

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año X

Agosto de 1934

Núm. 116

El precontrato

QUINTA PARTE

REQUISITOS DEL PRECONTRATO EN GENERAL, FORMA Y TIEMPO DE CELEBRACIÓN. PROTECCIÓN Y EFECTOS.

En este capítulo vamos a estudiar los requisitos que corresponden al precontrato. Claro es que tratándose de un contrato habrá de reunir aquellos que son propios de los contratos en general. Queremos examinar especialmente la cuestión relativa a la forma, y en este punto, advierte Degenkolb (1), existe una perjudicial influencia, motivada por la posición teórica tradicional, que ve una función preparatoria en el «pactum de contrahendo», e involuntariamente aplica al precontrato las exigencias del contrato que prepara. Este es el criterio de Windscheid (2), al reconocer que del precontrato nace un derecho de crédito para exigir la conclusión del contrato, siempre que en aquél se cumpliesen todas las condiciones legales para la validez del contrato principal; mas no nacerá del precontrato tal derecho cuando el Derecho positivo exija una forma especial para la eficacia del contrato principal, y no se ha observado en el precontrato (3).

(1) Véase ob. cit., pág. 34.

(2) Derecho de crédito para la conclusión del contrato principal, y si fuese imposible para la prestación de aquello que el beneficiado hubiese obtenido con dicha conclusión. Véase: Ob. cit., pág. 206

(3) Un examen minucioso de los efectos del precontrato dentro de la concepción especial de Demogue puede verse en su *Tratado de obligaciones*, volumen II, pág. 60.

Degenkolb advierte la necesidad de analizar con detenimiento la función preparatoria del precontrato, que no tiene mayor intensidad de la que pueda darse entre una obligación y un acto de ejecución. Si exigimos para el precontrato todos los requisitos del contrato principal, llegaremos a laminar el concepto y su aplicabilidad. Respecto a la forma, conviene tener en cuenta que las teorías que se han formulado convergen, según Coviello, en separar las formas, impuestas para lograr una mayor madurez en la decisión volitiva, evitando precipitaciones de todas las demás (1).

Negocio jurídico formal es aquel en que la manifestación de voluntad ha de hacerse en la forma prescrita jurídicamente, sin lo cual será nulo. Se trata de la necesidad de celebrarlo con arreglo a cierta forma; la prescripción de forma legal, según Biermann (2), somete la declaración de voluntad de las partes a una manera de expresión determinada; ejemplo: la escritura, testigos, etc. La forma, sustrato sensible de un proceso espiritual, presenta ventajas e inconvenientes, cuya ponderación llevan al legislador a aceptarla o desecharla. Se atribuyen como finalidades de la prescripción formal: destacar con toda claridad las manifestaciones de voluntad, ser signo seguro de decisiones bien meditadas y colocar al negocio jurídico al amparo de oscuridades y de discusiones. Sirve, además, para simplificar de modo notable la actividad judicial, reduciendo a un *minimum* pleitos y contiendas judiciales, facilitando el que puedan subsumirse en las soluciones legales; contribuir a la mayor seguridad en los fallos jurisprudenciales y obligar al individuo a pensar en el contenido y en la trascendencia de sus actos.

Se ha objetado también que la forma entraña un grave peligro para la vida del Derecho, dificulta el comercio, da lugar a que un simple error de expresión determine la nulidad de un negocio jurídico, pudiendo así los hombres de mala fe valerse de aquélla como de una trampa frente a los honrados poco conocedores del Derecho.

Volviendo al tema, interesa hacer constar que la solución clásica consideraba para la eficacia de los precontratos que se celebrasen en

(1) Para Degenkolb, en todos los casos en que el Derecho ha hecho depender la validez del contrato de una madura reflexión la forma se aplicará al precontrato.

(2) Véase: *Bürgerliches Rechts. Allgemeine Lehen und Personenecht*, página 218, Berlín, 1908.

la misma forma establecida para el negocio principal (1). Cuando Leduc (2) aborda el problema, después de examinar los casos en que el Derecho francés impone una solemnidad, rechaza la opinión de los que entienden que el precontrato puede celebrarse sin forma especial, dado que por la resistencia de la persona obligada, sólo puede obtenerse una indemnización, sin llegar a asumir las obligaciones propias del contrato principal, ni, por tanto, vulnerar la ley. «Cualquiera que sea—dice—el modo de ejecución del precontrato, se impone el empleo de las formas prescritas para el contrato a que se dirige.» Si la forma pretende atraer la atención de las partes sobre las consecuencias del acto, también será aplicable a los contratos que preparen su celebración. A veces sólo pretende la forma facilitar la prueba futura y entonces resulta inútil su empleo en el precontrato y por ella se aplicarán al precontrato las formas previstas en interés de las partes, no las establecidas para la protección de terceros.

Fácilmente se comprende la dificultad para señalar una finalidad exclusiva a la prescripción formal, aunque aspire a proteger a los contratantes, y sea como gráficamente la califica Kaubes «señal de alarma para la celebración del contrato» tendrá casi siempre otras finalidades accesorias. Puede ser impuesta por la misma voluntad de las partes y no por la Ley. En el Derecho alemán y en el suizo existe la presunción legal de que en tales casos las partes no han querido obligarse antes de cumplirla. Y así como la forma de origen legal se encuentra fuera del alcance de las disposiciones de los particulares, en la voluntaria caben convenios acerca de la extinción del compromiso de dotar al contrato con una forma especial, y será un problema de interpretación de la voluntad de las partes determinar si debe o no extenderse al precontrato (3).

(1) Puchta, en sus *Pandectas*, sostiene que cabe un «pactum de contrahendo» cuando la forma presente no tiene la finalidad de excluir todo vínculo precedente. Para Frudt, el precontrato es válido o no según el fin de la forma del contrato futuro, y Regelsberger distingue normas formales que actuaban sobre la voluntad de las partes y aquellas que sólo existen para una mejor constatación de la voluntad, aplicándose al precontrato sólo las primeras.

(2) Véase obra cit., pág. 56.

(3) En ese sentido, véase Kaubes, ob. cit., pág. 49, y Wommelsdorff, obra citada, p. 30.

La subsanación de un negocio nulo por razón de la forma al haberse llevado a cabo, su ejecución, se reglamenta en el Código austriaco; pero ni el Código civil alemán ni el suizo admiten la posibilidad de tal subsanación, a la que parece oponerse también nuestro Código civil.

Como el hombre moderno es capaz de examinar el alcance y el contenido jurídico en sus relaciones con los demás, debe admitirse la más amplia libertad para sus movimientos. Así lo indica Nelte (1) al decir que el pueblo se ha capacitado para obrar jurídicamente sin la camisa de fuerza de la forma, la vida actual siente que la forma actúa como una limitación para sus desenvolvimientos progresivos y por ello el principio de libertad se ha consagrado en los Códigos.

La distinción entre formas impuestas en interés de las partes e interés público es oscura y poco eficaz. Nelte propone distinguir los supuestos en que la forma procura impedir precipitaciones de todos los demás casos. Ahora bien: ¿cuál es la forma que corresponde a los precontratos de los contratos formales? Respecto de ellos afirma Windscheid (2) que el requisito de una forma legalmente determinada sólo se aplica para el precontrato cuando el Derecho sin el cumplimiento de tal exigencia no permite una vinculación de la voluntad. Si la prescripción formal se endereza a lograr una clara representación del negocio, el precontrato sin forma no distingue esa finalidad (3). También el Tribunal Supremo alemán ha declarado la invalidez de un precontrato cuyo contenido es asumir el compromiso de cerrar un contrato principal, cuando éste precisa para su validez, según la Ley, la observancia de una forma determinada.

La teoría de Degenkolb, que extiende al precontrato las formas que tienden a asegurar un resultado deseado por la comunidad jurídica, aun equívoca, contiene un núcleo de la verdad. Adler, observa Wommelsdorff (4), intentó establecer como base para declarar el fin de la prescripción formal el principio obrar «in fraudem legis». Con sujeción a esta opinión se aplicarán al precontrato las

(1) Véase ob. cit., pág. 30.

(2) Véase ob. y lug. cit.

(3) Véase Demogue, ob. cit., vol. II, pág. 62.

(4) Véase ob. cit., pág. 31.

normas del contrato principal cuando por la conclusión de aquél pueda destruirse la norma. No es posible aquí imponer reglas absolutas; habrá de decidir el Juez en cada caso en vista de los fines de la prescripción formal y del precontrato.

No parece aceptable sostener sin más la aplicación al precontrato de las exigencias del contrato principal. Quizás sea lo más práctico establecer una independencia absoluta entre los requisitos del precontrato y aquellos del contrato que prepara, emancipando al primero del carácter preparatorio (1), como ya lo había hecho Degenkölz, y puede concluirse en principio que el precontrato es libre en cuanto a la forma de su realización, puesto que la Ley nada dispone en cuanto al mismo. Roth afirma que la libertad de forma del precontrato va unida a su función preparatoria (2).

En nuestro sistema positivo se halla dominado por el principio de libertad; las excepciones hechas al mismo parecen han de apoyarse en causas delimitadas y claras, si bien será posible aniquilarlas con el reconocimiento de validez en todo caso del precontrato sin forma. De los dos objetivos atribuidos a la forma adquiere especial relieve el que busca despertar la conciencia jurídica de los contratantes señalándoles la importancia del acto; cuando la forma tiene esta finalidad deberá aplicarse tanto al precontrato como al contrato principal, bajo pena de nulidad. Asegurar la realización del contrato futuro indirectamente por convenciones penales sólo es lícito en tanto sea válido el compromiso de celebrar dicho contrato. Sentimos aquí una gran desorientación por la ausencia de estudios precedentes de la cuestión, respecto del Derecho español. Siguiendo a Nelte, que ha investigado especialmente la materia (3), cabe declarar que necesitan la forma prescrita para el contrato formal los precontratos que se dirijan a su conclusión, sólo cuando se destruya por la omisión de tal requisito el resultado

(1) Véase Coviello, en ese mismo sentido. Ob. cit., pág. 93.

(2) Ob. cit., pág. 39. Paufigi, en sus *Instituciones*, sostiene que cuando la ley requiere forma escrita para la compraventa de inmuebles, el compromiso de vender un inmueble puede hacerse verbalmente (con las naturales limitaciones por la prueba), porque el compromiso no produce transmisión de propiedad, sino una obligación de hacer. Lo mismo afirma Ruggiero en sus *Instituzioni*, vol. II, p. 260.

(3) Véase ob. cit., págs. 39 y siguientes.

que de la forma esperaba el legislador. En cambio, los precontratos de forma pactada por las partes han de tratarse como precontratos de contratos sin forma, pues nacen del principio de libertad de forma, que es el que ha de tenerse en cuenta respecto de los precontratos en general.

Al estudiar la capacidad para celebrar un precontrato ha de tenerse en cuenta que en nuestro Derecho es la regla general la capacidad para contratar, y esta norma se aplicará también a los precontratos. ¿Se requerirá en un precontrato la misma capacidad que en el contrato principal? Las dificultades son escasas en los casos de incapacidad total, así el niño, por sí solo, no podrá celebrar contratos ni precontratos; pero en los supuestos de una incapacidad parcial, las dificultades son más graves. Se ha creído que el problema dependía de los efectos del contrato, cuando el acreedor por el precontrato podía exigir la celebración del contrato definitivo la capacidad debía ser la misma. Si el precontrato versa sobre un contrato futuro y quienes lo celebran no tienen la capacidad necesaria para concluirlo, tendrá aquél un objeto ilícito. En una promesa de venta existe el compromiso de vender más tarde y parece requerirse la capacidad de disposición. Coviello, que pone este mismo ejemplo (1), declara que no ha de requerirse la misma capacidad que para la venta ante el temor de que esté implícita en la promesa. También Pacifici entiende que cuando la Ley determina específicamente actos respecto de los que existe la incapacidad, ésta no puede extenderse a actos distintos.

En síntesis, la capacidad que precisa el precontrato es la capacidad para obligarse, no la requerida para la celebración válida del contrato principal, sin que ello suponga desconocer las normas sobre capacidad que encontrarán su respeto adecuado en el momento de celebrar el contrato definitivo.

Demogue (2), al estudiar la naturaleza y efectos del derecho eventual, observa cómo en una serie de casos los distintos elementos del acto jurídico en vez de coexistir se realizan sucesivamente. Se abandona el sistema romano unidad de tiempo, y hoy, sin excepción, cabe la sucesión de los elementos del contrato. De los

(1) Véase ob. cit., pág. 94.

(2) Véase en *Rev. Trimestrelle*, artículo citado, tomo V, pág. 231.

elementos esenciales para la formación de un derecho es esencial una voluntad, los restantes elementos, objeto, contrato principal, si se trata de un contrato accesorio son necesarios, no para la existencia de él, sino para su ejecución ; lo mismo cabe decir de la capacidad de los contratantes.

Otra de las exigencias del precontrato es el llamado requisito de determinación. Del mismo dice Degenkolb «que en este punto únicamente deciden los principios generales», y en sus nuevas aportaciones marca la imposibilidad de aplicar al precontrato los mismos requisitos que al contrato futuro (1). Tradicionalmente, dichas figuras contractuales se habían distinguido en atención a la finalidad propia del precontrato—emitir una declaración de voluntad—, y ahora llega a colocarse la distinción en la medida en que se encuentre determinado su contenido. Si la mayor o menor determinación de las prestaciones da lugar a que exista un precontrato o un contrato principal, los casos limítrofes aumentarán de modo extraordinario. Además, contra la representación del precontrato, como contrato imperfecto, que deba ser posteriormente completado, se alza el mismo Degenkolb afirmando que no engendrará entonces obligación de concluir un contrato. El precontrato debe ser completo y perfecto, necesita para su validez expresar lo esencial del contrato principal o, como sostienen Göppert y Regelsberger, el contenido del contrato principal, de modo que la clase y medida de las obligaciones que éste haya de imponer a las partes no queden dependiendo del libre arbitrio del otro contratante. En suma, el precontrato, como todo contrato, necesita que su contenido sea determinado o determinable. Según indica Degenkolb, la práctica tiende a considerar contratos definitivos ciertos convenios, aunque su perfección exija ulteriores determinaciones, y la vida moderna, según Coviello, en defecto de los requisitos esenciales para el negocio principal considera existente uno preparatorio ; el *pactum compromittendo* no exige la designación de árbitro necesaria en el compromiso. Sin embargo, no es un criterio seguro para establecer una diferenciación ; lo verdaderamente decisivo será si se necesita o no un nuevo «contrahere».

Las partes, antes de haber cerrado el contrato definitivo, pue-

(1) Igualmente Adler, artículo y lugar citado, pág. 222.

den haber concluído un precontrato con contenido poco preciso, y comprometiéndose a poner de acuerdo sobre los puntos sin decidir. Habrán asumido una obligación distinta de la de concluir un contrato cuyo contenido está todavía por fijar en absoluto. Un precontrato indeterminado no engendrará obligación de concluir un negocio determinado, pero sí dará lugar a la obligación de concretar el contenido del contrato, y en tal caso, las partes pueden haber querido que sobre los puntos en que no existía acuerdo, decida el Juez conforme a la equidad; en tal sentido ha resuelto la Jurisprudencia alemana que una compra, en la que el precio era «el que ya fijaremos», era un contrato que vinculaba a las partes.

Acaso lo más correcto sea exigir, como hace Dernburg (1), para que esté suficientemente determinado, a fin de que la validez del precontrato, que el contenido del contrato futuro en caso de controversia pueda ser establecido por el Juez. Frente a los precontratos en sentido propio, el contrato que obliga a determinar más precisamente su contenido es calificado por Bechmann *bonae fidei negotium*. La obligación para especializar el contenido contractual es un acto preparatorio que sirve para la ejecución del contrato principal.

No es necesario que el precontrato contenga todo el contenido del contrato futuro, basta que comprenda los elementos para poder determinarlo claramente. Será nulo si no contiene todos los puntos esenciales del contrato principal.

En síntesis el precontrato no necesita la misma determinación que el contrato principal, otra cosa sería negar su fin racional. Convenidos todos los extremos y detalles del contrato principal podría utilizarse entonces un negocio de esta naturaleza, con condiciones, plazo o cláusulas especiales. Los escritores austriacos (2) exigen que el precontrato fije los elementos objetivamente esenciales del contrato futuro y aquellos a los que las partes hayan querido atribuir ese carácter. Si después no hay acuerdo sobre extremos secundarios podrá el Juez completarlo aplicando las normas legales.

Realizado un precontrato se comprende con facilidad que no

(1) Véase ob. cit., p. 45.

(2) Véase Ehrenzweg, ob. cit., pág. 139.

puede admitirse que, indefinidamente, permanezca obligada una de las partes, y por ello, al no haberse establecido con claridad el tiempo en que habría de realizarse el contrato principal, habrá de deducirse de la intención de las partes, naturaleza del negocio, costumbres de la práctica.

La necesidad de un plazo en que haya de realizarse el contrato principal la sanciona el Código civil austriaco en su artículo 936. Esta disposición ha sido criticada por desconocer una categoría de precontrato; aquellos que dan lugar a la celebración de un contrato cuando lo requiere la persona en cuyo favor se habían concluido.

Si la finalidad del precontrato se revela cuando el contrato principal no le sucede inmediatamente, no es posible aceptar en buena lógica que el obligado por un precontrato de mutuo dando deba quedar obligado treinta años hasta que el acreedor se decida. La intención de las partes, la equidad y la vida misma, opuesta a mantener largo tiempo la coacción jurídica, nos llevan a exigir que en el precontrato se precise un plazo en el momento de su celebración. También lo reconocen así Wommelsdorff y Geller (1); éste afirmando que en este aspecto el precontrato debe contener más que el contrato.

Establecido en el precontrato un plazo para llevar a término la conclusión del contrato principal, el transcurso de aquél extinguirá la obligación de contratar. Cuando no se estableció el plazo, es opinión de algunos autores que se aplicará el término normal de prescripción, que es nulo el precontrato por falta de determinación de un elemento fundamental (2). Y para evitar que durante tan largo lapso de tiempo quedase sometida la voluntad del obligado, admiten Pothier (3) y otros la posibilidad de obtener una sentencia que obligue a declarar si ha de ejercitarse o no la facultad concedida en el precontrato. Arguyen otros escritores que para tal fin es bastante que el promitente se dirija a la otra parte otorgándole un plazo para que hiciese uso de su derecho, con posibilidad

(1) Véanse ob. cit., págs. 38 y 27.

(2) Cfr. Geller, ob. cit., pág. 26, y *Trant Beitrage zur lehre von Vowerttrag.*, p. 17.

(3) Véase *Vente*, núm. 481.

de acudir a los Tribunales en solicitud de una ampliación de aquel término si fuese insuficiente.

Coviello (1), Leduc (2), Carrara (3) y Ruggiero (4) rechazan el último criterio; no es posible atribuir a las partes lo que corresponde a la autoridad judicial, aparte de que la teoría expuesta aniquila la eficacia del precontrato, dejando a merced de una de las partes modificar a su arbitrio la relación jurídica. Si sólo quiso constituirse una obligación válida para un corto lapso de tiempo, debió declararse así, y no habiéndolo hecho ha de sufrirse la negligencia. No parece correcto tampoco sostener la existencia de un plazo tácito para ejecución del precontrato con la presunción de un desestimiento tácito del estipulante por el transcurso del tiempo, lo que sólo sería exacto cuando el precontrato se hubiera celebrado en vista de circunstancias que hayan desaparecido más tarde. Cuando no se estableció el plazo de celebración del negocio principal habrá que acudir al Juez para que lo fije.

La institución estudiada produce acción para concluir el contrato principal. Cada uno de los contratantes o aquel en cuyo favor se estipuló el precontrato, pueden exigir del obligado cooperación para el negocio definitivo. Entendemos con la generalidad de los autores que la acción derivada del precontrato se dirige al «contrahere», y más concretamente a la conducta del obligado que sea necesaria, según su naturaleza, para dar vida al contrato principal. Así Trant, ob. cit., p. 23, Dernburg agrega que del «pactum de contrahendo» nace una acción para la conclusión del contrato principal; «pero el titular puede, en casos de omisión de la otra parte, pedir inmediatamente el interesse, puesto que un contrato establecido por los Tribunales no es equiparable a uno libremente celebrado, sino que abre la puerta a nuevos litigios. La condena al interesse no es, como en el Derecho romano, la única a obtener, sin embargo, en atención a las circunstancias, será la más práctica y equitativa»: Pandt, vol. 2.810.

