

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

Año X

Julio de 1934

Núm. 115

El precontrato

PRECONTRATO EN LOS CONTRATOS REALES

Principio fundamental del moderno Derecho en materia contractual es el de que el consentimiento de las partes es bastante para dar vida al contrato. Cuando al acuerdo de voluntades, alma del contrato, es preciso añadirle la entrega de una cosa, hecho del que arrancan los efectos jurídicos del negocio, estamos ante los contratos reales. Tales son en el sentir de Sohm (1) los que obligan y producen acción por el mero hecho de la entrega de una cosa, y con referencia también al Derecho romano afirma Girard (2) que los contratos que se formaban «re», según Justiniano, eran mutuo, depósito, comodato y prenda, a los que añade la fiducia, el más antiguo de todos; el primero de ellos cumple su fin mediante una transmisión de propiedad y los restantes por una entrega de posesión o detentación.

El complejo de derechos y obligaciones que constituían el contenido de los contratos reales nacía como consecuencia de una entrega patrimonial. Esta categoría contractual se subdividía en las siguientes: Contratos reales nominados, a los que perte-

(1) Véase ob. cit., pág. 358.

(2) Véase «Manuel», pág. 538.

necían los verdaderos, e innominados, que carecían de nombre especial y estaban protegidos por la «*actio praesentis verbis*».

El Derecho intermedio sancionó casos de excepción a la regla de que el consentimiento por sí solo no producía obligación. Los glosadores afirman, a su vez, que ha de unirse la entrega al consentimiento. Grocio no se sabe si rechazó el tipo de contratos reales, y Puffendorf lo aceptó como estaba en Roma. Con Heineccio la categoría subsiste, aunque planteó ya al estudiar la perfección de los contratos un problema que había de ser muy discutido por la literatura jurídica posterior: si por el Derecho natural basta el consentimiento para que nazca el contrato, ¿por qué no ha de ser así en el contrato de comodato?, en el que, sin embargo, se distingue el acuerdo de transmitir a uno el uso de una cosa determinada, que no es un comodato, sino un pacto de entregar en comodato, productor de la obligación de prestar el uso de una cosa, y el comodato mismo, que da lugar a la obligación de restituir. Vinnio y Voet, cuyas opiniones también resume Carrara (1), distinguen las convenciones nudas y vestidas.

Al comenzar el estudio de la teoría de los contratos reales conviene advertir que los escritores han llamado la atención de la misma en relación con los precontratos. Dernburg indica que los contratos reales del Derecho común forman el campo propio de los precontratos (2). Schlossmann los declaró «el dominio indiscutible de los «*pacta de contrahendo*», y Reichel indica que los precontratos nacen y mueren con los contratos reales.

Estudia Schlossmann (3), en su trabajo citado, la naturaleza jurídica de los contratos reales en el Derecho romano y expone que la «*res*» se ha estimado como el momento productor de la obligación típica de estos contratos, causa la más profunda de sus efectos obligatorios. Poco se habrá logrado con decir que «la obligación se funda en todos esos casos en la «*res*»; que la razón de los efectos obligatorios resulta de haberse entregado algo con la carga de devolver lo recibido en natura o *tantundem eiusdem generis*» y que la obligación en todos ellos sólo se produce por la

(1) Véase ob. cit., pág. 323.

(2) Pandette: vol. II, § 10.

(3) Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Real-
kontrakte Iherings Jahrbücher. Vol. 45, pág. 40 y siguientes.

«res»), porque no puede darse acción de restituir sin previa entrega.

En la «res» no puede encontrarse la esencia de estos negocios, por la diversidad de fines económicos a que sirve y la diversa posición del obligado a devolver; restituye, en el depósito el que lleva las cargas del negocio, en el comodato prenda y mutuo los beneficiarios. El compromiso de devolución es un criterio externo que no puede darnos la diferencia específica de la categoría examinada. Será preciso buscar un punto de vista que nos permita contraponer estos negocios a los demás. Y no puede hallarse en la transmisión de una cosa de uno de los contratantes a otro, por no ser una forma común a todos. La transmisión opera un cambio de propiedad en el mutuo, traspaso de la posesión jurídica en la prenda y simple detentación en depósito y comodato, lo que demuestra que la entrega está en conexión con el fin económico del negocio y es necesaria para su obtención.

No pueden caracterizarse tampoco los contratos reales contra lo que piensan muchos—por la peculiaridad de la obligación creada por ellos, compromiso de devolución de lo recibido. Supondría tomar como punto de partida un criterio externo. La obligación de restituir es insuficiente para explicarnos el carácter económico de estos negocios. Los fines económicos de los contratos estudiados son muy varios, el préstamo tiende a facilitar por un tiempo limitado el uso del capital ajeno mientras la prenda otorga al acreedor una seguridad. Además, la restitución no acompaña normalmente a las obligaciones creadas por estos contratos falta en las consecuencias previsibles de la relación prendaria. Y, por último, la entrega de una cosa para que sea devuelta existe en otras relaciones contractuales, así el arrendatario recibe una cosa que ha de devolver más tarde.

El carácter privativo de los contratos reales no puede desprenderse tampoco del fin económico de los mismos. Ciertamente Gayo designaba el grupo contractual estudiado «re obligari», «re tene-tur», sin que pueda pensarse que estimaba la cosa, según algunos autores modernos, como el elemento productor de la obligación. Para Schlossmann la causa de que en el depósito y comodato la simple promesa de entregar en depósito o de aceptar en comodato no produzca acción para poder exigir su cumplimiento coac-

tivamente reside en que son puros negocios de cortesía (Gefalligkeitsgeschäfte). A idénticos motivos debe su consideración como tal contrato real el préstamo sin interés (Freundschaftsdarlehen). La prenda generalmente es un requisito para el otorgamiento o ampliación de un crédito, y el acreedor no cumplirá la promesa de prestar sin antes haber recibido la prenda.

Adler (1) acepta como definición del contrato real ser contrato que no puede nacer sin una prestación efectiva, ni aun condicionalmente. La relación de cosa y consentimiento puede verse como requisito de cualidad. La entrega no es condición, porque la impone la Ley, y no es producto de la voluntad de las partes, ni modus cuyo incumplimiento no debiera afectar a la existencia del contrato, ni presuposición, es el fundamento de la acción y la causa de todas las obligaciones del contrato, en especial de la restitución.

Las mayores dudas sobre la existencia de un contrato real se presentan en el depósito oneroso, locatio conductio custodiae, consensual en el Derecho romano y real para el Derecho moderno. Estipulado un depósito, si el deponente voluntariamente no hace uso de su derecho no se deberá sin más la retribución convenida el depositario no tiene que liquidar los daños que se originen de la no conclusión del depósito. La retribución pactada deberá reducirse por la posible utilización del local para otros fines, y por haberse ahorrado los gastos de aceptación y custodia. Cuando una de las partes se halle casualmente impedida para concluir el depósito real, por ejemplo, por pérdida de una cosa, el cumplimiento del precontrato, resultaría imposible para ambas partes y no puede obligarse a ninguna prestación. No sucede lo mismo en el contrato consensual por la independencia relativa de las obligaciones bilaterales.

