptados mientras los padres cumplan los deberes de la paternidad, evitando así la tentación de vender a sus hijos.

La norma permite que se prescinda de la prueba de haber criado, educado y alimentado al menor, satisfaciendo sus necesidades de manutención, vestido, habitación, asistencia y gastos por enfermedades (artículos 265 y 267 del Código civil), solamente cuando el adoptado es hijo del adoptante o de su cónyuge, porque debe presumirse el lazo afectivo, que exime la necesidad de establecer un periodo de ensayo.

13. f) *Aptitud del adoptante*.—La persona a quien se va a investir con las funciones de la patria potestad debe reunir condiciones para lograr la formación espiritual y material del adoptado, habiéndose dejado librada al prudente arbitrio judicial la apreciación de las cualidades morales y medios de vida del adoptante (art. 9.º, inc. d), con amplia libertad de criterio por tratarse de cuestiones de hecho, que el juzgador debe resolver inspirándose sobre todo en el fundamental interés del menor.

En el despacho de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados se prohibía ser adoptante a los religiosos profesos de uno u otro sexo, pero tras breve discusión sobre el alcance de la disposición—que se quiso extender a los sacerdotes o clérigos o religiosos profesos o no profesos—, se resolvió suprimir la prohibición por considerarla privativa del Derecho canónico y fuera de los lindes del Derecho civil.

14. g) *Prohibición de adoptar al hermano*.—Esta norma, que no es muy difundida en el Derecho comparado (1), no resulta justificada porque el vínculo fraternal no debe impedir la adopción, siempre que concurren los otros requisitos legales que aseguran el cumplimiento de los fines de la institución; y es ilógico, además, que se pueda colocar a un extraño en el lugar de hijo legítimo y se impida hacerlo con el propio hermano, que agrega al lazo afectivo el vínculo de sangre.

15. h) *Adopción por el tutor*.—El artículo 7.º, al establecer que el tutor sólo podrá adoptar al pupilo después de aprobadas sus cuentas y pagado el saldo, trata de evitar que la adopción se convierta

(1) Consagra esa prohibición el artículo 1.º, inc. 5.º, de la ley checoslovaca del 28 de marzo de 1928.

en un modo de eludir la responsabilidad, y traduce la preocupación legal sobre la conducta del tutor y la influencia sospechosa que puede ejercer sobre el menor; basta recordar el impedimento impediende relativo y transitorio que prohíbe al tutor y a sus descendientes legítimos que están bajo su potestad casarse con el pupilo que ha tenido o tuviese bajo su guarda hasta que fenecida la tutela haya sido aprobada la cuenta de su administración (art. 12 de la Ley de Matrimonio Civil), y el artículo 3.735 del Código civil, que impide al tutor recibir bienes por el testamento de los menores que mueran bajo su tutela, y aun después que hubieren cesado en el cargo mantiene la prohibición si las cuentas no han sido aprobadas, creando así una incapacidad de derecho y una presunción de simulación relativa que anula la disposición testamentaria, ya se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o se haga bajo el nombre de personas interpuestas (arts. 3.736 y 3.741, *ib id.*).

Los motivos que fundan la norma legal se extienden a los curadores dativos y testamentarios, a quienes deben aplicarse los mismos requisitos impuestos al tutor adoptante, porque las situaciones se equiparan por razón de incapacidad (art. 475 del Código civil).

16. 2.º *Condiciones del adoptado.*—Del contexto legal surgen los requisitos que se refieren al adoptado:

- a) Que no haya cumplido dieciocho años de edad.
- b) Que cuente, si es casado, con el consentimiento de su cónyuge.
- c) Que no esté adoptado por otra persona.

17. a) *Edad.*—El adoptado no debe haber cumplido dieciocho años (art. 2.º), y quedan excluidos así quienes han pasado ese límite, porque no necesitan ser protegidos por la adopción, que tiende a formar una familia y no transmitir simplemente el nombre y el patrimonio del adoptante.

La exigencia de edad máxima admite, sin embargo, la excepción transitoria del artículo 22 establecida para regularizar situaciones pre-existentes, que permite durante tres años, contados desde la fecha de promulgación de la ley, adoptar a personas que tengan más de dieciocho años, siempre que antes de la sanción y que el menor hubiera cumplido esa edad, el adoptante le haya atendido con los cuidados de un padre.

18. b) *Asentimiento del cónyuge del adoptado.*—El estado civil del adoptado es, en principio, indiferente, porque la adopción puede efectuarse a pesar que el menor haya contraído matrimonio, y si bien

es cierto que la emancipación pone fin a la patria potestad, o a la tutela, en su caso (arts. 306 y 455, inc. 2.º del Código civil), la adopción no busca únicamente conceder al adoptante la patria potestad, sino colocar al adoptado en situación de hijo legítimo, y esa relación paterno-filial no concluye ni por la mayoría de edad ni por la emancipación, así como no acaba por esas mismas causas la relación paterno-filial entre padres e hijos legítimos, a pesar de extinguir la patria potestad (1).

En este caso el Juez debe requerir el consentimiento del otro cónyuge, sea el marido o la esposa, y sólo podría prescindirse de su conformidad en los mismos supuestos que no puede exigirse el consentimiento del cónyuge del adoptante.

19. c) *Prohibición de pluralidad de adoptantes.*—La disposición que prohíbe la adopción de un menor por más de una persona (artículo 3.º) se justifica plenamente por la necesidad de evitar los conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad que se transfiere al adoptante.

La única excepción admitida es la adopción conjunta de los cónyuges, y en tal supuesto el menor tendrá su padre y madre adoptivos en la misma forma que el hijo tiene su padre y madre legítimos.

La declaración de nulidad de un matrimonio cuyos cónyuges hubiesen adoptado a un menor, plantea la cuestión sobre la subsistencia de la adopción ante la norma que prohíbe la adopción por más de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges, y en ese caso han dejado de serlo.

A falta de una solución legal expresa debe aplicarse la teoría del matrimonio putativo, que produce todos los efectos del matrimonio válido en relación a los hijos hasta la sentencia que declara la nulidad. La adopción, por consiguiente, debe subsistir, porque a la fecha del acto constitutivo existía entre los adoptantes el vínculo conyugal (2). El adoptado quedaría entonces en la misma situación del hijo legítimo que conserva esa calidad, a pesar que los padres no se hallen unidos en matrimonio y aunque alguno de ellos, o los dos, contrajeran nuevas nupcias.

Cuando el matrimonio nulo ha sido contraído de mala fe por ambos esposos no produce efecto civil alguno (art. 89 de la Ley 2393);

(1) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. II, pág. 1.098. Madrid, 1912.

(2) En contra: SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. y loc. cit.*, pág. 1.095.

y faltando el requisito esencial que permitía la adopción conjunta, procede anular la adopción con relación a uno de los adoptantes, porque la declaración de nulidad del matrimonio tiene efecto retroactivo, y no es posible que un menor sea adoptado por dos personas que no son ni han sido cónyuges. Si la adopción hubiere sido efectuada simultáneamente, el Juez debe decidir quién debe mantener el carácter de adoptante, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, las cualidades morales, la situación económica, la naturaleza de la causal de nulidad y, muy especialmente, y por encima de toda otra consideración, el interés del adoptado. En caso de adopción sucesiva sólo corresponde anular la última, porque ella pudo ser llevada a cabo por haber sido solicitada por quien invocaba la condición de cónyuge del primer adoptante.

20. *Juicio de adopción.*—El juicio de adopción debe tramitarse ante el Juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante (art. 9.º, inc. a), cuya competencia es improrrogable por ser funcional; y debe seguirse el procedimiento sumario por tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria, de acuerdo a la propia naturaleza de la relación, que tiende a la *constitución* de un nuevo estado jurídico.

En virtud de tal carácter en este juicio no hay dos partes—la que demanda una actuación de la Ley y aquella frente a la cual se demanda la actuación—, pues no hay un bien garantizado *contra* otro, y sólo existe un estado jurídico que, al decir de Chiovenda, no podría *nacer* o *desarrollarse* sin intervención del Estado o se desarrollaría imperfectamente (1).

En este sentido debe entenderse la enumeración de partes que contiene el artículo 9.º, inc. b) de la Ley, al mencionar en primer término al adoptante, que formula la demanda y desempeña el papel activo, por así decirlo, y luego a los representantes legales del menor: el padre o la madre si no hubiesen perdido la patria potestad; el tutor o curador, en su caso, y el Ministerio de Menores, en ejercicio de la representación promiscua establecida por el artículo 59 del Código civil.

La Ley ha omitido la intervención del Ministerio Fiscal, pero ese silencio no significa que pueda prescindirse de su audiencia, y aunque no es parte litigante, actúa en representación del interés público en un juicio que va a crear un vínculo legal de familia, modificando el es-

(1) *Principios de Derecho procesal civil*, trad. de la 3.ª ed. italiana, por Casais y Santaló, t. I, pág. 385.

tado civil de las personas, extinguiendo algunos efectos de la filiación y produciendo otros.

La fórmula legal imperativa que obliga al Juez a oír *personalmente* al adoptado si fuere mayor de diez años (art. 9.º, inc. c), impide que su audiencia sea suplida por un escrito, pero no exige el consentimiento del menor, que a pesar de su importancia, desde el punto de vista psicológico, para la formación del vínculo familiar, carece de todo valor jurídico porque no se trata de un contrato formado por el acuerdo de voluntades.

La función judicial no es simplemente mecánica, en consecuencia, pues la valoración de las cualidades morales y medios de vida suficientes del adoptante, por una parte, y la apreciación de la conveniencia de la adopción para el menor, por otra (art. 9.º, inc. d) y e) otorgan al juzgador la debida amplitud de criterio para fundar su decisión.

La sentencia—que es de carácter constitutivo—obra normalmente *ex nunc*, por consiguiente, y sus efectos empiezan desde el momento en que el cambio se realiza (art. 10). salvo el caso de adopción póstuma que el artículo 11 permite si el fallecimiento del adoptante ocurriere después de interpuesta la demanda, para retrotraer los efectos a la fecha de la muerte y conceder vocación hereditaria al menor adoptado.

EFFECTOS CIVILES.

21. *Relación puterno-filial.*—La adopción crea una relación de filiación que la Ley argentina ha equiparado totalmente, en principio, a la filiación legítima, convirtiendo jurídicamente al adoptado en hijo legítimo del adoptante.

Se ha seguido así la solución más amplia que señala la técnica legislativa, pues con ese sistema—que atribuye al adoptante las funciones y responsabilidades que corresponden al padre legítimo, y otorga al adoptado los derechos y deberes inherentes a la calidad de hijo nacido de relaciones matrimoniales— resulta innecesario enumerar específicamente los efectos particulares de la adopción, desde que basta aplicar las leyes comunes en cada situación o problema que se plantea: de manera que la interpretación de los efectos contrarios debe ser siempre restrictiva porque la ley ha fijado taxativamente las excepciones al principio general

22. *El adoptado y su familia de origen.*—El adoptado conserva

el vínculo originario con su propia familia (art. 14), reconociéndose así el parentesco preexistente que el Derecho positivo no puede hacer desaparecer. Subsisten, en consecuencia, todos los derechos y obligaciones, y para mencionar solamente los más importantes basta referirse a la prestación de alimentos y a la vocación sucesoria, que se mantienen incólumes entre el adoptado y sus parientes.

23. *El adoptado y los parientes del adoptante.*—El adoptado no entra en la familia de quien lo adopta, o, según la terminología legal, no adquiere vínculo familiar con los parientes del adoptante (art. 12). No existen entre ellos los derechos y deberes que las leyes crean, desde la elemental obligación de denunciar el nacimiento, hasta la fundamental prestación alimentaria (art. 367 y siguientes del Código civil), pasando por toda la gradación de facultades y obligaciones legales.

24. *El adoptante y los parientes del adoptado.*—En el Derecho argentino no caben las controversias doctrinarias sobre la extensión de los efectos de la adopción que ha suscitado la legislación extranjera, porque si bien no existe una norma expresa, es indudable que la adopción no crea vínculos de parentesco entre el adoptante y la familia del adoptado: el artículo 12 limita a los sujetos de la adopción el parentesco creado, que no se extiende a los descendientes legítimos del adoptado, a quienes excepcionalmente se acuerda vocación hereditaria para concurrir por derecho de representación; pero al omitirse todos los deberes del parentesco, se ha alterado el verdadero *estado de familia*, y el vínculo se agota en una simple relación entre adoptante y adoptado que repugna al sentido de la institución, y en vez de constituir una familia hace nacer y terminar el parentesco en el adoptado sin continuarlo en sus descendientes.

25. *Situaciones especialmente regladas.*—Algunos de los efectos de la relación paterno-filial legítima creada por la adopción resultan incompatibles con los efectos de la filiación de sangre del adoptado, y se ha debido reglamentarlos extinguiendo o atenuándolos para obviar los conflictos derivados de esa situación y restablecer la armonía entre las normas positivas.

A tales fines se han establecido reglas sobre la patria potestad, el apellido y el derecho sucesorio, y se han incluido ciertos impedimentos matrimoniales destinados a realzar el contenido ético de la institución.

26. *Patria potestad.*—De acuerdo a la doctrina prevalente en el Derecho moderno se transfiere al adoptante la patria potestad (art. 14,

in fine), que no puede coexistir con el ejercicio de las mismas obligaciones y facultades atribuidas al padre del adoptado, a quien no es posible someter simultáneamente a dos poderes paternos.

Incumbe al adoptante entonces la guarda, dirección y vigilancia del menor—con la responsabilidad aneja del artículo 1.114 del Código civil—, y en el aspecto patrimonial la representación y administración de sus bienes con las limitaciones, responsabilidades y sanciones que fija el mismo Código para los padres legítimos, incluyendo, por cierto, las restricciones y prohibiciones correspondientes, de manera que al adoptante alcanza la incapacidad de Derecho que le impide celebrar contrato alguno con el adoptado que está bajo su patria potestad (art. 279).

27. *Usufructo de los bienes del adoptado.*—El artículo 15 de la Ley deniega al adoptante el usufructo de los bienes del adoptado, que, en virtud de las normas comunes y por ser un atributo de la potestad paterna pertenece al titular de esa función.

Esta regla, inspirada en el propósito de evitar que la adopción sea una fuente de provecho para el adoptante—a quien se priva de un beneficio destinado a asegurar el libre ejercicio de su autoridad y la unidad de dirección en la gestión de los intereses familiares, que son necesariamente solidarios durante la minoridad de los hijos—, admite, sin embargo, una sola excepción al otorgar al cónyuge adoptante sobreviene el usufructo de los bienes que el adoptado adquiera en la sucesión del cónyuge adoptante premuerto.

28. *Ejercicio de la patria potestad.*—En el caso común de un adoptante el ejercicio de la patria potestad no ofrece dificultad alguna, pero pueden suscitarse conflictos en los supuestos excepcionales de adopción por los cónyuges, y especialmente cuando uno de ellos adopta al hijo del otro.

Todos los problemas deben solucionarse de acuerdo al espíritu de la Ley, que coloca al adoptado en situación de hijo legítimo del matrimonio y corresponde aplicar entonces las mismas reglas que rigen el ejercicio de la patria potestad de los padres sobre sus hijos legítimos, es decir, reconocerlo otorgado, en principio, al marido, y subsidiariamente a la esposa en caso de muerte o de pérdida del derecho o de su ejercicio (art. 264 del Código civil), sea que los dos cónyuges hayan adoptado a un menor—conjunta o sucesivamente—, sea que uno de ellos adopte al hijo del otro, porque en tales supuestos la norma que transfiere al adoptante el ejercicio de la patria potestad debe ceder por

fuerza de las circunstancias para dar mayor cohesión, estabilidad y permanencia al grupo familiar, y en virtud del principio llamado a unificar en una sola mano los poderes y en una sola cabeza la responsabilidad por los resultados de la función.

28. *Apellido*.—El apellido del adoptado ha sido otro de los problemas que ha debido resolver la Ley de adopción para evitar los conflictos que plantea este atributo jurídico de la persona, máxime cuando esa cuestión es una de las lagunas del Derecho positivo argentino, porque el Código civil no ha legislado expresamente sobre la materia.

El artículo 13 de la Ley 13.252 impone al adoptado el uso del apellido del adoptante, y lo autoriza para agregar después el suyo propio.

El carácter obligatorio de esa disposición sirve para dar fijeza al patronímico y para demostrar la relación existente entre los sujetos de la adopción y la facultad otorgada al adoptado para usar el apellido de su familia exterioriza la subsistencia de esa vinculación.

Cuando los dos cónyuges son adoptantes o cuando uno de ellos adopta al hijo del otro, al adoptado corresponde usar el apellido del esposo, siguiendo los principios aplicados a los mismos problemas de la patria potestad, que se acomodan a la constitución de la familia y al *status* del adoptado.

En caso de adopción efectuada por mujer casada o viuda, el adoptado—si no es hijo del marido—debe usar el apellido de soltera de su adoptante, porque en el derecho argentino la mujer no pierde por el matrimonio el nombre de su familia, ni adquiere legalmente el de su marido, y carece, por consiguiente, del derecho de transmitirlo al adoptado, que es un extraño con relación al esposo.

29. *Régimen sucesorio*.—La creación del vínculo adoptivo repercute también en el régimen sucesorio, y la Ley ha debido determinar los efectos para reafirmar o limitar las normas que rigen las consecuencias del estado civil y de las relaciones de familia.

30. *Sucesión del adoptante*.—La total equiparación del adoptado al hijo legítimo importa conferirle el derecho de suceder al adoptante en tal carácter, porque la vocación hereditaria es el resultado del nuevo estado civil.

La Ley ha omitido repetir todas las disposiciones legales sobre la materia, debiendo entenderse entonces, que las reglas que gobiernan la

sucesión de los padres legítimos son de estricta aplicación en la sucesión del adoptante, en cuanto no haya sido expresamente exceptuado.

Este sistema convierte al adoptado en heredero *legitimario* del adoptante (arts. 3.591 y 3.593 del Código civil), con los derechos y obligaciones inherentes, y excluye a todos los parientes del causante, admitiendo solamente la concurrencia de los hijos sobrevenidos y del cónyuge del adoptante, en la proporción establecida por los artículos 3.565, 3.570 y 3.579 *ib id.*

31. *Derecho de representación.*—Los descendientes legítimos del adoptado tienen vocación para concurrir por derecho de representación a la sucesión del adoptante (art. 16).