La cooperación consiste en que se emita una declaración de voluntad. Cuando se ha reclamado judicialmente ésta a una de

(1) Véase ob. cit., pág. 99.

(2) Véase ob. cit., pág. 47.

(3) Véase ob. cit., pág. 47.

(4) *Istituzioni di dir. civ.*, vol. II, p. 259.

las partes la cual se niega a concederla, por virtud de la eficacia jurídica que se atribuye a la sentencia firme se supone como emitida; así la ley procesal alemana, en su párrafo 894, preceptúa que si el deudor fuese condenado a dar una declaración de voluntad, se tendrá por dada tan pronto como la sentencia haya adquirido la fuerza de cosa juzgada. Y lo mismo el artículo 25 del Proyecto francoitaliano. Geller (1) afirma que por la sentencia firme se concluye el contrato principal y se ejecuta el precontrato. En los contratos reales la acción se dirige a la entrega de lo prometido, que en procedimiento de ejecución forzosa se tomará del demandado entregándolo al demandante. Y Kaubes (2), al examinar el trato jurídico concedido por el Código alemán al precontrato, dice que la acción del mismo, aunque encaminada a cooperar a la conclusión de un contrato, mira como todo contrato obligacional en segundo término a una indemnización de daños (3). Este es el contenido secundario de toda obligación con valor patrimonial.

Veamos ahora los efectos que produce el precontrato. Si la acción producida por el mismo se dirige a un *contrahere* y no a una indemnización de daños y perjuicios, será de extraordinaria importancia que se mantenga en tal dirección, porque, como indica con fina intuición Degenkolb (4), en este punto amenaza desplomarse toda la construcción conceptual del precontrato. Niega Brinz que el obligado pueda ofrecer una suma equivalente al tipo de interés y el acreedor la deniegue sin caer en mora, porque el «*facere*», consistente en cerrar un contrato, es por naturaleza incoercible y no puede valorarse. Coviello (5) es contrario a este punto de vista y considera la posibilidad de la acción encaminada al *contrahere*, problema común a todas las obligaciones de hacer. El Derecho romano reconoció negocios jurídicos que engendraban una

(1) Véase ob. cit., pág. 24.

(2) Véase ob. cit., pág. 37.

(3) Véase Degenkolb, artículo y lugar citados, pág. 42; Dernburg, *Pandekten*, tomo II, pág. 27; Windscheid, ob. cit., tomo II. Coinciden en que la acción se dirige normalmente al *contrahere*. Stintzing, en su *Forverpflichtung*, pág. 22, dice que la acción se dirige a la conducta del obligado exigible para permitir que nazca el contrato principal.

(4) Véase ob. cit., pág. 41.

(5) Véase ob. cit., pág. 129.

obligación semejante, y si fuese verdad que el consentimiento contractual repugnase una obligación jurídica que se impone a la voluntad, no podría admitirse la tradición. Aparte de que si el precontrato tuviera como efecto único una acción para la prestación del interés no sería posible definirlo como un contrato que asegura la celebración de otro posterior, sino como un contrato dirigido a la prestación de una cantidad si dicha celebración no se verificase (1).

El cumplimiento del precontrato, como el de los contratos en general, consistirá en su ejecución efectiva. Quien se obligó mediante él deberá prestar el consentimiento necesario para la relación definitiva, y caso de negarse a ello, será condenado judicialmente a verificarlo. No podrá colocar en mora al acreedor depositando daños y perjuicios, ni tampoco puede facultarse al último para exigir intereses en lugar de la conclusión del contrato; podrá el acreedor no ejercitar sus derechos, pero si los utiliza ha de ser en la forma convenida y no en otra. Si la prestación se ha hecho imposible por culpa del obligado, podrá pedirse el interés y se indemnizará el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*.

Cuando trata Leduc (2) de la resistencia injustificada del promitente propone dos medios para resolver la dificultad, sin acudir a la indemnización: I. Celebración del contrato por la autoridad judicial, ejecutándolo después como un contrato cualquiera, y II. Reputar celebrado el contrato por simple declaración del estipulante y recurrir a los Tribunales para obtener no conclusión, sino ejecución forzosa del contrato definitivo.

Defendía la primera posición Pothier en relación con las promesas de venta, porque siendo objeto del contrato la prestación del consentimiento podía suplirse con una decisión judicial. Claro es que la ficción pretendida por este autor no puede sostenerse sin expresa disposición legal. Teóricamente no hay dificultad en admitir que la decisión judicial ocupe el lugar de la declaración de voluntad de las partes. Se tratará de una sentencia constitutiva, no declarativa, y la fecha del contrato se retrotraerá al momento

(1) Sobre los efectos del precontrato y juego de la cláusula *rebus sic stantibus*, véase Carrara, ob. cit.

(2) Véase ob. cit., pág. 148.

en que la resolución judicial sea firme. Degenkolb (1) y Göppert se oponen a ello; el segundo expresamente dice que se traspasan los límites de la coacción judicial; puede domarse la voluntad rebelde al Derecho dando al actor cuanto es posible que concedan los órganos judiciales, pero no es posible hablar en nombre de aquél. El Derecho francés, como el italiano y el español, excluyen la celebración del contrato por intervención del Juez; Leduc ve en ello una complicación inútil, adhiriéndose al segundo procedimiento propuesto, según él, por el precontrato. Si el promitente hizo cuanto estaba de su parte para llegar a la conclusión del contrato definitivo, las dificultades que surjan para ésta procederán del promisorio. El contrato principal parece constar de dos fases: una, que corresponde al que promete y que se agotó en el precontrato, y otra posterior, intervención activa del estipulante, en la que no es necesario exigir al obligado una nueva declaración de voluntad, porque ya había realizado cuanto tenía que hacer. Se llega de esta suerte a eliminar casi por completo la idea central de Degenkolb —obligación de cooperar a un contrato futuro—. El precontrato faculta a una de las partes para exigir de la otra la cooperación por conclusión del contrato principal. Esta cooperación consiste en emitir una declaración de voluntad. En Derecho actual ha de dirigirse a un contrahere, y muchas veces, por motivos prácticos, se pedirá inmediatamente no la conclusión del contrato principal, sino el interés. Y como éste ofrece ciertas dificultades, para probarlo harán bien las partes estipulando una cláusula penal.

El Código civil español, en su artículo 1.098, establece que cuando el obligado a hacer una cosa no la hiciere se mandará hacer a su costa. Pero cuando la prestación a realizar no la puede cumplir el acreedor ni un tercero designado por el Juez, es inaplicable, pues se trata de una prestación no fungible. Creemos, como escribe Coviello, que «si hay algo que no se preste al concepto de subrogación es una manifestación de voluntad». El Juez puede resolver que el contrato se tenga por celebrado; pero a lo que no puede llegar es a sustituir la declaración de voluntad del obligado por la propia, porque ello es esencialmente contrario a la naturaleza formadora del contrato. Por ello rechazamos la teoría ex-

(1) Véase artículo y lugar citados, pág. 45.

puesta por Leduc defendiendo que el precontrato obliga a la celebración de otro que llamamos principal, sin estimar posible en nuestro Derecho conferir al Juez poderes para ordenar la conclusión forzosa del mismo.

Con la mayor brevedad posible veamos ahora si los derechos y obligaciones del precontrato son susceptibles de transmisión o cesión. No importa que la obligación de hacer vaya acompañada por plazo, condición o que sea eventual. Un derecho eventual puede transmitirse como otro cualquiera, aunque sus efectos sean restringidos. Claro es que una cesión producirá un cambio importante en la situación del promitente, porque el precontrato no sólo determina el nacimiento de un crédito puro, sino que engendra obligaciones recíprocas y por ello sería conveniente señalar restricciones a la transmisión de los derechos y obligaciones en los precontratos de contratos bilaterales, aunque sea norma general la cedibilidad de los derechos y acciones, siempre que las partes nada hayan pactado en contrario.

Si es posible enajenar el derecho que pueda tenerse sobre una cosa que no existe, con más razón puede disponerse del derecho eventual que tengamos sobre una cosa. El beneficiario de una promesa de venta puede, desde luego, enajenar el derecho que resulte de ella (1). Según Demogue, sin embargo, no cabe mirar la cesión como derecho absoluto. Muy bien pudo el precontrato de compra haberse concluido por razones de la amistad que una a las partes.

Las dificultades se presentan con claridad en los precontratos de contratos reales. Si admitimos en el pactum de mutuo accipiendo que pueda transmitirse la acción, tendremos que pasar por la injusticia de obligar a que se entregue el dinero a personas distintas del que había de figurar como deudor primitivo, que podrán ser insolventes. No es posible admitir la libre cedibilidad de acciones nacidas de un precontrato de dar en préstamo, en depósito o en comodato. Prometí a B dejarle mi aparato de fotografía para el viaje que había de realizar por el extranjero, ¿cómo puedo estar obligado a dejárselo a X, que es hombre abandonado y negligente? Por todo lo cual algunos escritores estiman que la posibilidad de la cesión ha de resolverse caso por caso, constitu-

(1) Véase artículo cit., vol. V, pág. 239.

yendo un problema de interpretación resolver si las partes en el precontrato dieron valor a las personas entre quienes debía celebrarse el contrato futuro. Kohler (1), y con él la generalidad de los autores, piensan que concluir el contrato principal en virtud de cesión con una persona distinta de aquella con quien se celebró el precontrato, alterará el negocio y será quizás gravosa para el deudor (2). Son opuestos a una transmisibilidad de las acciones del precontrato *intervivos* o *mortis causa*, y nunca cuando las acciones derivadas del precontrato sean de carácter personalísimo. Kaubes excluye sólo la transmisión cuando al variar la persona con quien se contrata se modifique el contenido del negocio o se haya excluído la cesión por pacto expreso y Frank (3) niega, salvo casos de excepción, la transmisibilidad de acciones de un precontrato de préstamo porque estima que son de carácter personalísimo.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.

(1) Véase *Lehrbuch des Bur. Rechts.*, vol. II, pág. 162.

(2) Véase *Standenger Kommentar zum B. G. B.*, tomo II, 1.^a parte, página 454. En favor de más transmisibilidad activa y pasiva de los derechos derivados del precontrato. Vigoream, *ob. cit.*, pág. 387.

(3) Véase *ob. cit.*, págs. 12 y sigts. Otros estiman posible la cesión cuando la entrega de la cantidad ha de hacerse al cesionario, y el contrato de préstamo se celebra con el beneficiario de la promesa. Enneccerus, pág. 484.

Observatorios de Derecho agrario

CONTESTANDO A UNA INVITACIÓN

La iniciativa de mi querido compañero y amigo D. Fernando Campuzano, desarrollada en un trabajo con el propio título que encabeza estas líneas, en el número de Mayo de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, es calificada como de máxima importancia por la Dirección de la propia Revista, y lo es en realidad, ya que tiende a concretar, a recoger y recopilar en forma orgánica estudios, observaciones y realidades de nuestro Derecho en relación con la agricultura y con las nuevas normas dictadas para ella desde el advenimiento de la República.

El Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad de España no puede permanecer sordo al galante llamamiento que le hace nuestro compañero, y desde luego ofrece su decidida colaboración para el desenvolvimiento de trabajos y estudios que entran por completo en la esfera de nuestra actividad y de nuestra misión. Nos obliga ésta a la aplicación de las leyes y disposiciones administrativas dictadas para el establecimiento de la Reforma Agraria en nuestra patria y en la forzosa lucha de derechos, de costumbres y de intereses que se produce al querer encajar los viejos sistemas en las nuevas normas, se vislumbra lo que hay de permanente, de verdadero y de justo en los derechos de terratenientes, aparceros y simples jornaleros de la tierra, y a lo que ha de acomodarse toda reforma, si no ha de nacer ya muerta en el papel.

No hay que olvidar que tanto en el Instituto de Reforma Agraria como en cada distrito hipotecario, los Registradores de la Pro-

piedad han llevado con lealtad, entusiasmo y desinterés el peso de la implantación de esa reforma; que esa labor ha merecido justísimos elogios de los Poderes públicos, y que a ella hay que añadir escritos y observaciones, muchos de ellos anotados en el trabajo del Sr. Campuzano, a que contestamos aquí.

No todos los actos y contratos que hacen relación al agro tienen repercusión en el Registro de la Propiedad, pues aparte de ser numerosísimos los que se celebran verbalmente, aun de los escritos, escapan a inscripción todos los contenidos en documento privado; pero aun así el funcionario curioso de investigar y recoger datos sobre costumbres agrícolas tiene siempre medios de verificarlos, ya que, a más de la observación que cada uno pueda realizar en el territorio de su Registro, tienen repercusión en la oficina modalidades contractuales, que si no todas se inscriben, muchas se presentan aunque sólo sea para la liquidación del impuesto.

El Colegio de Registradores está aún en formación; pero en cuanto comience su funcionamiento, podrá, en relación con el Seminario establecido en la Universidad Central, iniciar los necesarios trabajos para implantar el primer observatorio de Derecho agrícola de España. A dicho objeto he solicitado el apoyo y cooperación de D. Felipe Sánchez Román y de los demás señores cuyas cartas van a continuación de este escrito, y, contando con esa cooperación y ese apoyo, podrá pensarse en la realización de esa idea, que todos acogemos con gran entusiasmo.

JULIÁN ABEJÓN.

«El Ministro de Justicia.—28 de Mayo 934.

Sr. D. Julián Abejón.

Mi querido amigo:

He recibido su carta con el trabajo del Sr. Campuzano, que me parece perfectamente orientado y digno de toda atención.

Cuente desde luego con mi apoyo para esa idea y se reitera, como siempre, su affmo. amigo, q. e. s. m., *Vicente Cantos.*»

«El Director general de los Registros y del Notariado.

Sr. D. Julián Abejón.

Mi querido amigo y compañero : Con verdadero deleite he leído el interesante trabajo de nuestro compañero Fernando Campuzano para la creación de un observatorio de Derecho agrícola español.

Catedráticos, Notarios y Registradores son las tres fuerzas propulsoras de esta campaña que inicia Campuzano : los primeros con sus seminarios, instituídos por amor puro a la ciencia ; los otros con sus laboratorios forzosos, que no otra cosa vienen a ser, dense cuenta o no de ello sus titulares, los 494 Registros de la Propiedad y las 1.479 Notarías establecidas en España. Esos titulares se hallan orientados en esta dirección científica, porque por algo se han formado dos Cuerpos próceres, principales cultivadores prácticos del Derecho privado en España.

Con estos elementos y los que voluntariamente vengan de otros campos puede formarse una concentración—no decimos centralización, porque esta palabra parece a muchos heterodoxa—de fuerzas que constituyan un Observatorio gigante al que nada se escape en tan interesante materia y pueda encauzarla jurídicamente. Mantener en los cauces del Derecho toda la legislación agraria construyendo rápidamente las nuevas figuras jurídicas producidas por los hechos revolucionarios debe ser el resultado inmediato de las observaciones de carácter práctico que se recojan en los laboratorios y seminarios a que nos hemos referido.

Dos nombres destacan en la cumbre de esta campaña : el emiamente Sánchez Román y el activo y competente Campuzano ; ambos, unidos en sus desinteresados esfuerzos por el desenvolvimiento de esa rama del Derecho tan complicada, cual es el agrario, merecen que todos les prestemos nuestra colaboración entusiasta, no sólo para el establecimiento del Observatorio, sino para orientar los estudios de los funcionarios—Catedráticos, Registradores y Notarios—llamados a desenvolverlo no sólo en el sentido jurídico, sino también en el económico y social, que es el nervio de aquel nuevo Derecho.

Desde el cargo que inmerecidamente ocupo y fuera de él cuenta usted con mi adhesión fervorosa, y al hacerlo así constar expresa

una íntima satisfacción su buen amigo *Casto Barahona*.—31 Julio 1934.»

«Madrid, 14-VII-34.

Sr. D. Julián Abejón.

Presente.

Mi querido amigo y Presidente: A mi regreso de Italia leo su carta y el notable trabajo de Campuzano, que la motiva.

No necesito decirle que encuentro acertada y plausible la iniciativa de nuestro compañero sobre los observatorios de Derecho agrario, que en otros países están dando excelente resultado, no sólo como medios de recoger las experiencias obtenidas en la aplicación de las leyes agrarias, sino como seminarios de las futuras orientaciones de esta nueva especialidad jurídica, cuya importancia y desarrollo aumenta de día en día.

Mi adhesión a la idea propuesta es, por tanto, sincera y entusiasta.

Mi vocación, ya que no mi aptitud, me lleva hacia el fecundo campo del Derecho agrario, y mi actuación política, cuando las circunstancias me permitieron realizar una labor legislativa concreta, se enderezó a conseguir que nuestra patria, con la implantación del nuevo régimen, se incorporase a las corrientes modernas imperantes en Europa después de la guerra. Todos ustedes saben la intervención que el destino me deparó en la Reforma Agraria y en el proyecto de Arrendamientos rústicos, que, desgraciadamente, no llegó a convertirse en ley.

También, desde un punto de vista profesional, encuentro acertado que el Cuerpo de Registradores se sume a la iniciativa y aporte a la misma su experiencia y conocimientos de las diversidades agrarias regionales. Ninguna otra colectividad, de las que intervienen en la vida jurídica, se halla más capacitada para tal empeño. Por otra parte, los Registradores de la Propiedad, que desde el nacimiento de nuestra institución hemos venido defendiendo y sirviendo los intereses de la propiedad privada, en una concepción profundamente individualista, debemos prepararnos para servir también, con la misma lealtad y competencia, las modernas concepciones de la propiedad, que colocan junto al interés del propietario el interés social.

Nuestro Cuerpo no puede ser, en modo alguno, ajeno a las evoluciones del derecho agrario ni puede contemplar impasible las transformaciones del derecho privado en que se exteriorizan : debe ocupar un puesto de vanguardia y jugar un papel principal para encauzar la evolución, sujetándola a normas apropiadas y para conservar el Registro, instrumento apto para servir a concepciones diferentes.

Cuenta, pues, con mi modesta colaboración y adhesión entusiasta y decidida. Sabe le quiere su buen amigo y compañero R. *Feced.*»

«El Director general del Instituto de Reforma Agraria.

Madrid, 29 de Mayo de 1934.

Sr. D. Julián Abejón, Decano del Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad.

Mi querido amigo :

Recibo la suya con el meritísimo trabajo del ilustre Campuzano solicitando mi opinión y apoyo sobre la implantación en España de Observatorios de Derecho agrario.

Si por mi cariño de siempre a estas cuestiones, me interesa mucho una institución que ha de «establecer los supuestos económicos, demográficos, sociales y jurídicos sobre los que pudiera perfilarse el ordenamiento agrícola», como Director general de este Instituto me es imprescindible seguir y apoyar a quienes han de «estudiar la adaptación de las leyes a las necesidades rurales, recogiendo los casos de desacuerdo entre la práctica y el mandato legal y haciendo un minucioso recuento de los resultados prósperos o adversos de cada precepto legislativo de carácter agrario».

Particularmente, y como Director general, quedo, pues, a su disposición para tan interesante y utilísima misión, y tienen también abiertas las páginas del *Boletín* de este Instituto, que se honrarán recogiendo los resultados de los trabajos que se dignen enviarnos.

Como siempre, se reitera suyo buen amigo y compañero, Juan José Benayas.»

La inscripción de la posesión y la inmatriculación registral

12. La inmatriculación del dominio.—13. La prescripción extraordinaria y la inmatriculación: Derecho extranjero.—14. Sugestiones para una solución.