El Profesor de Viena advierte que el centro de gravedad del problema relativo a la significación actual de los contratos reales no es el de si, según el Derecho actual, la entrega (Sachleistung) puede ser requisito formal de un contrato. Y en este punto

(1) V. artículos sobre «Realcontract und povertrag. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen und deutschen Privatrecht», vol. 31, página 202 y siguientes.

distingue: 1.º Quienes ven la «res» como requisito para la validez del contrato. Según esta concepción, hay necesariamente que negar el contrato real en el Derecho moderno y afirmarlo en el Derecho romano. 2.º Autores que estiman que la «res» constituye un requisito de cualidad de ciertos contratos. Se parte aquí de que naturalmente la obligación de restituir con anterioridad a la entrega, y el contrato de tomar un préstamo, y restituirlo, será válido, pero no es un préstamo. 3.º Un último grupo de escritores considera que la «res» forma un requisito de cualidad de ciertos contratos, quedando obligado unilateralmente quien lo recibe con el que hizo la prestación.

Concluye indicando como opiniones más justas las Puchta y v. Schey, la prestación real es un requisito de cualidad del contrato real sin más. El mero consentimiento sin prestación real es un contrato, pero no el contrato tipo. Reconoce Puchta que la teoría romana de los contratos reales sólo es aplicable después de la prestación real, la falta de entrega determina, según Adler, un *chewezustand*.

De la argumentación de Schlossmann que los contratos reales son negocios de liberalidad o cortesía, y que por el consentimiento que precede a la «res» no puede exigirse la ejecución, resulta una contradicción porque la entrega se estima tiene lugar en ejecución del consentimiento al que no se da virtud para producir una acción de ejecución. Böhmer (1) cree que el problema de la existencia de los contratos reales equivale al de si una disposición patrimonial puede tener como fin crear una relación jurídica. Durante algún tiempo se pensó que la entrega es un acto de ejecución que contribuye a realizar el fin del contrato, y como tal no puede tener lugar contrahendi, sino «*solvendi causa*». Cuando la finalidad de la entrega es dar vida a un negocio se presentan los contratos reales. Para establecer si la entrega «*obligandi causa*» es admisible en el Derecho moderno, hay que examinar si ella da comienzo a las modificaciones patrimoniales específicas del contrato o las realiza por sí misma. Si el fin de los contratos reales fuere la restitución, la entrega base para la misma corresponderá al

(1) Realvertrage in heutigen recht. en Arch. f. Bürgerl. Recht. Tomo 38, pág. 314.

período de formación. Mas aquél no es el fin de los contratos reales, merced al comodato y al préstamo mutuo, quiere una parte transmitir a una persona determinada la utilización de cierta cosa; por el depósito se aspira a que un tercero asuma en algún tiempo los riesgos inherentes a la posesión de una cosa, el deber de restitución, por lo tanto, no es más que una delimitación en el tiempo de los negocios jurídicos expresados. La entrega de la cosa para Böhmer es acto de ejecución y con ello se niega la categoría de los contratos reales.

Roth, en su monografía repetidamente citada, cree necesario estudiar la relación que existe entre la cosa y el consentimiento, que constituye para Brinz, Crome y otros «caput et fundamentum» del contrato, existiendo antes de la entrega un pacto accionable preparatorio. Según otros, el dar tiene la función de ratihabitus del consentimiento y la relación de «conventio» y «res» es como la de cuerpo y alma, espíritu y materia. En una combinación de ambas teorías puede encontrarse la solución justa, como sostiene Eisele, del contrato real que no se resuelve en un contrato consensual y una ejecución inmediata; los momentos consensual y real deben mirarse más bien como elementos de igual valor de un concepto complejo. Puede decirse así que la cosa y el consentimiento obligatorio no están uno al lado del otro, sino dentro del otro.

Ha sostenido Töhl que todo contrato real presupone un precontrato consensual, ya que siempre precede con algún tiempo a la entrega de la cosa el acuerdo de las partes que para él constituye un precontrato. Pero convendrá diferenciar entre el consentimiento, cuyo fin es una prestación real y el precontrato de préstamo que produce el compromiso de hacer un préstamo. El contenido del acuerdo de voluntades entre las partes no es una promesa obligatoria en ejecución de la que ha de tener lugar la entrega de la cosa, sino la determinación final de la entrega patrimonial (Bestimmungsgrund der Vermögenshingabe). Los contratantes sólo han convenido que la entrega se realizase en forma de préstamo.

Unger (1) manifiesta que el carácter real sólo tiene justifica-

(1) Véase Realcontracte im heutigen Recht. Iherings Jahrb für Dogm. Tomo 8, pág. 1.

ción en los contratos en favor de quien ha de recibir la cosa, porque en ellos no se admite una obligación antes de que la cosa haya sido recibida.

Pacifici (1) sostiene que con especial referencia al Derecho italiano que el comodato y el mutuo son contratos consensuales. Será preciso entregar la cosa al comodatario, pero ello es ya ejecución del contrato, no formación. También en el mutuo el acuerdo entre las partes basta para transferir al propiedad. Si para la perfección del contrato hubiese sido precisa la entrega de la cosa, el mismo Código lo habría declarado en forma expresa, y al no haberlo establecido así, debe pensarse que la regla general es que con el acuerdo el contrato es perfecto. El mismo anotador de Pacifici, Venzi, critica esa concepción, al declarar que los cuatro contratos reales admitidos por el Derecho romano subsisten en el Código civil italiano. Ruggiero (2) y Gabba admiten la categoría de reales, fundados en la distinta terminología empleada por la Ley al referirse a ellos. Carrara (3) entiende que para el Código italiano el comodato, mutuo depósito y prenda, conservan carácter de reales, ya que necesitan la entrega de la cosa. No hay contradicción, como se ha objetado entre el principio del Derecho moderno que coloca la perfección de los contratos en el momento en que se ha logrado el acuerdo de voluntades y exigir, además, aquí la formalidad de la entrega en algunos contratos. De la obligación de entregar a otro una cosa determinada para que la use o custodie, mientras que no haya sido entregada, no ha surgido el correspondiente contrato real, sino un precontrato.

La opinión que juzga Coviello (4) más aceptable es la que hace depender los contratos reales de la voluntad de las partes o de la Ley que por motivos de orden público u otros especiales inducen al legislador a exigir la entrega para el nacimiento del contrato. Los contratantes pueden hacer depender un contrato consensual de la entrega de la cosa, pero no se estima justo que un contrato real para la Ley puedan las partes convertirlo en con-

(1) Véase ob. cit., vol. V, pág. 580.

(2) *Instituzioni de dir. civ.* Vol. II.

(3) Véase ob. cit., pág. 335 y siguientes.

(4) Véase ob. cit., pág. 103.

sensual. Así como las exigencias de la vida motivan que para una mayor celeridad en el tráfico una serie de contratos se perfeccionen por el consentimiento de las partes, en otras ocasiones atribuir al consentimiento tal eficacia daría ocasión a múltiples litigios, por ejemplo, en el préstamo se permitiría al prestamista reclamar la devolución de cantidades que nunca entregó. Lógicamente no hay dificultad en admitir que la obligación de devolver puede preceder a la entrega de la cosa, pero de hecho no cabe tal posibilidad. Los contratos en que es más favorable que se perfeccionen sólo por entrega de la cosa son los contratos que implican como obligación principal e inmediata la restitución.