El carácter excepcional de la norma—que se aparta de la doctrina del Código civil, en cuanto concede derecho de representación a quien no puede heredar al adoptante por derecho propio—se explica por el interés de los hijos y las razones de equidad que justifican la representación sucesoria, y su extensión se encuentra limitada únicamente por la exigencia de legitimidad impuesta a los nietos del causante *et sic in infinitum*.

32. *Sucesión de los parientes del adoptante.*—La vocación hereditaria del adoptado no alcanza a la sucesión de los parientes del adoptante, y el artículo 12, *in fine*, que niega derecho de representación, concuerda con la doctrina del Código en cuanto exige la vocación del representado a la sucesión del *de cujus*. y en este caso, no teniendo el adoptado vínculo familiar con los parientes del causante, no puede pretender derecho de representación, que a pesar de ser un llamado indirecto y condicional, atribuye un derecho propio igual al del heredero directo.

33. *Sucesión del adoptado.*—La Ley argentina ha elegido la solución más rigurosa al disponer en el artículo 16 que el adoptante no hereda *ab intestato* al adoptado con el fin de establecer un principio de resguardo moral y alejar la posibilidad que la adopción se convierta en un medio de provecho económico deleznable.

La cláusula deroga el principio de reciprocidad que gobierna la sucesión intestada, y puede resultar totalmente injusta en ciertos casos. El absolutismo de sus términos impide toda excepción, de modo que a la sucesión del adoptado concurren únicamente sus propios parientes, cualquiera sea su grado, hasta el sexto inclusive, de la línea colateral (art. 3.585 del Código civil), y aun puede declararse vacante la

herencia, quedando excluido así el adoptante, que ni siquiera puede recuperar los bienes donados, a menos que haya tenido la precaución de reservarse expresamente la reversión de las donaciones, de acuerdo al artículo 1.841 del Código.

Más irritante todavía resulta la solución legal en caso que los bienes del adoptado provengan de la sucesión del cónyuge adoptante premuerto y a consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal; en tal supuesto el cónyuge adoptante sobreviviente será privado hasta de la mitad de los gananciales, acumulados tal vez exclusivamente por su propio esfuerzo.

La Ley ha debido evitar esas y otras soluciones injustas, que no se salvan con la sucesión testamentaria, porque el adoptado puede ser incapaz para disponer de sus bienes por acto de última voluntad.

34. *Impedimentos matrimoniales.*—La Ley argentina—siguiendo la tendencia dominante en la legislación comparada—ha hecho trascender la adopción al derecho matrimonial; y el artículo 17 reconoce, en este aspecto, las tres modalidades del parentesco legal señalado por los antiguos canonistas, creando los impedimentos derivados de la adopción.

a) El *impedimentum paternitatis legalis*, que obsta al matrimonio del adoptante con el adoptado o alguno de sus descendientes (inciso 1.º).

Esa prohibición era absoluta en Derecho romano, y en virtud del principio *adoptio enim naturam imitatur* (1) se aplicaba con igual rigidez que el *impedimentum consanguinitatis* entre padre e hija—cuyas nupcias se llamaban criminales o incestuosas—, de manera que subsistía aunque la adopción hubiese sido disuelta (2).

En algunos códigos modernos el impedimento es meramente impediente, sin embargo, y se reconoce validez al matrimonio que viola la prohibición legal, pero el vínculo adoptivo queda extinguido (artículos 1.311 y 1.771 del Código alemán, 100 y 129 del Código civil suízo y 480, inciso 4.º, del Proyecto de Reforma del Código civil argentino de 1936).

La prohibición no ha quedado circunscrita a las partes, y la norma no permite tampoco el matrimonio del adoptante con los descendientes del adoptado, y al no hacer distinción alguna entre legítimos e ilegíti-

(1) *Inst.*, l. I, tit. XI, 4.

(2) *Inst.*, l. I, tit. X, I; *Dig.*, l. XXIII, tit. II, 55, pr. y 1.

mos, funciona en todos los supuestos, porque las razones éticas que la fundan existen cualquiera sea la filiación del hijo del adoptado.

b) El *impedimentum affinitatis legalis*, que se oponé al matrimonio del adoptante con el cónyuge del adoptado, y del adoptado con con el cónyuge del adoptante (inc. 2.º), también es de origen romano, y Paulo lo había establecido en sus dos aspectos, proscribiendo al hijo adoptivo tomar por mujer a la que fué mujer de su padre adoptivo, porque tiene la condición de madrastra, y al que hubiere adoptado a un hijo, casarse con la mujer del mismo, que está en lugar de nuera (*quae nurus loco est*), porque fué en algún tiempo nuera suya (1).

c) El *impedimentum fraternitatis legalis*, que prohíbe el matrimonio de los hijos adoptivos del mismo adoptante, y del adoptado con un hijo del adoptante (incisos 3.º y 4.º), tenía mayor flexibilidad en Derecho romano, pues bastaba que la adopción hubiera sido disuelta por la emancipación para que las nupcias fuesen permitidas (2).

Esta prohibición legal—que no figura en los Códigos de Alemania, Brasil y Suiza—ha sido justamente criticada, porque si bien tiende a resguardar la moral interna de la familia, resulta peligrosa cuando el impedimento tiene carácter dirimente, y en el afán de perseguir un mal se permiten males mayores al aumentar el número de hijos ilegítimos.

La enumeración de los impedimentos es taxativa, y el concepto tiene un sentido restrictivo, desde que siendo el matrimonio una institución jurídica arreglada a la naturaleza humana, la facultad de contraerlo es un derecho personal innato, que sólo puede ser negado o condicionado en aquellos justos casos establecidos por la Ley positiva.

El nuevo Derecho canónico se acomoda al Derecho civil de cada una de las comunidades políticas, y renunciando a un concepto fijo de adopción y de parentesco legal, acepta el concepto, extensión y forma de obligar de acuerdo a los respectivos derechos estatales, cuyas normas sobre el *impedimentum cognationis legalis* resultan, en consecuencia de Derecho eclesiástico, según los cánones 1.059 y 1.080 del *Codex Juris Canonici* de 1917, que admiten el reverso y donde la Ley civil no reconozca el impedimento, tampoco lo reconoce la Ley canónica.

35 *Carácter prohibitivo*.—Los impedimentos derivados de la adopción son simplemente prohibitivos o impeditivos y no causan la

(1) Dig., l. XXIII, tit. I, 14 pr. y 1.

(2) Inst., l. I, tit. X, 2; Dig., l. I, tit. VII, 23, y l. XXIII, tit. II, 17, pr. y 1.

nulidad del matrimonio, porque en el Derecho argentino no hay otros casos de nulidad matrimonial que los de los artículos 84 y 85 de la Ley 2.393 y los que pudieran establecerse por leyes especiales (1), y la de adopción no ha fijado esa sanción.

36. *Situación de los esposos en orden a la adopción.*—Corresponde determinar la situación de los cónyuges en orden a la adopción y establecer el grado de incompatibilidad existente entre esas situaciones.

El problema no se planteará cuando se produzca la revocación de la adopción, pero esa solución puede surgir únicamente, en principio, al llegar el adoptado a su mayoría (art. 18, incisos b y c).

En el matrimonio del adoptante con la menor adoptada, debe privar el vínculo conyugal para extinguir la adopción, porque son situaciones incompatibles, desde que no se puede ser padre y esposo al mismo tiempo, y es imposible que los frutos de esa unión sean a la vez hijos y hermanos de la madre, quien en la sucesión del adoptante debería heredar en el carácter de esposa y de hija del causante. Para evitar tanta anomalía sólo queda un camino, que a pesar de no estar indicado en la Ley es la única solución digna: la revocación de pleno derecho de la adopción, que no puede ser discutida por falta de norma expresa, cuando se advierte que hay otras situaciones que exigen la misma solución, porque la adopción no coexiste con la legitimación, y debe considerarse revocada la adopción del hijo natural que después es legitimado por el matrimonio del adoptante.

Los matrimonios celebrados con los *impedimenta affinitatis legalis* y *fraternitatis legalis* no causan necesariamente la revocación del vínculo adoptivo por no haber efectiva y real incompatibilidad de efectos; el primer caso presupone la muerte de alguno de los sujetos de la adopción, y entonces desaparecen los inconvenientes inmediatos que impedían la subsistencia de la adopción en la unión del adoptante y del adoptado; en el segundo, la ausencia de parentesco entre los cónyuges permite mantener dos situaciones que no se repugnan.

REVOCACIÓN.

37. *Causas.*—La revocación es una figura inaplicable en las relaciones de familia y excepcionalmente admitida en la adopción, por

(1) *Cons. Rev. del Instituto de Derecho civil de la Universidad Nacional de Tucumán*, t. I, núm. 3 (en prensa).

motivos muy particulares que no amenguan su naturaleza institucional. El estado de filiación es irrevocable porque se basa en un vínculo natural, mientras que el estado de hijo adoptivo, constituido por un acto del Poder público, puede resultar contrario a los fines perseguidos, y desapareciendo su razón de ser debe aceptarse la posibilidad de poner fin a esa relación, sin que exista el peligro social que justifica la indisolubilidad del matrimonio.

La revocación por vía de acción puede efectuarse exclusivamente por la correspondiente sentencia judicial, habiéndose tratado de soslayar en esa forma los inconvenientes de otras soluciones, que no se hubieran compatido con la naturaleza jurídica de la institución.

El artículo 18 de la Ley 13.252 enumera las causales de revocación, que pueden enunciarse así:

- 1.^a Indignidad de los sujetos de la adopción.
- 2.^a Negativa injustificada a la prestación de alimentos.
- 3.^a Impugnación justificada del adoptado.
- 4.^a Acuerdo de partes

38. a) *Indignidad de los sujetos de la adopción.*—El inciso 1.º del artículo 18 remite esta causal a los casos de indignidad para suceder; de manera que su hermenéutica y aplicación no puede ofrecer dificultad alguna en atención al carácter taxativo de la enumeración legal, que impide incluir en esta norma otros supuestos que los que establecen los artículos 3.291 a 3.296 del Código civil.

39. b) *Negativa injustificada a la prestación de alimentos.*—El vínculo adoptivo implica la obligación alimentaria impuesta al padre y al hijo legítimo por razones de solidaridad familiar (artículos 265, 266 y 367 *ib id*), y aplicable por equiparación de situaciones a los sujetos de la adopción.

De acuerdo a los principios comunes, el adoptante sólo puede fundar su incumplimiento en las causas de cesación que menciona el artículo 373, y toda otra negativa que, por consiguiente, no tiene justificación legal, permite la extinción del vínculo adoptivo, por constituir la cabal demostración que la relación psicológica de filiación no se funda ya en el afecto y el sentimiento, que son los presupuestos necesarios de la adopción.

40. c) *Impugnación justificada del adoptado.*—La Ley ha dejado librada al prudente arbitrio judicial la valoración de los motivos que justifiquen la revocación de la adopción, pedida por el adoptado.

No obstante la vaguedad de los términos—que equivalen a los *justos motivos* del Código suizo (art. 269) o a los *motivos graves* de la Ley francesa (art. 367 del Código Napoleón, reformado por el Decreto-ley de 29 de julio de 1939)—el intérprete encuentra la pauta de su labor al recordar que la institución tiende fundamentalmente a la protección de los menores; de manera que cuando es gravemente desventajosa para el adoptado, el mismo órgano del Estado que ha formado el vínculo debe proceder a disolverlo.

No es posible, entonces, sistematizar esas causas, pero dentro del concepto señalado deben incluirse las que producen las pérdidas de la patria potestad o de su ejercicio (arts. 307 y 308 del Código civil) y aun el incumplimiento de los deberes impuestos al adoptante; la exigencia legal se satisface con la existencia de motivos suficientes a juicio del juzgador, porque sería sumamente injusto que el adoptado disuelva el vínculo al llegar a su mayoría, después de haber sido mantenido, educado e instruido por el adoptante, y una vez que ha conseguido cierta posición.

Este derecho debe ser ejercido dentro del término de un año siguiente a la mayoría del adoptado: y después de transcurrido ese lapso—que entraña la caducidad de la acción—, la revocación puede demandarse únicamente por razones de indignidad y por negativa injustificada a la prestación de alimentos.

41. d) *Acuerdo de partes*.—La amplia libertad de los sujetos de la adopción para dejar sin efecto el vínculo por simple acuerdo de voluntad, modificando *ad libitum* el estado civil y creando perturbaciones en la familia, atenta contra la permanencia de la relación, y ésta causal—que se justifica en la concepción contractual pura (arts. 1.770 del Código civil alemán y 374 del de Brasil)—es completamente extraña al concepto institucional de la adopción, que ha sido parcialmente sacrificado por respeto a la autonomía de la voluntad, sin que pueda invocarse para su inclusión que la adopción se realizó durante la minoridad del adoptado, porque la seriedad de la institución exige que sus efectos cesen solamente por causa grave.

42. *Juicio de revocación*.—A falta de normas expresas y de otros principios aplicables debe seguirse el trámite del juicio ordinario, por demanda iniciada ante el Juez del domicilio del adoptante, cuando la acción es promovida durante la minoridad del adoptado, y si hubiere llegado a su mayoría, rigen las reglas procesales comunes, que esta-

blecen la competencia del Juez del domicilio del demandado: *actor sequitur forum rei*.

El Ministerio Fiscal es parte en este juicio que va a extinguir el vínculo paterno-filial; mas, sin embargo, no tiene calidad para demandar la revocación, por las mismas razones que los juicios de divorcio o de desconocimiento de la paternidad no pueden ser iniciados por el Fiscal, y a pesar que la causa afecta al orden público, la acción está reservada a los sujetos de la adopción, y excepcionalmente a sus herederos.

43. *Efectos de la revocación.*—La sentencia constitutiva que causa el cambio de estado hace cesar todos los efectos de la adopción, desde el nombre del adoptado hasta la vocación sucesoria; desaparece la relación paterno-filial con todas sus consecuencias y desaparece, por consiguiente, la obligación alimentaria recíproca y la patria potestad.

El pronunciamiento judicial con autoridad de cosa juzgada obra normalmente *ex nunc*, y sus efectos empiezan desde la fecha de la sentencia (art. 19), salvo cuando la acción se transmite a los herederos o cuando ellos continúan la demanda interpuesta por el causante, y en tales supuestos debe admitirse necesariamente que los efectos de la sentencia de revocación se retrotraen a la fecha de la muerte o de la demanda, en su caso, so pena de llegar a soluciones ilógicas, especialmente en cuanto se refiere a la sucesión del adoptante.

NULIDAD.

44. *Clasificación de las nulidades.*—El acto jurídico que pone en movimiento la institución de la adopción es susceptible de carecer de algún requisito substancial, o de estar afectado por un vicio congénito que produce o puede producir su nulidad.

Según el artículo 20, las disposiciones comunes del Código civil sobre nulidad de los actos jurídicos son aplicables a la adopción, pero crea un régimen especial complementario para los casos de mayor gravedad, de manera que la adopción tiene un sistema de nulidad propio, y puede ser atacada, además, por las causales establecidas en el Código civil.

La norma legal distingue únicamente la nulidad absoluta y relativa, y aunque esa dicotomía atiende diferentes aspectos—porque en el primer caso protege el interés público que se halla especialmente afectado, y en

el segundo, busca la defensa del interés privado, porque los preceptos violados lesionan principalmente intereses individuales y las exigencias emitidas no atañen a la esencia del acto—, en la adopción, la acción se dirige siempre a tutelar intereses superiores conexos con el estado de familia, y la distinción encuentra su fundamento más importante en la *legitimitas ad causam*, y según enseña CICU, en la nulidad absoluta el vicio es tal, que el interés superior exige que en todo caso la adopción sea anulada, a cuyo fin la acción se concede con amplitud; mientras que en la relativa, el interés superior a la anulación no subsiste sino en cuanto concurre con los intereses de determinadas personas, a quienes se otorga exclusivamente el ejercicio de la acción (1).

45. *Nulidad absoluta*.—El inciso 1.º del artículo 20 enumera los casos de nulidad absoluta que se incurre por violación de los requisitos formales o de algunos preceptos relativos a los sujetos de la adopción.

1.º *Vicios de forma*.—La violación de ciertos requisitos formales exigidos por la Ley al acto constitutivo causa la nulidad absoluta de la adopción, correspondiendo destacar como supuestos típicos:

- a) Sentencia de adopción pronunciada por Juez incompetente.
- b) Inobservancia de la obligación del cumplimiento previo de los deberes de la paternidad.

Toda otra nulidad absoluta en virtud del régimen especial debe ser completamente descartada, porque en la interpretación lógica y sistemática de la Ley no es admisible que la adopción quede sin efecto por el incumplimiento de algunos preceptos formales, que si bien interesan al orden público en cuanto se refieren al estado de las personas, su violación no afecta substancialmente la validez del vínculo, y en el conflicto que se plantea debe privar la subsistencia de la adopción.

Esos casos pueden referirse a diversas situaciones:

- a) Falta de llamamiento a juicio de los representantes legales del menor y del Ministerio Público, porque en ese caso la nulidad es simplemente procesal, y debe ser reclamada en el curso del litigio por vía de recurso o de incidente.
- b) Falta de audiencia del adoptado si fuere mayor de diez años, porque la Ley no exige el consentimiento del menor.

c) Ineptitud del adoptante o inconveniencia de la adopción, por tratarse de cuestiones que corresponden al prudente arbitrio del Juez.

2.º *Violación de los preceptos relativos a los sujetos de la adop-*

(1) *La filiazione*, pág. 200, núm. 157. Torino, 1939.

ción.—Los apartados *b* y *c* del inciso 1.º del artículo 20 establecen la nulidad absoluta por violación de los preceptos relativos a la edad máxima del adoptado y a la diferencia de edad con el adoptante, y la sanción encuentra su fundamento en los fines mismos de la institución.

46. *Otros casos de nulidad absoluta.*—Sin pretender agotar el tema de la nulidad absoluta resultante de los principios generales, conviene señalar ciertos aspectos de este régimen que guardan especial relación con el sistema de la adopción, porque existen algunas condiciones legales cuya inobservancia produce la misma sanción.

a) Pluralidad de adoptantes.—La transgresión de la norma que prohíbe la adopción por más de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges, exige perentoriamente la cesación del nuevo vínculo, que no tiene razón de ser, y constituye un acto prohibitivo por la Ley (artículo 1.044 del Código civil).

b) Prohibición de adoptar al hermano.—La violación de este precepto, ya se considere la cuestión bajo el aspecto del artículo 1.044 citado, ya bajo la faz de la incapacidad del derecho (art. 1.043 *ib id*), siempre estaría comprendida dentro del caso de actos nulos por ilicitud.