12. Notemos que si exigimos prueba de la adquisición debemos inmatricular el dominio, y si no la exigimos..., ¡ah!, si no la exigimos, no podemos inmatricular el dominio ni cosa alguna, porque esta segunda hipótesis repugna a la esencia misma del sistema; de suerte que habremos planteado mal la cuestión, que debe plantearse así: tenemos que inmatricular el dominio, exigiendo para ello todas las pruebas *posibles* de su adquisición; porque el dominio es el derecho real más eminente, amplio y comprensivo, y, por tanto, el más adecuado para desempeñar funciones básicas, y porque si en toda clase de inscripciones la legalidad ha de ser condición previa y razón justificativa de la publicidad material, con mayores motivos lo ha de ser cuando se trate de una inscripción primera, destinada a fundamentar y cimentar las aplicaciones de los expresados principios a través de todas las inscripciones que de ella han de derivarse indefinidamente. No se debe suponer siquiera que esas posibles pruebas de la adquisición puedan ser excusadas; porque el indultar a la inmatriculación de todo aquello que pueda contribuir a prestarle la máxima garantía, o el «suplir» esta indispensable garantía con un artificio teórico cualquiera, equivale, sencillamente a decapitar el Registro. La razón nos parece evidente, porque en dicha hipótesis todo el sistema se construye en el aire.

¿Quiere esto decir que «la gran masa de propiedad sin titula-

ción existente en España», de que hablaba el marqués de Figueroa, haya de permanecer alejada del Registro? No, en verdad.

No hemos hablado, ciertamente, de exigir la exhibición de títulos inexistentes, sino de exigir todas las pruebas *posibles*, dando al Juez (desde luego, al de Primera instancia, al «juez de derecho») la facultad de apreciarlas en conjunto, libremente, y también la de tomar libremente—sin perjuicio de observar las normas objetivas del procedimiento—iniciativas, «para mejor proveer», que le colocasen un poco en la posición del juez inglés.

De esta suerte, pues, todos los propietarios podrían obtener una declaración judicial que les permitiese inscribir el dominio de sus fincas, aun en el supuesto—que en nuestra época debe reputarse tan excepcional—de que absolutamente careciesen de prueba escrita de su adquisición y hubiesen de apoyarla solamente en la testifical, cuyo empleo exclusivo—por lo mismo que hoy resulta sospechoso—podría, sí, estar dificultado, pero no suprimido en modo alguno. Esta condenación de la prueba testifical podría tener, en efecto, indudable justificación en los sistemas que desconocen su valor, y aun el del documento privado, para la prueba de la transferencia de inmuebles (que son todos los sistemas modernos y progresivos); pero carecería de sentido en una legislación como la nuestra, que mantiene todavía el trasnochado espiritualismo del Ordenamiento de Alcalá (artículo 1.278 del Código civil), y que puede ofrecer en algunas regiones el bochornoso ejemplo de pleitos sobre adquisición de propiedad fallados sin más base probatoria que la resultante de un «papel» pasado por la Oficina liquidadora del impuesto, desprovisto quizá de la firma del transferente (tan frecuentemente analfabeto), acaso «confeccionado» (a la medida) después de la muerte de éste, pero avalado—¡eso sí!—por las firmas de dos testigos (30).

(30) Los autores (especialmente los que se ocupan de Derecho notarial) suelen combatir la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en cuanto desvirtúa los artículos 1.279 y 1.280 del Código civil, para consagrar el absoluto predominio del 1.278, con las taxativas excepciones preceptuadas en los 633, 1.321, 1.628, 1.875, etc.

A nosotros nos parece que la posición del Tribunal Supremo es perfectamente lógica y plausible, mucho más que la del Código. Lo censurable, lo casi inconcebible, es que perduren los artículos 1.258 y 1.278; pero una vez sentado que los contratos se perfeccionan sin sujeción a forma, la disposición contenida en los artículos 1.279-1.280 nos resulta vacía de sentido, como

13. Esta utilización de la prueba testifical permitiría al propietario desprovisto de titulación la demostración de la prescripción extraordinaria de su inmueble; pero la demostración *a posteriori*, como Dios manda, sin establecer peligrosos apriorismos, contradictores del fundamento de la usucapión, sin «automatismos» geniales,

solemos observar en todos los términos medios. El problema no se resuelve con medias tintas. En los actos de transferencia de inmuebles se debe exigir el otorgamiento de escritura pública, como requisito *ad solemnitatem*, sin el cual el acto no puede considerarse existente, ni, por tanto, producir efecto alguno. La razón de esta exigencia se halla en la necesidad de precaver la precipitación, la ligereza en la declaración de voluntad, asegurando la perfecta libertad, seriedad y serenidad del consentimiento, sin contar la utilidad social resultante de la intachable conformación técnica del documento. Y esta finalidad fundamental no se satisface con el precepto del artículo 1.279, porque, ¿de qué puede servir, para tal fin, el autorizar que uno de los contratantes pueda forzar al otro a reproducir en un documento público las mismas—precisamente las mismas—declaraciones que aquél había hecho en el improvisado documento privado, o acaso, en el irreflexivo y capcioso contrato verbal? Creemos que de nada, porque el mal que con la escritura pública se trata de remediar ya no tenía entonces remedio, y aquella constituye una pura formalidad, tardía e inútil, o, cuando más, de utilidad muy secundaria (fijación documental de los términos del contrato, con vistas a su ulterior prueba, que no tendrá importancia cuando ambas partes estén dispuestas a respetar los términos convenidos). Nótese, en efecto, que—por lo mismo que se le estima válido y perfecto—el contrato constriñe y se impone a las partes tal como nació, tal como fué inicialmente elaborado, y así, en sus mismos originarios términos, habrá de pasar a la escritura pública, a no ser que todos los contratantes estuviesen acordes en modificarlo, en cuya hipótesis nos hallaríamos ya en presencia de otro contrato, con novación del primero (artículo 1.224, Código civil), o, por lo menos, ya no podría decirse que el contrato fuese el mismo en todas sus partes. Se advertirá que estamos rozando el sugestivo problema de la repetición o reproducción del negocio jurídico, problema que juzgamos lamentablemente descuidado por la doctrina española. *Vid.* Castán, *Derecho civil español, común y foral* (contestaciones al programa de Notarías), Madrid, 1925, II, págs. 127 y siguientes; *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, 1933, pág. 112; Gayoso Arias, *Cuestionario sobre el contrato de compraventa*, en *Rev. de Der. Priv.*, número 164, 3, págs. 153 y siguientes; Blas Pérez González y José Algüer, notas a Enneccerus, en Enneccerus, Kipp y Wolff: *Tratado de Derecho civil*. Tomo II: *Derecho de obligaciones*, por Enneccerus, 11.ª revisión, por Heinrich Lehmann, trad. de la 35.ª edición alemana y notas de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española. Volumen I: *Doctrina general*, Barcelona, 1933, págs. 149 y siguientes; Huber, *Los pre-*

que estarían muy en su lugar en aquel divertido cielo de los conceptos jurídicos de que nos habló Yhering (31), pero que no encajan en las complejidades reales de esta mísera vida terrenal.

La prescripción extraordinaria, en efecto, puede ser acreditada y producir una inscripción de inmatriculación (que es el aspecto que ahora nos interesa) en Alemania, en Suiza, en el Brasil, países cuyo rigorismo formal, en materia de adquisición inmobiliaria, es bien conocido. Del Código brasileño son las siguientes disposiciones:

Art. 129. «La validez de las declaraciones de voluntad no dependerá de la forma especial sino cuando la ley la exigiere expresamente.»

Art. 133. «En el contrato celebrado con la cláusula de que no valga sin instrumento público, éste es de la sustancia del acto.»

Art. 134. «Es asimismo sustancial al acto la escritura pública ... II. En los contratos constitutivos o traslativos de derechos reales sobre inmuebles de valor superior a un conto de reis, exceptuada la prenda agrícola.»

Art. 145. «Es nulo el acto jurídico... III. Cuando no revista la forma prescrita en la ley.»

Art. 146. «Las nulidades del artículo precedente pueden ser alegadas por cualquier interesado o por el Ministerio público, cuando le cupiere intervenir.»

§ único. «Deben ser pronunciadas por el Juez cuando conozca del acto o de sus efectos y las encuentre probadas, sin que le sea permitido subsanarlas, ni aun a requerimiento de las partes.»

Art. 530. «La propiedad inmueble se adquiere: I. Por la transcripción del título de transferencia en el registro de inmuebles.»

Y no obstante, dentro del mismo Código hallamos esta otra disposición:

«Aquel que por treinta años, sin interrupción ni oposición, poseyese como suyo un inmueble, adquirirá su dominio, sin necesi-

ceptos de forma en el Derecho privado suizo, en Estudios sobre la publicidad en el Derecho privado, trad. de Enrique Ramos, pág. 115; Danz, *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. de la 3.^a edición alemana, y concordancias con el Derecho español, por W. Roces, Madrid, 1926, págs. 223 y siguientes; Gino Gorla, *La riproduzione del negozio giuridico*, Padova, 1933, págs. 19 y siguientes.

(31) Op. cit., págs. 247 y siguientes.

dad de título ni de buena fe, que en tal caso se presumen; pudiendo requerir al Juez para que así lo declare por sentencia, la cual le servirá de título para la transcripción en el Registro de Inmuebles» (artículo 550, confirmado por el 5.º, a) ... VII del Decreto de 7 de Febrero de 1924 sobre reorganización de los registros públicos establecidos por el Código civil) (32).

Conforme al artículo 927 del Código civil alemán, el propietario de una finca que otro ha poseído en tal concepto (*Eigenbesitzer*) durante treinta años puede ser despojado de sus derechos en un procedimiento judicial caducario a base de edictos. El poseedor que haya obtenido la declaración de caducidad puede solicitar la inscripción del inmueble a su nombre en el Registro, y esta inscripción le convierte en propietario.

Según el art. 662 del Código suizo, «el que ha poseído durante treinta años no interrumpidos, pacíficamente y como propietario una finca no registrada, puede pedir su inscripción como propietario» (33).

Si, pues, la usucapión extraordinaria, en la que, por definición, no existe título, puede acreditarse judicialmente y servir de título a una inscripción de inmatriculación en los países de mayor severidad formalista, ¿qué remilgos podrían oponerse a aquella justifi-

(32) El Código brasileño ha sido justamente calificado por Castán (*El nuevo Código civil mejicano*, en *Rev. Der. Priv.*, núm. 189, I, pág. 185) de «sabia combinación de la tradición jurídica latina con las corrientes modernas del pensamiento germánico».

(33) Nótese que en los sistemas alemán y suizo la prescripción extraordinaria (sin título) puede ser eficazmente invocada no solamente para inmatricular, en dominio, las fincas no registradas, sino aun para desplazar al dueño inscrito cuando concurren las circunstancias previstas en los respectivos artículos 927 y 662 citados.

El Código turco de 1926—que, como es sabido, constituye casi en su totalidad una copia literal del suizo—reproduce en lo sustancial (artículo 639) el artículo 662 de su modelo, pero rebajando a veinte años el plazo de la prescripción extraordinaria. La modificación—inspirada, sin duda, en la moderna corriente reductora de los plazos de prescripción, a la que ya nos hemos referido (supra, nota 14)—resulta más destacable si se tiene en cuenta que la usucapión constituye una institución absolutamente desconocida en el Derecho otomano, como, en general, en el musulmán. Cfr. Faustino Menéndez-Pidal, *Ensayo sobre la codificación del Derecho civil en Turquía* en la *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, números 91, 92 y 93 (1932), pág. 698.

cación dentro de un régimen de tanta manga ancha como el español? ¿Por qué partir de una falsa imposibilidad de probar el dominio para inventar o para tolerar una estúpida inscripción de posesión?

14. Todas las dificultades quedan, pues, reducidas, en definitiva, a la adopción del procedimiento más perfecto para acreditar debidamente, en la medida de lo posible, la tal propiedad, carente de titulación, a fin de proveerla de un título que le sirva de honroso pasaporte para ingresar legítimamente en el Registro por la puerta grande, sin necesidad de hacer un escaló o de saltar por el tejado.

Por su condición vergonzante debe cohibirse la aplicación del paliativo contenido en el párrafo 3.º del artículo 20. L. H. Razones exclusivamente prácticas (ya que no existe ninguna jurídica) pueden hacer tolerable la aplicación de semejante remedio cuando el título indultado sea una escritura pública, porque entonces, aparte del vicio—gravísimo indudablemente—, de la falta de justificación del derecho del *tradens*, el acto adquisitivo recogido en el documento público aparece revestido de todas las garantías deseables: identidad, capacidad y libertad de los otorgantes, clara y perfecta configuración técnica del negocio jurídico, etc., etc. Pero en modo alguno cabe tolerar que, al amparo de un atrevido precepto reglamentario—de patente ilegitimidad—se desprecie el artículo 3.º de la Ley—tan bien fundamentado por sus autores—y se confunda la fehcencia de la fecha con la del contenido para aplicar aquel indulto a los documentos privados, carentes en absoluto de garantías internas, y, por lo mismo, absolutamente inaceptables para producir una inscripción de inmatriculación, por muy fehaciente que resulte la fecha de los mismos. En este respecto, suscribimos íntegramente la crítica que nuestro compañero Sr. Flórez de Quiñones ha hecho de la corruptela dominante sobre interpretación del artículo 87 del Reglamento hipotecario (34).

Por lo mismo que la adquisición originaria de la propiedad ha perdido interés en el Derecho moderno (35), entendemos que el procedimiento de inmatriculación debe tener carácter fundamentalmente

(34) *Fehcencia o autenticidad*, en *Rev. de Der. Priv.*, número 231, 5. páginas 346 y siguientes.

(35) Creemos, con Von Thur (*Parte general del Derecho civil*, traducción y concordancias de W. Roces, 2.ª ed., Madrid, 1927, pág. 104), que la usu-

provocatorio (36). La mejor garantía de la veracidad de la adquisición será la que resulte de la pasividad o del asentimiento del antecesor en el dominio o de su habiente derecho, cuya citación personal se debe procurar a todo trance (llegando, incluso, hasta a exigir una providencia previa de ausencia provisional o declarada cuando el solicitante alegase ignorar el domicilio del *tradens*, pues no se puede desconocer que España es un país de emigración, y que la publicidad de los edictos es prácticamente nula). En cambio, opinamos que la oposición debería interrumpir de plano la información, porque de nada sirve aceptar dicha oposición y ventilarla en una u otra forma para que luego venga el Tribunal Supremo a decir (Sentencia 21 Marzo 1910) que los opuestos en el expediente pueden, no obstante la resolución recaída, hacer uso de sus acciones en el juicio declarativo correspondiente. Más natural parece, pues, interrumpir el expediente y remitir, desde luego, la contienda al procedimiento declarativo ordinario.

Creemos que, en síntesis, el procedimiento aceptable podría ser, más o menos, el actualmente establecido para la información de dominio, a base de convertirla en un estricto acto de jurisdicción voluntaria y aligerar sus trámites, sobre todo en lo relativo al plazo y a la triple publicación de los edictos.

¿Que esto es mucho pedir? Por nuestra parte, entendemos que no se puede pedir menos. Porque, para nosotros, de lo que se trata es de buscar una manera de acreditar la adquisición del dominio desprovisto de titulación inmatriculable, y no de *suplir*, de escamotear esa prueba con un artilugio cualquiera.

Por otra parte, estamos seguros de que ese procedimiento a nadie había de parecer mal por excesivo, sino por caro; y es que basta mirar a la realidad para descubrir que lo que retrae a los propietarios no son, no, las dilaciones, sino los gastos. Mas he aquí que este inconveniente podría remediarse fácilmente: para hacer bueno el procedimiento no se necesitaría más que abaratarlo, po-

capión, más bien que una adquisición originaria propiamente dicha, implica un fenómeno de «eliminación de derechos».

(36) Únicamente podría excusarse la citación al transferente cuando se invocase una prescripción extraordinaria, por lo mismo que ésta puede fundarse en un acto de usurpación, contra el cual—una vez probada aquélla—nada valdrían las alegaciones del despojado.

nerlo al alcance de todos los bolsillos, y esto puede lograrse—si realmente se quiere, por razones de interés público, facilitar el ingreso de la propiedad en el Registro—acudiendo a las exenciones o bonificaciones en timbre e impuesto de Derechos reales y a la rebaja de los aranceles de los funcionarios, medios todos que, por cierto, no resultarían inusitados en la actualidad española.

Si algún día permiten los hechos que haya un catastro perfecto en España y que se logre la correspondencia entre éste y el Registro de la Propiedad, el referido procedimiento (si no se inventase otro más escrupulosamente excogitado) podría servir para llenar las lagunas de la titularidad al realizar la inmatriculación de oficio, que sería la ideal (37).

Mas, por el momento, hasta que dicho sueño llegue a realizarse, lo que realmente se impone, como único medio capaz de llevar al Registro a esa masa de propiedad que le sigue siendo rebelde, es purificar, simplificar y vigorizar el sistema, haciendo patentes las ventajas de la inscripción, para lo cual hay que ir derechamente a la inscripción constitutiva en las transferencias por negocio jurídico *intervivos* e introducir otras reformas de mecanismo, cuya exposición nos distraería ahora de nuestro objeto. De esta suerte, haciendo del Registro un instrumento asequible y tan deseable como necesario de la vida jurídica, se estimulará la iniciativa privada para la inmatriculación, que es lo verdaderamente interesante.

Si se estableciese que solamente mediante la inscripción pudiera producirse por acto jurídico *intervivos* la transferencia, constitución, modificación o extinción de los derechos reales inmobiliarios, no sería aventurado augurar que, a la vuelta de pocos años, la propiedad toda habría buscado el Registro, suprimiendo, espontáneamente, el hoy pavoroso problema de su inmatriculación.

ANGEL ROMERO CERDEIRIÑA,

Notario,

(37) Ya se comprenderá que la inmatriculación de oficio sería, sí, la ideal como sistema de inmatriculación, para llevar todas las fincas al Registro; pero de nada serviría si el tráfico de las mismas hubiese de seguir siendo posible a espaldas de aquél, porque entonces nos hallaríamos muy frecuentemente con que el único asiento que se practicase respecto al inmueble sería el primero, la inscripción-cabeza, convertida en seguida en letra muerta.

Unos nuevos fragmentos de las "Instituciones" de Gayo

El pasado año ha publicado el profesor italiano Vincenzo Arangio Ruiz, en las *Publicazioni della Società Italiana per la ricerca dei papiri greci e latini in Egitto*, con el número 1.182, unos fragmentos de las Instituciones de Gayo, encontrados por él (1).

Los fragmentos cuya escritura es uncial y que parece ser del siglo IV, cubren dos hojas y media de pergamino y componen en total 10 páginas, que el editor ha numerado con letras desde la A a la K.

Seguramente proceden de Antinoe, y en cuanto a su fecha podrían colocarse entre P. Oxy 2.103 (donde en 1927 se encontraron unos cortos fragmentos de Gayo) y el Veronensis, por el cual, como es sabido, poseemos casi completa la obra de Gayo.

El texto latino, que se refiere, afortunadamente al Derecho romano más antiguo, va acompañado de unos escolios o comentarios en griego.

El contenido de estos nuevos textos es el siguiente: Inst. III,

(1) Para el estudio de estos nuevos textos puede consultarse la siguiente bibliografía: *Publicazioni della Società Italiana per la ricerca dei papiri greci e latini*, núm. 1.182; *Frammenti de Gaio*, por V. Arangio Ruiz.—De este mismo autor, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius*, aparte de la revista *Al Qanoun wal iqtisad*, núm. 11, El Cairo, 1934; Apostilla de S. Solazzi a su artículo *Glosse a Gaio*, aparte del volumen *Per il XIV centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano*, Pavia, 1933; R. Monnier: *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius* (PSI, núm. 1.182) *et leur importance pour la connaissance du Droit romain*, París, 1933; Paul Collinet: *Les nouveaux fragmens des Institutes de Gaius* (PSI, núm. 1.182), en NRH, 1934, núm. 1, págs. 96 y siguientes.

§§ 153 y 154 y 167-174 e Inst. IV, §§ 16-17 a. De ellos, algunos ya nos eran conocidos por el Veronensis.