También Leduc (1) considera que el «Code civil» no prevé los convenios anteriores a la celebración del contrato real, mas no por ello cabrá deducir su nulidad. Ahora, si el precontrato obliga desde su conclusión a celebrar un contrato real, parece imposible ver en la entrega material un contrato. La entrega material es básica en la operación, cabe la entrega de un préstamo sin un contrato consensual previo, son simultáneos el consentimiento y la entrega. Los partidarios del contrato real, juzga Leduc que desdoblan artificiosamente los elementos material y consensual del contrato. En intención de las partes no hay dos prestaciones sucesivas de consentimiento. Hay una fase consensual, celebración del contrato en vista de la entrega y de la devolución, y otra fase real, ejecución pura y simple de la primera. Cuando el prestamista se niega a prestar, puede ser judicialmente obligado a ello de la misma manera que el vendedor que no quisiera entregar la cosa vendida.

Nosotros, agrega, sustituimos la noción clásica de dos contratos unilaterales sucesivos: el primero, un precontrato puramente consensual, que obliga a entregar, y el segundo, un contrato definitivo, real, que obliga a restituir al que recibe, por un contrato sinalagmático (2) que obliga, desde que existió consentimiento, «a entregar y restituir» unido a una condición, la de que tenga lugar la entrega.

La teoría defendida por Leduc ha sido generalizada por el Có-

(1) Véase ob. cit., pág. 182.

(2) Un solo contrato real nunca podrá ser bilateral el depósito.

digo suizo, como veremos después. Ahora bien: concluido un contrato con todos los elementos que corresponden al mutuo, comodato, etc., menos la entrega efectiva de la cosa, ¿constituirá un contrato definitivo o un pacto de contrahendo? Algunas legislaciones, como la italiana, no permiten los contratos reales como contratos consensuales. Cuando las partes van abiertamente contra la Ley el convenio no valdrá más que como contrato innominado que se regirá por las reglas generales, toda vez que los «*essentia negotii*» no son susceptibles de ser aceptados o rechazados.

A la entrega de la cosa precede lógica y temporalmente el convenio entre las partes, manifiesta Roth. Antes de entregar y aceptar no existe obligación alguna (1). La disposición patrimonial supone que la entrega de la cosa no sirve para conferir validez a una relación jurídica obligatoria, sino para iniciar las consecuencias jurídicas. Al afirmar que la entrega origina o produce esas consecuencias, no quiere decirse evidentemente que éstas sean como un producto orgánico del acto real. En nuestro sentir, el convenio de las partes sirve únicamente como determinación final, vinculándose el deber de restitución en el acto mismo de la entrega. Se puede designar el contrato llamado declarativo como base del deber de restitución, éste sólo nace con la entrega. El convenio por sí no creará obligaciones, el acto real sin él no podrá producir consecuencias jurídicas. Se relacionan estrechamente, aunque pueden separarse desde un punto de vista formal. Pero aun al considerar contratos consensuales aquellos que el Derecho romano y algunos Códigos modernos califican como reales, el precontrato no pierde su razón de ser como acto preparatorio; siempre podrá uno obligarse a celebrar en lo futuro un contrato de comodato o de mutuo.

Después de analizar Roth las opiniones de Lübber, Du Chene, Rheinhold, Schoninger, Oertmann, declara que la obligación de restitución no deriva del hecho de la entrega como tal, sino que se vincula en tal acto en virtud de una convención que existe por sí o que está contenida en otro convenio. Así pueden distinguirse en la promesa de préstamo dos momentos: uno anterior a la

(1) Véase ob. cit., pág. 187 y siguientes.

entrega, en el cual las partes se han obligado a entregar y aceptar el préstamo, y otro posterior, en el que se produce para el prestatario el deber de restituir.

Los efectos jurídicos de esa segunda fase se centran respecto al contrato obligacional de préstamo en el acto de la entrega sin que sea necesaria una nueva decisión de las partes. Desaparece así la particularidad de la clase contractual estudiada, y puede descomponerse en la misma forma todo negocio de prestación en la compraventa las partes primero se obligan a comprar y vender, la obligación de entregar y pagar sólo nace a consecuencia de la prestación real de una parte. Todo contrato puede adoptar en la forma de conclusión tipo real o consensual, y según acepte una u otra, adquirirá la consideración respectiva.

La sanción del préstamo como contrato real no es privativa de la legislación francesa; los artículos 1.865 y 1.862 del Código francés, relativos al mismo, y 1.915 y 2.071 sobre el depósito y la prenda, revelan que para dicho Cuerpo legal tienen la consideración de reales, y esta misma concepción domina entre los escritores franceses (1). El Código civil italiano también considera esos contratos como reales (artículos 1.805, 1.819, 1.837 y 1.838).

La primera Comisión para la redacción del Código civil alemán entendió que procedía mantener el carácter real de los contratos de préstamo, comodato y depósito; pero la segunda modificó el criterio, conservando como tal sólo el mutuo y abandonando los demás a la doctrina. No obstante la generalidad de los escritores alemanes (2) afirman la subsistencia de la categoría de referencia, así Ennecerus, Oertmann, Planck. En Suiza la doctrina se muestra opuesta a los contratos reales, declarando que se forman como todos los contratos por el simple consentimiento. El Código de las obligaciones define como promesas en sus artículos 305, 312 y 472 el comodato, el depósito y el préstamo. Sólo

(1) Véase Colin y Capitant: consideran el comodato, mutuo, depósito y prenda, contratos reales. Sólo existen cuando se ha verificado la entrega de la cosa; antes habrá un *avant-contrat*. «Cours élém. de Droit civil». Tomo II, pág. 15. Igualmente Baudry-Lacantinerie: «*Precis de Droit civil*». Tomo II, pág. 10.

(2) Véase Heck: «*Grundriss des Schuldrechts*», pág. 248.

la prenda tiene en esta legislación el carácter de contrato real constituyendo una inconsecuencia censurable.

El Proyecto checoslovaco conserva las prescripciones del Derecho austriaco sobre los contratos reales y el francoitaliano, salvo la disposición del artículo 536, otorga carácter real a los contratos de comodato, depósito y prenda (artículos 623, 646, 671, 672 y 688).

Nuestro Código civil, con la declaración contenida en el artículo 1.258, de que los contratos se perfeccionan por el consentimiento, ha inducido a algunos escritores a pensar que no existe diferencia entre los contratos reales y los consensuales. El Sr. Goyena, al estudiar el artículo 976 del Proyecto de Código de 1851, siguiendo al Sr. Falcón, reconoce que «todos los contratos son consensuales en cuanto todos ellos obligan por el solo consentimiento». Los modernos civilistas españoles mantiene la distinción entre contratos consensuales y reales, así De D ego (1) y Sánchez Román (2). Este opina que subsistió la distinción entre contratos consensuales y reales en el Derecho vigente en Castilla antes del Código civil; sólo por una preocupación y un prejuicio el Proyecto del 51 llevó a cabo la solución negativa, y agrega que si en Roma sin entrega no había contrato ni éste era real, en Castilla, después del Ordenamiento, aunque no medie la entrega habrá contrato, pero no será real. Es evidente «la utilidad y la eficacia de una obligación contractual cuyo contenido consista en el acuerdo de dos voluntades para constituir después o prometerse y aceptarse un mutuo, depósito, comodato o prenda futuros, y tal convención tendrá todo el carácter y fuerza obligatoria de un contrato».