47. *Caracteres de la nulidad absoluta.*—Los caracteres típicos de la nulidad absoluta se refieren a la declaración de oficio, a la *legitimatio ad causam*, a la inconfirmabilidad y a la prescripción.

1.º En virtud del artículo 1.047 del Código civil, aplicable a falta de norma expresa que establezca un régimen especial, la nulidad absoluta debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte cuando aparece manifiesta, o sea cuando *prima facie* resulta del acto mismo, sin necesidad de una investigación de hecho.

2.º El mismo texto legal permite alegar la nulidad a todos los que tengan interés en hacerlo, excepto al que ejecutó el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, porque nadie puede invocar su mala fe o su torpeza. El Ministerio Fiscal también debe pedirla en interés de la moral y de la Ley.

3.º La adopción que adolece de nulidad absoluta no puede adquirir validez *ab initio* por medio de la confirmación, que constituye, en esencia, la renuncia a la acción de nulidad, porque para su procedencia se requiere que haya desaparecido el vicio (art. 1.060 del Código civil), y no es posible cumplir esa condición en los diferentes casos señalados.

4.º La acción es imprescriptible por la naturaleza de los vicios, que son de carácter perpetuo, y por lo mismo que las causas que inva-

lidan el vínculo afectan al orden público. Además, si no cabe confirmación expresa, admitir la prescripción de la acción sería reconocer la tácita confirmación del acto por el simple transcurso del tiempo.

48. *Nulidad relativa.*—Los casos de nulidad relativa específicamente contemplados en la Ley se refieren a la violación de preceptos relativos al adoptante y a la ausencia o vicios del consentimiento.

1.º En el primer supuesto—inexistencia de descendientes—el carácter relativo de la nulidad se explica en cuanto la adopción lesiona particularmente a los descendientes del adoptante, a quienes corresponde en forma exclusiva el derecho de ejercer la acción.

2.º La sanción por violación de los preceptos sobre edad mínima del adoptante—que debe extenderse también a los cónyuges que no llevan el tiempo de vida matrimonial requerido—puede ser demandada por el propio adoptado, y los terceros interesados, herederos del adoptante que fuesen excluidos de la sucesión por el adoptado.

3.º Para la validez del vínculo el consentimiento exigido por la Ley debe estar exento de vicios—error, dolo o violencia (*vis absoluta y vis compulsiva*)—y emanar de una *voluntad sana y manifestada*. Están legitimados para obrar las personas cuyo consentimiento se ha omitido o se encuentra afectado por vicios que lo invalidan, y sus herederos.

La adopción del pupilo, realizada por el tutor sin que hayan sido aprobadas sus cuentas y pagado el saldo, adolece de nulidad relativa, porque el objeto principal del acto no está prohibido, y únicamente se impide la formación del vínculo sin el cumplimiento previo de esos requisitos; el tutor y el curador, en su caso, resultan así relativamente incapaces en cuanto al acto (art. 1 042 del Código civil), y la sanción sólo puede ser perseguida por el pupilo por haber sido establecida para proteger sus intereses.

49. *Caracteres.*—1.º La nulidad relativa no puede ser declarada de oficio (art. 1.048, íb id), y el Juez únicamente debe pronunciarla cuando media acción o excepción deducida por quien tiene derecho a alegarla.

2.º La Ley confiere ese derecho a aquellas personas en cuyo beneficio se ha establecido la sanción (art. 1.048 cit.), que son las que resultan agraviadas o lesionadas por la adopción, debiendo excluirse siempre al autor del vicio, porque se busca la protección del indefenso, de la víctima del error, de las maniobras dolorosas o de la presión ejercida

sobre su persona o sobre su conciencia (art. 1.049 del Código civil).

3.º La adopción que adolece de nulidad relativa puede confirmarse (art. 1.059, íb id) por quien goza del derecho de hacer anular el acto, una vez que ha desaparecido el vicio o deficiencia que lo afectaba.

4.º La acción de nulidad derivada de la violación de los preceptos sobre la exigencia de edad mínima e inexistencia de descendientes del adoptante presenta cierta analogía con la impugnación de la legitimación (arts. 320 y 321 del Código civil), a la que se aplica la prescripción bienal del artículo 4.029 íb id, porque para atacar la legitimación se ataca el reconocimiento. En ambos supuestos se trata de hacer caer el estado de hijo legítimo, y analógicamente debe aplicarse el mismo término a esta acción de nulidad de la adopción, contado desde que el adoptado llegue a su mayor edad. Cuando la acción es ejercida por terceros, interesados también, debe aplicarse la prescripción del artículo 4.029 citado, contando los dos años desde la apertura de la sucesión o desde que se cause el perjuicio.

La acción por vicios del consentimiento prescribe a los dos años, según el artículo 4.030 del Código civil, que rige sin distinción para todos los actos jurídicos realizados por error, dolo o violencia, sin excluir el matrimonio.

50. *Inscripción.*—El artículo 21 de la Ley exige la inscripción de la adopción, su revocación o nulidad en el Registro de Estado civil, y a tales fines el Juez debe remitir copia de la sentencia que constituye un acto del estado modificador del *status* del adoptado.

HORACIO L. POVIÑA.

Profesor titular de Derecho civil del Instituto
de Derecho Civil de la Universidad Nacional
de Tucumán.

Información sobre el Derecho Argentino

El Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Tucumán ofrece sus servicios a los hombres de ciencia extranjeros para facilitarles los datos que soliciten sobre el Derecho, jurisprudencia y ciencia jurídica de la República Argentina, dadas las dificultades que existen para el conocimiento del Derecho extranjero, su interpretación judicial y su exposición científica.

La correspondencia debe dirigirse al Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Tucumán, calle 25 de Mayo, 471, Tucumán, República Argentina.

Breves notas sobre el artículo 41 de la Ley Hipotecaria

Nos mueve a publicar estas líneas el uso tan frecuente que en la cotidiana administración de justicia tiene el procedimiento innovado por la Ley de 30 de diciembre de 1944.

Pretendemos exponer algunas cuestiones que, entre muchas otras, plantea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria citada (actualmente texto refundido, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946).

1. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO:

- a) No es la ejecución de una sentencia.
- b) ¿Proceso de ejecución o de cognición?
- c) ¿Acción de mera declaración?

Varias son las opiniones sobre la naturaleza del nuevo procedimiento. ("Si los asientos registrales—dice la exposición de motivos—se presumen exactos e íntegros, y al tercero a título oneroso sólo le afectan las cargas y condiciones que constan en el Registro, no puede darse a la inscripción, *prima facie*, un valor inferior al de cosa juzgada.") Pese a las frases transcritas, no parece que se trata de una ejecución de sentencia.

La sentencia decide, entre las partes, la cuestión que éstas sometieron a la decisión del Juez, quien ha de fallar, no con arreglo a un criterio de justicia absoluta, sino con una justicia congruente; esto es, de acuerdo con las alegaciones y pruebas que las partes hayan querido suministrarle. En cambio, la inscripción sirve para publicar la existencia de un derecho real, a fin de que sea conocido por la colectividad, que es precisamente su sujeto pasivo. Presupone como necesaria la legalidad del acto inscribible, y sobre este extremo recae la calificación

del Registrador, el cual, en un procedimiento administrativo o de jurisdicción voluntaria, decide, *erga omnes*, con una amplitud de juicio superior a la del Juez y teniendo en cuenta no sólo el título presentado por el que insta el procedimiento, sino también los datos del Registro.

De aquí que la sentencia normalmente produce su efecto entre las partes, mientras que la inscripción afecta a todos con mayor o menor amplitud.

Ambas—sentencia e inscripción—son presunciones de verdad, pero con diferente fuerza expansiva. Subjetivamente, la presunción de la primera alcanza tan sólo a los que han sido parte en el juicio (art. 1.252 del Código civil), si bien les liga más enérgicamente, incluso incurriendo en sanciones penales el que la desobedeciere; a la inversa, en la segunda, la presunción es más amplia, ya que opera *erga omnes*, pero menos intensa.

Consecuencia del distinto ámbito de esas dos presunciones es que en la ejecución de sentencia deban rechazarse de plano los incidentes sobre cuestiones resueltas en el fallo; por el contrario, en el procedimiento del artículo 41, no sólo son procedentes tales incidentes, sino que se invita al ejecutado a que los promueva.

* * *

Tampoco parece que el nuevo procedimiento tenga un carácter mixto o vacilante, de proceso de ejecución o de cognición, según se oponga o no el demandado. Así, la incomparecencia del demandado en el desahucio (art. 1.578 de la Ley procesal) y la del interesado en el interdicto de adquirir (art. 1.641), no alteran la naturaleza de estos procedimientos, convirtiéndolos en procesos de ejecución.

Por eso, y ante el temor de que sufra desviaciones el procedimiento al querer catalogarlo en alguna de las categorías establecidas por la doctrina, tal vez sea lo más práctico examinarlo y rellenar las lagunas de la Ley, tomando como base la naturaleza y efectos de la presunción que la inscripción proclama, y de la que el procedimiento no es más que la efectucción procesal.

El artículo 41 de la Ley dice: "Las acciones reales . . . podrán ejercitarse . . . contra quienes se opongan a aquellos derechos . . .". Dentro de estas frases debe incluirse la acción declarativa.

Participando la acción de la naturaleza del derecho material que la fundamenta, parece indudable que el dueño, fundándose en la inscripción, puede accionar contra quien desconozca su derecho, y así, el titular inscrito, cuyo dominio contradiga el arrendatario, que trata de invertir su posesión alegando poseer como censatario, podrá imponer a éste la verdad que proclama el Registro, mediante el procedimiento de que se trata, para que le reconozca como propietario.

La *acción confesoria* implica sentencia declarativa, si se pide, por ejemplo, la declaración de la existencia de una servidumbre de paso.

En la sentencia de 21 de febrero de 1941, al desarrollar la teoría de las acciones del propietario, el Tribunal Supremo afirmó "que la tutela del derecho de propiedad se desenvuelve y actúa especialmente a través de dos distintas acciones, muy enlazadas y frecuentemente confundidas en nuestro Derecho, a saber: la clásica y propia acción reivindicatoria, que sirve de medio para la protección del dominio frente a una privación o a una detentación posesoria, dirigiéndose fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y la *acción de mera declaración* o constatación de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor, y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es propietario, acallando a la parte contraria que *discute* ese derecho o se lo *arroga*"; y en otra posterior, de 3 de mayo de 1944, dijo que la acción declarativa "a veces es conciliable con alguna medida de ejecución que no le haga perder su finalidad esencialmente declarativa".

2. LAS RELACIONES JURÍDICAS PREEXISTENTES DEL OPOSITOR:

- a) Titular de Derechos reales.
- b) La inscripción protege actualmente el dominio.
- c) La inscripción de la Ley de 1909 protegía la posesión.
- d) Oposición derivada de derechos en la finca.
- e) Oposición derivada de relaciones obligacionales.
- f) El precarista.

De las causas de oposición a la ejecución, la que más dudas presenta es la segunda del artículo 41. "Poseer el contradictor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquiera relación jurídica con el último titular o con titulares anteriores".

¿Cabe admitir con vista de esta disposición que el contradictor puede oponerse alegando Derechos reales no inscritos?

La contestación afirmativa nos lleva a una evolución regresiva al sistema de las Contadurías de hipoteca y choca con el espíritu y antecedentes de la Reforma de nuestro sistema inmobiliario. Veámoslo:

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria anterior establecía dos presunciones: 1.^a La de que el titular era propietario. 2.^a La de que era poseedor. Esta segunda presunción se efectuaba por el procedimiento del artículo 100 del Reglamento Hipotecario de 1915; en cambio, ni por éste ni por la Ley estaba regulado el procedimiento de efectuación de la primera; de modo que el titular inscrito que quería hacer efectiva la verdad de su derecho que la inscripción proclamaba, tenía que acudir a un juicio ordinario, lo mismo que el que había comprado una finca por documento privado. Se daba el absurdo de que, procesalmente, la inscripción en el Registro de la Propiedad protegía la posesión, pero no la propiedad, que era precisamente el objeto de la inscripción. Esto no podía continuar, y por eso el artículo 41 de la Ley recientemente reformada reguló el procedimiento para hacer efectivo el derecho inscrito, ejercitando las acciones reales que de él derivan. A este criterio responden las siguientes palabras de la exposición de motivos: "Nuestro Registro inmobiliario, fundado esencialmente en los principios de publicidad y legalidad, ha de superar la inicial y pasiva fase de protección para otorgar a los titulares aquellas ventajas de derecho material y procesal que, lógicamente, cabe esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro. Ello concederá a los titulares ágiles y eficaces medios para la defensa de sus derechos".

"Sobre vigorizarse el Registro, se consigue aplicar sus principios en toda la integridad y amplitud, y en forma alguna se lesiona a los legítimos titulares de derechos que, estén o no inscritos, continuarán gozando de las debidas garantías."

Y si el nuevo artículo 41 es un avance en el sistema, ¿cómo vamos a creer que admita oposición fundada en derechos que van contra la esencia de la institución registral? Este punto de vista podría defenderse ante un precepto claro y terminante que derogase las normas protectoras del tercero, nunca con apoyo del número 2.^o de dicho artículo; porque este texto legal no dice eso; lo que claramente dice es que la posesión oponible se ha de fundar en "contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular".

La posesión del contradictor, o puede ser obra de una relación jurídica directa con la cosa (Derecho real), o venir impuesta por una relación jurídica directa, no con la cosa, sino con una persona (arrendamiento, *jus retentionis*, etc.). A este supuesto posesorio se refiere la causa segunda antes transcrita. Anómalo parecerá esto si se tiene en cuenta que el contrato normalmente no trasciende a terceros; pero los términos de la Ley son categóricos y quizá fundados en que el Registro se aleja cada día más del derecho de obligaciones, dejando libre juego a las acciones personales; por eso, cuando la posesión deriva de un derecho de crédito, el artículo 41 la respeta, sin cerrar el camino a una discusión ulterior, más o menos amplia, a través de otros procedimientos.

Resulta, pues, que no hay contradicción entre el artículo 41, causa segunda; el 34 y el 313 de la Ley Hipotecaria, pues el primero juega en el campo de las obligaciones y los otros en el de los Derechos reales.

Para sostener que esa es, acaso, la idea que late en el artículo 41, nos fundamos, además: 1.º En que el número 1.º dice: "Falsedad... u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas que desvirtúen la acción ejercitada." Si aquí exige que los derechos estén inscritos—pues de no estarlo no podría decirse que se habían omitido en la certificación—, no se concibe que en el número siguiente (el 2.º) permita oponer derechos no registrados. 2.º En que el número 3.º prescribe: "Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del contradictor"; luego, a *sensu contrario*, el dominio o derechos no inscritos no son oponibles. 3.º En que la prescripción, a pesar de estar basada en la posesión pública, no perjudica al titular, según el número 2.º, más que en los casos del artículo 36; y no parece lógico sostener que derechos ocultos le perjudiquen, en cambio, *en todo caso*. Y es que las causas 1.ª, 2.ª, en su última parte relativa a la prescripción, y 3.ª, se refieren a los Derechos reales, mientras que la 2.ª, en su primera parte, se limita a derechos de obligación que afectan al titular registral.

El precario—si nos atenemos a la jurisprudencia—abarca un campo amplísimo. Dentro de él cabe, desde la posesión revocable concedida por el precario *dans*, que la doctrina cataloga en el artículo 1.750 del Código civil, hasta la posesión sin título que la legitime frente al dueño, pasando por la posesión tolerada.

En el primer supuesto—posesión concedida expresamente por el

dueño—, hay un contrato, y cae dentro de la causa 2.^a de oposición del artículo 41. En el segundo caso—posesión sin título que la legitime ante el titular inscrito—, no hay entre ambos ni contrato ni relación jurídica directa, sino una situación análoga a la del dueño y el poseedor en la acción reivindicatoria, situación que la jurisprudencia soluciona con las normas procesales del desahucio por precario, para dar así al titular registral ventajas nacidas de la presunción con que la inscripción le favorece. En este caso, no cabe oponerse a la ejecución apoyándose en la causa 2.^a Por su parte, el titular no está obligado a cumplir el requisito del previo requerimiento al poseedor, pues el artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento civil no es sustantivo, sino procesal y aplicable al juicio de desahucio.

Cuando el precario consista en posesión *tolerada*, nos encontraremos con uno u otro de los dos supuestos antes examinados, según el concepto que nos formemos de la tolerancia. Si ésta supone un consentimiento tácito del dueño, habrá entre éste y el poseedor una relación contractual nacida al incidir los dos consentimientos: el del precarista al poseer y el del dueño al tolerar. Mas si la tolerancia está limitada a la manifestación de un consentimiento presunto, surgirá el caso de dos poseedores de distinta categoría, sin relación contractual ni directa entre sí.

La finalidad de estas notas no permite extenderse en consideraciones a propósito de la figura del precario, sobre la que habremos de volver en ocasión propicia.

JULIO MURIAS TRAVIESO

Juez de Primera Instancia.

Anotaciones previstas en la Ley y Reglamento hipotecarios

Todos los que hemos vivido algo el Derecho inmobiliario sabemos que el artículo 42 de la Ley Hipotecaria tiene un número 10 que dice puede pedir anotación preventiva el que en cualquiera otro caso distinto a los de los anteriores números «tuviere derecho a exigirla, conforme a lo dispuesto en ésta o en otra Ley». La Ley anterior de 1909, que en este punto no fué afectada por reformas posteriores, en su artículo 42 tenía el número 10 de igual contenido que el de la presente. No así el artículo 42 de la Ley de 1869, en cuyo número 9.º, que corresponde al 10 de las posteriores que quedan citadas, se dice «que puede pedir anotación preventiva el que en cualquiera otro caso tuviere derecho a exigirla, conforme a lo dispuesto en esta Ley». Y lo mismo exactamente decía en su número 9.º la Ley de 1861. Luego tenemos que en el período de tiempo mediado entre las Leyes de 1861 y 1909, según los textos legales, no podían tomarse anotaciones si no se tenía derecho a exigirlas, conforme a la Ley Hipotecaria. Y, sin embargo, no era así: Anotaciones establecidas en otras Leyes tenían acceso al Registro, sin que ello contrariara dichos textos, pues Ley por Ley, todas tienen igual valor, y lo nuevo que establezca una posterior tiene que admitirse como adición o complemento de otra anterior, aunque ésta sea de una materia especial y aquélla sea objeto de materia distinta. Sírvanos de ejemplo las siguientes, entre otras muchas que puedan figurar en Leyes dispersas: La que el Juez puede ordenar, basado en el artículo 959 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para evitar fraudes y abusos respecto a las fincas de un abintestato, pues esas medidas precautorias no las concebimos sino mediante una anotación. La anotación del último párrafo del

artículo 787 de la misma Ley, establecida en favor del que haya obtenido sentencia en rebeldía de su contrario. La que debe tomarse de la demanda de separación de bienes de los cónyuges, si recae sobre bienes inmuebles (art. 1.437 del C. c.). El artículo 4.º de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 ordena que la providencia en que se tenga por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos se anotará en el Registro de la Propiedad donde estén inscritos los bienes del suspenso; y también el artículo 17 de la misma Ley debe dar lugar a otra anotación, a virtud del mandamiento que ha de expedir el Juez al Registrador de la Propiedad, una vez aprobado el convenio de los acreedores con el suspenso. Se tomará anotación preventiva, conforme al artículo 91 de los Estatutos del Banco Hipotecario de España de 3 de noviembre de 1928, de la providencia en que el Juez acceda a la demanda de posesión interina y secuestro de la finca hipotecada solicitada por dicho Banco. La que establece el artículo 64 de la vigente Ley de Arrendamientos urbanos.