Los nuevos fragmentos de Gayo, los hasta ahora desconocidos, son del tenor siguiente (1):

A

- 9 Sed ea quidem societas, Gaius, III, 154
 d-e qua loquimur, id est quae nu-
 do consensu contrahitur, iu-
 ris gentium est, itaque inter omne[s]
 <h> omnes naturali ratione
 consistit . est autem aliud genus
 15 societatis proprium
 ciuium Romanor [um].
 olim enim mortuo pa-
 tre familias inter suos heredes
 quaedam erat legitima
 20 simul et naturalis soci-
 [e]t[a]s, quae appell [abatur]
 [ercto non cito, id est dominio]

B

- [non diuiso : erct]um enim do-
 [minium est, un] de eru[s] do-
 25 minus dicitur : ciere au[tem] di-
 uidere est : unde c <a> edere
 et secare [et diuidere] dici-
 mus . alii quoque qui uolebant
 eandem habere societa-
 30 tem poterant id consequi
 apud praetorem cepta (2) le-

(1) Los signos empleados deben entenderse de la manera siguiente: lo que va entre paréntesis rectos es lo que ha sido restituído por no haberse podido leer en el manuscrito. Lo que va en letras de mayor tamaño constituye letras o palabras intrusas, que hay que suprimir en la lectura. En fin, lo que va entre paréntesis angulares son letras que es necesario leer aunque no estuvieran en el manuscrito.

(2) Arangio Ruiz, revista *Al Quanon*, pág. 73, y Collinet, *NRH*, 105, suponen que quizá quiera o deba decir el manuscrito «certa» en lugar de «cepta».

- gis actione in hac autem societate fratrum
 ceterorumue qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium [i] [era]t, [unus] quod uel unus ex sociis communem seruuum manumitendo liberum faciebat et omnibus liberum adquirebat: item unus [rem communem mancipian]do eius faciebat, qui mancipio accipiebat. ...]

I

- 177 que leg. act: [re]stitu[tu]m est. Gaius, IV, 17.
 Per iudicis[us] postulat [i] onem ageba[tur si] q[u]a de re ut
 180 ita ager [et] ut lex ius [si] esse [t], sicut [ti] lex XII [t] tabularum de [eo] quod ex stipulo at [i] one petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: «EX SPONSIONE TE MI [H]I X MILIA SESTERTIORUM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVULO: AIES AN NEGAS». aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: «QVANDO
 190 TV NEGAS, TE PRAETOR IUDICEM SIVE ARBITRUM POSTVULO VTI DES[T]». itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item
 195 de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem lex Licin-

K

- n [i] a si de a [li] qua re communi diuid[e]nda agere-

tur. itaque no [mīn] ata causa ex
 qua agebat[ur] statim
 arb [it] er ptebatu [r].
 Per condi [c] ti [o] nem ita a [g] eba-
 205 tur: «AIO TE MIHI SESTERTIORUM
 X MILIA
 DARE OPORTERE: ID POSTVLO: AIES AVT
 NEGES». aduersarius dice-
 bat non oportere. actor dicebat: «QVAN-
 DO TV NEGAS, IN DIEM TRI
 210 CENSIMVUN TIBI IVDICIS
 CAPIENDI CAUSA CONDICO». dein- Gaius, IV, 17 a
 de die tricensimo ad iu-
 dicem capiendum prae-
 sto esse debebant.

Los fragmentos descubiertos, como se deduce de su contexto, se refieren a la institución del *anticum consortium* y a las legis acciones *per iudicis postulationem* y *per conditionem*.

El anticum consortium.—La supresión de una parte del § 154, recién descubierta, en el C. Veronensis, llevó al copista a sustituir la palabra *quidem*, que aparece en lo encontrado, por un *quoque*, que resultaba ininteligible.

El párrafo 154, como se ve actualmente, opone la *societas quae nudo consensu contrahitur* y que es *iuris gentium*, a aquel otro *genus societatis proprium civium romanorum* y que se usaba en la antigua Roma (*olim*).

Antes del actual descubrimiento estábamos informados de este género de sociedad por múltiples fragmentos de la más varia procedencia (1). Se le estudiaba como un precedente del contrato de sociedad. Pero las fuentes literarias y jurídicas sólo hablaban de *consortium* entre miembros de una misma familia, entre hermanos principalmente, en tanto que el PSI 1.182 nos habla de *consortium* entre *alii* o *ceteri*, que un escolio griego del mismo manuscrito califica del término más jurídico de *extranei*. Veamos sucesivamente ambos casos.

(1) Valenio Máximo, VI, 4, 8; Festo, V, sors; Diacono, V, *Dissertationes*; Varron, de I, L, 6, 65; Tito Livio, 41, 27, 2; Plutarco Aemil, 5; Cicerón in Verr., 2, 3, 23, 57; D. 10, 2, 39, 3; D. 17, 2, 52, 6 y 8; D. 27, 1, 31, 4; D. 29, 2, 7, 8.

El consortium entre coherederos.—A primera vista y contraponiendo las dos partes antitéticas del texto, parecería que, en tanto que el consortium entre alii exigía ir ante el Pretor, la constitución del consortium entre coherederos, no exigiría ningún acto determinado. Pero Collinet cita un texto de Varrón (de r. L., VI, 64 v.º conserere manu), que ya había sido notado por Nicolau en su obra «Causa liberalis» (París, 1933), y que dice textualmente: *nam manum asserere dicit consortes...* Collinet conjetura sagazmente que este texto está corrompido y que quizá diría en su primitiva redacción: *nam manu conserere dicit consortes...*

Probablemente las cosas pasarían de la siguiente manera: los coherederos pondrían todos la mano sobre un objeto de la herencia al tiempo que pronunciaban palabras sacramentales indicativas del deseo de permanecer en la indivisión. De estas palabras sólo poseemos la frase *ercto non cito*, la que, a pesar de la explicación de Gayo (id est dominio non diviso) y de la interpretación dada por algunos traductores a la frase *erctum ciere*, de Cicerón (*De orat.* I, 56, 237), vale tanto como partición no intentada.

Pero el texto de Varrón no distinguía entre el consortium, entre fratres sui (1) y entre alii. Según Gayo, podemos hoy asegurar que el consortium adoptaba dos formas: normal entre hermanos, con un procedimiento formalista, pero en el que no intervenía el Pretor, y otro anormal, entre alii o ceteri, en que era necesario ir ante el Pretor, *cepta legis actione*.

El consortium entre alii.—Ya acabamos de decir cuál era el procedimiento de constitución. Pero este medio plantea el problema de saber que legis actio era la que había que usar y en esto cambian las opiniones, puesto que Arangio Ruiz sostiene que se trata de una iniure cessio, en tanto que Monnier opina por el iudicium familiae erciscundae, mientras Collinet, tomando pie de la frase *ad exemplum fratrum suorum*, entiende que es una legis actio especial (para ello conjetura que la palabra *cepta* debería sustituirse por la palabra *certa*), que llevaría consigo la realización de los gestos y palabras propias de la constitución del consortium entre fratres.

(1) Aquí la palabra *sui* debe entenderse tomada en el sentido técnico de herederos suyos.

Nos parece lo más acertado lo que piensa Arangio Ruiz, puesto que la objeción de Collinet a ello y que se basa en que no hay cesión de bienes, se puede criticar si se piensa que propiamente hay cesión, ya que el bien, que antes era propiedad individual, se transforma en propiedad común de todos los socios. Tiene en su favor la opinión de Arangio, el hecho de que la *in iure cessio* pertenece a la jurisdicción graciosa del Pretor, que se acuerda muy bien con la naturaleza del acto. Así, pues, el magistrado diría la palabra *addico* indicativa de la transmisión de propiedad.

El *jus quodammodo fraternitatis*, que para Del Chiaro (1) procede del *consortium entre fratres*, ha encontrado su confirmación en el descubrimiento del nuevo tipo de *consortium*.

Es curiosa la regla que no se encuentra fuera de este caso, de los derechos de cada socio. Estos pueden por sí solos cumplir válidamente actos de enajenación (si manumite un esclavo, adquiere para todos el derecho de patronato sobre el liberto; si mancipa una cosa, ésta se hace de aquel que recibe la cosa mancipada).

La legis actio per iudicis arbitrive postulationem.—En este punto es importantísimo el nuevo hallazgo, porque anteriormente sólo se sabía de ella que era una de las cinco *legis actiones* (Gayo, IV, 12), y más tarde (Gayo, IV, 20), que no se sabe por qué se introdujo la *condictio* para casos en los que anteriormente se podía proceder por *sacramentum* o por *iudicis postulatio*. Además poseíamos el pasaje de Valerio Probo, *De juris notarum*, 4, 8, que decía: *Te Praetor iudicem arbitrumve postulo utides*.

Hoy, según el nuevo Gayo, podemos decir con él, que se procedía con esta *legis actio*, cuando una ley lo hubiera mandado ya saber, en los siguientes: 1.º Por ejemplo, en materia de estipulación, según la ley de las XII tablas. 2.º En materia de división de herencia, según la misma ley, y 3.º Según una ley *licinnia*, de fecha ignorada, en materia de división de cosa común.

El procedimiento era: afirmación del derecho de crédito, con indicación de la causa; pregunta del demandante al demandado de si afirma o niega y, en fin, petición de un juez o árbitro.

Collinet, hábilmente, indaga (partiendo principalmente de la fra-

(1) Del Chiaro: *Le contrat de société en droit privé romain sous la République et au temps des jurisconsultes classiques*. Nancy, 1928.

se itaque nominata causa ex qua agebatur) que la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* es una acción concreta, con indicación de la causa, y que, por tanto, y esto es lo importante y lo que no se había sospechado, que el *sacramentum in personam* era una acción abstracta, lo mismo que la *condictio*.

Es un problema interesante el que plantea el hecho de que Gayo, al dar la fórmula para la *sponsio*, hable de *iudicem sive arbitrum*, ya que parece superfluo lo de *arbitrum*, hasta el punto de que Arangio Ruiz se permite proponer su eliminación en el caso de *sponsio*. Pero compárese, en contra, a Cicerón (pro Murena, 12, 27) y la cita hecha de Valerio Probo.

También Gayo nos informa de otra particularidad de esta *legis actio*, y es la de que el que negaba lo hacía sin incurrir en pena. Quizá en esto estuviera su razón de ser, y que la *legis actio sacramentum in personam* sólo sirviera para relaciones de carácter penal (como, por ejemplo, en materia de *repetundae*).

La legis actio per conditionem.—Según las fórmulas de esta acción, el proceso pasaba de la siguiente manera: el actor afirmaba su derecho de crédito, sin indicar la causa; el actor, como en las *iudicis postulatio*, preguntaba al demandado si afirmaba o negaba, y, en fin, si negaba, el actor emitía la fórmula de la *condictio* citando para los treinta días, con objeto de designar un Juez.

Los escolios griegos.—Arangio Ruiz los atribuye a la escuela de Derecho de Alejandría. Lo importante de ellos es que nos descubren que D. 50, 17, *De div. reg. juris*, 153, es un texto original y puro, y, por tanto, exento de interpolación, y que por una cita que hacen de Paulo (Sent., libro II, tít. 29, 50), deducimos que el texto transmitido por la ley de los visigodos (*lex romana Wisigothorum*) está mucho más reducido de lo que se pensó en un principio. (Girard (*Textes*, pág. 378) opinaba que la abreviación representaba un sexto del total.)

IGNACIO SERRANO Y SERRANO.

El artículo 20 de la ley Hipotecaria

Con arreglo a la Ley de 21 de Junio de este año, queda redactado como sigue :

«Para inscribir o anotar los documentos en virtud de los que se transfiera o grave el dominio o la posesión de los bienes inmuebles o derechos reales, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue, o en cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen.

Los Registradores denegarán o suspenderán, según los casos, la inscripción de dichos documentos, mientras no se cumpla este requisito, y serán responsables directamente de los perjuicios que causen a un tercero por la infracción de este precepto.

Podrán igualmente inscribirse sin dicho requisito los documentos públicos siempre que tampoco estuvieren inscritos tales derechos a favor de otra persona y se publiquen edictos por espacio de un mes en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca, expedidos por el Registrador con vista de dichos documentos, expresándose también necesariamente en el asiento que se practique las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, tomándolas de los mismos documentos o de otros presentados al efecto.

Estas inscripciones no surtirán efecto contra tercero hasta después de transcurridos dos años, contados desde su fecha.»

Con el ánimo complacido ante el evidente acierto de la modificación, la examinaremos seguidamente.

Haciendo un brevísimo resumen histórico, comenzaremos por situarnos mentalmente en el momento de la creación del moderno Registro de la Propiedad.

A grandes rasgos, el pensamiento del legislador de 1863 es el siguiente: presupone que todo dueño tiene un título escrito de dominio, que debe inscribir en el Registro nuevo. Esta inscripción será la inscripción primera, y se practicará mediante traslado del asiento correspondiente de los libros del antiguo Registro u Oficios de Hipotecas, o mediante presentación del mismo título en el Registro nuevo por vez primera.

Todo aquel que adquiriera un derecho real después de 1863, es indudable que lo ha adquirido de quien ha debido y podido practicar aquella inscripción primera. Si la ha practicado, el título posterior a 1863 se inscribirá y será una inscripción derivada de la primera. Si no la ha practicado, deberá previamente lograr tal inscripción primera, como base de la derivada o posterior a 1863.

La idea es sencilla y clara.

Y es, además, necesaria, porque todo el sistema hipotecario se monta sobre esta cualidad de inscripciones derivadas.

En esencia, el sistema es el siguiente: todas las inscripciones derivadas, que se han basado en el contenido de una inscripción anterior, deben ser protegidas por la Ley, y en su beneficio deberá actuar íntegramente el sistema hipotecario de Registro mediante la aplicación de los principios que desenvuelve, a saber: que se presume con presunción *jure et de jure* (en beneficio exclusivo de la inscripción derivada) que la inscripción primera u originaria refleja la realidad jurídica y la agota, y que, por lo tanto, es inatacable en perjuicio de la derivada que en esa realidad se basó. (Fides pública o publicidad absoluta, desenvuelta en los artículos 17, 34, 36, etc., de la Ley.)

Ahora bien: estas inscripciones derivadas contienen elementos que no se han basado en el contenido de la inscripción anterior, v. gr., la causa del nuevo contrato de transmisión, que puede ser ilícita, etc., etc., y es ilógico pretender que por el solo hecho de la inscripción se purifiquen estos vicios privativos del contrato nuevo. A menos que de esta inscripción viciada se derive, antes de la impugnación y anulación por tales vicios, otra inscripción, en cuyo caso la posibilidad de tal impugnación perjudicaría al nuevo titular derivado, contra la fides pública que debe tener a su favor.

De aquí que, mientras no se impugne, la presunción de vera-

cidad de la inscripción derivada, en esos elementos y vicios privativos del nuevo contrato, sea tan sólo una presunción *juris tantum* o con prueba en contrario (publicidad relativa desenvuelta en el artículo 24, 33, etc.); y de aquí, también, que si antes de la impugnación se deriva de la inscripción viciada otra inscripción, la presunción *juris tantum* se convierta en presunción *juris et de jure* en beneficio de esta última inscripción derivada, por el principio de publicidad absoluta (fides pública). Pues bien: puede ocurrir (en el pensamiento del legislador de 1863 se concreta al momento de la creación del Registro nuevo) que aquel titular anterior a 1863, que pudo inscribir su título, no lo haya inscrito, y que posteriormente a 1863 transmita su derecho.

Lógicamente, debe inscribir su título antiguo (inscripción primera) y después inscribir la transmisión posterior (inscripción derivada), a la que se aplicará todo el juego del sistema. Pero como realmente aquella inscripción primera debió hacerse en el Registro anterior (oficios de Hipotecas), que ha de quedar cerrado en adelante, ahora tendrá que inscribirse el título antiguo directamente en el Registro nuevo, para, seguidamente, hacer la inscripción derivada o del título de transmisión posterior a 1863 (artículo 20 de la Ley de 1863).

¿Para qué esta doble inscripción?—pensará el legislador de 1869—. Bien puede ser sustituida la inscripción primera por la presentación del título antiguo del transmitente, acompañando al título transmisivo posterior al que sirve de base, y por una reseña o mención de tal título que se haga en la inscripción del título moderno.

No habrá dificultad ni razón jurídica que se oponga a que esta inscripción tenga consideración y efectos de inscripción derivada y a qué juegue sobre ella todo el sistema hipotecario.

En realidad, la mención de circunstancias del título antiguo hace las veces de una inscripción primera, porque pudo hacerse tal inscripción (aunque no se hizo) en los oficios de Hipotecas para ser trasladada al Registro nuevo, como también pudo ser inscrito en el Registro nuevo directamente por sí solo. Y si, ciertamente, la posible inscripción primera del título antiguo por sí solo no surtía efecto alguno hasta que de ella se derivaba otra inscripción, momento en que en beneficio de ésta actuaba todo el sistema hi-

potecario (fides pública), nos hallaremos en este mismo caso y momento al regular esta clase de inscripciones mixtas de primeros y derivadas, que deberán, por lo tanto, gozar de todos sus beneficios.

Nos hallamos ya en el procedimiento especial del artículo 20 de la ley Hipotecaria de 1869, que no es más que el reflejo de este pensamiento finísimo del legislador.

Esta clara idea sufre las siguientes confusiones momentáneas:

Primera. Lógicamente, las inscripciones primeras no pueden producir efecto sustantivo alguno, o, en todo caso, tan sólo el de publicidad relativa o presunción de realidad impugnabile, en la forma que hemos expuesto.

No lo expresan así, ni lo perciben tan siquiera, los legisladores de 1863, 1869, 1922 y 1932.

Segunda. Inscripción primera de documentos privados. También el legislador y los comentaristas sufren la confusión que expusimos en los números 95 y 96 de esta REVISTA CRÍTICA.

Tercera. Al legislador de 1909 le asalta el temor de que la inmediata aplicación del sistema hipotecario a las inscripciones especiales del artículo 20 puede resultar injusta y perjudicial, y decreta que no surtirán efecto respecto de tercero durante dos años.

¿Qué ha querido expresar con esta fórmula? ¿Qué terceros son éstos? ¿Es cierto que se suspende totalmente durante dos años la aplicación del sistema?

Luego veremos el alcance de esta frase.

Cuarta. En 1909 no existen inscripciones primeras por sí solas. Los títulos anteriores a 1909 no se pueden inscribir por sí mismos; pero, por el contrario, pueden servir de base para la inscripción mixta de primera y derivada. El pensamiento es firme: puesto que aquellos títulos anteriores no surten más efecto que el de servir de base a las inscripciones derivadas, se suprimen las inscripciones primeras de tales títulos, con lo cual se sale del mal paso de admitirlas sin regularlas, como ocurría anteriormente.

Pero la Resolución de la Dirección general de 30 de Diciembre de 1909 dispone que pueden inscribirse los títulos antiguos por sí mismos, con lo cual resucita las inscripciones primeras de los mismos, sin regulación de efectos, criterio que se sigue también en 1922 y 1932.

Como llave general, es preciso que hagamos constar lo siguiente: parece lo natural que para la determinación e implantación del sistema hipotecario, para la aplicación de los principios del mismo, la Ley debiera haberse servido de los términos de expresión adecuados. A saber: inscripciones originarias e inscripciones derivadas, asignando a unas y otras los efectos propuestos por el sistema. Es evidente que la tarea resultaría de gran sencillez y claridad.

Pero la Ley ha preferido utilizar un término inadecuado, el término *tercero*. Ha incurrido en una trasposición de términos de expresión. Este término *tercero* carecía, en realidad, de un significado jurídico concreto, antes de su utilización por el sistema hipotecario, y la consecuencia inevitable ha sido convertir la Ley en una Ley con clave, en que esta clave—*tercero*—tiene un valor convencional que expresa o quiere expresar aquella otra idea en que sufrió la trasposición, a saber: juego de los principios hipotecarios, aplicación total del sistema, efectos de las inscripciones derivadas, etc., etc.

Teniendo todo ello presente, podemos aventurarnos en el análisis de la modificación que examinamos.

¿Qué se ha propuesto el legislador?

De la lectura del artículo puede deducirse lo siguiente:

1.º Proscribir en absoluto las inscripciones primeras por sí mismas.