Finalmente, el mismo Código civil, al tratar del préstamo, comodato, depósito y prenda (artículos 1.740, 1.758 y 1.863), estima necesaria la entrega de la cosa. La distinción entre contratos consensuales y reales vemos que subsiste en nuestro Derecho, y muchas veces, no verificada la entrega, habrá un precontrato.

En síntesis, la subsistencia de los contratos reales es objeto

(1) Véase ob. cit., tomo IV, pág. 313.

(2) Véase «Estudios de Derecho civil», pág. 282. Tomo IV, segunda edición. El Sr. Valverde en el tomo Apéndice de su Tratado llama la atención sobre la confusión fácil en la terminología alemana del término contratos reales. Pág. 14.

de apasionadas críticas por parte de los escritores. Por nuestra parte entendemos que la voluntad de las partes o la Ley reconociendo concepciones dominantes en el tráfico, o por razones especiales o de orden público, pueden configurar determinados negocios como contratos reales, fijando su perfección en el momento de la entrega de una cosa. Sin embargo, el moderno Derecho se presenta dominado por el principio de que todos los contratos se perfeccionan por el consentimiento, y es la Ley, según indica Carrara, la que puede imponer como «*conditio juris*» para la perfección, un acto que racionalmente está en la fase ejecutiva y se realiza en cumplimiento de una obligación preconstituída (1). Por todo ello entendemos que en tanto subsista, sancionada por las legislaciones, la categoría de los contratos reales, aquel convenio por virtud del cual las partes se obligan a entregarse una cosa determinada y concluir un contrato real, constituirá un verdadero precontrato.

De las anteriores consideraciones merece subrayarse como objeción acaso de más relieve que puede hacerse a los precontratos de los contratos reales, la de que la convención del precontrato es necesariamente idéntica al *consensus* del contrato real posterior. Resultante lo manifiestan Storch y Schlossmann (2); éste dice que la promesa de emitir otra promesa obligatoria de una prestación tiene jurídicamente el mismo fin que la última. Pero en el acuerdo de voluntades primeramente logrado, no sólo hay una ejecución aplazada, sino que falta la voluntad definitiva de contratar. No estimamos correcto sustituir la intención de las partes de llevar a cabo un determinado negocio jurídico por una intención de negociar. Aparte de que, como indica Wommelsdorf-Friedrichsen, los argumentos de tipo económico no sirven para destruir una construcción jurídica (3), y la obligación de «*contrahere*» es esencialmente distinta de la obligación de prestar una cosa (Göppert). Parece inexacto declarar que no hay espacio para el precontrato, porque el contrato real es un contrato consensual seguido de la primera fase de su realización; y que carece de finalidad repetir una

(1) V. ob. cit., pág. 356.

(2) V. ob. cit., págs. 36 y 89.

(3) V. ob. cit., pág. 73.

promesa ya válida, toda vez que aquel contrato surge de un acto complejo: *res* y *consensus*, y no se perfecciona por la simple entrega, sino por ella en relación con el *consensus*.

Una vez establecida la posibilidad en el orden lógico del precontrato en los contratos reales, interesa determinar su existencia en la vida jurídica. La desconocen en absoluto los dos escritores antes citados; frente a ellos, otros afirman que todo contrato real necesariamente va precedido de un precontrato. Acaso sin llegar a concepciones tan radicales, sea necesario afirmar la construcción jurídica del precontrato como indispensable. Así lo habían reconocido para el Derecho común muchos escritores a que nos hemos referido. Y siguen sustentando este punto de vista respecto de los modernos Códigos civiles Staudinger, Oertmann Titze, Ehrenzweig, Wommesdorf, Kaubes y Traut, Cuvillo y muchos más. El precontrato faculta para exigir la cooperación para la conclusión de un contrato encuentra condiciones más apropiadas para su desarrollo en campo de los contratos reales. Adquiere especial relieve en la teoría y en la práctica el precontrato de préstamo. De su estudio concluye Elum que «el contrato de préstamo es un contrato unilateral cuya obligación primordial es la restitución. La conclusión contractual exige dos momentos: acuerdo y entrega». El *Einigung* caracteriza la tradición realizada como celebración de un contrato de préstamo. Este contrato es un contrato real que nace con la entrega. En ocasiones «el negocio del préstamo se descompone en dos contratos: el verdadero contrato de préstamo y un precontrato cuyo contenido es el pactado por las partes» (1). Este da lugar al compromiso de cooperar a la conclusión del contrato real, de entregar y aceptar, bilateral, y se emplea con frecuencia en el tráfico de los establecimientos de crédito inmobiliario.

No podemos entrar en el examen de interesantes problemas en orden a la naturaleza consensual o real de esta variedad del precontrato, para unos constituye un *pactum de mutuo* dando y para otros es convenio de prestar o contrato de crédito, ni si el deber de restitución responde a la delimitación temporal de la relación jurídica cuyo fin económico y contenido principal ju-

(1) Fritz Blum *Darlehen und Darlehensvorvertrag*. Frankental, 1912, página 48.

rídico es la utilización de valores ajenos, según la opinión dominante, la promesa de prestar en relación con el préstamo es un precontrato. Para una exposición de estos problemas nos remitimos a trabajos especiales de Vitter (1) y Frank (2) sobre el precontrato de préstamo.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.

(1) Der Darlehensvorvertrag Essen, 1915.

(2) Zur Frage der Übertragbarkeit des Anspruch aus einem Darlehensvorvertrag. Sinsheim, 1913

(2) Véase ob. cit., pág. 356.

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.—Giro, 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

Justa causa traditionis

JUSTA CAUSA EN SENTIDO TRADICIONAL, SU APOYO EN LOS TEXTOS

La adquisición derivativa, o sea aquella que se origina en la voluntad del propietario anterior, presupone una justa causa o más bien un justus titulus. Por tal se tuvo una relación jurídica obligatoria, cuyo contenido era la transmisión de la propiedad. Esta relación jurídica obligatoria podía proceder de contrato, de acto de última voluntad, etc.

En apoyo de la teoría habría varios textos legales:

L. 20 C. de pactis 2,3.—Traditionibus et usucapionibus, dominia rerum non nudis pactis transferuntur (1).

Esta ley no dice nada de la justa causa, pero sí que los meros pactos no son idóneos a transferir el dominio. En cambio, la l. 24 C. de reivindicazione 3,32 habla de justo título praecedente expresión raramente usada por lo que se refiere a la tradición, sí, en cambio, respecto de la usucapión.

Nullus justus titulus praecedente, possidentes ratio juris quaerere dominium prohibet (2).

Más claramente hablan en favor de la doctrina de la justa causa un texto de Paulo y otro de Gayo.

El de Paulo es l. 31 D. de acq. rer. dom. 41,1.—Numquam

(1) L. 20 C. de pactis 2,3.—El dominio de las cosas se transfiere por la tradición y por la usucapión, no por los pactos nudos.