Pero no es nuestro propósito hacer una excursión sobre todo lo legislado en busca de anotaciones, cosa difícil siempre y hoy casi imposible, ante la facilidad con que se legisla o se decreta con fuerza de ley, y la facilidad con que igualmente se deroga. Por esto el Registrador de la Propiedad, en cada caso que se le pida u ordene una anotación no comprendida en la Ley Hipotecaria o su Reglamento, no tiene más remedio que consultar todo lo legislado sobre él para resolver acertadamente sobre su procedencia. Nuestro objeto se limita a una sucinta enunciación de las anotaciones establecidas en la Ley y Reglamento, sacadas de sus artículos, con cita de los mismos, que, caso necesario, se han de consultar, por si esta reunion de ellas en un artículo puede ser de alguna utilidad; bien entendido que de la caza que de ellas hemos hecho se ha procurado que no se escape ninguna.

ANOTACIONES DE LA LEY

1. Anotación de un título traslativo o declarativo de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos (art. 17).
2. La del artículo 19, que es la misma del número 9.º del artícu-

lo 42, o sea la que se toma de un título que tenga defecto subsanable.

3. Cuando el derecho que se transmite no está inscrito a favor del transferente ni de persona alguna y no se acredite fuera inscribible con arreglo al artículo 205 de la Ley, a instancia del interesado se hará una anotación preventiva (art. 20, núm. 3.º).

4. Las prohibiciones de disponer o enajenar que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de una anotación preventiva para que consten en el Registro (art. 26).

5. Las que son objeto del artículo 42, en sus números del 1 al 9, que no se reproducen aquí por ser de más frecuente aplicación.

6. La que pueden obtener de su derecho los acreedores cuyos créditos consten en escritura pública o por sentencia firme, sobre las fincas que se hubieren adjudicado para pago de sus respectivos créditos, siempre que la soliciten dentro de los ciento ochenta días siguientes a la adjudicación, si no consta en el Registro el pago de aquéllos (art. 45, párrafo 2.º).

7. La anotación de que es objeto el derecho hereditario, cuando no se haga adjudicación especial a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos; y será solicitada por cualquiera que tenga derecho a la herencia o por quien acredite un interés legítimo en el derecho anotado (art. 46 y núm. 6.º del 42).

8. La anotación de que puede ser objeto el derecho hereditario anotado, y a la que se puede llamar subanotación (art. 46, último párrafo).

9. La anotación que puede pedir el legatario de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignados sobre ellos, la cual ha de recaer sobre esos mismos bienes y no sobre otros (art. 47).

10. La que puede pedir el legatario de género o cantidad por el valor de ésta, sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia no legados especialmente a otros, siendo compatibles varias anotaciones de distintos legatarios sobre los mismos bienes (artículo 48).

11. La anotación que puede pedir, de haber solicitado inscripción, el heredero que, habiendo legatarios, quiera inscribir a

su favor los bienes de la herencia o anotar su derecho hereditario dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador (art. 49, párrafo 3.º).

12. La que puede pedir el legatario que no lo fuere de especie, y hubiere dejado transcurrir los dichos ciento ochenta días sin hacer uso de su derecho sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero (art. 52).

13. La anotación que puede exigir el acreedor refaccionario sobre la finca refaccionada por las cantidades que de una vez o sucesivamente anticipare (art. 59).

14. La que puede solicitarse cuando se suspende la inscripción por defectos subsanables del título (art. 65, que es una repetición de la del núm. 2).

15. La anotación de demanda, que puede pedir el interesado a quien se le niega la inscripción de su título, de la que interponga ante los Tribunales para que se declare la validez del mismo (artículo 66).

16. Puede pedir anotación de su derecho el legatario de una pensión o renta periódica (art. 88).

17. Puede anotarse la demanda sobre bienes que por virtud de un pleito adquieren carácter litigioso (art. 107, núm. 9, si bien esta anotación puede considerarse comprendida en el núm. 1 del artículo 42).

18. Cuando el título presentado para practicar la inscripción de bienes de dote estimada a favor del marido no fuere suficiente para hacer la inscripción de la hipoteca a favor de la mujer, se suspenderán ambas inscripciones y de una y otra se tomará anotación preventiva (art. 171).

19. La que puede tomarse sobre los bienes del Registrador cuando la fianza no sea suficiente para responder de la indemnización que se le reclame (art. 309).

20. Las anotaciones preventivas que en 1 de julio de 1945 tengan dos o más años y menos de quince de fecha pueden ser objeto de una prórroga cuatrienal única dentro de los dos años siguientes. (No hemos conocido ningún caso de esta prórroga, que ya no puede darse porque pasó el 1 de julio de 1947; pero si se hubiera dado en algún Registro, como mientras dure la prórroga no puede darse por caducada la anotación, esa prórroga se habrá hecho constar

en el Registro por medio de otra anotación, bien a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, y siempre antes de haber caducado la anotación prorrogada.)

ANOTACIONES DEL REGLAMENTO

21. La anotación que ha de procurar tomarse, en su caso, a favor del Estado o Corporaciones civiles, cuando las autoridades decreten embargos o adjudicaciones de bienes inmuebles o derechos reales en expedientes gubernativos (art. 25).

22. Si después de enajenada una finca o de redimido un censo (por el Estado) y de otorgada la correspondiente escritura, se incoare expediente para que se rescinda o anule la venta o la redención, la autoridad o funcionario que instruya el expediente pedirá anotación preventiva, suponemos que de dicha incoación (artículo 27).

23. Declarada la quiebra de una subasta por no haber pagado el comprador de una finca o derecho su precio en los plazos correspondientes, se anotará esta declaración (art. 28).

24. Cuando se trate de inscripciones de aprovechamientos de aguas públicas obtenidos mediante concesión administrativa y no se acompañe el certificado de estar inscritos en el correspondiente Registro administrativo, de los organizados por Real decreto de 12 de abril de 1901, podrá tomarse anotación preventiva por defecto subsanable (art. 69).

25. Cuando se trate de aprovechamientos de aguas públicas que hayan sido adquiridas por prescripción, se toma anotación preventiva del acta notarial acreditativa de los hechos que exige el artículo 70 del Reglamento, para que después de tomada pueda iniciarse el expediente del Real decreto de 7 de enero de 1927 (artículo 70).

26. Cuando en la inscripción de capitulaciones matrimoniales no se ha hecho constar en la escritura la fecha de la celebración del matrimonio, se podrá tomar anotación preventiva por defecto subsanable, que se convertirá en inscripción cuando se acredite aquella fecha (art. 80).

27. Para que los derechos legitimarios perjudiquen a terceros que adquieran a título oneroso los bienes hereditarios han de cons-

tar en el Registro, además de por otros medios, por anotación preventiva no cancelada (art. 86).

28. Tratándose de mención de derechos legitimarios puede pedirse anotación de la demanda, promovida por alguno de ellos, impugnando por insuficiente la asignación de bienes o la concreción de la garantía (art. 87).

29. No obstante lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 20 de la Ley, se podrá tomar, a solicitud del presentante, anotación preventiva por defecto subsanable de los documentos en que se declare, transfiera, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegare en el documento presentado ser causahabiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento (art. 103).

30. Procederá tomar anotación preventiva, como comprendida en el número 5.º del artículo 42 de la Ley, en los casos de suspensión de pagos, concurso o quiebra, previos los trámites establecidos en las pertinentes Leyes (art. 142).

31. En los casos de haberse tomado anotación de prohibición de enajenar sobre ciertos bienes o derechos, ella no será obstáculo para que sobre los mismos se tome otra anotación, siempre que se base en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación de prohibición (art. 145).

32. En el caso anomalísimo de no existir índices en el Registro y se solicite una inscripción que requiera la consulta de ellos, se tomará anotación preventiva, de la que el Registrador dará cuenta inmediatamente a la Dirección General, bajo su responsabilidad (artículo 161).

33. Se toma anotación preventiva del documento por el que se pida una cancelación, si el mismo adolece de defecto subsanable; y si bien el artículo 162 no emplea la palabra anotación, en su espíritu se refiere a ella, tanto por la alusión que hace al artículo 96 de la Ley como porque la suspensión de una inscripción por defectos (aunque sea de cancelación) sólo da lugar a una anotación (art. 162).

34. Cuando en un mandamiento judicial o administrativo se ordena tomar anotación preventiva y no pueda efectuarse por defecto subsanable, se toma otra anotación, que se llama de sus-

pensión, que ha de solicitarse. No se solicita y se toma si se trata de embargos en causa criminal o en asunto que tenga el Estado un interés directo (arts. 164, 169 y 170).

35. Puede tomarse anotación preventiva siempre que se litigue sobre la ineficacia de alguna cancelación ofreciendo indemnizar los perjuicios que de ella puedan seguirse al demandado (art. 182).

36. Si el Registrador suspendiere la cancelación de una inscripción o anotación, por insuficiencia del documento presentado para ello o por dudar de la competencia del Juez o Tribunal que la haya ordenado, puede hacerlo constar así por medio de una anotación preventiva, si se solicitare (art. 200).

37. Como la anotación tomada por defectos subsanables del título (art. 96 de la Ley) puede prorrogarse en su duración hasta ciento ochenta días, caso de acordarlo así el Juez o Tribunal, esa prórroga se hace constar en el Registro por medio de otra anotación, siendo preciso para ello la presentación del mandamiento que la disponga antes de que haya caducado el primer plazo de sesenta días (art. 204).

38. Cuando en el procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectivos créditos hipotecarios se formule oposición en juicio declarativo con objeto de suspenderlo, la demanda que contenga la oposición ha de ser objeto de anotación preventiva antes de llegar a la subasta (art. 236).

39. El iniciador de un expediente de dominio que tenga por objeto la inmatriculación de finca puede pedir en el escrito que se libre mandamiento para la extensión de una anotación preventiva que acredite haberse incoado el procedimiento (art. 274).

40. Cuando se presente en el Registro testimonio del auto aprobatorio del expediente de dominio de fincas no catastradas o amillaradas a nombre de persona alguna, sin la nota o certificación de la Oficina correspondiente, acreditativa de que deberá tenerse en cuenta el expediente de dominio para practicar las rectificaciones procedentes en la época oportuna, hay que suspender la inscripción, pero puede tomarse anotación preventiva, si lo solicita el interesado (art. 276).

41. El Juez o Tribunal competente deberá ordenar tomar anotación preventiva de la demanda que en juicio declarativo interpongan los que se crean con derecho a los bienes o parte de

ellos que se hubieren inscrito con arreglo al artículo 205 de la Ley Hipotecaria (art. 298).

42. Cuando se trate de inmatricular fincas en virtud de títulos públicos y exista algún asiento contradictorio de dominio o posesión de finca o derecho cuya descripción coincida en algunos detalles con la contenida en el título que se pretenda inscribir, a instancia del interesado se podrá tomar anotación preventiva, ya que ha de suspenderse la inscripción que se haya solicitado (artículo 300).

43. Cuando las certificaciones de dominio expedidas por el Estado o Corporaciones estén en contradicción con algún asiento del Registro no cancelado, o coincidan las fincas que comprendan en algún detalle con otras fincas o derechos ya inscritos, no puede practicarse la inscripción, puesto que ha de suspenderse; pero se puede tomar anotación preventiva si la pide el interesado (artículo 306).

44. El titular de un derecho real impuesto sobre fincas ajenas no inscritas al presentar su título en el Registro pedirá anotación preventiva del mismo por falta de previa inscripción, la cual, una vez inscrito el dominio, se convertirá en inscripción definitiva del derecho real (art. 312).

45. Si se presentan al Diario al mismo tiempo dos títulos contradictorios relativos a una misma finca, y no contuvieren defecto que impida practicar la operación solicitada, se tomará anotación preventiva de ambos, explicando en cada una de ellas la razón de hacerlo así (art. 426).

46. Las anotaciones del número anterior caducarán al terminar el plazo de sesenta días de sus fechas, si dentro del mismo no acreditan los interesados haberse convenido sobre la preferencia de uno de los asientos, o no se interpone demanda para obtener la declaración de preferencia. En este caso, el demandante solicitará anotación preventiva de la demanda, solicitud que es forzosa, así como la anotación (art. 426).

47. Si el Registrador consultare a la Dirección cualquier duda que se le ofrezca sobre la inteligencia y ejecución de la Ley Hipotecaria y su Reglamento, y que sea relativa a la organización y funcionamiento del Registro, nunca consulta sobre materia de calificación, y cuya duda impida practicar cualquier asiento, ex-

tenderá anotación preventiva, que durará hasta la resolución de la consulta. Esta anotación puede llamarse de oficio, pues, sobre ser forzosa, no se devengan honorarios por ella (art. 481).

48. Puede haber casos de herencia o derecho hereditario en los que el párrafo 2.º de la primera disposición transitoria, haciendo una referencia al artículo 46 de la Ley, autoriza una anotación preventiva, que siempre es voluntaria.

Como habrá visto el lector, nada nuevo contiene este trabajo; sólo es un repaso dado a materia de todos conocida, que por vivirse poco gran parte de ella, se olvida mucho, razón por la cual no está de más recordarla alguna vez.

JUAN CHACÓN.

Registrador de la Propiedad, jubilado.

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, Presidente
del Tribunal Supremo.

Precio de la obra: 175 pesetas.

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

PROHIBICIONES DE DISPONER. BIEN SUPONGAN LAS MISMAS UNA ALTERACIÓN INTERNA DEL DERECHO, UNA FALTA DE CAPACIDAD O UNA LIMITACIÓN A LA FACULTAD DE DISPONER DE LA FINCA, LA VOLUNTAD SUBROGATORIA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN NO PUEDE TRASPASAR LOS LÍMITES DEL DERECHO SUBJETIVO DEL OBLIGADO NI DE SU PODER DISPOSITIVO.

EN TODO CASO, PARA RESPETAR LA VOLUNTAD DE LA TESTADORA, SUPREMA LEY DE LA SUCESIÓN, ES PRECISO — CON REFERENCIA AL PROBLEMA PLANTEADO — QUE LOS TRIBUNALES DECLAREN PREVIAMENTE EL ALCANCE Y PREFERENCIA DE LA DISCUTIDA PROHIBICIÓN DE DISPONER (EN EVIDENTE CONTRADICCIÓN CON DETERMINADA CARGA PIADOSA IMPERFECTA Y OSCURAMENTE CONFIGURADA) Y SI LA ENAJENACIÓN FORZOSA DA LUGAR A LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DEL TITULAR INSCRITO (UN USUFRUCTUARIO) Y COMO SECUENCIA SURTE EFECTOS LA SUSTITUCIÓN PREVISTA POR LA TESTADORA.

Resolución de 21 de abril de 1949, "B. O." de 2 de junio.

Don A. V. L.-Z. inscribió su título de usufructuario sobre el cortijo denominado «San Antonio» bajo las limitaciones y prohibiciones que constan del testamento de 15 de octubre de 1935, otorgado por su madre, la condesa de Cañete de las Torres, y con las cargas y gravámenes impuestos por la testadora sobre la finca matriz «Albolafias del Camino». En tal testamento la causante ordenó, entre otras cargas piadosas y perpetuas, la entrega de 1.000 pesetas cada año a cada una de las Juntas de las Hermanidades del Carmen y de la Milagrosa, iglesia de San Cayetano, y encargó a sus albaceas que para garantizar el cumplimiento constituyeran el correspondiente gravamen, por ser su voluntad que se celebraran en todo caso los sufragios que dejaba ordenados.

Después de instituir varios legados, prohibió en absoluto a los legatarios en usufructo «que perciban por anticipado rentas o productos de los bienes, ni que graven o enajenen su derecho», y «que si tal hecho ocurriera se entendiera por extinguido el usufructo con relación al legatario que infrinja la prohibición, sucediéndole en el disfrute de los bienes, en su caso, quien corresponda según las normas establecidas por la testadora».

Conforme a lo expresado, y aun incidiendo en repetición, D. A. V. L.-Z. inscribió su derecho en la citada finca, siendo interesante copiar el acta de inscripción, que dice así:

«En su virtud, inscribo a D. A. V. L.-Z. su título de usufructo de la propiedad inscrita, bajo las condiciones, limitaciones y prohibiciones que constan en el testamento de la causante y con las cargas y gravámenes que quedan relacionados, impuestos por la testadora en la finca matriz «Albolafias del Camino», de donde procede la que es objeto de este asiento.»

Por no haber satisfecho D. A. V. L.-Z. a la Hermandad de Nuestra Madre Santísima del Carmen cuatro anualidades consecutivas de 500 pesetas cada una de ellas, o sean 2.000 pesetas en totalidad, la representación de dicha Hermandad dedujo demanda en juicio declarativo de menor cuantía, reclamando dicha cantidad, intereses legales y costas, y dictada sentencia estimando totalmente la demanda, en ejecución de la misma, el Juez de primera instancia número 2 de Córdoba, en nombre y representación de D. A. V. L.-Z., vendió a D. F. M. P. el usufructo vitalicio del cortijo de «San Antonio», con cuantas cargas y gravámenes aparecían del Registro de la Propiedad, por el precio de 25.000 pesetas, mediante escritura autenticada por el Notario de Córdoba D. José Moreno Sañudo.