Basta para probarlo observar que exija: a) que haya una adquisición anterior que sirva de título al transmitente; b) que en la inscripción que se practique se mencionen *necesariamente* las circunstancias esenciales de tal adquisición anterior, y c) que cuando no se justifique esta adquisición, no pueda practicarse la inscripción, sino una anotación preventiva, la cual sólo se convertirá en inscripción una vez lograda aquella justificación en el plazo de subsistencia de la anotación, transcurrido el cual se cancelará en otro caso.

Vemos, pues, que rechazando aquel sistema de inscripciones primeras, acepta íntegramente el de inscripciones mixtas de primeras y derivadas que antes expusimos.

El primer asiento, hecho al amparo del artículo 20, es, en esencia, una inscripción mixta de primera y derivada, y requiere: a)

un título no inscrito, anterior, de adquisición, a favor del transmitente (que se menciona), y *b*) un título de transmisión de ese derecho (que se inscribe).

En este punto podrá producirnos alguna confusión que la modificación diga que la mención de circunstancias del título de adquisición anterior se hará tomándolas de los mismos documentos (refiriéndose a los documentos públicos presentados a inscripción, o sea los de la transmisión posterior) o de otros presentados al efecto, cuando parece esencial que siempre haya de ser necesario acompañar estos títulos antiguos.

Pero un examen más minucioso nos hará ver su lógica significación en el caso de que el título nuevo o de última transmisión contenga al mismo tiempo el título antiguo o de transmisión anterior, como si A (sin título antiguo) vende a B, y seguidamente, en la misma escritura, B vende a C; evidentemente la mención de circunstancias del título del transmitente B se hará tomándolas de la escritura, que sirve también para la inscripción a favor de C.

Esta interpretación, sin embargo, choca con la frase del párrafo sexto del mismo artículo, que dice: «y no se justificare tampoco que lo adquirió el otorgante antes de la fecha de la escritura», que parece rechazar el supuesto anterior de una doble transmisión en la misma fecha y escritura, siquiera sea anterior una a la otra.

Ahora bien: de estos dos títulos, el anterior, del transmitente, y el de transmisión nueva, que se inscribe, sabemos, porque así lo dice la Ley, que este último ha de ser un documento público. Pero la Ley no nos dice si el primero ha de ser también documento público o, por el contrario, basta que sea documento privado.

No hallamos razón alguna para rechazar los documentos privados a este fin; ni éstos han de poder servir para fines reprobables que no puedan lograrse igualmente con la sola admisión de documentos públicos; ni creemos, por último, que el proceso histórico de su admisión autorice a suponer otra cosa.

¿Habrán de ser fehacientes?

Precisemos este concepto. Envuelve la siguiente idea: cuando era requisito indispensable que el título antiguo fuera anterior a una fecha determinada—1909-1922-1932—se hallaban en situación de privilegio, para este efecto, los que dispusieron de título anterior a esas fechas. Consecuentemente era de temer el intento

de alteración de fecha del documento privado posterior, dándole una anterior, y el propósito del legislador sería el impedirlo. Era, pues, la certeza de la autenticidad de la fecha lo que preocupó, o debió de preocupar al legislador, y en este orden del pensamiento, observó que los requisitos exigidos por la Ley civil a los documentos privados para que sus efectos afectaran a tercero en cuanto a su fecha, eran suficientes a su propósito y no vaciló en emplear el término *documentos privados fehacientes* al imponerlos en el artículo 87 del Reglamento hipotecario.

En realidad, padeció un error; *fehaciente* significa que hace fe en juicio, por lo cual tan fehaciente es un documento público como uno privado, pues ambos hacen fe en juicio; en evitación de una posible falsedad, exige la Ley civil, para que éstos hagan prueba, que sean reconocidos legalmente, con lo cual el negocio surte plenos efectos, respecto de los otorgantes y sus herederos; este efecto, este negocio, tiene en algunos casos, v. gr., cuando se trata de derechos reales, efectos universales, y, por lo tanto, afectan a tercero desde su fecha, beneficiándole o perjudicándole, y ésta es la razón de que esa fecha deba tener en su garantía los requisitos de autenticidad que exige el artículo 1.227 del Código civil.

Bien se ve que se confunden o pueden confundirse fehaciencia y requisitos de autenticidad de fecha, que es sólo requisito de fehaciencia, como lo es también el reconocimiento legal, y que en esta confusión recayó el legislador hipotecario.

Las consecuencias posibles de esta confusión las hemos de ver seguidamente.

Es la primera que podamos creer que el propósito del mismo, al emplear el término *fehaciente*, como necesario al documento privado, consistió en impedir que éste fuera falso o simulado.

Nada menos cierto. Buena prueba de lo contrario es que el artículo 87 no impide que el documento privado, cierto en cuanto a su fecha, sea falso en su totalidad.

Por otra parte, si el legislador hubiera pretendido esto, no se hubiera limitado a exigir uno sólo de los requisitos de fehaciencia (el de la fecha), sino también el de autenticidad del mismo documento (reconocimiento legal).

En juicio, son complemento uno de otro y forman un todo per-

fecro. Su aplicación, fuera de juicio, referido a un solo requisito (de fecha) debe entenderse que carece de aquel propósito totalitario; no podemos creer que el legislador hipotecario pretendió exigir una prueba plena, análoga a la judicial, como requisito previo a la admisión del documento privado, sino que, por el contrario, creyó encontrar la sustitución de esa prueba en el juego ingenioso del artículo 20 de la ley Hipotecaria, a través de los efectos del sistema.

La segunda, es que pueda alarmarnos la modificación, por lo siguiente: tan pronto como en adelante sea suficiente que el documento privado sea de fecha anterior a la transmisión que se inscribe, nada será más fácil que forjarlo de la nada sin que pueda evitarlo la exigencia de fehaciencia, que en adelante carecerá de sentido.

Ciertamente—diremos—, mediante un documento privado falso podrá aparecer como transmitente quien, siendo dueño de la finca, no intervino en el mismo, bastando para ello la falsificación de su firma, al paso que antes de la modificación, la exigencia de autenticidad de la fecha frustraba el propósito de falsificación. Pero para que esto sea exactamente cierto, tendremos que añadir que aquella exigencia no tenía ese objeto, sino únicamente el de impedir una alteración de fechas, puesto que los títulos anteriores a la fecha señalada que fueran falsos servirán también para la transmisión e inscripción posterior, sin que se exigiera prueba alguna de su no falsedad.

Es decir, que lo único ocurrido con la modificación es que deja de tener importancia una fecha señalada al hacerse automático el sistema de inscripción, con lo cual el problema, despojado de la confusión que haya podido producir el empleo de la frase *documentos privados fehacientes*, se plantea ahora en sus verdaderos términos, a saber: el título anterior puede ser falso, nulo, simulado, ineficaz, viciado, ilícito, etc., etc.; antes de la modificación era difícil forjar un título falso, en escritura pública o en documento privado posteriormente a las fechas de las leyes; pero era fácil que estuviera ya forjado en documento privado, si bien podía ocurrir que el título, tanto público como privado, fuera nulo, simulado, e ineficaz o viciado; después de la modificación, nada más sencillo que procurarse un documento privado falso, y sin ne-

cesidad de ello, un título de adquisición no cierto, mediante que una persona cualquiera venda una finca de que no es dueño; y ello, tanto en documento privado como en escritura pública. Pues bien: ¿no será peligroso dar un valor, por pequeño que sea, a ese título sin exigirle mayores garantías de realidad?

El problema, en esta forma planteado, no es de ahora; es el mismo del sistema anterior; es, sencillamente, el de la valoración del contenido del documento antiguo, al que dan la misma solución ambos sistemas, en idéntica valoración, como en ambos podía adolecer de los mismos vicios, falsedades y errores.

Y, por contra, se manifiesta en este momento en su propio terreno, y ha de hallarse su solución, sin temor alguno, no por el falso derrotero de la fehacencia de fechas, sino en la acertada regulación de los efectos de la inscripción y en la aplicación científica del sistema hipotecario de Registro, más que suficiente para lograr tal resultado, según veremos luego.

Por último, se plantea otra duda: expresa la Ley la necesidad de justificar la adquisición anterior por el otorgante; ¿qué alcance tiene esta frase?, o sea, ¿qué deberá entenderse por suficiente título de adquisición?

Desde luego, es evidente que el criterio del Registrador ha de ser decisivo en este punto, pero se nos figura demasiado impreciso el concepto que, dados los términos de la Ley, le ha de servir de base. Podrá dar por justificado el derecho del transmitente a la simple vista de un certificado de amillaramiento a su nombre, como también, por el contrario, con un criterio riguroso, no lo entenderá justificado a la vista de un documento privado en que evidentemente resulte la incapacidad de comprar, v. gr.: por su minoría de edad, o de un documento público en que se muestre más o menos claramente que ha sido otorgado con causa ilícita. En una palabra, se trata de saber cuál es el concepto de título a estos efectos, y el alcance de la calificación del Registrador, sea de fondo o de forma, o si, por el contrario, no debe existir tal calificación. Creemos nosotros que para que quede justificada la adquisición se necesita un título documental capaz en abstracto de producir tal adquisición, título que será cualquiera de los suficientes para ello, a tenor del artículo 609 del Código civil: expediente de posesión, escritura de compraventa, testamento u otro

título universal, cuando se justifique también con otro documento que se hallasen comprendidos en él los bienes, etc., etc.

Como creemos, también, que ante un título de tal clase el Registrador ha de tenerlo por válido, absteniéndose de calificarlo, cualesquiera que sean sus defectos, más o menos visibles, de fondo y de forma; fundamos esta creencia en la finalidad de la Ley, que no es otra que expurgarles de tales viciós posibles para elevarles a inatacables al conjuro de la transmisión derivada, que por la inscripción se beneficia del contacto purificador del Registro a través del ingenioso sistema del artículo que comentamos.

Cualquier quiebra de este propósito no podrá ser imputada al Registrador, sino al sistema mismo, y esta idea deberá ser suficiente para sustraer del ánimo de este funcionario la violencia provocada por la pasividad a que le obliga la Ley ante los defectos que observa en el título antiguo, violencia y contrariedad nacidas de su hábito profesional de una celosa y penetrante calificación jurídica de los títulos inscribibles.

2.º Añadir una nueva formalidad a la inscripción especial, en función de garantía.

Consiste en exigir una publicación por edictos del hecho de la inscripción.

Su objeto no puede ser otro que lograr que llegue a conocimiento de quien, de otro modo, podría reputarse perjudicado por la inscripción indebida que lesionara sus derechos.

En principio, este posible perjudicado, v. gr., el verdadero dueño, tiene suficiente garantía con la suspensión de efectos durante dos años, puesto que sabrá, sin necesidad de edictos, que existe un adquirente inscrito, tan pronto como éste realice actos de dominio que choquen con el suyo, y, en consecuencia, podrá impugnar la inscripción con éxito durante dos años. Si el adquirente deja transcurrir dos años sin realizar actos de dominio, con objeto de que el verdadero dueño no se entere del despojo hasta que éste sea irreparable, nos hallaremos ante un caso de mala fe, previsto por el sistema, aunque no por el articulado de la Ley.

Pero, por el contrario, en todos los casos en que el posible perjudicado no tenga a su favor el ejercicio de actos de dominio directo sobre la finca, no llegará a su conocimiento el hecho de la inscripción realizada, aunque el adquirente ejecute

dichos actos. Así ocurrirá cuando ese posible perjudicado sea un titular de la nuda propiedad, o de un dominio condicional, o de una reserva, etc.

Igualmente, el perjuicio resultará inevitable cuando el adquirente inscrito, con mala fe, deja de ejercitar su dominio e hipoteca la finca, o cede la nuda propiedad o cualquier otro derecho real que no se traduzca en actos materiales sobre el inmueble, con lo cual este acreedor o nudo propietario, que adquirieron de buena fe sus derechos, habrán despojado de los mismos al verdadero dueño una vez transcurridos dos años, por la aplicación estricta del sistema hipotecario, pese a la suspensión de efectos del artículo 20.

Todo ello será impedido, y tal vez sea de justificación de la modificación mediante la publicación de edictos, que implican o por lo menos se proponen el conocimiento de la inscripción por el verdadero dueño o titular de derechos contradictorios de ella. 3.º Hacer automática la aplicación del sistema de inscripciones mixtas, refiriéndola no a una fecha fija anterior, sino a todo momento, en relación a un sencillo juego de fechas y documentos.

Nada más lógico que ello. Nos atreveríamos a afirmar que es ahora cuando el procedimiento adquiere un tono científico, elevándose del empirismo que implicaba la referencia a las fechas de 1909, 1922 y 1932, no obstante a que en su origen, o Ley de 1869, se ajustaba también el más riguroso criterio científico, que después perdió, por arrastre de ideas, sin una previa investigación de su fondo.

Y sobre todo ello, y esto es la enorme trascendencia de la modificación, las aguas turbias del manantial inagotable de la vida jurídica extrarregistral pasarán al Registro de la Propiedad, decantadas incesantemente por el filtro purificador del artículo 20, que actuará al mismo tiempo de cordón umbilical en función de nutrirlo perennemente con la savia de la vida real, compleja y fecunda como la vida misma.

Examinemos ahora la modificación a través de sus efectos.

«Estas inscripciones no surtirán efecto contra tercero hasta después de transcurridos dos años, contados desde su fecha», dice. Una vez más se nos ofrece el término *tercero* con un valor de clave, cuyo significado convencional hemos de descubrir acu-

diendo al probable juego de los principios del sistema hipotecario, prescindiendo en absoluto de su definición legal.

En este camino, siguiendo el orden de ideas en que nos hemos basado, observamos que las inscripciones mixtas del artículo 20 se integran de los siguientes elementos:

1.º Un documento de adquisición del transmitente, no inscrito, que se menciona, en que es fácil reconocer una característica de inscripción primera y, por lo tanto, el elemento que proyecta este carácter sobre la inscripción mixta del artículo 20.

Como consecuencia lógica de esta naturaleza, dicha mención, dicho documento, dicho título contendrá tan sólo una presunción de veracidad *juris tantum*, que podrá ser contradicha mediante prueba en contrario (publicidad relativa).

Podrá probarse que el transmitente (o portador del título antiguo) no era dueño, o que tenía el dominio sujeto a cargas que no constan, o afecto a causas de nulidad, rescisión o resolución,

2.º En la misma inscripción mixta encontramos el elemento de inscripción derivada, en el título de adquisición del inscribiente, que adquiere basándose en el título antiguo del transmitente que se menciona.

Su consecuencia será que, actuando el sistema hipotecario de inscripciones derivadas, tenga a su favor la presunción de que el citado título en que se fundó (título antiguo) refleja y agota la realidad jurídica con presunción *juris et de jure*.

No podrá impugnarse el título del transmitente, por lo tanto (publicidad absoluta).

Bien se ve que la existencia de estos dos elementos dispares en la inscripción mixta provoca consecuencias contradictorias.

La Ley evita la contradicción con absoluta claridad y sencillez.

Dice: a) La inscripción hecha a favor del adquirente (inscripción derivada) no goza de la fides pública absoluta hasta después de transcurridos dos años de su fecha; y b) Únicamente durante dos años será impugnable mediante prueba en contrario (publicidad relativa) la presunción de realidad del título del transmitente que se menciona (embrión de inscripción primera).

La Ley llama tercero, indudablemente, a aquel que conserva durante dos años el derecho a impugnar el título del transmitente, o a cuyo favor pende la acción de nulidad, rescisión o resolución.

Este tercero conserva sus derechos durante dos años. durante los cuales podrá ejercitarlos aun en perjuicio del inscribiente del artículo 20 y de todos los que del mismo deriven su derecho; y pasados los dos años no podrá ejercitarlos en perjuicio de ellos.

Detengámonos un instante en el examen de este tercero: a) Ha de ser titular de un derecho real. Aceptamos la idea, sin entrar a examinar el concepto de derecho real y su identificación en algunos casos con la acción de resolución, titularidad condicional, etcétera, etc.; b) Ha de tener un derecho anterior a la fecha de la transmisión inscrita. Evidentemente, para que pueda impugnar la presunción de realidad del título que alega el transmitente en el momento de la transmisión, es necesario que el que lo impugne (tercero) alegue a su favor un derecho real contradictorio del que se afirma al transmitir, y, por lo tanto, anterior a la transmisión misma.

Llamaremos, provisionalmente, a estos terceros terceros preferentes.

Destaca ahora con claridad absoluta que este significado del término *tercero* no expresa todo el propósito del legislador, puesto que el título del transmitente puede estar afecto a causas de nulidad, rescisión o resolución que no impliquen necesariamente un derecho real a favor de tercero, como cuando el transmitente hubiere adquirido su dominio de un menor de edad, o con causa ilícita, o en virtud de un testamento con defectos de forma, etcétera, etc.

No hemos de investigar la naturaleza de estas acciones, pues nos basta afirmar ahora que durante dos años podrán anular y rescindir el derecho del transmitente con perjuicio para el adquirente del artículo 20, y que transcurridos dos años, éste queda a salvo de tales acciones.

Avanzando un poco más en el examen iniciado, observaremos que el contrato transmisivo realizado e inscrito con arreglo al artículo 20 puede adolecer de vicios privativos que no traigan su origen ni procedan de la falta de veracidad del título antiguo del transmitente, como que tenga causa ilícita, o sea hecho en fraude de acreedores, o sea simulado, o el adquirente carezca de capacidad, o esté afecto a acciones de nulidad y rescisión que no constituyan un derecho de tercero. En todos estos casos la inscripción

no tiene en dichos elementos caracteres de inscripción derivada, pues realmente son originarios y privativos del contrato y, consecuentemente, ese contrato podrá ser anulado o rescindido y la inscripción cancelada antes o después de los dos años, por el ejercicio de la acción de nulidad o rescisión originada por tales vicios privativos del mismo contrato (publicidad relativa).

Ahora bien: con arreglo al mismo sistema hipotecario, tan pronto como de esa inscripción mixta así viciada se derive una inscripción posterior, sea antes o después de los dos años, el titular de esta inscripción derivada impedirá que puedan ejercitarse las acciones de nulidad y rescisión privativas de la inscripción en que se ha basado (publicidad absoluta o fides pública). Y dando el último paso, completaremos el estudio examinando los efectos de las inscripciones derivadas de las inscripciones mixtas. Diremos: todos estos titulares que derivan su derecho del titular de la inscripción mixta, y lo inscriben, son netamente titulares derivados.

Por ello, el sistema hipotecario actúa íntegramente, cualquiera que sea la fecha de esta inscripción derivada, anterior o posterior a los dos años de la mixta.

Rigen, para ellos, los artículos 17, 34, 36, etc., de la Ley.

Tendremos, por lo tanto, una serie de terceros contra los cuales surte efecto, sin limitación de tiempo, la inscripción del artículo 20, en cuanto que para ellos actúa el sistema hipotecario, que, a tenor de los artículos expresados, llega a hacer inatacable con presunción *juris et de jure* el contenido de tal inscripción mixta.

Tendremos con ello que durante los primeros dos años podrán coincidir dos clases de terceros: los preferentes que antes vimos y los terceros no preferentes que ahora mostramos.

En ejemplos prácticos tendremos los diversos momentos y situaciones, como sigue:

1.º A vende a B (inscripción mixta).

Si el título de dominio que invoca A es falso o incompleto, X, verdadero dueño o titular de un derecho real, podrá impugnarlo durante dos años.

Si el título de A estaba sujeto a condición (v. gr.: dominio reservable a favor de X), o estaba afecto a causas de nulidad, res-

cisión o resolución (v. gr.: que adquirió en fraude de acreedores, o siendo incapaz, o con causa ilícita, etc.), se podrán ejercitar las oportunas acciones durante dos años.

(Esta posible impugnación del título de A explica suficientemente que la calificación registral no deba alcanzar al fondo ni a la forma de tal título, bastando que tenga la apariencia de título adquisitivo.)

2.º A vende a B (inscripción mixta). Suponiendo que en tal venta existan vicios privativos, causa ilícita, etc., etc., será el mismo contrato impugnabile antes y después de los dos años, en tanto no haya una inscripción que se derive de la mixta. Pero si B vende a C antes de la impugnación, ésta no podrá entablarse en su perjuicio.

Si en otro caso B constituye una hipoteca a favor de C, podrá hacerse aquella impugnación, siempre que se dejen a salvo los derechos hipotecarios de C (artículos 34 y 36).