(2) L. 24 C. de reivindicazione 3,32.—El derecho no permite, a los que poseen sin justo título, adquirir el dominio.

nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur (1), (2) y (3).

Más expresivo es Gayo II § 20.—Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tibi tradidero sive ex venditionis causa, sive ex donationis sive quavis alia ex causa, tua fit ea res sine ulla juris sollemnitate (4).

Estos son los textos más directamente aplicables al caso; pero hay otros de los que también se deduce, según la doctrina tradicional, la necesidad de un justus titulus. Tales son:

L. 18 D. de cond. furt. 13,1 (Scaevola).—Furtum fit cum quis indebitos nummos sciens acceperit (5).

L. 43 pr. D. de furtis 47,2 (Ulpiano).—Falsus creditor hoc est, is qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit nec nummi ejus fient (6).

Estos dos textos afectan de cerca a una serie de casos en que la doctrina de Strempele (tal como la exponemos más adelante) estrictamente interpretada, tendría que admitir transmisión de propiedad.

(1) L. 31 D. de acqu. rer. dom. 41,1.—Nunca se transfiere el dominio por la mera entrega de la cosa, sino cuando precede venta o alguna justa causa, a la cual siga la entrega.

(2) Warnkönig, «Archiv f. d. Civ. Praxis» VI, pág. 111 y sigs., conjetura que Paulo se sirvió del ejemplo de la compra para decir: «la mera transmisión de posesión de una cosa no contiene todavía la transmisión de propiedad, tiene que ir acompañada de un hecho o de un negocio, por ejemplo: compraventa, en el cual se fundamente la voluntad precedente a la tradición de transmitir la propiedad.

(3) Lenel en Paling., núm. 482, lleva este texto a la parte del libro 31 ad Edictum de Paulo, que trata de la actio fiduciae. Francisci, Il trasferimento... (153), sospecha la interpolación de este fragmento, interpolación que también sostiene Ehrhardt (134 y sig.), si bien éste añade que el texto, en su contenido puede pasar por clásico.

(4) Gayo § 20.—Y así si te hubiere hecho tradición de vestidos, oro o plata, ya por causa de venta, ya de donación, ya por cualquiera otra causa, aquella cosa se hace tuya sin ninguna solemnidad de derecho.

(5) L. 18 D. cond. furtiva 13,1 (Scaevola).—Se comete hurto cuando alguien hubiere recibido a sabiendas dinero no debido.

(6) L. 43 pr. D. de furtis 47,2 (Ulpiano).—Falso acreedor es aquel que se simula acreedor, si hubiere recibido algo, comete hurto y las monedas no se harán de él.

El importantísimo texto de § 41,1 de rer. div. 2,1 (1), donde se indica su procedencia de las XII tablas y que en esencia dice que no se traspasa la propiedad a falta de pago del precio (en la compraventa) o a falta de garantía del mismo. Sobre este caso hemos de volver con algún detenimiento.

Conforme a los textos L. 5 § 3 D. mandati vel contra 17,1 (Paulo) y l. 1,3 D. de except. rei v. et tr. 21,3 (Ulpiano) (2), no hay transmisión de propiedad, si el mandatario para la venta, vende por bajo del precio marcado. Lo mismo debe sostenerse donde el mandatario regala donde debía vender, o vende cuando debió permutar y viceversa, pues a todos afecta el mandatus qui excessit, aliud quid facere videtur.

Florentino en l. 2 D. solut 46,3 decide que sean libres el acree-

(1) Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero res et traditae non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem lege duodecim tabularum tamen recte dicitur et jure gentium id est jure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.

Se transfieren, sin duda alguna, si se entregan por causa de donación de dote u otra cualquiera; pero las cosas vendidas y tradidas no las adquiere el comprador sino después de haber pagado el precio al vendedor o de haberle satisfecho de otro modo; por ejemplo, con expromisor o dándole prenda; lo que, aunque se dispone por la Ley de las XII Tablas, con todo se dice muy bien que se deriva del derecho de gentes; esto es, del derecho natural. Pero si aquel que vendió fiare en la palabra del comprador, deberá decirse que, desde luego, se hace la cosa de éste.

(2) L. 5 § 3 (Paulo), Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque cum nonaginta vendideris, et petam fundum, non obstabit mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest, mandatu meo, praestes, et indemnem et per omnia conserves.

L. 1 § 3 de except.—Celsus ait, si quis rem meam vendidit, minoris quam ei mandavi, non videtur alienata, et si petam eam, non obstabit mihi haec exceptio: quod verum est.

L. 5 § 3 D. 17,1 (Paulo).—Mas si te mande que vendieses en ciento mi fundo, lo vendiste en noventa y lo pido, no se dara excepción contra mí, a no ser que me des la cantidad restante en que te mande venderlo y me indemnices enteramente.

L. 1. § 3 (Ulpiano).—Dice Celso que si alguno vendió mi cosa en menor precio del que le mande, no parece que se ha enajenado, y si la pidiese, no me obstará esta excepción, lo que es cierto.

dor de no recibir y el deudor de no dar, si se imputara el pago a título distinto que el que quisieran, y en el mismo sentido se expresa Ulpiano l. 1 D. de solut 46,3 (1).

El famoso texto de Ulpiano l. 18 pr. D. de reb. cred. 12,1 donde se decide que en caso de disenso respecto a la causa no se tras-pasa la propiedad, y respecto del cual y de su contradictorio de Juliano hemos de ocuparnos extensamente.

Aun se alegaban en favor de la doctrina tradicional los requisitos exigidos en la usucapión y en la acción Publiciana.

La doctrina de la justa causa traditionis es una parte de la del justus titulus y modus acquirendi y se apoya en conceptos inexactos de contrato, tradición y obligación.

En la Edad Media se concibió la tradición como el cambio de la detentación de la cosa y el hecho determinante que se apercibió junto a aquel cambio, tenía que ponerse fuera de él, en la causa praecedens. Por ello se identificó la obligatio ad dandum, con la relación producida por el contrato germánico de transmisión; ambos tienen de común que de ellos no deriva un derecho absoluto y además que pueden provocar la adquisición de tal derecho. Esta identificación tiene una doble consecuencia: que se tomó todo contrato como obligatorio y que se concibió la obligación a un dare de cosa específica, como un derecho que alcanza a la cosa, como un dominio siquiera sea mediato e imperfecto sobre ella. El concepto de jus ad rem no parte de bases romanas (2).

Empecemos por ver el concepto que tuvieron los autores del contrato.

(1) Florentino L. 2 D. de solut. dum in re agenda hoc fiat, ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitore non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit.

L. 1 D. de solut.—Quoties quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum; et quod dixerit, id erit solutum...

L. 2 D. 46,3 (Florentino).—Con tal que cuando se trata de pagar no le sea permitido al acreedor dejar de admitir el pago, o al deudor no pagar si alguno de ellos quisiese que lo pagado sea por otra causa.

L. 1 D. 46,3 (Ulpiano).—Siempre que el deudor, que lo es por muchas causas, paga alguna deuda, está en el arbitrio del que paga decir por cuál deuda quiere satisfacer y se liberará de la que expresase...