Presentada primera copia de la escritura en el Registro de la Propiedad de Córdoba, fué calificada por la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento porque apareciendo D. A. V. L.-Z. titular según el Registro del derecho de usufructo del cortijo de «San Antonio» a título de legado, con sustitución a favor de varias personas y prohibición de enajenar y gravar hasta que concurren las circunstancias previstas en el testamento que produjo la inscripción primera de la finca. 11.216, obrante al folio 15 del tomo 483, libro 399 de este Ayuntamiento; el Juzgado actuante, en función de representación del titular, no

ostenta otras facultades que las que asisten a éste, toda vez que no aparece claramente en el Registro constituida con garantía real la obligación que produjo el procedimiento judicial que ha motivado la venta de dicho usufructo. En consecuencia, es ineficaz a los efectos de inscripción la escritura presentada. No procede anotación preventiva por ser insubsanable el defecto.»

Interpuesto recurso, la Dirección ratifica el auto del Presidente, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que bien supongan las prohibiciones de disponer una alteración interna del derecho, una falta de capacidad o una limitación a la facultad de disponer de la finca, en cuanto entrañan una restricción sancionada por la Ley al ejercicio de un derecho subjetivo, han gozado de escasa simpatía en las modernas leyes civiles, por lo cual los Tribunales solamete admiten su validez cuando sean temporales y estén justificadas por una finalidad seria y legítima, sancionando los actos realizados en contra de las mismas con la simple nulidad y excepcionalmente con la resolución del derecho del favorecido.

En cuanto a la venta del derecho efectuada en ejecución de sentencia, que cualquiera que sea el criterio que se sustente sobre el vendedor y sus facultades, bien sea el Estado representado por el órgano jurisdiccional que interviene sin ser titular del derecho real que no le pertenece, bien el Juez actúe como órgano de disposición *ex ministerio legis*, o bien se trate de una expropiación de la facultad dispositiva que priva al dueño de usar de ella en oposición a las exigencias del interés general, siempre se advierte que si la enajenación judicial no constituye infracción voluntaria de la prohibición de enajenar, y en tal sentido nada debiera oponerse al pleno desarrollo de sus efectos jurídicos, obligacionales y reales, la voluntad subrogatoria de la autoridad judicial en el proceso de ejecución no puede traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado ni de su poder dispositivo.

Que frente a nuestra legislación civil, que apenas desenvuelve las prohibiciones de enajenar, el artículo 26 de la ley Hipotecaria en vigor preceptúa que las impuestas por el testador serán inscribibles siempre que la legislación reconozca su validez, con lo que, admitida su eficacia, la finalidad pretendida por la testadora en

el caso del recurso, que aspiraba a que la finca se disfrutase por personas unidas por lazos de parentesco con los nudos propietarios y a precaver a su hijo del peligro de dilapidaciones, fácilmente podrá eludirse y quedar burlada merced a procedimientos simulados o convenios entre las partes que la intervención de los Tribunales encargados de velar por la legalidad y pureza del procedimiento no pueden eliminar en absoluto, según reconoció la resolución de este Centro de 30 de diciembre de 1946.

Que la norma contenida en el artículo 1.911 del Código civil, conforme al cual el patrimonio del deudor responde de sus obligaciones, no basta para atribuir eficacia a la enajenación forzosa mediante la subasta llevada a cabo por la autoridad judicial. toda vez que el usufructo transmitido formaba parte del haber del deudor, con las referidas limitaciones testamentarias.

Por último, que para evitar los peligros apuntados, prestar el debido acatamiento a las normas hipotecarias y respetar la voluntad de la testadora, suprema ley de la sucesión, parece necesario exigir, para que sea inscribible la escritura de compraventa otorgada en rebeldía del deudor, cuyo derecho consta inscrito en el Registro, sujeto a la prohibición de enajenar, en asiento que se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales, que previamente se declaren por éstos cuál sea el alcance y preferencia de la discutida prohibición y si la enajenación forzosa da lugar a la extinción del derecho del usufructuario, y, consiguientemente surte efectos la sustitución.

* * *

LAS PROHIBICIONES DE DISPONER.—Don Jerónimo González, artífice máximo de nuestra doctrina de las prohibiciones — según frase exacta de Moxó Ruano —, expresó que las mismas «a primera vista parecen restricciones impuestas por mandato jurídico en orden al ejercicio de un derecho subjetivo, que limitan las facultades de su titular, sin atribución de otro derecho subjetivo a persona determinada».

Sin ánimo de rectificar tan conocida como clara formulación, entendemos más matizado el concepto con el que de las mismas da Moxó Ruano: «Impedimentos que en un derecho normal de tráfico el ordenamiento jurídico tolera o impone, suspendiendo

su disponibilidad por un fin legislativo temporalmente y *erga omnes, sin necesidad de la creación de un derecho subjetivo.*»

Este último rasgo apuntado estimamos es el fundamental de esta figura jurídica.

No cabe duda — dice Moxó — que la prohibición propiamente dicha es negativa, es una anulación parcial del derecho, un cono de sombra sobre la esfera jurídica. Por eso González y Roca manifiestan que no crea un derecho subjetivo que sirva de negativo o contraderecho (Bekker) del que sufre la prohibición. En ésta — dice Roca — hay interesados o beneficiados, pero no titulares de otros derechos.

Pero — como apunta sutilmente Moxó — esta es la prohibición propia. Ahora bien — escribe —: cuando se configura el contraderecho con su titular se dan prohibiciones impropias o reflejas, porque se produce una suspensión del *jus disponendi* y un funcionamiento parejo. Tales, la sustitución fideicomisaria, más bien encajada en la doctrina de las determinaciones accesorias (de que luego hablaremos), pero tan hermanada en abolengo y *ratio juris* con la prohibición y la opción y el tanteo de tanta función actual.

En la misma hipoteca se puede observar una evidente limitación de la *disponibilidad* del hipotecante: en sentido económico, porque comprime el valor disponible de la propiedad, y en sentido formal, porque el *jus distrahendi* o *jus expropriationis* pende sin peso sobre cualquier tenedor de la cosa hipotecada. Por eso no es de extrañar que Gino Gorla arriesgue la teoría de la prenda como una prohibición relativa de disponer...

¿No surgen, pues, figuras jurídicas positivas, de propio carácter y autónoma regulación?

Refiriéndose a las sustituciones fideicomisarias señala Moxó que nuestro Código perfila la doctrina entre el artículo 783 y el número 1.º del 785, que exigen la expresión en la sustitución, y el número 2.º del mismo 785, que admite las prohibiciones. Y aludiendo a Roca dice que éste distingue con admirable precisión los números 1.º y 2.º del 785, ó sea las sustituciones y las prohibiciones. Las primeras suponen un llamamiento a un segundo heredero; las segundas, no. Las prohibiciones se dirigen propiamente al ejercicio del *jus disponendi* por actos entre vivos, y las sustituciones, también a los *mortis causa*. Las sustituciones, tanto las puras como las

a término, y las condicionales — leyes *Sed quia* y *Si Autem* del Código y resolución de 12 de mayo de 1920 —, implican que el fiduciario carece del *jus disponendi* por naturaleza o esencia, o por condición, puesto que preordenan la trayectoria de los bienes; las prohibiciones más bien suponen una restricción y atienden a otros fines; por ejemplo, el bien del mismo titular objeto de la prohibición. En aquéllas hay atribución de un derecho subjetivo; en éstas no hay beneficiarios ni titulares, sino beneficiarios o interesados (Capó Bonafous).

También observa Roca que lo que es nulo como fideicomiso tácito, según el número 4 del mismo artículo, es válido como prohibición dentro del término legal.

Reduciendo a lo esencial el cuadro anterior de diferencia, señala Moxó que resalta como más sólida la ya registrada al fijar la noción de las prohibiciones, y es que en éstas no surge un derecho subjetivo independiente con sujeto determinado o determinable, como con las sustituciones, sino que queda retenida o comprimida la facultad de disponer, para bien del propio heredero o de sus sucesores, o de un fin justificado. Pero ello no borra — escribe con gran acierto — sus profundas e históricas conexiones, que nos permitían llamar a las sustituciones y demás posibles creaciones de derechos limitativos del *jus disponendi* prohibiciones impropias o reflejas. La afección del derecho gravado es sustancialmente la misma, porque la prohibición puede extenderse a la disponibilidad *mortis causa* y porque la sustitución implica una auténtica prohibición. Para el gravado con sustitución — especialmente pura o a término — el efecto es idéntico, exista un sustituto preordenado o no. De otra parte, en sustituciones a personas aún no determinadas o en prohibiciones que designen el deseo de beneficiar a descendientes permitidos, hay tal paridad entre *titulares* y *beneficiados* que casi se confunden... Por ello Sanz, como la doctrina extranjera, apunta la semejanza de tratamiento entre las sustituciones y las prohibiciones. Como De Diego. Como Mucius Scevola...

* * *

Lo expuesto sobre las llamadas sustituciones fideicomisarias, a manera de ejemplo, pone de relieve lo borroso del concepto de

la prohibición de disponer y lo difícil de su diferenciación con figuras afines.

La subjetivización de la facultad de disponer es muchas veces la causa de estas confusiones. Y es que tal facultad — como dice Moxó — es objetiva, reside en el derecho, pero evidentemente se actualiza por un titular al que se atribuye o del que se predica.

Por ello todo cuanto se refiera al sujeto como tal, en su existencia o en su capacidad, es extraño a aquéllas. Así, el menor es un caso de incapacidad. Las *nodum concepti*. Las personas inciertas...

Más difícil resulta — según precedentemente vimos — discriminar las prohibiciones de ciertas situaciones interinas como las llamadas de *pendencia* y las *determinaciones accesorias*.

El profesor De Castro llama situaciones interinas aquellas que nacen bajo el signo de la limitación temporal y en que su propia naturaleza señala su finalidad transitoria, o sea mantener un *statu quo* mientras no se produzcan las circunstancias necesarias para ser sustituidas por situaciones definitivas. Y reconoce en las mismas tres grupos, además de las expectativas: las titularidades temporalmente limitadas, las situaciones de dependencia y las situaciones carentes de firmeza (*infirmae*). En las primeras — las a plazo — existen dos titulares claros, que se suceden o entrecruzan sin dejar espacio vacío entre ambas. En las segundas — las de *pendencia* — la estructura del derecho permanece entera, intacta, pero pendiente de la determinación del sujeto definitivo (ausencia, reserva, derechos eventuales), lo que no empece que en algunas, como en las reservas, se permitan actos de disposición anticipada. Y las *infirmae* comprenden la ratificación, la convalecencia, las situaciones en litigio, etc....

Todas estas situaciones pueden llevar — y llevan — aparejados efectos de indisponibilidad, pero no son prohibiciones de disponer. Son estados de derecho — dice con exactitud Moxó — en que les falta algún elemento formativo o final para su plenitud de existencia o de efectividad, pero que afectan al derecho por fuera — valga la frase — y no en su íntima estructura elemental.

En cuanto a las llamadas *determinaciones accesorias*, se han formulado de las mismas múltiples conceptualizaciones (así, Keller, Windscheid, Bonfante, Bekker, Eneccerus). Son los antiguos acci-

dentalis negotii: plazo, condición, modo. Su similitud con la prohibición es innegable. Con la *condición* van aliadas generalmente las prohibiciones como refuerzo, o viceversa.

En las prohibiciones y en las *accidentalía* se da una temporalidad, un derecho afectado, unos efectos parecidos, porque atacan la eficacia de los actos relacionados con el derecho sobre que funcionan. ¿Cuál es entonces la diferencia del mecanismo condicional con las prohibiciones? Eneccerus lleva toda la razón al decir que no se pueden escindir la voluntad principal y la accesoria o limitada en los negocios que llevan las *accidentalía*. Pero una vez creada la figura jurídica, ésta gira completa en su órbita, hasta tropezar con el plazo, la condición o el modo. Estos caen por el exterior del núcleo del derecho. Y de ahí su nombre y el que Bonfante los considere en el efecto del negocio concluso. Las prohibiciones, empero, desde el principio predeterminan sus efectos, porque quedan asidas a los elementos íntimos constitutivos del derecho.

* * *

¿Cuál será entonces la naturaleza jurídica de las prohibiciones de disponer? Cuestión difícil... Para Dernburg son una simple obligación, porque la voluntad privada no puede cambiar un derecho en inalienable, mudando su sustancia jurídica. Lank, Schoröder y Kohler las consideran simples derechos de contenido limitado. Landberg las examina como la alteración interna de un derecho. Según Raape, se trata de un derecho normal, pero bajo un vínculo que paraliza una de sus facultades o manifestaciones: la de disponer durante un cierto tiempo, pasado el cual retorna a su libre ejercicio.

¿Pero cómo se produce esa inercia transitoria, ese vínculo, esa negativa afección?

¿Qué pasa cuando surge la prohibición del número 2.º del artículo 785 del Código civil o el pacto de indivisión del párrafo 2.º del 400? Como dice Moxó, hay que precisar sobre los contactos y las diferencias que en este estrato profundo tienen las prohibiciones con los derechos reales.

La doctrina ha utilizado la técnica de la creación de los derechos reales. Abandonada la teoría del fraccionamiento (*Fadda*) y de la división cuantitativa (*Krückman*), se sustenta hoy la de mul-

tiplicación de poderes. Caso típico de ello la enfiçusis catalana.

En la prohibición, por el contrario, no se crea ningún nuevo derecho determinado; antes bien, se oblitera o restringe el pre-existente.

Si se examina el lado externo de los derechos reales y las prohibiciones, encontramos los parecidos de unos y otros; mas ambos precisan de la norma, del *óleo social*—como dice nuestro autor gráficamente—, para aflorar a la vida del derecho.

Todo lo apuntado da idea de lo difícil que es precisar con exactitud esta ciega figura negativa.

* * *

Debemos las precedentes notas a la gentileza de nuestro admirado amigo el ilustre Notario de Barcelona D. Antonio Moxó Ruano, que a nuestro requerimiento nos envió copia de la luminosa conferencia que sobre esta materia pronunciara en el Colegio Notarial de aquella capital el 4 de marzo de 1948.

Son apenas un breve contenido de la densidad de doctrina—matizada de ingente, precisa y valiosísima aportación legal, jurisprudencial y bibliográfica—que en ella se encierra. Ni siquiera un bosquejo de recensión, pues desde las palabras preliminares, con las alusiones sistemática y semántica al tema, la brillante exégesis del *jus disponendi* en el derecho de propiedad, para conducirnos al de dominio (el de último rango de los que afectan a la cosa. como expresa en suprema síntesis de técnica), y llevarnos, tras un enjundioso diorama histórico de la propiedad, a la doctrina de las limitaciones, discriminándolas de las restricciones, con su clasificación en institucionales, legales y voluntarias, y cobijo en las mismas de las prohibiciones, con su rica gama, que más adelante habrá de explanar; viene a desembocar en el estudio de los elementos del derecho subjetivo como camino más seguro para encontrar el concepto de las prohibiciones de disponer. Y luego de exponer la doctrina referente al caso, dice que ganaremos en precisión si contrastamos la *facultad de disponer* con la *titularidad* y el *poder de disposición*, tras cuyo examen puede llegarse a la exclusión de aquellas figuras afines a las prohibiciones de disponer—sustituciones, tanteo, opción, etc.—, a que al principio aludimos.

* * *

Si dispusiéramos de espacio y tiempo, intentaríamos una síntesis de la sistemática seguida por Moxó en su clasificación de las prohibiciones: *legales, procesales* (éstas, a su vez, siguiendo a Sanz, en *objetivas y subjetivas*) y *voluntarias o negociales*, que se dividen, a su vez, en las que se pueden llamar *a título gratuito* y las *a título oneroso*.

Respecto de estas últimas (y puesto que de las *a título gratuito*, más característica la sustitución, hemos intentado un esquema de lo expuesto por Moxó), recordando la frase de D. Jerónimo González, «que vivimos en la edad de oro de las prohibiciones», dice con exactitud aquél que el hecho de que se pueda proteger *erga omnes* algunos derechos personales—promesa, prelación, anotación en el artículo 959 del Código suizo, arrendamiento en el nuestro—no les convierte en derechos reales. Y rectificando—con el respeto que merece tan señera autoridad—a don Jerónimo González, que interpretó el artículo 14 del Reglamento Hipotecario (hoy 7), estimando que se refería a las facultades del dominio, pero no al poder dispositivo del dueño, y el 18 (hoy 9) en el sentido de privar de la inscripción a las obligaciones de no constituir, modificar o extinguir el dominio o los derechos reales. y, por tanto, a la *prohibición, como pacto de no transmitir o modificar*, cree que no se trata de que se inscriban tales obligaciones, ininscribibles por serlo (el artículo 9 huelga entonces), sino de que éstas *no constituyen las prohibiciones propiamente dichas*. Estas hay que ir a buscarlas al artículo 14 (hoy 7) del Reglamento, el cual, en consonancia con el artículo 2.º de la Ley, permite inequívocamente la inscripción de «cualesquiera otros (títulos) relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho. modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre inmuebles o inherentes a derechos reales». Y el artículo 8 (antes 15), referente a títulos similares en los derechos forales. En suma: que, dado nuestro régimen de *numerus apertus*, en tales artículos se puede basar la inscripción de las prohibiciones de enajenar dignas de ello, no tratándolas como obligaciones, sino como modificaciones de la facultad de disponer radicantes en los derechos reales, pues el *poder dispositivo* no es

más que la *legitimación para el ejercicio de tal facultad en favor de algún titular apto*.

El problema es que nuestro legislador ha excluido del Registro, confinándolas en el terreno de las obligaciones, las prohibiciones a título oneroso.

Pero así como a la opción y al tanteo se les ha dado posibilidad de constituirse real u obligacionalmente, ¿existen otras figuras que deben comportar la limitación del *jus disponendi*? A tal efecto, examina el pacto inscrito como condición resolutoria, el prohibitivo en pro del precio aplazado de las ventas (problema resuelto hoy por el artículo 11 de la Ley), la de no volver a hipotecar, a enajenar y arrendar; el de la comunidad, con sus derivados del tanteo e indivisibilidad temporal... Para Moxó, el tanteo, cual la opción, después de la reforma del Reglamento Hipotecario (artículo 14), es inscribible. Y tras de aludir con simpatía a esa vieja *institución sentimental*, como Rosel y Mentha califican al retracto convencional o a carta de gracia, y examinar el *pactum reservati domini*, al que el Supremo, por el complejo de problemas que crearía (posesión intermedia, mejoras, riesgos), le ha negado valor respecto a los inmuebles, pasa cumplida revista a las Resoluciones de nuestro ilustrado Centro directivo, no sin antes rendirle un tributo de gratitud y admiración por haber forjado la actual doctrina de las prohibiciones, en lucha con el espíritu individualista y desamortizador del Código civil.