3.º A vende a B (inscripción mixta). B vende a C, que no inscribe, y después B vende a D, que inscribe (antes o después de los dos años). C no podrá impugnar la venta e inscripción de D por razón del artículo 17.

Pero si B, después de vender a C, que no inscribe, hipoteca a favor de D, que inscribe, C podrá lograr su inscripción, dejando a salvo la hipoteca de D.

Percibimos ahora claramente la dificultad, que juzgamos insuperable, de dar forma legal adecuada a la ordenación hipotecaria utilizando el término *tercero*, extraño a la esencia del sistema que tiene su base en el enlace de las inscripciones derivadas con las anteriores, en que se engarzan con artística sencillez los principios de publicidad absoluta y relativa; y sólo nos resta hacer votos por que en la nueva ley Hipotecaria se prescinda de aquel término, que ha torturado durante medio siglo la inteligencia de los estudiosos.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI,

Notario.

Las transacciones en Derecho comparado hispanocubano

La importancia de la transacción es tan indiscutible como manifiesta su utilidad, dicen Romero Girón y García Moreno; y también que no sólo facilita la solución de las diferencias surgidas entre dos o más individuos, sino que le dignifica bajo dos conceptos: le hace, en primer lugar, árbitros de la cuestión litigiosa, depositando en sus manos todo el poderío del Juez, y personificando en ellos la más alta de las funciones sociales: la administración de justicia; y, en segundo lugar, mueve a cada una de las partes a ceder algo de sus derechos, dando un ejemplo de laudable condescendencia. Y sobre todo esto resalta la utilidad de la transacción, si se la considera como medio de evitar los gastos que consigo lleva todo litigio y las enojosas molestias que son anejas a las cuestiones judiciales.

Mas, a pesar de ello, con todas esas sus grandísimas ventajas, que la hacen el modo más fácil de dirimir y terminar toda contienda entre las entidades particulares, las legislaciones antiguas no regularon su acción ni preceptuaron lo conducente a su desarrollo como contrato, pues solamente la ley 34, título 14, partida 5.^a, se ocupó de ellos. A los Tribunales y a los tratadistas se debieron las primeras normas, que hoy recoge el Código civil, en su libro cuarto, título XIII, capítulo I, artículos 1.809 al 1.819, inclusive; que paso a examinar y comentar a la luz de la Jurisprudencia.

En el primero de esos artículos se define la transacción diciendo que es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo

o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.

Sánchez Román, al definirla, dice que es un contrato accesorio, consensual, bilateral, oneroso, en virtud del cual, y haciéndose recíprocamente concesiones, terminan las partes una cuestión dudosa que entre ellas existe.

Manresa dice que la transacción es un contrato consensual, recíproco y oneroso, por el cual las partes resuelven, mediante mutuas concesiones, una cuestión que les parece dudosa; y agrega que, aun cuando pareciere ociosa la afirmación, sin cuestión, sin pleito, sin debate o polémica judicial o extrajudicial, no puede existir transacción; y, en este sentido, la resolución de la Dirección de los Registros (de España) de 9 de Enero de 1903 establece la sustancial doctrina de que no existiendo pleito alguno pendiente, no cabe transigirlo, aplicable a la capacidad de los síndicos de una quiebra para otorgar la correspondiente escritura.

La definición de nuestro Código es positivamente incompleta, insuficiente, porque son muchos los actos que, como la transacción, tienen esa finalidad de evitar o poner fin a un litigio; entre ellos, la confirmación, el mismo compromiso en árbitros—gemelo de la transacción—, la delación de juramento, el desistimiento y otros.

Además, la transacción, como advierte Manresa, no es solamente un contrato resolutorio, sino que también puede tener todos los caracteres y modalidades que quieran concederle los contratantes; y, en su consecuencia, no sólo resuelve cuestiones y evita pleitos, sino que puede constituir derechos reales, que, por serlo, graven las fincas en poder de quien se hallen.

La transacción es un contrato accesorio, porque presupone la existencia de otro o de una relación jurídica anterior determinantes de diferencias entre las partes; es consensual, porque su perfección sólo estriba en el consentimiento; bilateral, por cuanto es productor de obligaciones recíprocas y condicionales; y oneroso, porque si no hubiese el mutuo sacrificio patrimonial que lo informa dejaría de ser transacción y resultaría o una donación o una renuncia.

Caracterizan a la transacción dos elementos principales que la diferencian de otros contratos.

Ellos son : la duda que los interesados se prestan a aclarar, resolviendo por sí, sin necesidad de Juez ; y el que se llama *hinc inde remissum*, o sea la renuncia por cada parte de algo de su derecho.

En cuanto a la duda, es bastante que exista en el momento del contrato, sin atender para nada a hechos venideros que puedan aclararla, puesto que el peligro del litigio existe por la duda, y los contratantes, queriéndolo prevenir, transigen, como cuando dudan del resultado final del litigio ya existente.

Determinando el recíproco sacrificio, que hacen de parte de su derecho, el reconocimiento de su propio error, en cuanto a su exageración en lo pretendido, que se nivela por la cesión o sacrificio que hacen.

De la capacidad para celebrar el contrato no dice nada el Código en especial a él, debiéndose estarse al principio general ; y así serán capaces para transigir todos los que tengan la libre disposición de sus bienes, y puedan, por tanto, enajenarlos, porque, como decían los romanos, *transigere est alienare*.

Esa capacidad tiene las limitaciones que estudiaré seguidamente en los artículos 1.810, 1.811 y 1.812.

Ahora réstame examinar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto de España como del nuestro.

La sentencia del 14 de Diciembre de 1898, de España, declara que «para los efectos legales se entiende por transacción la concurrencia de pretensiones opuestas e inconciliables, racionalmente fundadas en el orden legal, pues tal situación justifica las mutuas concesiones»; la de 11 de Diciembre de 1901, que declara que es legítima una transacción que tuvo por objeto evitar la continuación y provocación de litigios, cuando resultan claros sus términos, y no hay indicios de que el consentimiento fuera viciado por error, violencia o dolo ; la de 27 de Junio de 1907, que declara que, concurriendo en una escritura las condiciones esenciales del contrato de transacción, no obsta para este concepto que el Notario autorizante la estimase como de adjudicación ; y la de 22 de Abril de 1911, que declara que aun cuando las partes litigantes, pueden someter al conocimiento del juzgador el convenio estipulado para acabar su contienda, de igual modo pueden concertarlo por sí solas, sin aquel conocimiento y aprobación, y compa-

recer ante el Tribunal, manifestando haber transigido sus diferencias y solicitando que lo convenido se lleve a debido efecto.

Y en la jurisprudencia cubana son de citarse la sentencia de 26 de Julio de 1905, que declara que si la Sala sentenciadora, apreciando en conjunto la prueba practicada, estima que las convenciones celebradas entre las partes, y cuyo cumplimiento se exige en el juicio, tuvieron por objeto, haciéndose mutuas concesiones, evitar un litigio, que, de otro modo, hubiera surgido entre ellas, no incurre en error al estimar que esas avenencias constituyen una transacción; y la de 12 de Febrero de 1906, que declara que, en Derecho no puede ser calificado de transacción el acto en que las partes se limitan a fijar la ascendencia de una deuda contraída por el causante de una de ellas, obligándose, además, ésta a satisfacerla a la otra, que es el acreedor, con una rebaja obtenida por la liberalidad del mismo, cuando sobre tal deuda no ha habido litigio ni siquiera discusión entre las partes; y, por tanto, a dicho acto no pueden aplicársele los preceptos que regulan la transacción, cuando en ella intervienen menores.

Los artículos 1.810, 1.811 y 1.812 son los que, como ya adelanté, marcan limitaciones a la capacidad para transigir, y aunque con toda separación habré de examinarlos, los agrupo seguidamente, al recogerlos íntegros a tal fin.

Dice el 1.810 que el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda sino en la forma prescrita en el número 12 del artículo 269 y en el artículo 274 del presente Código.

El padre y, en su caso, la madre pueden transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuvieren bajo su potestad; pero si el valor del objeto sobre que recaiga la transacción excediera de 2.000 pesetas, no surtirá ésta efecto sin la aprobación judicial.

El 1.811, que ni el marido ni la mujer pueden transigir sobre los bienes y derechos dotales sino en los casos y con las formalidades establecidas para enajenarlos u obligarlos.

Y el 1.812, que las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes.

Ya dije antes que el Código no trae precepto ninguno a la capacidad de los que transijan relativa, sino que marca en estos tres

artículos precedentes los motivos por los cuales la capacidad general para celebrar contratos está en éste de transacción limitada.

El primero, el 1.810, se refiere al tutor y al padre y, en su caso, a la madre, que tenga patria potestad.

Es precepto del Código, en su artículo 269, caso 12, que para transigir y comprometer en árbitros las cuestiones en que el menor o incapacitado estuviese interesado, necesita el tutor autorización del consejo de familia.

Y ello es muy lógico y legal, como lo es el precepto del artículo 274 del propio Código, que ordena que esa autorización para transigir que el tutor necesita sea pedida por escrito, en el que aquél exprese todas las condiciones y ventajas de la transacción, así como también que el consejo de familia a quien se haga la petición de autorización, que ha de concederla o no, oiga el dictamen de uno o más letrados, según la importancia del asunto, precepto éste igualmente del citado artículo 274, porque tratándose de menores, hay que garantizar toda gestión o acto que les afecten, por lo menos haciendo intervenir en él al consejo de familia, el cual, por eso, porque con su intervención va a producir esa garantía, necesita conocer por escrito los motivos, los fundamentos, las razones detalladamente que han de inducirlo a su resolución, accediendo o no a ella. El consejo no autoriza en abstracto al tutor para transigir, sino concretamente conforme a las condiciones del caso, del que, en la forma escrita dicha, ha de conocer.

El segundo párrafo del artículo 1.810 que examino se contrae a la capacidad de los padres para poder transigir sobre los bienes y derechos de los hijos que se hallen bajo su potestad; y no solamente hace una referencia a la doctrina general, respecto de los derechos de los padres sobre los bienes de los hijos, si que también establece una modificación a aquella doctrina, pues que la exigencia de la autorización judicial para la enajenación de bienes inmuebles del hijo se restringe a sólo los que tengan un valor, al transigir sobre ellos, superior a 2.000 pesetas.

Y sienta también ese segundo párrafo que estudio un precepto que, por rigurosa y literal interpretación, pudiera crear dudas respecto a su alcance cuando se refiere solamente a «menores sometidos a la potestad paterna o materna, según los casos», dejando

de considerar o comprender en el precepto otros menores no sometidos ya a la patria potestad, pero con su capacidad restringida, sin embargo. Ellos son los que, por haber contraído matrimonio o por otra causa cualquiera, están emancipados de derecho, pero a pesar de eso no tienen la libre disposición de sus bienes. Mas esto no tiene trascendencia, ni puede tenerla, dado que, como dice Manresa, apoyado en la sentencia del Tribunal Supremo, de España, de 12 de Diciembre de 1899, la transacción que se equipara a la venta encuentra resuelta toda duda en los preceptos que rigen la enajenación de los bienes de los menores emancipados.

El artículo 1.811 se ocupa de la capacidad para transigir el marido o la mujer sobre bienes dotales. Como él mismo lo dice, ello sólo puede ser en los casos y con las formalidades establecidas para enajenarlos u obligarlos; así, en la dote inestimada, la mujer podrá transigir con licencia de su marido o con licencia judicial si el marido es menor de edad, e intervención del padre, la madre o el que constituyó la dote, o, en su defecto, del tutor, del protutor, del consejo de familia o cualquiera de sus vocales; y si la dote es estimada, el marido podrá llevar a cabo la transacción por sí, siendo mayor de edad, o con el consentimiento de su padre, madre o tutor, si no ha llegado a esa mayoría.

La capacidad de la mujer casada comerciante es de suma importancia en este caso, puesto que, autorizada por su marido, la mujer mayor de veintiún años de edad, para el ejercicio del comercio o para continuar el que antes hubiese tenido, quedan obligados a las resultas del tráfico mercantil su dote, ya sea estimada, ya inestimada; sus parafernales, los mismos gananciales y hasta los propios bienes del marido; la mujer puede disponer y, consiguientemente, transigir sobre ellos, por razón de actos mercantiles, sin otra autorización que la general para comerciar, dada o consentida por el marido.

El artículo 1.812 se ocupa de las corporaciones que tengan personalidad jurídica, la que, dice, sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes, los que, según el artículo 38 del propio Código civil, son los conformes a las leyes y reglas de su constitución.

Los Ayuntamientos y demás corporaciones públicas se rigen por leyes especiales. Una limitación a la facultad de transigir los

Ayuntamientos en Cuba la impone el artículo 118 de la ley Orgánica de los Municipios (Decreto número 568 de 10 de Mayo de 1908), que preceptúa que para establecer reclamaciones judiciales, transigir, separarse de los recursos legales o allanarse a las demandas, será preciso acuerdo del Ayuntamiento, por las dos terceras partes, a lo menos, del número de los Concejales que según la ley deba tener.

Precepto imperativo, como se ve, pues que dice «será preciso» el acuerdo a que se contrae por modo absoluto.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España nos brinda la sentencia de 12 de Diciembre de 1899, que declara que el contrato de transacción, por su analogía con el de venta, exige los mismos requisitos de capacidad que este último, y por ello está prohibida su celebración entre marido y mujer; la de 10 de Abril de 1908, que declara que, existiendo perfecta compatibilidad entre los intereses de la madre y los de sus hijos menores de edad, pudo aquélla defender en juicio los derechos de éstos y otorgar escritura de transacción en pro de sus comunes intereses, subordinándose la eficacia de la transacción a la aprobación judicial; la de 3 de Marzo de 1909, que declara que el artículo 1.810 del Código civil sólo prescribe que la transacción hecha por el padre o la madre, en su caso, no surtirá efectos sin la aprobación judicial, lo cual es muy distinto de la nulidad; la de 23 de Mayo de 1910, que declara que si la escritura de transacción contuviera la constitución de un derecho real, tratándose de una sociedad compareciente, se exigiría expresa declaración estatutaria o la correspondiente autorización de la junta general; la de 21 de Octubre de 1915, que declara que el contrato de transacción, como todos los demás reconocidos por el Código civil, pueden celebrarse a nombre de otro, siempre que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgare antes de que sea revocado por la otra parte contratante, de donde lógicamente se desprende que cuando esa ratificación existe, aunque se haya contratado por persona no autorizada, pero a quien el otro otorgante reconoció personalidad en el acto de transigir, no puede negársele después sin ir contra sus propios actos, y quedan ambas partes obligadas con la autoridad de cosa juzgada, como ordena el artículo 1.816, del mismo Código civil. Y del Tribunal Supremo de Cuba tenemos la sentencia de 28 de Julio de 1905, que declara que es nula una trans-

acción celebrada por la madre con patria potestad respecto de bienes de su hijo menor, cuyo valor excede de dos mil pesetas, aunque en dicho contrato la madre haya expresado que concurre no sólo en representación de su hijo, sino por su propio derecho, si el que tuviere es de usufructo en parte de esos bienes.

El artículo 1.813 dispone que se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal.

Precepto éste perfectamente acorde con el espíritu y la esencia del contrato y conforme con las disposiciones al caso del Código penal y ley de Enjuiciamiento criminal, que preceptúan, a su vez, el primero, en su artículo 22, que el perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal. Esto no se entiende respecto a los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado. La responsabilidad civil, en cuanto al interés del condonante, se extingue por su renuncia expresa; y la segunda, la ley de Enjuiciamiento criminal, en el 106, que la acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Pero se extinguen por esta causa las que nacen del delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualesquiera que sean el delito o falta de que procedan.

Y en el 107, de la misma, que la renuncia de la acción civil o de la penal renunciante no perjudicará más que al renunciante, pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere.

Previniéndose en el 108 que la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.

Ni el precepto del Código civil ni sus concordantes del Penal y ley de Enjuiciamiento criminal transcritos exigen comentario ninguno, y así me abstengo de discurrir sobre ellos.

Previene el artículo 1.814 del Código civil que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros; y es obvio tal

precepto, porque sólo pueden ser objeto de este contrato los derechos controvertidos y los dudosos; pero que, siendo de interés privado y estando en el comercio, sean también susceptibles de disponerse y renunciarse por los particulares; y así se observa que, pudiendo transigirse toda cuestión o diferencia que emane de la acción civil proveniente de delito, y ésta en total también, no pueda hacerse transacción sobre la pena, porque el primer caso es de interés privado y afecta sólo al perjudicado, mientras el segundo es de interés público. Así son, igualmente, de orden público el estado civil de las personas y las cuestiones matrimoniales; y la acción para pedir alimentos futuros que se funda en el derecho irrenunciable a la vida, que son los tres casos del artículo examinado.

El artículo 1.815 preceptúa que la transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma, y que la renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción.

Como se ve, precisa la extensión de la transacción y su objeto.

García Goyena ha dicho, estudiando este precepto, que ni el pacto general puede llevarse a lo desconocido o ignorado, ni para terminar cuestiones puede hacerse de otro modo, porque la transacción surte el efecto de una sentencia, y toda sentencia, para ser congruente y válida, necesita resolver sobre todos los puntos que fueren objeto de discusión en la contienda. El Tribunal Supremo, de España, en su sentencia de 11 de Noviembre de 1904, sienta la doctrina determinando que en todo contrato de transacción deben entenderse resueltas y terminadas cuantas cuestiones tengan relación directa con el objeto transigido, en tanto no es ésta excepción expresa, y, en su consecuencia, la transacción por la que se dió término a un pleito sobre nulidad de la cesión de las rentas de una casa, hecha por el padre del contrayente durante la menor edad del mismo, dándose por cancelado y extinguido dicho contrato y por renunciados los derechos y acciones que mutuamente pudieran asistir a ambas partes, dejó implícitamente resuelta toda cuestión sobre las rentas anteriormente percibidas, por lo que es impertinente la acción dirigida a la devolución de las mismas, que

iría ciertamente contra el tenor, sentido y alcance del pacto transaccional.

Y antes, por su sentencia de 22 de Noviembre de 1886, había sentado el mismo Tribunal Supremo, de España, que aunque las transacciones, como contratos *strictis juris*, deben tener una inteligencia genuina y literal, esto no excluye el conocimiento y eficacia de las condiciones que las partes establezcan en éste como en los demás contratos.

El Tribunal Supremo, de Cuba, por su sentencia de 4 de Febrero de 1907, declaró que si por virtud de la transacción el deudor accedió a que el acreedor se cobrara su crédito mediante la percepción por éste de una parte del sueldo que aquél disfrutaba, después de pagada una deuda anterior que en idéntica forma se estaba extinguiendo, a cuyo efecto también convino en que se reembargara dicho sueldo, es claro que el acreedor, al cobrar de una vez el total de la deuda, extendió la transacción a cosa no pactada, lo cual no podía hacer, conforme al artículo 1.815 del Código civil.

El artículo 1.816 preceptúa que la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.

Principio exactísimo, en verdad, si se considera, como dice Manresa, que la naturaleza de la transacción es la de un substitutivo de la sentencia judicial; y en este teorema ha de buscarse siempre el origen de todos los corolarios y los escolios que jurídicamente puedan hacerse.

Siempre que su objeto sea lícito, agrega Manresa, la transacción hace el efecto de la sentencia firme entre las partes.

Es axiomático que toda transacción libre y espontáneamente concertada es obligatoria y debe observarse y cumplirse como cualquier otro contrato.

El Tribunal Supremo, de España, por su sentencia de 25 de Noviembre de 1871, declaró que la transacción tiene, entre las partes que la han celebrado, la misma fuerza que la cosa juzgada, y es válida y surte todos sus efectos legales mientras no se pruebe que ha intervenido dolo, falsedad, mala fe o se reclame directamente su nulidad. Y el de Cuba, por sus sentencias de 27 de Octubre de 1905 y 4 de Febrero de 1907, declaró que, al prescribir el

artículo 1.816 del Código civil que la vía de apremio no procede para el cumplimiento de la transacción privada, establece entre ésta y la judicial una diferencia, mediante la cual no puede, en rigor, atribuirse a la celebrada en la forma primeramente mencionada la fuerza de una sentencia ejecutoria; y que las demandas, en los juicios verbales, se interponen por medio de papeletas, y presentadas éstas se inicia el juicio, por lo cual el convenio que celebren el demandante y demandado, después de citado éste para la comparecencia, y precisamente el día y hora señalados para la misma, en cuyo acto se puso en conocimiento del Juez lo convenido, debe considerarse como una transacción judicial a los efectos legales.