(2) Vide Hofmann, p. 46 y sigs.

Wolf, *Jus naturale* III § 788.—Pactum, sc. pactio, est conventio qua duo vel plures in eandem vel easdem promissiones consentiunt. § 784.—Promissione acquiritur jus ad rem (1).

Y la opinión de hacer al contrato una promesa aceptada recibe sanción legislativa en el Código civil austriaco § 861 ...si aceptada válidamente, la otra parte, la promesa, entonces surge por la voluntad concurrente de ambas partes un contrato.

Cuya teoría es de nuevo confirmada por Höpfner p. 790. Contrato ...es una promesa aceptada. Zeiller *Natürl. Privatr.* (3 ed. 1819), pág. 136. A la promesa aceptada llámase contrato. Heineccius *Inst.*, p. 214. El contrato sólo produce un derecho personal.

El eminente pandectista Vangerow en sus *Pandekten* I § 311 dice que el principio de que por contratos sólo nacen relaciones obligatorias ...está bien fundamentado. Y más adelante, en § 350, remacha el clavo diciendo: «de un contrato, según los principios de Derecho romano, sólo puede nacer una obligatio, y añade que tiene por civilmente imposible hacer nacer el derecho real de servidumbre por contrato...).

Y Daries, en pocas palabras, nos sintetiza toda la doctrina del *titulus* y *modus acquirendi* y de los *jura ad rem*. (*Inst. jur. univ.* § 475).—*Promissio quatenus acceptata est, constituit pactum perfectum. Et si promittens promissa praestitit, pactum vocatur consummatum. Uti igitur ex pacto quod solummodo perfectum est, jus ad rem oritur, ita pactum consummatum constituit jus in re* (2).

Lo que hoy llamamos contrato de derecho real se concibió entonces como contrato obligatorio inmediatamente cumplido.

Sin embargo, un examen algo detenido de la realidad nos demostrará que no se analizaron de modo apropiado ciertos actos. Se distinguió entre el caso en que, sin decir una palabra, compró pan en dos pesetas y el caso en que doy dos pesetas a un pobre. En el primer caso, a pesar de la rapidez del hecho, se concibe la

(1) Wolf, «*Jus naturale*», III § 788.—Pacto o pacción es la convención por la que dos o varios consienten en la misma o en las mismas promesas. § 784. Por la promesa se adquiere el *jus ad rem*.

(2) Daries, «*Inst. jur. univ.*», § 475.—La promesa, en cuanto está aceptada, constituye un pacto perfecto. Y si el que promete prestó lo prometido, el pacto se dice consumado. Así, pues, del pacto que solamente es perfecto nace el *jus ad rem*; el pacto consumado, constituye el *jus in re*.

existencia de tres contratos, uno obligatorio, el convenio de vender un pan en dos pesetas y dos contratos reales, el de entrega del dinero y el de entrega del pan. En cambio, en el caso del mendigo no aparece por ninguna parte el contrato obligatorio y sólo se observa en el hecho la existencia de un contrato real: la entrega del dinero (1).

La fuerza de esta observación hace que Krug, *Rechtslehre*, página 169, sostenga que hay contratos en que no inside una promesa, y que haya alguna tendencia, procedente de la Escuela de Derecho Natural, que rechace la doctrina romana, referente a la adquisición de propiedad y diga que sólo el contrato puede crear un derecho real.

La importancia de estas consideraciones no hizo desistir a los tratadistas tradicionales, sino que, reconociendo la justeza de alguna de las objeciones, las procuraron salvar, adaptando la teoría a las nuevas necesidades.

Así Zeiller § 93, nota, dice: Que la prestación efectiva debería concebirse como declaración de voluntad, tendente a otorgar a la otra parte en su objeto, un derecho, porque sino no se concebiría la constitución de éste en favor del último.

Se mantiene el principio, la promesa debe cumplirse, para que el promisorio se haga propietario. Así, que al paso que hoy nosotros no valoramos en muchos casos la tradición como *solutio*, si no provoca la transmisión de propiedad, a los autores de entonces les parecía que el acto era transmisión de propiedad, por ser *solutio*. Y este pensamiento le encontramos en Voigt, *Die conditiones ob causam*, a pesar de estar publicado después de ser conocida la impugnación de Savigny.

Suscita Voigt (pág. 122) la cuestión de si, en especial, la tradición requiere, para transmitir el derecho de propiedad, un título jurídico, o si, lo que significa lo mismo, la tradición para ser modo de adquirir bastaría que fuere mero negocio jurídico real o será preciso, sin embargo, que la misma, simultáneamente, sea *solutio*. Y más adelante (134) asegura que debemos considerar realmente como principio indiscutido del Derecho romano, que la tradición exige necesariamente, para la transmisión de propiedad,

(1) Hofmann, pág. 49, y González, «Principios», pág. 59.

una causa. Define a la causa como aquella relación jurídica obligatoria, que constríne a una prestación, respecto a cuya relación la tradición está subordinada como solutio de aquella prestación.

En el mismo sentido publicó Strohal, en el tomo 27 del Anuario de Ihering, un largo artículo, sosteniendo el concepto tradicional de justa causa.

De todo lo dicho se infiere que no habiendo más que contratos obligatorios, resulta que la tradición no es contrato, sino solamente el cumplimiento de una promesa, un pago. Toda la medula jurídica del negocio no reside en la tradición, sino que está por completo ausente de ella, antes de ella. La tradición es, pues, el *modus adquirendi*. Así Thibaut (*Versuche*, I, pág. 186), que habla del mero hecho externo de la transmisión; Scheurl (*Beiträge*, I, página 190), la tradición en sí es un mero hecho, y como tal, también sólo tiene eficacia de hecho. O el pensamiento tan expresivo de Westphal (*System des RR. über die Arten der Sachen*, etcétera, 1791 § 481), la tradición en sí es una acción muerta: El título que a ella llega, debe comunicarle la vida, el espíritu y la propia dirección.

¿Qué caracteres debía tener la justa causa? Se la concibió como algo objetivo, independiente y obligatorio. La causa debía ser una obligatio válida, pero se admitieron algunas excepciones.

1. Objetiva, es decir, que sea una parte del estado de causa objetivo del negocio. El vocablo *titulus* sólo empleado en las fuentes una sola vez, refiriéndose a ambas instituciones (usucapión, tradición), ya indica bastante (1.24 C. de rei vind. 3,32).

2. Independiente, es decir, que la causa tenga existencia individualizada, independiente de la tradición. Un regalo manual es algo objetivo; pero en él no tiene la causa independencia de la tradición.

3. Que sea obligatorio, es decir, que sea una obligatio y, naturalmente, una obligatio válida.

El primer punto todos le admiten y va implícito en los textos citados y en los que insertamos a continuación.

El segundo, encuentra su justificación en unas palabras de Brunemann: Com. in cod. (1699) *solum titulum non transferre do-*

minium nisi accedat raditio, y en una frase de L. 31 D. 41,1: *justa causa praecedere debet* (1).