Es casi imposible sentar conclusiones en tan compleja materia cual esta de las Prohibiciones, pero entendemos, como finamente dice Moxó, «que parecen instrumento adecuado para matizar en la propiedad actual el cumplimiento de sus funciones altruistas». «Porque la propiedad era sensiblemente orgullosa y hoy es humildemente sumisa y dúctil», «evolucionando hacia una fase heroica de sacrificios y misiones difíciles y fecundas de alto magisterio jurídicosocial...»

* * *

Ciñéndonos ahora al problema de fondo planteado en el recurso, es indudable, como expuso la parte recurrente, la contradicción de lo querido por la testadora, pues, por un lado, desea que el usufructo legado se conserve y prohíbe su enajenación, y, por otro, prescribe que se constituya el gravamen correspondiente para el

cumplimiento de sus disposiciones piadosas. ¿Cuál de estas contradictorias voliciones debe prevalecer?

Hemos de confesar que encontramos perfectamente correcto el tipo de prohibición establecida, reforzada con cláusula de resolución y sustitución. Por ello pudo hacer observar agudamente el Registrador que, aun inscribiendo la venta hecha por el Juzgado, el dominio sobre el usufructo comprado quedaría inmediatamente resuelto, ya que habría de pasar a los sustitutos del usufructuario, con lo que el comprador habría adquirido y simultáneamente perdido lo comprado.

Para la Dirección no está el problema tan claro. y, por esto, con loable cautela, aunque rechaza la inscripción de la venta efectuada por el Juzgado, a la que es factible llegar incluso por procedimientos simulados, entiende que son los Tribunales los que han de declarar el alcance y preferencia de la discutida prohibición y si la *enajenación forzosa da lugar a la extinción del derecho del usufructuario y, consiguientemente, surte efectos la sustitución*.

En cuanto a la Carga piadosa, sin ambages expresa el Registrador, en su bien pergeñado informe, que la misma aparece en el Registro *«como mera mención de cargas, sin ningún gravamen real, que pudo constituirse, pero no se constituyó»*, o sea, como expresa la Dirección, *«no configurada con la necesaria claridad el carácter real de tales cargas, que resultan inscritas (?) con evidente oscuridad e imperfección»*.

El problema es mínimo. Suprimida hoy la mención, todavía el párrafo 2.º del artículo 29 de la anterior Ley lo deja liquidado.

* * *

Y terminamos esta larga nota no sin volver a hacer mención—o sea tornar a nuestro punto de partida—de Moxó Ruano, cuando dice *«que para que pueda darse la figura un tanto anómala y transitoria de la prohibición, lo esencial es tener en cuenta su fin legítimo, la razón guisada de las Partidas, es decir, perseguir un objetivo, con razón suficiente, sea privado, familiar o social. lo que, unido a su temporalidad, permitirán su amparo por la norma, el ungimiento del óleo social»*.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1948.—*Viviendas y locales de negocio.*

Según el artículo 1.º de la ley de Arrendamientos urbanos, quedan sometidas a su regulación, con las excepciones expresadas en la misma, todas las edificaciones habitables, divididas al efecto en dos grupos: de viviendas y de locales de negocio, distinguidos por el fin para que se hubiesen arrendado.

Las edificaciones habitables que, comprendidas genéricamente en la ley, para la regulación de su arrendamiento estén arrendadas para fines no coincidentes exactamente con los de habitación o de negocio, según los respectivos conceptos de la ley, o se dediquen simultáneamente a ambos fines, han de asimilarse, para el efecto expresado de regulación de su arrendamiento, a una de las dos especies distinguidas, como hace la ley en sus artículos 7.º y 10 para los casos en ellos previstos.

El primero de los fines del Círculo Mercantil de Santander, según su propio reglamento, y para los cuales arrendó el local en cuestión, como se expresa en la cláusula quinta del contrato, es el fomento y desarrollo de los intereses de las cláusulas mercantiles e industriales, cuyo fin a su vez es el lucro, que así viene a ser causa final determinante de la posible (siquiera parece no sea actual) actividad del Círculo en el local arrendado para el logro de ese primero de sus fines.

Otro de ellos, conforme al mismo reglamento, es el recreo y entretenimiento de sus socios, y en este aspecto, lejos de asemejarse a una vivienda, cuyos fines son los de albergue de una familia, asistencia mutua de sus componentes para la subsistencia, educación e intimidad afectuosa, se parece más, ya sea establecido o explotado por un empresario o por los propios usuarios, a un café, bar, salón de té o de juegos, para proporcionar a los concurrentes, fuera de sus hogares y con fin de lucro, comidas, bebidas y diversiones, cuyos beneficios quedarán a favor del empresario si es por él explotado, o de los usuarios si la establecen por su cuenta, obteniendo los artículos de consumo y las diversiones a menor precio y con más comodidad del que tendrían que satisfacer para proporcionársela individualmente en establecimientos análogos, con los cuales compite mercantilmente.

Ante esta razón no puede inclinarse un círculo de recreo de las clases más acomodadas de la sociedad entre las entidades a que se refiere el párrafo segundo del artículo 8.º de la ley de Arrendamientos urbanos, que sola-

mente se refiere, como claramente se desprende de las que cita como ejemplos, a las que persiguen el bien de los demás o el perfeccionamiento moral de sus propios componentes, como serían una cocina económica, un ropero para pobres, un círculo de obreros, una congregación religiosa, una biblioteca popular, etc., y en consecuencia, el Círculo Mercantil e Industrial de Santander, en la obligada asimilación a vivienda o a local de negocio, ha de considerarse como este último al efecto de la regulación de su contrato de arrendamiento con la dueña del local que ocupa.

Así calificado, está sujeto al incremento del 40 por 100 en la renta convenida, como establece el artículo 118 de la ley citada, y resultando por lo expuesto legítima esa elevación de renta al rechazarla el inquilino, Círculo Mercantil e Industrial, surgió para la arrendadora la opción concedida por el 131 habiéndola decidido en su demanda, representada dentro del término señalado en dicho precepto legal, optando por la resolución del contrato.

SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1948.- *Culpa extracontractual.*

La culpa extracontractual a que se refiere el artículo 1.902 del Código civil, se contrae por toda acción culposa o negligente que cause daño a otro y obliga al que la ha producido a la justa reparación, no precisando para que pueda ser exigida otros elementos que la realidad del daño, la falta en el que lo produce y la relación de causa a efecto entre una y otro, y sin discrepar de esta tesis el recurrente en el último motivo en que apoya su recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la ley Procesal civil, reconoce la certeza del daño causado y la realidad del accidente que le ocasionó, pero impugna la declaración de la existencia de culpa que como probada afirma la Sala de instancia, sin otra argumentación que el examen que hace a su parecer de dos elementos de la prueba: la rotura de la barra de la dirección del coche y la inexistencia del carnet o autorización oficial para conducir que debía poseer la persona que conducía el vehículo al ocurrir el accidente, mas, aparte de que no es lícito en casación desarticular la prueba para fijar sobre algunos de sus elementos la comisión del error que se achaca a la sentencia recurrida, y ésta en todo caso hubiera debido hacerse por la vía del número séptimo del precepto procesal citado, hay que tener en cuenta que es doctrina muy reiterada de esta Sala que la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido, para que pueda ser apreciada la culpa extracontractual, ha de inspirarse en la valoración de las condiciones y circunstancias que el buen sentido señale al examinar cada caso como índice de responsabilidad dentro del inmueble y multifórme encadenamiento de causas y efectos, y como así resulta haber producido el Tribunal *a quo* y su apreciación no aparece debidamente impugnada, es obligado desestimar el único motivo alegado y con él el recurso, procediendo a mismo hacer constar que la doctrina alegada por el recurrente en apoyo de su tesis, y en que hace gran hincapié, que afirma se continúe en la sentencia de este Tribunal de 12 de febrero de

1932 de que la responsabilidad del artículo 1.902 del Código civil no puede considerarse generada por la mera circunstancia de que el conductor de un coche automóvil carezca de la licencia necesaria para conducirlo, es inexacta y basta sólo leer el tercer considerando de la sentencia recurrida para apreciar que es distinto el concepto expresado, siendo por otra parte cierto y en más de una ocasión se ha dicho que el criterio de esta Sala en este respecto, es que el conductor de un coche automóvil que carece de carnet o autorización oficial para tal operación obra con indudable imprudencia y negligencia al conducirlo.

SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1948.—*Arras.*

El primer motivo del recurso se formula al amparo del número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y se funda en haberse violado por inaplicación el artículo 1.281 del Código civil, así como el 1.454 mismo cuerpo legal y la doctrina de este Tribunal, en cuanto declarándose por la sentencia recurrida la resolución del contrato de compraventa celebrado entre las partes, no se condena al comprador a la pérdida de las arras, como era lo obligado, toda vez que la resolución de contrato fué declarada como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que correspondían a dicho comprador en su condición de tal, pero si bien el artículo 1.454 del Código civil, que se cita como infringido, dispone que si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compraventa podrá ésta rescindirse allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas, como las arras no tienen siempre la misma significación y se entregan para distintos fines, como puede ser en el servir de medio de prueba de la celebración del contrato o el de constituir un anticipo del precio para que puedan considerarse comprendidas dentro de la hipótesis del repetido artículo 1.454 y producir el efecto de desligar a las partes del compromiso contraído es necesario, dada la trascendencia que dicho precepto envuelve, que conste de una manera clara y evidente que las partes quisieron dar a las arras el carácter y efectos que tal artículo las atribuye y así lo tiene declarado este Tribunal en sus sentencias de 24 de noviembre de 1926, 11 de octubre de 1927 y 16 de enero y 8 de julio de 1933, y como la Sala sentenciadora, interpretando el contrato, ha declarado que las arras o señal entregadas no tuvieron otro carácter que el de anticipo de precio, no puede considerarse infringido el artículo mencionado, así como tampoco el 1.281 del Código civil cuyo párrafo primero, que es el que se supone infringido, sólo resulta aplicable cuando los términos de un contrato son claros y no dejan duda a la intención de los contratantes, por lo cual debe de estarse al sentido literal de sus cláusulas, pero en el caso presente la palabra señal empleada por las partes tiene diversas significaciones, aceptando la Sala sentenciadora la que dados los términos del contrato y sus circunstancias le ha parecido más adecuada y por eso carece de aplicación al caso controvertido al citado artículo.

SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1948.—*Licencia judicial para venta de bienes parafernales.*

La licencia del marido o la habilitación judicial supletoria para la venta de bienes parafernales por la mujer, no son de obligada concesión siempre que se piden, sino que pueden ser concedidas o negadas, según el juicio que sobre la necesidad o conveniencia forman el marido o el juez o Tribunal a los que respectivamente se pidan, pues si la licencia o habilitación hubiesen de concederse forzosamente siempre que la mujer las pidiese su exigencia en la ley sería un requisito no solamente inútil, sino además entorpecedor sin fin alguno; y así su negativa fundada no desconoce ni infringe los preceptos legales que definen los bienes parafernales ni los que reconocen a la mujer el dominio y la administración de los mismos, por lo que es improcedente el recurso por su primer motivo.

SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1948.—*Responsabilidad de funcionarios.*

El plazo de un año señalado en el artículo 1.º de la ley de 5 de abril de 1904 para exigir responsabilidad civil a los funcionarios públicos, es de caducidad y no de prescripción, aunque en este último sentido sea designado en dicho precepto legal, ya que se trata de un término fijo de carácter preclusivo, transcurrido el cual se produce fatalmente la decadencia del derecho, sin posibilidad, por tanto, de ser eficazmente ejercitado, y como quiera que el referido plazo debe computarse según el mencionado precepto, a partir del día en que pudo ser ejercitada, es obvio que terminada la guerra civil en todo el territorio Nacional el 1.º de abril de 1939, pudo ser entablada la demanda desde aquella fecha, por lo que no habiéndose formulado hasta el 1.º de febrero de 1941, procede estimar la caducidad de la acción ejercitada en estos autos, con la consiguiente desestimación de la demanda, si quiera no haya sido alegada por el demandado, ya que una de las características de la caducidad es la que debe ser apreciada de oficio por el juzgador, si en los autos hay elemento de juicio que la revelen, a diferencia de lo que ocurre en materia de prescripción, que sólo puede ser acogida si el demandado la aduce como excepción perentoria.

No obsta el establecimiento de esta doctrina la circunstancia de que el artículo 4.º del Reglamento de 23 de septiembre de 1904 hable de suspensión para interponer la demanda de resarcimiento en el caso de que se esté tramitando procedimiento contenciosoadministrativo, porque esta locución sólo tiene un alcance meramente aclaratorio de la ley para fijar, cuando existe reclamación en la vía contenciosa, el plazo señalado por el artículo 11 para el ejercicio de la acción, que ha de contarse desde el día en que quede definitivamente resuelto el pleito contenciosoadministrativo.

Si bien, según los artículos 53 y 327 del Código civil se ha de basar, como prueba preconstituída, en las actas del Registro, que han de reflejarse en certificaciones autorizadas, salvo las excepciones que dichos artículos señalan, ninguno de ellos exige que tales certificaciones contengan la trans-

cripción íntegra y literal de su original del Registro, y sin violentar el sentido de las palabras puede decirse que una certificación en extracto no deja de ser una certificación del acta, a la que no se puede negar valor probatorio si en ella constan auténticamente los extremos que interese acreditar, sin que a ello se oponga el artículo 31 de la ley del Registro civil de 17 de junio de 1870, que dispone que los certificados expedidos por los funcionarios del Registro civil contendrán la copia literal del asiento designado por el que los pide, pues esta norma no se ha mantenido en todo su rigor, ya que el Decreto de 19 de septiembre de 1932 permite que a solicitud de los interesados se extiendan certificaciones *in extracto* correspondientes a las tres primeras secciones del Registro, reservando a los Tribunales la facultad de exigir certificaciones literales cuando lo estimen conveniente, y además el artículo 76 del Reglamento de la ley referida, en su párrafo primero, limita el alcance de los artículos 31 y 33 de la ley aludida y de su párrafo cuarto en relación con el artículo 75, núm. 4.º del mismo Reglamento, se desprende que son admisibles certificaciones no literales referentes al estado de las personas, incluso expedidas por los datos que suministre la administración municipal, siendo lógico por otra parte interpretar el referido artículo 31 de dicha ley como una obligación impuesta a los funcionarios del Registro cuyo incumplimiento no es imputable a los interesados que solicitan las certificaciones ni debe privar a éstas del valor probatorio que en sí tiene con arreglo a las normas que rigen en materia de prueba.

SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1948.—*Protección de la posesión.*

Se argumenta que el actor para solicitar su restitución en la posesión arrendaticia debió utilizar la vía interdictal, porque estima el recurrente que el supuesto del artículo 446 del Código civil no tiene otro cauce para su efectividad que el referido procedimiento sumario y por ello es inadecuado el juicio ordinario de mayor cuantía que al amparo del artículo 1.554 de la ley sustantiva civil promovió el demandante; mas la inconsistencia de esta argumentación se revela de modo palpable al observar que aparte de la cuestión doctrinal todavía debatida de si la perturbación en el pacífico uso arrendaticio de la cosa arrendada producida por el propio arrendador es materia interdictal o más bien transgresión de vínculos contractuales con su adecuado remedio por el cauce del juicio declarativo, la alusión del citado artículo 446 del Código a las leyes de procedimiento no excluye el del juicio ordinario de mayor cuantía y por ello el reclamante puede escoger el que convenga a su interés como en el caso presente ha ocurrido, haciendo uso de una especie del proceso, en la que por su amplitud pueden debatirse todas las cuestiones planteadas, de acuerdo asimismo con el espíritu de la ley adjetiva, reforzado por la jurisprudencia que establece que el procedimiento interdictal es solamente aplicable a las cuestiones de hecho; pero al debatirse el derecho efectivo a la posesión es ineludible que la acción sea ejercitada mediante el correspondiente juicio declarativo ordinario, que es el caso del litigio presente.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de mayo de 1948.

LA ACCIÓN EJECUTIVA CONTRA EL TERCER POSEEDOR QUE NO TIENE SU DERECHO INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD PARA QUE PAGUE EL IMPUESTO POR ANTERIOR TRANSMISIÓN, REQUIERE QUE PREVIAMENTE SEA NOTIFICADO EN EL EXPEDIENTE SEGUIDO CONTRA EL DEUDOR PERSONALMENTE OBLIGADO.

Antecedentes.—Años después de practicada la liquidación de una compraventa, realizada ésta por dos hermanos, con el pacto aleatorio o tontino de que el inmueble lo adquiriría por entero el último sobreviviente, la Oficina Liquidadora formó expediente de investigación por muerte del primero de ellos y giró las liquidaciones que estimó procedente, pero apareciendo que había sido adjudicado el inmueble a un tercero después de un procedimiento ejecutivo judicial, como consecuencia de un préstamo hipotecario constituido el mismo día de aquella compraventa, las liquidaciones las giró a nombre del que había adquirido en la subasta judicial dicho inmueble.

Recurridas las liquidaciones por ese postor adquirente con fundamento en que no era reglamentario girarlas a su nombre, puesto que lo dispuesto en el artículo 56 que sirvió de apoyo equivocadamente al Liquidador es que la notificación se haga al actual poseedor en el expediente de apremio seguido contra el que personalmente sea deudor como contribuyente, el Tribunal Central las anula, sin entrar en el fondo de la cuestión, diciendo que las liquidaciones giradas a nombre de persona que no sea la directa y reglamentariamente obligada al pago como contribuyente, son nulas.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de mayo de 1948.

LOS ORGANISMOS ESTATALES QUE GOZAN DE VIDA ECONÓMICA PROPIA AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE, COMO EL INSTITUTO NACIONAL DEL LIBRO ESPAÑOL, NO ESTÁN EXENTOS DEL IMPUESTO.

Antecedentes.—El Vicesecretario de Educación Popular de F. E. T. y de las J. O. N. S., como director del aludido Organismo que disfruta de una subvención anual presupuestaria de 450.000 pesetas, elevó instancia a la Delegación Central de Hacienda pidiendo que no se liquidase el impuesto por el concepto de subvención como lo venía haciendo la Abogacía del Estado por las percepciones mensuales de tal subvención, y en otro caso que le dijese qué preceptos legales abonaban tal conducta, a fin de ejercitar en su defensa las acciones procedentes.

La Abogacía del Estado informó que no era la Delegación Central, sino el Ministerio de Hacienda y la Dirección General de lo Contencioso los llamados a dictar con carácter general las normas para aplicar los preceptos relativos al impuesto y unificar criterios, y que a los que no se conforman con la liquidación les queda el camino de ejercitar los derechos que concede el artículo 207 del Reglamento.