El artículo 1.817 preceptúa que la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1.265 de este Código.

Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra, siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado.

Y el 1.265, a que el mismo se refiere, dice textualmente «que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo».

Como se ve, el primero no es más que una reproducción del principio general del precepto sobre los vicios del consentimiento en los contratos que el segundo consigna, en general, pero con variantes que son, sin duda, su determinante, pues falto de ellas, era una mera e innecesaria repetición del principio antes expuesto, que atañe a la transacción, como a todo contrato.

Esa variante es la que marca el segundo párrafo, al tratar del error, que, como claramente expresa, no puede una de las partes oponer—siendo de hecho—a la otra, siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado.

El error puede ser de hecho, de derecho y también de cálculo o de concepto.

El de hecho, que es el especial del precepto que estudio, puede recaer tanto sobre la persona como sobre el objeto y sobre la causa del contrato.

El error sobre la persona sólo produce nulidad cuando aquélla fuese la causa principal del contrato, cosa que en la transacción no ocurrirá nunca, puesto que éste contrato se inspira en la convenien-

cia de evitar un pleito, una cuestión, trátase con quien se trate ; pues que ni aun tomada una persona por otra, ese error siempre recaerá más sobre la causa que sobre la persona, no obstante las apariencias, como dice Manresa.

Un error de hecho que anulará la transacción es el que recaiga sobre la sustancialidad del objeto. Tal el caso en que una parte de los transigentes ignore, al transigir, una circunstancia que decida de su derecho favorablemente y que viene después a conocer ; desde luego que puede ir contra la transacción, porque este contrato precisamente se funda en derechos tenidos por más o menos dudosos, nunca sobre los que son ciertos y efectivos.

Ni el error de derecho ni el de cálculo son eficaces en la transacción.

Y, por último, es terminante el precepto del artículo en cuanto a que no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra, siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado.

El artículo 1.818 establece que el descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe.

El precepto de este artículo es terminante y absoluto. Sólo admite una excepción : la de la mala fe habida en el descubrimiento, mejor podría decir ocultación de los documentos, hasta el momento oportuno para hacer su descubrimiento.

La mala fe, o séase la acción o proceder falto de sinceridad y malicioso, probada, desde luego, será la única causa para que, conforme a la estricta disposición del artículo que estudio, pueda la aparición de un documento anular o rescindir una transacción.

El artículo 1.819 preceptúa que si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá ésta pedir que se rescinda la transacción.

La ignorancia de una sentencia que puede revocarse no es causa para atacar la transacción.

La recta interpretación de este artículo impone considerar la distinta condición de la sentencia que pueda existir, ignorándolo una de las partes, ya dictada, cuando se celebre una transacción ; esto

es, que sea una sentencia firme, o que aun no lo sea, y pueda, por tanto, revocarse.

En el primer caso—el de la sentencia firme—, la parte que ignore su existencia podrá pedir la rescisión de la transacción. Ese es el texto literal.

E importa mucho fijar el concepto permisivo, facultativo, del precepto, porque parece indudable que, dado que es así, lo mismo «podrá» esa parte pedir la rescisión de la transacción que atenerse a ella y prescindir de la sentencia.

Sin embargo, no es ése el espíritu y razón de la transacción.

Esta tiene por fundamento un derecho «dudoso»; y si ese derecho ya ha sido aclarado, fijado en la sentencia, y ésta es firme, aquélla, la transacción, carece de objeto, porque su finalidad ya está lograda en la sentencia.

Otra cosa muy distinta es que la sentencia, aun firme que sea, siga desconocida por los interesados en la transacción. No conocida por ninguna de ellas, no hay fundamento para la rescisión de la transacción, que hay que estimar eficaz a todos sus efectos.

Y si las dos partes desconocen la sentencia, están, indudablemente, las dos facultadas para obrar como el artículo dice para una.

De la sentencia revocable aun no firme no hay que hablar. El artículo, por modo expreso y terminante, previene que ella no es causa para atacar la transacción.

DR. ANDRÉS SEGURA CABRERA,

Abogado y Notario jubilado de Cuba.

ANA E L E R S

Cajera en las oficinas de la Asociación de Registradores de la Propiedad.

Gestor administrativo. Habilitación de Clases pasivas. Presentación de toda clase de instancias en la Dirección general de los Registros y en los demás Centros oficiales. Gestiones en los mismos. Certificaciones de penales, últimas voluntades y demás. Fianzas, jubilaciones, viudedades y orfandades.—San Bernardo, 42, segundo derecha.—Teléfono 13906.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

35. *Derecho interregional.—Prescripción de la acción de nulidad. Prohibición de pactos sucesorios.—Tiempo necesario para la adquisición por prescripción de bienes muebles.* Sentencia de 4 de Junio de 1934.

Interpuesta demanda por D.^a L. T. contra los consortes D. C. J. y D.^a C. A., que alegaron la excepción de prescripción, es estimada esta excepción por el Supremo, que absuelve a los demandados, declarando, previa sentencia de igual fecha, que no interesa al caso, lo siguiente:

Considerando que por hallarse conformes las partes en todo lo fundamental de los hechos que sirven de base al litigio, sólo puntos o cuestiones doctrinales o jurídicas han de ventilarse y resolverse, siendo el primero y principal de ellos el relativo a cuál sea la legislación aplicable, toda vez que la parte actora invoca el derecho foral catalán, y la demandada entiende que el derecho común es el que ha de regir en la contienda planteada, a cuyo respecto es forzoso reconocer que este último es el que procede aplicar por tratarse de personas que, conforme a lo dispuesto en el número 3.º y párrafo último del artículo 15 del Código civil, aun cuando procedieran de territorios o provincias aforadas, habían ganado vecindad por la residencia de diez años en territorio no aforado, sin haber manifestado su voluntad en contrario, y, por tanto, les son aplicables las reglas del derecho común en cuanto a los derechos y deberes

de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y los de sucesión testada o intestada, disposiciones que concuerdan con las que en la materia las preceden en la ley 2.^a, título 24, partida 4.^a, reproducida en la ley 7.^a, título XI, libro VI, de la Novísima Recopilación, e incuestionable es que la demandante, D.^a L. T., siguió a este respecto la condición de su marido.

Considerando que en lo referente a la escritura de 30 de Octubre de 1901, otorgada por D.^a L. T. y D. A. A, su suegro, por la cual se pactó la devolución de la dote aportada por aquélla a su matrimonio con D. J. A., renunciando dicha señora a los derechos que las capitulaciones matrimoniales le reconocían, no puede prosperar la pretendida nulidad, en atención a que, sea cualquiera el fundamento de la petición—error, violencia, intimidación, dolo o falsedad en la causa—, les alcanza la ordenación del artículo 1.301 del repetido Código, que sólo permite el ejercicio de la acción durante cuatro años, tiempo suficiente para la prescripción, y que con notable exceso ha transcurrido en este caso; sin que pueda ofrecer mejor éxito la misma petición, amparada en ilicitud de la materia contractual, por referirse a una herencia futura, sobre la cual se haya prohibido contratar, conforme al artículo 1.271 del tan repetido Código, toda vez que en este caso se ha pactado, no sobre la herencia futura de D. A. A., sino sobre la ya causada por su hijo, don J., marido de la demandante, fallecido en 10 de Enero del año anterior al del otorgamiento de la escritura que se discute.

Considerando que la naturaleza mobiliaria de los bienes cuyo usufructo reclama la parte actora, y el hecho de haber sido adquiridos por la demandada en virtud del testamento otorgado por D. A. A., y merced a la escritura de capitulaciones matrimoniales de los demandados, obliga a reconocer que, en todo caso, han sido adquiridos por prescripción, al amparo del artículo 1.955 del Código civil, ya que ha de presumirse la buena fe, basada en los aludidos títulos traslativos de dominio, y en tal situación han transcurrido más de tres años, y aun más de seis, que son precisos para la adquisición de dicho dominio, sin otro requisito que la posesión no interrumpida, como aquí acontece.

* * *

Sobre los problemas derivados de la diversidad de legislaciones en España remitimos al lector a la obra de Lasala, recientemente publicada, Sistema español de Derecho civil internacional e inter-regional.

Para el estudio de la nulidad véase Traviesas, Sobre nulidad jurídica, en Revista de Legislación, tomo 124, pág. 491; en el mismo trabajo (tomo 125, pág. 83) se plantea la cuestión de si la extinción de la acción de nulidad implica la extinción de la excepción.

La prohibición de los pactos sucesorios y sucesión contractual puede verse en Castillejo y Duarte, La forma contractual en el derecho de sucesiones, Madrid, 1902. García Herreros, La sucesión contractual, Madrid, 1902. Martín Retortillo, Breves consideraciones sobre la sucesión contractual, Revista de Legislación, tomo 143, página 210. Alas, Derecho civil, Madrid, 1929, pág. 525.

La prescripción, con relación a los bienes muebles, puede estudiarse en Alas, La publicidad y los bienes muebles, Madrid, 1920. Alas, De Buen y Ramos, De la usucapión (Madrid, 1916). De la prescripción extintiva (Madrid, 1918). Véase Saleilles, La posesión de bienes muebles (Madrid, 1927).

36. *Cosa juzgada.—Requisitos para su existencia.—Cuenta corriente mercantil.—Interpretación de las cláusulas de una escritura de poder.—Responsabilidad del mandante por actos del apoderado que exceden de las facultades conferidas.—Situación del tercero contratante, que conoce los términos del poder.—Ratificación.* Sentencia de 7 de Junio de 1934.

El Supremo admite el recurso interpuesto por la Sociedad M., casa y anula la sentencia dictada por la Audiencia de Granada y dice:

Considerando que el texto legal, contenido en el artículo 1.252 del Código civil, al exigir como presupuesto de la autoridad positiva de la cosa juzgada la más perfecta identidad entre los elementos objetivos y subjetivos de las sentencias en relación, encierra un concepto valorativo, lógico y formal de máxima justeza, dirigido a indagar y reconocer la absoluta coincidencia de aquéllos en una razón común de cualidad esencial, excluyente de con-

diciones jurídicas, extraídas por analogía y semejanza, a fin de lograr *secundum quid* de reconocimiento auténtico del ser en sí mismo a través de las sucesivas determinaciones accidentales que pudiera experimentar por influjo de las circunstancias de lugar y tiempo; y así es como dicho precepto quiere que en el ámbito procesal de los pleitos contrapuestos se hayan debatido las mismas cuestiones, por iguales causas, sobre materia idéntica, y entre las personas comunes a ambos, revestidas del carácter litigioso con que en ellos figuraron, sin que baste para vigorizar la fuerza de lo juzgado la concurrencia parcial de identidades, sino la integración total de las enumeradas en dicho artículo, con sus condiciones de inalterabilidad y permanencia.

Considerando que concretamente al caso de autos, la primera litis se planteó por demanda sobre la base de unos contratos de compraventa, en mérito de cuyos pactos el comprador solicitó, mediante el ejercicio de la *actio empti*, la entrega de la cosa, y, en su defecto, la resolución de dichos contratos, con indemnización de perjuicios, que fijaba en cantidad líquida importe del precio satisfecho a cuenta y de la diferencia entre éste y el que tenía la mercancía cuando el vendedor fué requerido para el cumplimiento de sus obligaciones; a lo que el demandado se opuso con las impugnativas que estimó oportunas y además pidió, por reconvencción, que el demandante le abonase otra cantidad, cifrada como importe de un saldo de contabilidad, resultante de operaciones negociadas entre ambos en diversas y sucesivas ocasiones, dictándose por el Juez competente sentencia firme, que absolvió al demandado de la acción ejercitada por el demandante, y a éste de la reconvencción formulada por aquél, siendo en síntesis y en lo pertinente los motivos del fallo los siguientes: por lo que afecta a la desestimación de la demanda: a) Que las relaciones contractuales sostenidas entre los litigantes se hallaban comprendidas dentro de los estrechos moldes de una cuenta corriente con todas las características específicas de esta institución jurídicomercantil, en la que las diversas operaciones concertadas por compraventa, depósito, etc., se transforman en meras partidas de cargos y abonos en movimiento regular de compensación, y no representan otra cosa que elementos de una cifra definitiva, que es el saldo acreedor o deudor, cuyo resultado no es posible conocer hasta la liquidación de la cuenta. b) Que, incluido,

con cargo al demandado, el importe de los giros librados a su favor, en concepto de precio de la compraventa aludida, no puede afirmarse en manera alguna, aparte la imprecisión de las cantidades manejadas, que el supuesto vendedor sea deudor de éstas hasta la determinación del saldo resultante. c) Que, giradas dichas cantidades meses antes del otorgamiento de los contratos aludidos, y sin referencia a ellos, éstos eran inexistentes, por carecer de causa jurídica, y, por lo tanto, no procedía acceder a la pretensión deducida; y d) Que por tal razón, y por no haberse probado la veracidad del saldo reclamado por las negociaciones sobre las cuales se funda la demanda, y «aun dando por supuesto la realidad y efectividad de tal saldo a favor del actor, la forma en que es pedida tal cantidad imposibilita su concesión, *en atención a los más elementales principios de congruencia* que deben informar toda resolución judicial...»; y en cuanto a la reconvencción, la rechaza también por los argumentos cuyo extracto, en lo fundamental, es como a continuación se expresa: a) Que es arbitrario el cómputo de la cantidad reconvenida al utilizar el demandado las partidas columnarias de la cuenta corriente que le favorecen y prescindir de las que le perjudican, creando así una suma imaginaria objeto de la reclamación. b) Que, reconocida explícitamente por dicho demandado la relación contractual originaria de cuenta corriente, el hecho de reclamar por el montante de determinadas partidas y no de otras, sin tener en cuenta la indivisibilidad de aquella institución mercantil, y principalmente la imposibilidad legal que existe de estimarse acreedor o deudor, sin previa liquidación del saldo, impide que prospere el pedimento. c) Que, apreciada la prueba en conjunto, no se demuestra la razón invocada, aunque sí aparece la forma no muy diligente de llevar sus negocios el demandado; y d) Que el apoderado del reconviniente tenía en sus manos los negocios de aquél con plena confianza y anuencia del poderdante, «motivos y razones todas que obligan al juzgador, en méritos de la más estricta justicia y equidad, a declarar la improcedencia de la reconvencción y absolver a la parte actora».

Considerando que establecido el volumen procesal de la litis precedente como punto necesario de referencia para contrastarlo con el contenido jurídico de las cuestiones debatidas en el pleito de este recurso, según al por menor las explican los resultandos

de la presente resolución, es notoria la variedad de causas que fueron objeto de controversia y de resolución en uno y otro proceso; pues entendido que la *causa petendi* radica en la sustancialidad de un derecho concreto, reconocido por la Ley a su titular, cuyo poder de realización la compete en juicio, mediante el ejercicio de la acción correcta—que por su mecanismo viene a ser el derecho mismo puesto en movimiento reactivo frente a lo injusto de la conducta ajena—, es evidente la disparidad de causas donde se contraponen diversidad de acciones; por lo cual si en el primer juicio primó la discusión sobre la *actio empti*, emanada de un clásico contrato consensual, cuyo título de pedir descansa en la entrega de la cosa comprada, y subsidiariamente se impetra la resolución o rescisión del contrato, con sus consecuencias adheridas al incumplimiento de la obligación exigible, y en el segundo pleito gira en torno a la efectividad de una liquidación definitiva derivante del contrato específico de cuenta corriente de índole normativa, de donde la novación individualizada de las remesas se plasma en la masa homogénea de las columnas del debe y haber para vincular una sola razón de crédito por la concreción final del saldo efectivo resultante, es evidente la exteriorización de dos acciones perfectamente diferenciadas y en cierta manera inconciliables, que, a su vez, determinan distintas causas jurídicas de pedir, y, por consecuencia, hacen aquí imposible el reconocimiento *de la más perfecta identidad de causas*, requeridas como elemento sustancial de la autoridad de cosa juzgada en su función positiva.

Considerando que si por los fundamentos o motivaciones objetivas de la primera sentencia se pronunció una decisión judicial que absuelve meramente de la acción inicial ejercitada, es visto que deja expedita la iniciativa de la parte actora para formular otras demandas dirigidas a la sanción de un derecho que le corresponda en méritos, no sólo de causa y acción nuevas, discutibles en contienda de área procesal diferente, sino también cuando la cosa es distinta, cual acontece en el caso de autos, pues bien se advierte que si el objeto de la reclamación primitiva era cierta suma representativa del precio de cosas compradas, valorizado a determinada cotización, o la entrega de la cosa misma, ambos aspectos de unicidad sustancial, en la reclamación subsiguiente se trataba de la fijación de cantidad por saldo numérico y líquido de compensa-

ciones de créditos incluidos en la configuración característica de una cuenta corriente, saldo cuyo montante económico es susceptible de hallarse más o menos influido por la inclusión crediticia de los giros singulares representativos del precio aquél, acaso coincidente con dicho precio, pero de naturaleza originariamente diversa, toda vez que en su integración aritmética compleja pueden entrar de hecho, y de ellos se nutre, otros sumandos procedentes de remesas que no tengan relación individualizada causal con las cantidades cifradas en el primer juicio; de donde se sigue que tampoco hay, en puridad de principios, *la más perfecta identidad de cosas*.

Considerando que en función negativa de cosa juzgada la ejecutoria de donde pretende extraerse dicha excepción legal es menester acatar el *dictum* judicial por los fundamentos consignados en su cuerpo doctrinal, sean ellos cuales fueren, porque la libre discusión de los mismos, fuera de la adecuación propia al fallo inmediato, es expuesta a un juego interpretativo que desnaturalice la técnica de su coherencia, poniendo en entredicho el estado de derecho, inalterable e infrangible, determinado por dicha decisión; razón por la que no es lícito conjugar *ad libitum* en la sentencia donde se alega la cosa juzgada las motivaciones de la primera, como no sea para sentar idénticas conclusiones que las de ésta, sin licencias ni expansiones exegéticas que induzcan a declarar lo contrario de aquello mismo para lo que únicamente se utilizaron, y constituye la autoridad del fallo considerado como fuente de la presunción; y entendido lo expuesto, es claro que de ninguna manera puede invocarse el argumento de que la reconvencción hubiera abierto las posibilidades de un debate sobre la cuenta corriente que permitiese declarar la identificación de causas y de cosas, pues a ello se oponen los siguientes fundamentos: a) Porque el Juez *a quo* dijo en forma inequívoca que ni por el demandante ni por el reconvinente se había ejercitado la acción idónea de cuenta corriente a fin de obtener en juicio la determinación de un saldo preciso y queda virgen esta cuestión, que, por lo tanto, no agota consuntivamente otros intentos jurisdiccionales ulteriores. b) Porque aun en el supuesto de que el demandado se hubiere apoyado en la coyuntura jurídica de la cuenta corriente para reclamar un saldo caprichoso, el demandante no estaba facultado para otra cosa que para combatir la tesis reconvenccional con meras impugnaciones de créditos incluidos en la configuración característica de una cuenta corriente, saldo cuyo montante económico es susceptible de hallarse más o menos influido por la inclusión crediticia de los giros singulares representativos del precio aquél, acaso coincidente con dicho precio, pero de naturaleza originariamente diversa, toda vez que en su integración aritmética compleja pueden entrar de hecho, y de ellos se nutre, otros sumandos procedentes de remesas que no tengan relación individualizada causal con las cantidades cifradas en el primer juicio; de donde se sigue que tampoco hay, en puridad de principios, *la más perfecta identidad de cosas*.

tivas de excepción; pero de ninguna manera podía perseguir la fijación de saldo líquido resultante con opción a él, toda vez que ello equivaldría a operar la trasmutación de la acción básica en el proceso mediante una *reconventio reconventionis*, que no consiente nuestro sistema procesal y antes bien proscribire la ley de Enjuiciamiento civil en su artículo 548, interpretado por conocida jurisprudencia, al establecer que en la réplica no es dable alterar los términos de la litis con la introducción de acciones nuevas, tanto más en el presente caso cuanto que la reconvencción no fué aducida con propósitos y finalidades compensatorias; y c) Porque los términos netos en que está escrito el fallo limitan el pronunciamiento a la repulsión de la acción *empti*, sin prejuzgar los derechos al saldo de cuenta corriente, extremo que no fué ni pudo ser controvertido en aquel pleito dentro de los límites estrictos de su rígido planteamiento, a virtud de la litis-contestación.