El mismo Hugo, que tanto combatió la doctrina del título y modo, también participa de las mismas ideas. *Magazin*, IV, página 179, donde habla de que la tradición supone una obligatio y que a ésta corresponde la voluntad del tradens y del accipiens. Aquél y éste juntos, o suponen un negocio ya realizado, o hacen uno, aunque no sea ciertamente obligatio civilis, sino solamente naturalis, y ésta es suficiente donde el cumplimiento no tiene que ser ya exigido, puesto que la prestación ha ocurrido anteriormente.

Los glosadores, al igual que aun hoy algunos autores y de manera fácilmente disculpable, equiparando la *justa causa traditionis* al *justus titulus usucapionis*, pusieron una glosa a L. 31 D. 41,1, en la que decían: «*causa praecedens vera vel putativa*». Esto fué repetido textualmente por Bartolus, Faber, etc., y no debemos extrañarnos si Alciato tiene por *justa causa putativa* hasta un *justus et probabilis error* (*Opera omnia*, Basilea 1582, III, pág. 199 y siguientes).

Los juristas se encontraron perplejos, porque un profundo conocimiento de los textos les llevaba a negar que la invalidez del negocio que está a la base de la tradición, sea obstáculo a la transmisión de propiedad, y, en cambio, los métodos de trabajos escolásticos les llevaban a lo contrario.

Así, una *disertatio de dominio ex contractu doloso non translato* de 1736, se expresa en el § 31 de esta manera: «Primeramente cita el siguiente párrafo de Struvio: *Licet obligatio sit nulla, dom. tamen per trad. modo adsit voluntas id transferendi ex justa sive jure probata causa*». A esto dice Hagemester, autor de aquella disertación citada: «*Lubens fateor, quod haec ratiocinatio caput meum superet (!)... hoc non legi, quod nuda trad. sufficiat absque praecedente (!) voluntate. Traditione res fiunt nostrae, si prius per conventionem nobis debitae fuerunt... Causa justa sc. jure probata est titulus habilis ad transferendum dominium, titulus ille oritur ex contractu, ubi autem dolus causam dedit contrac-*

(1) Comp. Bartolus ad. l. 50 D. 4,1, y Vultejus, *Jurispr. rom.* 1628), página 379; Keller *Pand.*, 2.^a ed., p. 283; Westphal § 483.

tui, ibi nullus est contractus, nullus titulus habilis, nulla justa causa, sc. jure probata sed potius reprobata» (1).

Con este mismo texto ya ponemos de manifiesto otro requisito que se impuso a la causa traditionis, y es el que fuera hábil ad dominium transferendum. Y no sólo se contentaron con esto, sino que pretendieron hacer una enumeración agotadora de los títulos hábiles ad transferendum dominium y de los inhábiles. Y se dijo que era causa habilis un praecedens verus titulus quod dominia quaeri solent (2).

IGNACIO SERRANO Y SERRANO

(1) Hagemester § 31 (par. de Struvio).—Aunque sea nula la obligación, no obstante el dominio, se transfiere por traditio, con tal de que se dé la voluntad de transmitirle por justa causa o aprobada por el derecho; (par. de Hagemester). Confieso de buen grado que este raciocinio supera mi ingenio (!) ...nunca leí esto, que la mera tradición baste sin la precedente (!) voluntad. Las cosas se hacen nuestras por tradición, si anteriormente nos fueron debidas por convención... Causa justa o aprobada por el derecho es el título hábil para transferir el dominio; aquel título nace del contrato; pero donde el dolo dió causa al contrato, allí no hay contrato, ni título hábil, ni justa causa o aprobada por el derecho, sino más bien reprobada.

(2) Un título verdadero precedente, por el cual se suelen adquirir los dominios.

La inscripción de la posesión y la inmatriculación registral

(Continuación.)

10.—Queda, pues, sin justificar la reforma comentada, cuyo carácter insólito puede ponerse de relieve con sólo recordar algunos ejemplos de prescripción adquisitiva, *secundum tabulas*, en los Códigos europeos (sin que podamos aducir ejemplos de «conversión» por lo mismo que estos Códigos han tenido el buen acuerdo de rechazar, *ab initio*, la inscripción del hecho de poseer). Veamos:

Código italiano.—Art. 2.137: «Quien adquiere de buena fe un inmueble o un derecho real sobre un inmueble *en fuerza de un título que haya sido debidamente transcrito y que no sea nulo por defecto de forma*, lo adquiere por prescripción («ne compie in suo favore la prescrizione») mediante el transcurso de diez años desde la fecha de la transcripción». La prescripción ordinaria exige, pues, además de la posesión tabular de diez años, una adquisición, con buena fe, del dominio o derecho real a prescribir, en virtud de un *título* formalmente perfecto.

Código suizo.—Art. 661: «Los derechos del que aparece *inscrito* sin causa legítima COMO PROPIETARIO de un inmueble, no pueden ser impugnados *cuando ha poseído* el inmueble de buena fe, sin interrupción y pacíficamente, durante diez años». Exige, pues, el Código suizo un *título de propiedad inscrito* y una *posesión física*, pacífica y no interrumpida, durante diez años, posesión que, como diría D. Jerónimo González «cubre» a la inscripción y la convalida «con arreglo a sus términos» (según los cuales el titular inscrito es un *dueño*).

Código alemán.—Art. 900: «Quien por espacio de *treinta* años

permanece indebidamente *inscrito* COMO PROPIETARIO de un inmueble, *si además se mantiene en su posesión continuada*, adquiere, por prescripción, la propiedad» (25). *Inscripción de propiedad; posesión real; treinta años*: ¡casi lo mismo que en España! El contraste de este artículo 900 del B. G. B. con nuestro reformado número 3.º del párrafo 1.º del artículo 399 L. H., no puede resultar—para nosotros—más desdichado.

Es decir, que quien en Suiza o en Alemania pretenda apoderarse por malas artes de una finca del prójimo, tendrá que falsificar nada menos que una «pieza justificativa» (documento auténtico, para la transferencia) o una escritura en la que se contenga el consentimiento de inscripción (Estados de *auflassung* notarial), inscribir su título *de propiedad* en el Registro y poseer de hecho, de veras, el inmueble por espacio de diez o de treinta años. En cambio, en España, quien quiera hacerse dueño de una finca (propia de un arrendador lejano o de un nudo propietario o de un deudor anticrético o de un concedente en precario), no necesita ni buscar siquiera dos testigos falsos: no tiene más trabajo que el de decir un buen día en los corrillos de la plaza que la ha comprado (¡esto ya es el colmo del bien hacer!) cultivarla unos meses, encargar al zurupeto del pueblo que «le haga» un expediente posesorio y... esperar. A los diez años, de manera automática, verdaderamente taumatúrgica, la fuerza creadora latente en aquella mágica información posesoria—germen fecundo de los más excelsos derechos—le habrá convertido en dueño. Para redondear el negocio, «por si las moscas», se dará la casualidad de que a los diez años y una semana, después de haberse consignado en el Registro el milagro de la transustanciación, el flamante *dominus* habrá vendido (?) la finca a un amigo de confianza, si no se le presenta en seguida oportunidad de venderla de veras a un vecino de buena fe... ¡No se puede negar que los españoles estamos mucho más «adelantados» que los suizos y los alemanes!