Posteriormente fué girada nueva liquidación por el mismo concepto, la cual fué recurrida primero en reposición y después ante el Tribunal Central, informando la Abogacía del Estado que no existe disposición alguna en la Ley del Impuesto ni en otra especial que conceda la exención al Organismo recurrente, el cual es autónomo como tantos otros que no pueden ser considerados como el propio Estado, al efecto de aplicarles la exención de que éste goza a tenor del número 2.º del artículo 6.º del Reglamento.

El Tribunal Central, insistiendo en el criterio del Abogado del Estado, dice que entre las exenciones del artículo 3.º de la Ley no se comprende al Instituto Nacional del Libro, sin que tampoco pueda comprenderse en la exención genérica del número 51 del mismo precepto para los actos y contratos en cuyo favor esté reconocida por ley especial, ya que éste reconocimiento no existe en el caso ni existe tampoco en el Reglamento del aludido Organismo estatal, de fecha 6 de abril de 1943; y tampoco puede aplicársele la exención del número 2.º del artículo 3.º relativa a los actos y contratos en que recaiga

sobre el Estado la obligación de tributar porque la Entidad dicha goza de una vida económica propia e independiente y puede adquirir, gravar, enajenar, realizar operaciones financieras, etc., todo lo que es opuesto a la condición esencial para la exención, consistente en que sea el Estado mismo el adquirente. A ello añade el Tribunal que es precepto categórico de la Ley, en el último párrafo de su artículo 3.º, que en ningún caso ni con pretexto de duda puede aplicarse otras excepciones que las que taxativamente enumera ese artículo.

Comentarios.—Pocos necesita el caso, dado el claro razonamiento transcrito. Allí donde exista autonomía y peculio propio e independiente con personalidad también ajena a la del Estado, no es procedente la exención. La razón de ello, lo que pudiéramos llamar la última diferencia en términos filosóficos, está en que todos esos Organismos realizan funciones que no son propiamente estatales y por lo mismo no se puede decir que sean el Estado mismo, aunque él sea el actuante por medio de ellas, de donde se deduce que no tienen por qué atribuirse los privilegios que a él corresponden en tanto en cuanto por precepto categórico expreso no se diga otra cosa.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de mayo de 1948.

LA MANIFESTACIÓN QUE HACE EL TESTADOR EN SU TESTAMENTO RATIFICANDO UNA VENTA DE INMUEBLE HECHA EL MISMO DÍA EN DOCUMENTO PRIVADO A FAVOR DEL HEREDERO NOMBRADO, CON AUTORIZACIÓN A LOS ALBACEAS PARA ELEVARLO A ESCRITURA PÚBLICA, NO ES BASTANTE PARA EXCLUIR DE LA HERENCIA LOS BIENES VENDIDOS.

Antecedentes.—Como se desprende del precedente enunciado, el causante vendió ciertos bienes inmuebles a un hermano en documento privado y el mismo día otorgó testamento nombrándole heredero y facultando a los albaceas para que elevasen dicho documento a escritura pública.

Fallecido el testador al poco tiempo, los albaceas y el heredero otorgaron escritura diciendo que al fallecer el causante no había otros bienes que los vendidos, los cuales describían, y que otorgaban que ratificaban la aludida venta.

La Oficina liquidadora practicó las pertinentes liquidaciones por

herencia y el heredero las recurrió diciéndolo que no existía herencia en virtud de la transmisión onerosa dicha, acreditada fehacientemente por el documento público y solemne como es el testamento.

El Tribunal central, confirmando el acuerdo del provincial, dice que, a tenor del apartado 16) del artículo 31 del Reglamento, el reconocimiento de propiedad a favor de tercero, hecho por el causante en el testamento, requiere, para ser eficaz, que se justifique con documento fehaciente y adecuado a la naturaleza de los bienes de que se trate, cuyos requisitos no concurren en el caso, porque aunque la fecha se reputase auténtica, dada su mención en el testamento, faltaría la otra condición, conforme al artículo 1.280 del Código civil; por tratarse de bienes inmuebles.

El caso es claro y excusa el comentario, dado el carácter estricto con que debe ser interpretado a efectos fiscales el precepto reglamentario.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de mayo de 1948.

ADJUDICADO EN SUBASTA EL APROVECHAMIENTO DE CIERTOS MONTES MUNICIPALES AL MEJOR POSTOR Y CEDIDO POR ÉSTE SU DERECHO A UN TERCERO ANTES DE LA ADJUDICACIÓN DEFINITIVA, HAY UN SOLO ACTO LIQUIDABLE.

Antecedentes. — En subasta notarial fué adjudicado provisionalmente el aprovechamiento de esparto de unos montes municipales, y el adjudicatario, antes de la adjudicación definitiva y al amparo del artículo 22 del Reglamento de contratación municipal, cedió su derecho a un tercero con aprobación de la Corporación y a éste se le otorgó la correspondiente escritura adjudicándole definitivamente la concesión.

Al ser presentado en la Oficina liquidadora, originó, aparte de la liquidación por fianza, dos liquidaciones por el concepto "arrendamientos", una al primer postor y otra al segundo adjudicatario.

La primera de ellas fué recurrida alegando que no existía más que una transmisión por aplicación de los párrafos 12 y 13 del artículo 12 del Reglamento, los cuales, con referencia a las enajenaciones primeras de bienes y censos del Estado, disponen que aun cuando haya cesión de sus derechos por el comprador, se entenderán hechas directamente al cesionario si la cesión se realiza dentro de los quince días siguientes a la

fecha en que al rematante se le notifique la adjudicación, cuyos preceptos son extensivos a Municipios y provincias.

El Tribunal provincial desestimó el recurso diciendo que las disposiciones citadas no son de aplicación al caso, ya que se refieren a transmisiones de bienes y censos del Estado con arreglo a las leyes desamortizadoras, y, aparte de ello, tampoco es aplicable el apartado 4) del artículo 9.º referente a los remates a calidad de ceder, porque se refiere, exclusivamente, a subastas judiciales.

El Tribunal Central, por el contrario, revocó el acuerdo del inferior y estimó el recurso aplicando dicho apartado 4) y diciendo que concedido a los rematantes por el artículo 22 del Reglamento de Contratación municipal la facultad de ceder los derechos del remate y habiéndose ejercitado expresamente con otorgamiento de escritura directamente entre el Ayuntamiento y el cesionario están cumplidas las condiciones exigidas en el aludido apartado 4). Por lo tanto, concluye, sólo hay un acto liquidable atendiendo a la verdadera naturaleza jurídica del mismo—artículo 41—y a que a una sola convención—artículo 43—no se le puede exigir más que un solo derecho.

Comentarios.—Dejando a un lado el indudable acierto de la doctrina sentada, plenamente jurídica y objetiva, sólo queremos destacar la singularidad de que se prescinde de los preceptos reglamentarios invocados por el recurrente, de innegable impertinencia, y se echa mano de otros distintos, lo cual no sería hacedero en la jurisdicción común, pero sí lo es en la económico-administrativa en virtud de la facultad que le atribuye el artículo 20 de su Reglamento procesal.

Resolución de 6 de julio de 1948.

EL ALBACEA, POR LA SOLA CONDICIÓN DE TAL, NO PUEDE RECURRIR CONTRA EL EXPEDIENTE DE COMPROBACIÓN, PERO SI AL MISMO TIEMPO QUE ALBACEA ES HEREDERO, DEBE RECONOCÉRSELE PERSONALIDAD PARA RECLAMAR, AUNQUE NO HAYA INVOCADO ESA SEGUNDA CUALIDAD, Y SU RECLAMACIÓN APROVECHA A LOS DEMÁS HEREDEROS NO RECLAMANTES.

Antecedentes.—Con motivo de la comprobación de una cuantiosa herencia, el albacea, y a la vez heredero, reclamó contra el expediente de comprobación como tal albacea.

El Tribunal Provincial le negó personalidad para recurrir ba-

sándose en la conocida y reiterada doctrina de que los albaceas, tal como los define el Código civil en sus artículos 892 y siguientes, no ostentan, a tenor de los artículos 208 y 210 del Reglamento del Impuesto, la representación de los contribuyentes para reclamar contra los actos relativos a la exacción del impuesto, cualesquiera que sean las facultades que les haya concedido el testador.

El Tribunal Central reitera una vez más la misma doctrina, pero teniendo en cuenta que el recurrente, además de albacea, era heredero, revoca el acuerdo del provincial, porque "su condición de albacea no puede hacer desaparecer ni por un instante la de heredero ni lógicamente menguar los derechos que las leyes conceden a éstos".

Además añade que aunque los restantes herederos no recurrieron contra la comprobación, el recurso aprovecha a todos y a todas las liquidaciones practicadas por ser éstas consecuencia de la base fijada en el expediente de comprobación, que es un todo orgánico y que no permite, dentro de criterio de equidad, tomar bases de liquidación que guarden la respectiva proporción con la total y verdadera base liquidable.

Comentarios.—Sobre la primera parte de lo resuelto ya va dicho que es antigua y constante la doctrina de que los albaceas no representan a los herederos a efectos tributarios, y en cuanto a la segunda, está patente el criterio sanamente jurídico y equitativo con que el Tribunal se produjo, sobreponiéndolo al meramente legalista y reglamentario. Hasta tal extremo resalta esto, cuanto que la Resolución tuvo que orillar el obstáculo no pequeño, ciertamente, en el terreno estrictamente procesal, de tener que decir que si bien el recurrente no invocaba más que su condición de albacea, y como tal recurría, había que reconocer que al mismo tiempo era heredero y por ello darle la razón.

O sea, que sin estar presente, procesalmente, en los autos el heredero se le dió la razón y ésta aprovechó también a los demás coherederos que estaban más ausentes aún de las actuaciones que aquél, todo ello, repetimos, por causa de altos motivos de equidad que desbordaron el mero legalismo reglamentario y procesal.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de julio de 1948.

REITERA LA DOCTRINA DE QUE LOS HIJOS ADOPTIVOS NO ESTÁN EXENTOS DEL IMPUESTO SOBRE EL CAUDAL RELICTO Y REITERA

TAMBIÉN LA DE LA RESOLUCIÓN DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1947, EN EL SENTIDO DE QUE SI BIEN LO HEREDADO EN USUFRUCTO POR EL CÓNYUGE VIUDO ESTÁ EXENTO DE ESE IMPUESTO, ELLO NO OBSTA PARA QUE EL NUDO PROPIETARIO LO SATISFAGA AL CONSOLIDAR SI A ÉL PERSONALMENTE NO LE ALCANZA LA EXENCIÓN.

Tal es la doctrina sentada en esta Resolución, la cual no detallamos más, porque está ya reflejada en la letra de los artículos correspondientes del nuevo Reglamento de 1947.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de noviembre de 1948.

· APORTADO A UNA SOCIEDAD ANÓNIMA UN NEGOCIO DE BANCA INDIVIDUAL POR EL DUEÑO DE ÉSTE A CAMBIO DE ACCIONES POR UN VALOR EQUIVALENTE A LA DIFERENCIA ENTRE EL ACTIVO Y EL PASIVO, HA DE LIQUIDARSE POR CONCEPTO "SOCIEDADES" EL IMPORTE DE ESA DIFERENCIA Y POR EL DE "ADJUDICACIONES" EL DEL PASIVO, DEDUCIENDO DE ÉSTE EL IMPORTE DE LOS DEPÓSITOS FIGURADOS EN EL INVENTARIO Y TAMBIÉN EL METÁLICO APORTADO.

Antecedentes.—El dueño de una Casa de Banca privada transformó el negocio en Sociedad anónima, y obtenida la oportuna autorización con arreglo a la Ley de 11 de julio de 1941 se otorgó la correspondiente escritura diciendo que tal Sociedad se subrogaba, tanto en las obligaciones como en los derechos de carácter comercial de dicho señor, y que el negocio de Banca se valoraba en 5.000.000 de pesetas, que era la diferencia que arrojaba el balance e inventario entre las 99.859.233,44 pesetas del activo y las 94.859.233,44 pesetas del pasivo. Además aportaba 1.700.000 pesetas en metálico y, en su consecuencia, se le adjudicaban acciones por un importe de 6.700.000 y a los demás socios otras hasta completar la suma de 10.000.000 de pesetas que era el total capital aportado.

La Abogacía del Estado giró una liquidación por aportación social sobre 10.000.000 de pesetas, dedujo 31.244.828,74 pesetas que importaba la partida de depósitos del inventario, y el resto, hasta el total del activo, lo liquidó por el concepto de adjudicación para pago, una parte como inmuebles y otra como muebles.

Estas dos liquidaciones fueron recurridas por la Sociedad, esgrimiendo como argumento fundamental el de que lo transmitido por el banquero fué una cosa universal, no bienes y obligaciones separadas entre sí, y que esa universalidad jurídicamente constituye una unidad orgánica e indivisible, como la herencia, dote, concurso, quiebra y el concepto de Empresa o negocio cuya transmisión se realiza como tal unidad sin separación de los distintos elementos que la componen. Además, añade, en el caso no hay adjudicación expresa ni tácita, y en el escrito de alegaciones reforzó la argumentación diciendo que la liquidación debiera hacerse como en el caso de transformación de Sociedad, o sea, girando una sola liquidación sobre el haber líquido, y que, en todo caso, de la base de la liquidación de adjudicación para pago debió deducirse la respetable cantidad de metálico existente en el haber.

Tanto el Tribunal Provincial como el Central desestimaron el recurso, si bien el Central estimó que el metálico aportado debía ser baja en la base de la adjudicación para pago. Uno y otro rechazaron la teoría de la unidad orgánica del negocio, no solamente por no estar admitida en la doctrina ni en la jurisprudencia, sino porque a los efectos del impuesto es inoperante desde el momento en que se transmite un patrimonio afecto al cumplimiento de ciertas obligaciones de las que, por añadidura, responde expresamente la Sociedad que se constituye. Y en cuanto al concepto transformación, lo estimaron evidentemente inaplicable al supuesto debatido, porque no se trataba de una entidad que se transforma en las condiciones previstas en el apartado 14) del artículo 19, sino de un patrimonio individual que se aporta a la Sociedad que se constituye.

La deducción del metálico aportado por el dueño del negocio cedido la razona el Tribunal Central diciendo que, a tenor del apartado 2) del mismo artículo 19, si el valor dado a los bienes al aportarlos es mayor que el de las acciones que se le reconocen al aportante, surge el concepto de cesión a la Sociedad o el de adjudicación si a cargo de ésta quedan deudas de aquél, lo cual ocurre en el caso actual, y como el mismo socio aporta también metálico, éste debe deducirse de la base de la liquidación por adjudicación en virtud del último inciso del dicho apartado 2).

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

V A R I A

El régimen de la Propiedad en Derecho musulmán, y especialmente en Marruecos.—Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de Madrid, por el ilustrísimo señor D. Juan Francisco Marina Encabo, Registrador de la Propiedad.

Es más fácil la filosofía que la historia del derecho de propiedad, porque su origen es un hecho primitivo, del que se ignora el cuándo, el dónde y el cómo tuvo lugar. En Babilonia, por ejemplo, según nos cuentan los ladrillos existentes en el Museo Británico, existió, según unos, antes del siglo XVIII antes de nuestra Era, y según otros, antes del siglo XIII. En el Museo de Medallas de París, la famosa piedra de Michaux, con sus dos columnas de escritura cuneiforme y sus treinta siglos de existencia por lo menos, es otro testimonio perenne de que por aquel entonces se contrataba entre particulares.

La cuna de la propiedad musulmana habría que buscarla entre los semitas para sus orígenes remotos, y en cierto modo nos confundirían las fuentes, porque hasta Mahoma y su Alcorán no se establece el principio de que la propiedad proviene de Dios, que da los bienes a quien quiere de sus servidores y concede el derecho de conquista de las tierras pertenecientes a los infieles, derecho del más fuerte que posteriormente templó la equidad y la naturaleza del suelo.

La propiedad territorial se divide, en el derecho público musulmán, en tres partes:

1.ª *Dar el-islam*, o territorio que depende directamente del soberano.

2.^a *Dar es-solh*, o territorio de los infieles sometidos al soberano, pero con cierta autonomía; y

3.^a *Dar el-harb*, o territorio de los infieles, sobre el cual los musulmanes no pueden tener ningún derecho.

Respecto al derecho privado o civil, se distingue:

1.º Tierra santa (*hiyáz*).

2.º Tierra sobre la cual sus ocupantes ejercen un derecho de posesión o uso; y

3.º Tierra sobre la cual se tiene un derecho de propiedad.

La tierra santa comprende: la ciudad de La Meca y su territorio (*Harám*) y la demasia del *Hijáz*. Como tierra consagrada, ningún infiel puede establecerse en ella.

Los territorios conquistados por los musulmanes en tierra santa (*yehád*) y los conquistados en los que se ha concertado con los vencidos un tributo especial (*jarach*), constituyen un dominio inalienable del Estado musulmán. Son las tierras de posesión y las tierras en las que se ha cedido el uso.

Finalmente, en las tierras repartidas entre los conquistadores existe la propiedad del suelo y la propiedad de cuanto crece. está adherido o debajo de aquél, que puede ser transmitido separadamente.

El derecho de propiedad, por su naturaleza, es absoluto, pero limitado en su libre ejercicio por el derecho de otras personas, especialmente de los propietarios de las heredades vecinas. El fundamento es el trabajo, pues no significa otra cosa el principio xeránico de la vivificación o colonización, tan estudiado por el jurisconsulto Sidi Jalil, con sus célebres diez actos, objeto de otro trabajo anterior del conferenciante.

Si nos trasladamos de los países árabigos orientales a los occidentales (Argelia y Marruecos), tendremos:

En Argelia, las tierras vivas y las tierras muertas (terrenos incultos con malezas y zarzas, abandonado, sin dueño). Estas últimas son del Estado.

Las tierras vivas comprenden: a) Bienes de los particulares; b) Bienes de la Iglesia; y c) Bienes del Estado.

Los bienes de los particulares (*melk*) se adquieren por el uso y la posesión, en sus tres grados de primer ocupante, posesión anual y larga posesión (diez años).

Las tierras de la Iglesia, procedentes de donaciones (con reserva de usufructo o en forma vitalicia o perpetua), son los bienes *habús*, inalienables, según estableció el Profeta, y pertenecen a las mezquitas.

Las propiedades del Estado pueden dividirse, según la legislación de 1863, en tierras *beylik* (abandonadas, *nullius*, o procedentes de confiscaciones. aun cuando el Derecho musulmán no admite las confiscaciones) y tierras *arch* (gravadas con una renta perpetua, especie de censo enfiteútico, de origen feudal, en las cuales los censatarios podían disponer del dominio útil).