Considerando que demostrada la falta de identidad de cosas por los fundamentos explicados en otro lugar de este fallo de casación, robustecidos con la cita de la sentencia de este Supremo Tribunal de 22 de Marzo de 1897; que tampoco existe identidad de acciones, siquiera las ejercitadas en uno y otro pleito asuman *in genere* el carácter de acciones personales, pues sustancialmente son distintas, según quedó probado, al derivar de diferentes causas jurídicas, como lo son el contrato de compraventa y el normativo de cuenta corriente; y, en fin, porque no se trata de la *eadem quaestio*, toda vez que la ausencia de las dos identidades objetivas trazó los límites de un nuevo juicio, con contenido diverso del precedente, en el cual la reconvencción hubo de dar origen a una nueva cuestión, pero no a controversia sobre lo que es fundamental y privativo del segundo litigio; todo ello proclama la procedencia del primer motivo de casación interpuesto contra la sentencia recurrida, que, al estimar la excepción de cosa juzgada y absolver al demandado, infringe el artículo 1.252 del Código civil por interpretación errónea y consiguiente aplicación indebida y además incurre en inequívoco error de hecho sobre la apreciación de la prueba, que resulta acreditado por documento auténtico, cual es el testimonio de la sentencia firme dictada en 5 de Marzo de 1930 por el Juez de Primera instancia de La Carolina, que tiene precisamente el valor de ejecutoria, de donde se hace dimanar la excepción impugnada;

y, acogido este motivo de casación, hácese innecesario discriminar los restantes.

Por los fundamentos de hecho y de derecho que contiene la anterior sentencia de casación, y *considerando* que el saldo de la cuenta corriente entre ambos litigantes asciende a la cantidad de pesetas 128.000, contra M. A.; que la anterior negociación cambiaria fué normalmente llevada por D. J. A. C., en concepto de apoderado de D. J. M. A.

Considerando que los poderes conferidos por éste a su representante constan en escritura otorgada ante el Notario de G., don A. P., y le faculta, además de otras atribuciones, para que gire, acepte, endose, pague, cobre y proteste letras de cambio, pagarés, vales y demás documentos de comercio; y establece una cláusula general, que literalmente dice así: «Todas estas facultades se han de entender concedidas a D. J. A. C., con la obligación de dar cuenta de su gestión al Sr. M. A. y la condición de haber de sujetar, *en todo caso*, sus actos y gestiones a las instrucciones escritas que este señor le comunique por carta.»

Considerando que este mismo apoderamiento, en el extremo preciso de la extensión de poderes del mandatario frente a terceros, ha sido interpretado y fijado su alcance por sentencia del Tribunal Supremo fecha 9 de Diciembre de 1932, con motivo de un pleito sostenido entre D. E. C. y el mismo Sr. M. A., en el sentido de establecer que la cláusula transcrita constituye una verdadera y eficaz limitación de mandato y no la mera consignación de instrucciones internas; y es claro que tal decisión judicial tiene todo el valor de un postulado jurídico concreto, con la imprescindible autoridad de verdad legal para el caso presente, a fin de someter a sus declaraciones la trascendencia del acto realizado ahora por el apoderado, por virtud del cual quedó comprometida la responsabilidad patrimonial del representado.

Considerando que cualquiera que sea la relación causal subyacente del giro cambial que, en concepto de remesa, fué a integrar el saldo resultante de la cuenta corriente, es visto que se trata de un negocio jurídico, para la conclusión del cual estaba el representante facultado *in genere*, pero a la vez venía obligado a actuar con conocimiento y autorización del principal, así como el tercero, o sea la Sociedad M., debía contratar con igual garantía para res-

guardo en su propio riesgo; pero acreditado que esta Sociedad mercantil conocía el texto íntegro del poder otorgado por M. A. a A. C., y, por lo tanto, le constaba la cláusula limitativa del mandato, era de la más elemental previsión asesorarse del consentimiento de aquél en la operación realizada, sin cuyo requisito no podía quedar implicada la responsabilidad del representado al contrato de cambio, de conformidad con lo prevenido en los artículos 1.709, 1.714, 1.719 y 1.727 del Código civil.

Considerando que calificada la entidad demandante como *tertius sciens* respecto al contenido y extensión del poder, no puede invocar ni reclamar la responsabilidad adyeticia del *dominus negotii* por los actos del propósito, ejecutado con evidente infracción de sus restringidas facultades; y como tampoco se ha demostrado que el principal se hubiese aprovechado realmente de la cantidad librada, ni menos que *a posteriori* de la conclusión del negocio cambiario le concediese convalidación *ratificatoria*, expresa o tácita, es claro que no procede imputar el pago del saldo verificado al Sr. M. A. por el mero hecho de ser aquella suma el resultado de la cuenta corriente, en tanto que dicho saldo no es materialmente otra cosa que el mismo importe del giro y sus quebrantos, afectante al debe por la inclusión irregular en la columna de cargo de una operación realizada con manifiesto abuso del poder.

Por lo expuesto se absuelve a M. A. de la demanda contra él formulada ante el Juzgado de C. por la entidad M., en reclamación de 128.000 pesetas, como saldo de la cuenta corriente entre ambos existente.

* * *

Hubiéramos querido suprimir, o por lo menos extractar, alguno de los considerandos de la sentencia anterior; pero hemos preferido darla íntegra, en gracia a la claridad y al interés de sus declaraciones. Nada hemos de agregar en cuanto al estudio de la cosa juzgada después de lo que el Supremo dice. Para el estudio de la cuenta corriente debe verse: Morando: El contrato de cuenta corriente (traducción de Gella). Madrid, 1933 (?).—Vallés y Pujals: El contrato de cuenta corriente. Barcelona, 1906.—Raventós y Pastor: La letra de cambio y la cuenta corriente. Madrid, 1915 (con biblio-

grafía).—*Estasén*: De las cuentas corrientes y de los contratos de cuentas corrientes. *Madrid*, 1909.—*Ureña*: Las cuentas corrientes del Banco de España y el contrato de cuenta corriente. *Revista de Legislación*, tomo XC, pág. 446.—*Font y Viñals*: Cuentas corrientes. *Revista de Legislación*, tomo XCII, pág. 464.—*Mossa*: La cuenta corriente. *Rev. de Derecho Privado*, tomo XIII, página 65.—El concepto legal de las cuentas corrientes. *Revista de Tribunales*, tomo LVII, pág. 229.—*Boistel*: Teoría jurídica de la cuenta corriente. *Méjico*, 1924. Véase la bibliografía inserta al final de la sentencia de 6 de Abril de 1933, *REVISTA CRÍTICA*, tomo IX, pág. 549.

Entre la copiosa bibliografía referente a representación podemos citar: *Hupka*: La representación voluntaria en los negocios jurídicos. *Madrid*, 1930.—*Traviesas*: La representación voluntaria. La representación y otras instituciones afines. *Rev. de Derecho Privado*. Años 1922 y 1923, pág. 193.—*Lenel*: Mandato y Poder. *Revista de Derecho Privado*, XI, pág. 369.—*González*: Las conferencias del Dr. Ferrara. *REVISTA CRÍTICA*, IV, pág. 517.—*Dalmases*: Las lecciones del Profesor Ferrara. *Revista de Derecho Privado*, XV, pág. 135. Véase la sentencia de 17 de Octubre de 1932 (*REVISTA CRÍTICA*, IX, pág. 626). Mandato representativo. Efectos de la extralimitación del mandato por parte del mandatario.

37. *Desahucio por falta de pago en la fecha de la terminación del arriendo*.—Es procedente aun cuando, por costumbre de la tierra y por condescendencia del dueño, se hayan cobrado los recibos de años anteriores en fecha posterior a la de la terminación del arrendamiento. Sentencia de 14 de Junio de 1934.

Dos propietarios de A. concertaron con un labrador un contrato de arrendamiento que debía finalizar el 24 de Junio de 1932, extendiéndose los recibos en tal fecha. En este día no pagó el colono, y los propietarios ejercitaron contra él la acción de desahucio, a lo que el demandado opuso que el día 24 es la fecha del término del año agrícola, pero que existía un acuerdo tácito entre las partes de saldar las cuentas al recoger las cosechas en otoño, por lo que era improcedente el desahucio. El Juzgado y la

Audiencia condenaron a los propietarios; pero el Supremo, previo informe del Notario Sr. Azpeitia (que también informó en la Audiencia), da lugar al desahucio con arreglo a los siguientes considerandos:

Al estimar la Sala sentenciadora que el pago de las rentas de las fincas que conducía el recurrido vencían, según recibos que lo acreditaban, en 24 de Junio, si bien acostumbraba a verificarse en fechas posteriores, unas veces en el mes de Septiembre y otras en la época en que el recurrente liquidaba sus cuentas con el demandado, como administrador o apoderado de sus bienes, entendiendo el Tribunal *a quo*, aun prescindiendo de que el pago no se ha realizado en tiempo ni ocasión alguna, que por el hecho de dirigirse la demanda el día 8 de Julio de 1932, sin previo aviso o requerimiento al demandado, no le será posible a los actores, legal ni moralmente, ejercitar la acción de desahucio, máxime cuando el contrato de arrendamiento, base de la demanda, no consta por escrito, absolviendo, en su virtud, a los demandados, incurre en las infracciones que se señalan en los motivos de casación segundo, tercero y octavo, por violar el fallo recurrido en el número 2.º del artículo 1.569 del Código civil, en relación con el 1.579 de la ley ritual; los artículos 1.280, 1.278 y 1.279 del Código civil, y aplica indebidamente la doctrina consagrada en las sentencias de 3 de Marzo y 26 de Junio de 1928, que, al moderar el rigor contractual, en cuanto al momento del pago, atendiendo a exigencias de la realidad y principios de buena fe, sientan la presunción de que las prórrogas de gracias o cortesía concedidas por el arrendador en épocas anteriores se otorgarán en lo sucesivo, con lo que no le es dable a éste ejercitar la acción rescisoria del arriendo sin previo aviso o requerimiento al arrendatario, no debiendo darse a esta doctrina más amplitud y alcance que la de dispensar de la mora en tales casos al arrendatario cuando retrase el pago, supuesto que no encaja en el presunto litigio, en el cual, aun después de interpuesta la demanda, lo que acusa un requerimiento solemne y formal, y transcurrido con notable exceso los plazos y prórrogas que se determinan en la sentencia, no consta en modo alguno que el demandado haya pagado las rentas en cuestión ni las haya consignado en legal forma, siendo además evidente la infracción del artículo 1.280 del Código civil, ya que no se discute en la litis la exis-

tencia del contrato de arrendamiento, sino, expresamente reconocido éste por las partes, la falta de pago de la renta convenida y pactada.

* * *

No es posible que la condescendencia que el dueño tiene con un colono de esperarle algún tiempo para el pago de la renta se traduzca en una alteración o novación del contrato. De sostenerse esta peregrina teoría, que en cierto modo aceptó el Juzgado y confirmó la Audiencia, después de una interesante vista, a la cual asistimos, los propietarios habrían de seguir una conducta distinta a la que actualmente siguen, de esperas y aplazamientos, pues bastaría un aplazamiento repetido para que se entendiese que la fecha de pago no era la primeramente pactada, sino la del día en que en años sucesivos había tenido lugar la entrega de la renta. Como era de esperar, el Supremo sienta la verdadera doctrina, siendo ponente don José Fernández Orbeta.

38. *Legitimación de hijo natural.—La prescripción del artículo 137 del Código civil para la acción de reconocimiento de hijo natural no rige si el reconocimiento se pide para la declaración de legitimación por subsiguiente matrimonio, porque entonces la acción dura toda la vida del hijo.* Sentencia de 15 de Junio de 1934.

Ejercitada por un hijo la acción conducente a obtener la condición de hijo legítimo, consigue su propósito al admitir el Supremo el recurso, casando la sentencia de la Audiencia de Sevilla con arreglo a la siguiente doctrina:

Considerando que, dados los términos de la demanda y la finalidad que palpita en su pretensión, netamente expresada, se persigue la declaración de una filiación legítima mediante el ejercicio de la acción personal de estado, a virtud de la cual el interesado, investido del derecho de *legitimatio ad causam* y con fundamento en el matrimonio que sus progenitores celebraron cuando el padre se hallaba en inminente peligro de muerte, procura el recono-

cimiento de esa relación de legitimidad como un hecho de que las nupcias *in extremis* han venido a patentizar, después de datos tan significativos como la vida en común antemrimonial de los padres, el nombre del hijo, la fama de origen, la inscripción eclesiástica de bautismo, el reconocimiento explícito de la madre y la manifestación del padre sobre la existencia de prole al tiempo de iniciarse el expediente previo a la celebración del acto de unión sacramental; pero estimada erróneamente por el Tribunal de instancia la razón de pedir como una mera acción de reconocimiento de hijo natural cuando en realidad se trata de la definida anteriormente, es claro que no procede aplicar la regla de prescripción establecida en el artículo 137 del Código civil en coordinación con el 1.964 del mismo Cuerpo legal, como tampoco las leyes 11 y 63 de Toro y 52, título 8.º de la Novísima recopilación, siendo, por el contrario, de aplicación la norma contenida en el 118 del referido Código civil, que concede al hijo la facultad de accionar en reclamación de legitimidad de estado durante toda su vida, y aun se haría imprescriptible según el antiguo derecho, atendiendo lo cual procede estimar el segundo motivo de casación, ya que el primero se contrae estrictamente a la acción reconocitiva de filiación natural y no es del caso examinar una vez acogido el motivo central del recurso de absoluta plenitud.

Considerando que los elementos probatorios de la filiación legítima a falta de los títulos indicados en el artículo 115 del Código civil se condensan bajo la triple rúbrica que el Derecho antiguo denominaba «nomen, tractatus, fama», o sea lo que el artículo 116 designa como posesión constante del estado de hijo legítimo; y es notorio que contraído matrimonio solemne y válido por los padres del demandante, a quien, según prueba abundante e incontrovertida, le concedieron en vida de ellos la condición de hijo propio, y así lo consideraron las relaciones sociales del medio en que vivían y continuaron incesantemente atribuyéndole este carácter, quedan cubiertas, sin género alguno de dudas, las más exigentes condiciones de adveración para declarar el derecho inherente a la calidad de filiación legítima que el interesado solicita.

La sentencia anterior muestra, al igual que la de 27 de Abril, aparecida en el número anterior de esta Revista, una favorable tendencia, en materia de reconocimiento, que contrasta con la exagerada rigidez de otros tiempos. Véase la jurisprudencia y bibliografía allí citada. Debe indicarse el punto de vista sostenido por la Audiencia de Madrid en un pleito reciente sobre investigaciones de la paternidad (sentencia publicada en Revista de los Tribunales, número 32-33, página 467), que en cierto modo se aparta del criterio expuesto.

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

39. *Extinción de la acción de divorcio por muerte de uno de los cónyuges. Los herederos del fallecido sólo podrán continuar la acción por aquél promovida a los efectos económicos.—La falta de citación del Ministerio fiscal no constituye vicio procesal causante de indefensión. Sentencia de 12 de Junio de 1934.*

Ejercitada por la hermana de determinada esposa, fallecida, la acción de divorcio, a fin de obtener los efectos de carácter económico, que se derivan del artículo 29 de la Ley, el Supremo no accede al divorcio y revoca la sentencia de la Audiencia de Valladolid, de acuerdo con la siguiente doctrina :

Considerando que el juicio de divorcio objeto de examen se *promovió* por la actora como heredera, hermana consanguínea de la esposa fallecida del demandado, al amparo del artículo 6.º de la ley de Divorcio, y al solo fin de obtener los efectos de carácter económico que derivan del artículo 29 de la propia Ley ; estableciendo en la demanda inicial como causa del divorcio solicitado la primera del artículo 3.º, cuyos particulares fueron acogidos plenamente por la sentencia del Tribunal *a quo*, y contra ella el recurrente acude en revisión por las causas segunda y tercera del artículo 57 de la repetida Ley, las que, con separación, habrán de ser examinadas en los considerandos siguientes :

Considerando que la violación de las formalidades esenciales del juicio productora de indefensión, que se alega con fundamento en la falta de citación y emplazamiento del Ministerio fiscal, no

puede ser apreciada, por cuanto tal omisión no constituye un vicio procesal causante de indefensión de ninguna de las partes, que en ningún momento se vieron privadas de los medios que la Ley señala como amparo de sus derechos a causa de la omisión anotada por el recurrente, y que no lo es ciertamente, ya que en este juicio no hay intereses de menores, ausentes o incapaces, que es la circunstancia que para ser parte el Ministerio fiscal exige el artículo 48 de la ley de Divorcio.

Considerando que el artículo 6.º de la ley de 2 de Marzo de 1932, después de establecer el principio general de que la acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, dispone en su segundo párrafo que «sus herederos podrán continuar la demanda o reconvención deducida por su causante a los efectos del artículo 29», lo cual dice bien claramente que el heredero no puede promover el divorcio de su causante, sino continuar el iniciado por éste; oportunidad que sólo puede producirse cuando el causante tuviere ejercitada su acción ante Tribunal civil, o cuando, habiendo seguido el juicio ante Tribunal canónico, la sentencia de éste hubiese sido dictada antes de la vigencia de la ley de Divorcio, por ser revisable ante los Tribunales del Estado y ser la revisión la continuación civil del juicio eclesiástico; y partiendo de dicho precepto legal y del alcance razonado, y visto, cual se deja establecido en el primer considerando, que la actora en este juicio no *continúa* una acción entablada, sino que inicial y directa la promueve, como lo afirma en su demanda, ya que no otra cosa podía hacer, al utilizar como base una sentencia canónica que no fué firme hasta el 17 de Junio de 1933, según expresa declaración del Tribunal de la Rota, a la que hay que atenerse por ser extraño al orden civil hacer otra apreciación sobre el caso, y que, por lo tanto, no puede aquélla ser revisada conforme a la regla transitoria cuarta, que a tal juicio canónico no le otorga más que el posible valor de las pruebas en él practicadas para surtir efecto en el juicio civil de divorcio que se inicie; pero no por un heredero, como en el caso presente, es forzoso declarar la procedencia del recurso y revocar la sentencia dictada por la Audiencia.

Nos remitimos, en cuanto a la bibliografía relativa a la materia de divorcio, al número 115 de esta Revista, donde damos, al final de la sentencia de 21 de Abril, una relación de obras referentes a esta nueva rama del derecho de familia. En cuanto a la intervención del Ministerio fiscal, debe verse La intervención del Ministerio fiscal en asuntos de carácter civil, por F. Delgado Iribarren, Revista de Derecho Privado, tomo XIX, pág. 338, y la sentencia de 20 de Febrero de 1933 (REV. CRÍTICA, tomo IX, pág. 477).

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas: Glorieta de Bilbao, 6 y Glorieta de Atocha

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas

Capital desembolsado 51.355.500

Reservas 65.208.261,45

400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo

Este Banco realiza toda clase de operaciones bancarias.—Compra y venta de valores.—Descuento y cobro de cupones y títulos amortizados.—Custodia de valores.—Giros, transferencias, cartas de crédito, órdenes telegráficas sobre todos los países del mundo.—Aceptaciones, domiciliaciones, créditos comerciales simples y documentarios, etc., etc . .

TIPOS DE INTERES

I.—Cuentas corrientes.

A la vista 2 por 100 anual.

II.—Operaciones de ahorro.

A) Libretas ordinarias de ahorro de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas 3 1/2 por 100 anual.

B) Imposiciones.

Imposiciones a plazo de tres meses 3 por 100 anual.

Idem a seis meses 3,60 — —

Idem a doce meses o más 4 — —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de correos, núm. 297