Este *Senatu Consulto* de 22 de abril de 1863, del emperador Napoleón III, al reconocer el derecho de los vencidos a la propiedad privada, aceptó la doctrina musulmana, en la que la propiedad, como regla general, es individual, y como excepción. colectiva (propiedad similar al condominio, en la cual se comprende aquella que no se atribuye a un solo dueño). A su lado coexiste la propiedad comunal (aprovechamiento de bosques y praderas), pero con fuertes excepciones o limitaciones después de diversas sucesiones hereditarias o por el aprovechamiento de las tribus, con goce o disfrute reservado para los miembros de estas colectividades.

Respecto a Marruecos, hay que sentar como premisa esencial que tiene que aceptarse el principio alcoránico de que las tierras ocupadas en los países de infieles pertenecen a una de estas categorías: a) Tierras de conquista (*anua*); y b) Tierras de capitulación o pacto (*solh*).

Las primeras, conquistadas *manu militari*, constituyen el *Habús del Islam*, o propiedad imprescriptible e inalienable de la comunidad musulmana, denominación usada por los jurisconsultos árabes para designar el Estado.

Las segundas quedan en poder de los vencidos, con obligación de pagar el tributo llamado *jarach*, salvo si abrazan la religión islámica y se convierten en musulmanes, con todos los derechos que a éstos pertenecen.

El sultán no es dueño de los bienes *Habús del Islam*, sino su administrador nato. Ni siquiera tiene derecho de goce, según Amar.

Cuando los árabes conquistaron Marruecos, pudo ocurrir una de estas dos cosas: a) Que sus ocupantes abrazasen la religión islámica. porque los conquistadores dominasen todo el territorio; y

b) Que no se convirtiesen totalmente, porque sus conquistadores no ocupasen todo el territorio.

Los partidarios de la primera hipótesis se fundan: 1.º Que, según Guenin Al-Hassani, citado por Roda, preguntó en Fez el emir del califa a los habitantes del territorio si éste era de conquista o de capitulación, y al contestar el alfaquí Abuyida que ninguna de ambas cosas, porque sus habitantes habían profesado la religión islámica, aquél respondió: «El alfaquí os ha salvado.» 2.º En la protesta de los alfaquíes ante la pretensión del sultán de invocar el derecho de conquista. 3.º En que los bereberes, débiles por sus querellas internas, no pudieron oponerse a los conquistadores árabes del siglo VIII, y aunque se retiraron a las montañas, aceptaron la religión de sus invasores. Lo corrobora el hecho de que el ejército de Muza que ocupó España era bereber, pero su religión, la del Islam.

Los que defienden la segunda solución alegan que los árabes no ocuparon todo el territorio marroquí, sino tan sólo parte de las planicies. El resto, casi dos terceras partes, era país insumiso (*Blades Siba*), sometido al régimen consuetudinario de los berberies, que reconocen la propiedad privada individual y la colectiva, como regla general. Ello no es obstáculo para que existan las tierras de *yemáa* en Marruecos, conocidas en derecho musulmán con el nombre de *marfaq*, *harim*, o sea tierras de agrupaciones indígenas (poblados o fracciones; menos frecuentemente, tribus), sin delimitar respecto otras fracciones o tribus.

No debe olvidarse que los sultanes, hábilmente, se dieron buen arte para incluir en su dominio privado las propiedades del *Majzen*, apoyándose en distingos a los que los marroquíes no estaban acostumbrados. Esto enturbia la solución, más por motivos políticos que jurídicos.

Por último, en Marruecos pueden señalarse cinco categorías de tierras:

1.ª Tierras del *Majzen*, del Estado. El sultán es mero administrador, según el derecho islámico.

2.ª Tierras muertas (*mauat*), que en derecho pertenecen al primer ocupante, mediante su vivificación (*ihyá*).

3.ª Tierras de las tribus, sin delimitar, y de régimen jurídico confuso, de cuya solución depende la organización futura de la

propiedad territorial en Marruecos. Entre estas tierras, deben distinguirse: a) Las de tribus *guich*, o militares; b) Las de tribus *naiba*, que pagan un impuesto o tasa militar; y c) Las tierras colectivas.

4.ª Tierras *melk*, de propiedad privada o particular.

5.ª Bienes *habús* (de *mano muerta*), que tienen un administrador conocido por el nombre de *nadir del habús*, entre los que hay que diferenciar: a) *Habús del Islam*; b) *Habús público* (mezquitas, oratorios, zauías); y c) *Habús privado*, o bienes que quedan en poder del donante, con ciertas condiciones, pero que son inalienables.

La prescripción y el retracto en el derecho consuetudinario del Rif.—Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de Madrid, por el Registrador de la Propiedad, jubilado, D. José María Paniagua y Santos.

Por feliz coincidencia, en el mismo local y con escasa diferencia de días, han disertado dos juristas especializados en el Derecho musulmán, sobre diversos aspectos de este derecho. Marina ha hablado del derecho árabe, y Paniagua, del derecho consuetudinario bereber. En Marruecos los árabes conquistadores impusieron su religión y, como es consiguiente, su derecho, enraizado en aquella; pero como quedó sin ocupar más o menos extensión del territorio, los bereberes de las zonas montañosas opusieron alguna resistencia, y aunque finalmente fueron, si no vencidos, al menos convertidos. no por eso dejaron de perdurar usos y costumbres propios, que al contacto del derecho islámico fueron influenciados, sin llegar a desaparecer.

Entre esas costumbres pueden contarse cuestiones relacionadas con la prescripción y el retracto.

La prescripción, del latín *prescriptio* (título, dificultad, sofisma), es un hecho histórico que se ha pretendido fundamentar de diversos modos: por el uso y aprovechamiento; por la conservación y defensa; por el hecho posesorio continuado con el concurso del tiempo y de las circunstancias, que llega a convertir en legítima la adquisición, aunque proceda de un delito. Puede ser, se-

gún Kant, una exigencia de la razón práctica, pero esto no borra que se base en un enriquecimiento torticero.

El retracto, del latín *retractus* (alejado, oculto, hecho volver), a veces es una reacción que se opone al hecho de estar prescribiendo y que lo interrumpe, con cierto carácter de sentimentalismo, de afección, para no perder la esperanza del volver atrás y volver a ser; a veces oculta un préstamo usurario. Por la subrogación, cambia el sujeto. Por las nuevas necesidades y el tiempo transcurrido, cambia también la cosa.

LA PRESCRIPCIÓN RIFEÑA.—En el derecho árabe no hay prescripción. Tampoco existe en el rifeño. Como en este último derecho la propiedad es colectiva, la familia no pierde su cosa mientras no transmita su derecho, se extingan todos sus familiares y derechohabientes o por ausencia ilimitada se pierda de ellos toda memoria. Aun así, si apareciere alguno ignorado y demostrase su personalidad, entronque con aquella familia y el derecho de ésta en cualquier época anterior, habría que entregarle los bienes que le correspondían. Las cosas claman siempre por su dueño, máx'ma que tiene mucha más fuerza en las costumbres del Rif que en la tradición romanista.

No obstante, por la vaguedad que envuelven las instituciones rifeñas, no es posible la afirmación absoluta.

En algunas cábilas o tribus, el que tome terreno de la *yemáa* y lo abone con estiércol (abono que, según ellos, dura tres años) y cada trienio continúe abonándolo, a los veinticinco años hace suya la tierra. Costumbre (*zonamiz*) de diferentes lugares era que quien acotaba terreno comunal y lo roturaba y labraba, al cabo de tres, cuatro, cinco o diez años (según el lugar), le hacía suyo y podía transmitirlo a su mujer y a sus hijos.

Estos ejemplos, más bien que casos de prescripción, parecen ser casos de concesión como premio al trabajo y al beneficio general de hacer productivos los terrenos incultos, que siempre abundaron en el Rif, pues la posesión era en presencia de sus convecinos y de las autoridades de la *yemáa*. Así también sucedía cuando el terreno no era de la *yemáa*, sino de otra persona individual, que si a ciencia y paciencia consentía que otro labrase en su presencia, llegaba a perder el derecho de reclamar. En el Rif, el propietario, en este caso, no *abandona*, sino que, por el contrario, *con-*

siente la posesión de otro; la inactividad es un acto (no hacer) de tolerancia, que no sirve para la prescripción (art. 1.942 del Código civil).

Por otra parte, el culto al parentesco da ocasión a que en el Rif sea regla general que los bienes poseídos sin título están afectos a la condición resolutoria de que el dueño o sus derechohabientes los reclamen, sin perjuicio de que en alguna cábila se establezca un plazo para reclamar entre presentes, que parece más un caso de caducidad de acción que de pérdida del dominio.

Tratándose de bienes muebles, suelen tratar los autores de derecho árabe de su posesión al ocuparse del hallazgo (*temserka*). Igual sucede en el derecho rifeño, pues al encontrarse una cosa mueble sin dueño conocido, se publicaba en los zocos, y si nadie reclamaba, se vendía, y su importe se entregaba a la *tamesida*, o escuela de la *yemáa*. El dueño perdía su derecho. Más que prescripción, obedece a una exigencia religiosa; la cosa hallada es una merced de *Al-lah*, concedida a la cábila como premio de virtudes que los intérpretes creyentes interpretan a su manera o según les conviene. Las cosas en depósito tampoco prescriben; siempre hay que devolverlas a su dueño, con sus frutos y mejoras, previa tasación de éstas para su abono.

EL RETRACTO RIFEÑO.—En la entraña del derecho rifeño hay un algo, un fondo, permanente y admitido en todo el país, pero con una forma variable según el territorio. Así sucede con el retracto, derecho elástico y multiforme, dentro del cual se pueden enumerar los siguientes:

Retracto de pobreza.—Al cabileño pobre, la *yemáa* o algún particular le concede un trozo de terreno en usufructo, y a su muerte se consolida el dominio en sus herederos. Pero si abandona el predio, se ausenta o lo transmite por contrato, el dueño recobra la finca.

Retracto de comuneros.—Como la propiedad es colectiva, los bienes de la familia no se dividen, a no ser por disgregación de sus miembros. Cualquier condómino puede retraer, bien desde que tiene conocimiento de la venta (retracto) o de su proyecto (tanteo), pero poco a poco se va esfumando este derecho según el adquirente realiza mejoras, planta árboles, introduce nuevos cultivos, etc., que al ser tasados pueden llegar a valer tanto o más que

el inmueble. Pero como la venta se hace dentro del pequeño círculo de la vida de relación de la *yemáa* y se publica en el zoco, y los condóminos no pueden ignorarla, la *yemáa* puede poner un límite al retracto, pues en lo que interviene mala fe la *yemáa* se impone y deshace el entuerto.

El retracto en la cosa común es considerado como de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, pues desde la época preislámica la indivisión constituye una necesidad económica, dada la organización de la familia árabe.

Confundido con este retracto existe el de *vecinos*, parecido al nuestro de colindantes. Cuando un individuo ha comprado un cercado, o una casa, el vecino suplicaba al adquirente le hiciera cesión de la compra, a fin de alejar el perjuicio que de ella le resultaba.

Retracto gentilicio.—Dada la naturaleza colectiva de la propiedad, este retracto es el más usado, por antigua costumbre.

Se da para los inmuebles solamente, y es tan grande su fuerza, que, aun cuando hubiere transcurrido mucho tiempo y se hubiesen hecho mejoras que sobrepasaran el valor primitivo del predio, lo retraía el pariente que tuviera más derecho, sin pagar mejoras, aumentos ni perjuicios.

Retracto superficiario.—Es dudoso se dé en casos de siembra, pero existe en los de arbolado y edificación. Es mutuo, pues pueden retraer el dueño o el superficiario, según quien sea el enajenante.

Retracto enfiteútico.—También es mutuo, y su origen es la vieja costumbre de que cuando alguno está impedido para trabajar por vejez, incapacidad, etc., da el predio a otro para que lo labre, pactándose un tanto en los frutos. Podía ser a perpetuidad y por determinado tiempo. Su carácter enfiteútico es muy dudoso, y se confunde con el arrendamiento y, a veces, con la aparcería, que existe con diversos nombres según la cuantía del reparto de frutos (*ennus*, por mitad; *zuru*, dos tercios; *arrebáa*, cuarta parte, y *zajamarz*, quinta parte para el dueño).

Retracto de censo consignativo.—Este censo encierra un préstamo con garantía inmobiliaria, donde el interés suple a la renta. Cuando el acreedor transmite su derecho a la renta, no parece haya posibilidad de retracto, y menos cuando entre rifeños no es

bien visto que el prestamista, salvo la garantía, adquiriera nada sobre el inmueble. Sin embargo, existe, y los rifeños le confunden con la hipoteca.

Retracto en el censo llamado «taçghar».—En el derecho consuetudinario no se distinguen con reglas claras y precisas el dominio directo y el útil, ni el usufructo y la nuda propiedad, aunque en la práctica aparezcan separados. Tampoco se conoce la redención a metálico de los censos. De ello resulta que este censo es parecido al enfitéutico, pero se diferencia de él en que es vitalicio o indefinido, pues no es temporal si no se determina la fecha de extinción. Al morir el señor de la tierra, su heredero adquiere el predio libre de gravamen (¿hereda o retrae?). Si no hay parientes, adquiere el predio el que lo labra o la escuela (*zamesida*).

Retracto del acreedor.—Hay que distinguir entre acreedores personales e hipotecarios, y no olvidar que en el contrato rifeño el predio queda en poder del acreedor mientras no se paga la deuda. No se ha superado el *pignus* romano en su primera fase:

En las deudas sin garantía real, cuando el deudor transfiere sus fincas en fraude o perjuicio de los acreedores, éstos pueden apoderarse de ellas, y las labran, arriendan o las disfrutan para hacerse pago con sus frutos. Sucede así en Imasinen y en diversas cábilas, entre ellas Beniuarriaghel. No es retracto, sino algo característico de la nebulosa vida rifeña, que no acaba de precisar los conceptos y que sin un fondo de buena fe no podría nunca tener eficacia.

En casos análogos de préstamos sin garantía, la muerte o desaparición del deudor y el cumplimiento del término motivaba que el acreedor se apoderase del inmueble, y los familiares de aquél tenían un derecho de retracto. Pero si el tiempo transcurrido era de importancia o de esta clase las mejoras hechas por el acreedor, no había obligación de devolverla.

Si el acreedor era hipotecario, al transmitir la finca el deudor, aquél podía retraerla. Hay obligación de aviso de la venta, y no pueden realizarse la cesión ni el retracto hasta levantarse la cosecha.

En Mazuza, en vez de hipoteca, existe una especie de anticresis.

Retracto de «erçacen» (mitad más uno).—Recibe este nombre *chelha* un contrato de sociedad entre dos personas para asuntos

camperos o marítimos, y cuando uno de los socios necesita dinero, acude al otro, que se lo concede como precio de la parte o cuota de la sociedad que corresponde al prestatario. Entraña un retracto, porque los bienes son proindiviso.

Retracto como condición en la compraventa.—También es conocido en análogos términos que el retracto convencional.

Reglas comunes a todos los retractos.—Hay que distinguir entre presentes y ausentes. Entre los primeros, si es conocida la venta, hay que retraer inmediatamente; si le fué desconocida, el plazo es un año, a contar desde el conocimiento. Entre ausentes el plazo es de diez años, salvo lo anteriormente expresado respecto al derecho de retracto gentilicio y el de dominio y derechos reales.

Cuando el retrayente es insolvente, la transmisión queda consolidada y no se escucha su petición de retracto.

Por último, la mayor seguridad del sistema radica en la buena fe y en la mediación de la *yemáa*, que interviene constantemente en estas cuestiones y las regula.

PEDRO CABELLO.

Registrador de la Propiedad.

ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE ALBACETE: *Premio «Jerónimo González»: su sentido y fines.*

El premio está inspirado—aparte su designio reverencial—en un sentido profundamente español.

Tiene como finalidad enriquecer la producción de estudios jurídicos originales y premiar la divulgación de su enseñanza a través del libro.

Sobre estas normas, se establecen para su concesión las siguientes

BASES

I. — EL AUTOR.

1.ª Podrán optar al premio los investigadores y autores que sean españoles y estén en posesión del título de licenciado o doctor en Derecho.

2.ª El autor que aspire al premio suscribirá una instancia solicitándolo. Declarará solemnemente no hallarse—ni él ni su obra—

incompatibilizado por ninguna de estas bases, y proclamará su absoluto sometimiento al fallo del juzgador.

3.^a Se obligará a la edición de su obra dentro del año siguiente a la concesión del premio, si la presentación se hubiese hecho en original mecanografiado.

Hasta que no se haya publicado la obra no podrá hacer efectivo el premio. Sin embargo, la Junta podrá ofrecer, en su caso, la cooperación necesaria para la edición.

II. — LA OBRA.

4.^a Los libros que aspiren al premio deberán contener relevantes estudios de Derecho español, rigurosamente originales. Y versarán sobre Derecho civil, Derecho inmobiliario o Derecho notarial.

5.^a Las obras ya premiadas y los trabajos que hubieren alcanzado publicidad y difusión, oral o escrita, antes de ser editados en libro, no podrán optar al premio.

Excepcionalmente, podrán hacerlo las publicaciones de obra completa o las reimpressiones—puestas al día—de autores españoles, de extraordinario magisterio.

6.^a La obra debe haber sido editada, en España y en castellano, entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre del año anterior a su presentación al premio.

Las no editadas—en original a máquina—podrán optar, a reserva de lo que se establece en la base 3.^a

7.^a El plazo de presentación será todo el mes de enero de cada año. Los trabajos—acompañados de la solicitud de su autor—se presentarán por persona autorizada o correo certificado, en número de cinco ejemplares, en la Secretaría del Ilustre Colegio Notarial de Albacete, que facilitará recibo.

III. — EL JUZGADOR.

8.^a Será único juez—con juicio inapelable—para discernir el premio, la Junta directiva del Ilustre Colegio Notarial de Albacete.

Examinará las obras—pudiendo recabar los asesoramientos que estime convenientes—y emitirá su fallo, hasta el 15 de mayo de cada año.

9.^a El premio—con mención del año a que corresponda—se

atribuirá a la mejor obra entre las presentadas, se distribuirá entre varias o se declarará desierto.

La Junta decidirá omnímodamente respecto de la interpretación y lagunas de estas bases, de la concesión del premio y del destino de la dotación del declarado desierto.

10. Concedido el premio, se comunicará al autor—o autores—premiado. Se le hará entrega en solemne sesión de las 15.000 pesetas importe del premio, y se le proveerá de certificación del acuerdo de concesión, que acredite la distinción merecida.

Albacete, diciembre de 1948.