11. Hemos intentado demostrar que la reforma del 27 no está justificada *legalmente*, con lo cual queremos significar que—para nosotros—desentona en el conjunto del ordenamiento, que aparece

(25) Traducción de Rocas en Nussbaum, *Tratado de Derecho hipotecario alemán*, ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1929, pág. 50.

dislocada de éste, que rompe la lógica en la dogmática de la usucapción y del principio de publicidad registral, que quebranta normas básicas de nuestro derecho privado positivo; pero, como éste no disfruta—ni con mucho—de nuestros entusiasmos, no seríamos nosotros ciertamente, quienes hubiésemos de regatear a la innovación el aplauso más decidido si ésta, aun a riesgo de quebrantar el sistema legal (que, por lo demás, tiene muy poco de sistemático), tuviese un claro fundamento jurídico, o sea, si ella se apoyase en una razón sociológica, humana, nutrida de moralidad y de justicia, que la prestase una justificación más acabada y preeminente, siempre superior en rango a la nacida de una estricta adecuación al ordenamiento positivo.

Mas, por lo que toca a este otro orden de posibles fundamentaciones, ¿qué podríamos añadir ahora a todo lo que ya hemos expuesto al hacer la crítica objetiva del expediente posesorio? La realidad española—decíamos—había demostrado el fracaso evidente de la información de posesión, inútil como vehículo normal de inmatriculación registral y utilizadísima, en cambio, como medio de defraudación fiscal, como ganzúa para contrabandear en el Registro toda clase de actos jurídicos viciosos y como instrumento de alevosas usurpaciones de dominio. ¿Cómo, pues, vamos a justificar una reforma legislativa que, en lugar de suprimir de raíz la plaga causante de tantos estragos, no hizo sino fomentarla, estimularla, al multiplicar la virtud patogénica del agente productor de la epidemia?

Nuestra enemiga a la reforma del 27 no es el resultado de un ataque de legalismo, que nos sonrojaría, sino que es hija de nuestra aversión al expediente posesorio y, más fundamentalmente, de nuestra disconformidad con la inscripción de la posesión. Hay en ésta—como hacíamos notar más atrás—una contradicción interna y un vicio inicial que la esterilizan para cosa buena. Si exigimos la prueba de la adquisición, apuntaremos, naturalmente, a la inscripción del dominio adquirido, y si prescindimos de esa prueba, nada útil habremos logrado, porque el hecho actual de poseer, la simple relación material del hombre con la cosa, desconectada de su origen, no puede tener—ni inscrita ni sin inscribir—valor alguno en el Derecho de inmuebles; sobre todo—como hemos advertido—cuando se trata de configurar una posesión *en concepto de*

dueño, apta para usucapir, y no, simplemente, una situación posesoria *ad interdicta*. Refiriéndose a esta posesión en general, y no ya a aquella especie, cualificada, de la misma, escribe Saleilles —cuya posición no puede resultar sospechosa de *espiritualismo*—: «de consiguiente, si este objeto (el de la posesión) es un inmueble, ¿basta que una persona se establezca en él, para que deba considerársele unánimemente, según el juicio público, *Gemeinbewusstsein*, como aquella persona bajo cuya dependencia debe encontrarse el inmueble y a la cual debe servir éste económicamente hablando? Si nos atuviéramos a la opinión de Savigny, que exigía una aprehensión material, bastaría indudablemente este hecho brutal; para nosotros no basta: exigimos un acto que revele que el poseedor es positivamente el que tiene la cosa bajo su dependencia; es preciso que entre el que se instala en el fundo y el inmueble, se establezca una relación, es decir, un vínculo de conexión que no puede ser pasajero, sino lo suficientemente estable para alejar la idea de que existe otro poseedor beneficiario de una relación análoga respecto al mismo fundo; y esta opinión quedará establecida y sólidamente fundada cuando el anterior poseedor, cuya ausencia daba margen a dudas, acuda a defenderlo y sea rechazado «con armas y bagajes» (26). «Pero para resolver esta cuestión dentro del orden jurídico, no bastan las relaciones presentes y visibles del poseedor y la cosa: hay que apreciar todos los elementos de hecho que caracterizan la posesión, es decir, hay que elevarse por encima del concepto de simple vínculo de explotación y llegar al vínculo de apropiación económica, que no está necesariamente constituido por el acto de beneficio, sino por *obrar como dueño*. Pero esto implica un factor voluntario, porque el señorío de la cosa, según he dicho muchas veces, no es un acto brutal de poder material; es una relación estable, y, por consiguiente, resultado del propósito de tener la cosa por sí y para sí» (Ibidem, 289). «De suerte, que en este sistema (el de separación absoluta de *corpus y animus*), se caracterizaba pura y simplemente la posesión como *relación con la cosa*, cuando para ser completa la posesión hay que tener en cuenta también la relación con las personas: no solamente hay que averiguar cómo obra el poseedor respecto a la cosa, sino cuál es su

estado real y aparente respecto a aquellas personas que hayan podido pretender la cosa o hayan ejercido algún poder sobre ella, y entonces la relación con las personas *se manifiesta por el título de toma de posesión*» (Ibidem, 291, nota). «En una palabra, que no bastan las apariencias de hecho, como el beneficio de la cosa, para afirmar la existencia del vínculo de apropiación económica; hay que llegar hasta la toma de posesión... Tal es lo que se deduce de los textos. Si nos atuviéramos a la teoría de Ylhering, que se satisface con la detentación, tal como aparece del estado de hecho actual, no tendríamos que tomar en consideración el *título para la toma de posesión*; y, sin embargo, siempre que el Derecho romano plantea la cuestión de posesión, se refiere a la *toma originaria de posesión*. Los tres principios que pueden establecerse acerca del particular, son los siguientes, que sólo tengo que recordar: 1.º El saber si hay posesión o detentación, depende de la *causa possessionis*. 2.º El factor decisivo para averiguar si el usurpador clandestino de un inmueble ha adquirido la posesión, es la *conducta del poseedor anterior*; y para esto hay que acudir a la toma de posesión; conocer si de esto tuvo conocimiento el poseedor ausente, y si lo tuvo, si trató de repeler al usurpador. De modo que *el acto presente de detentación no basta para convertir al usurpador en poseedor*. (Ibidem, 295.) «La característica de la posesión es el título de ella: él es quien pone de manifiesto su carácter, él quien adiciona al estado de hecho posesorio el factor característico que le faltaba. *El Derecho no toma en consideración un estado de hecho tal como se ofrece y desprovisto del origen jurídico*: para que lo tome en cuenta necesita hacerlo en conjunto, en la complejidad de sus causas con sus precedentes y consiguientes. *Atenerse al hecho presente* prescindiendo de los actos anteriores que le caracterizan, es una vana y arbitraria abstracción, negar la complejidad de las relaciones sociales para atenerse a una resultante puramente teórica. El derecho en sus orígenes es un producto del estado social, y no una abstracción lógica; existe para regular los actos sociales tal como en la vida se presentan y no fenómenos arbitrarios y aislados del conjunto de factores y causas que los caracterizan. *Al entrar la posesión en la esfera jurídica, hay que estudiarla en la complejidad de sus hechos constituyentes, es decir, examinar todos los elementos del estado de hecho actual y, por consiguiente, su causa*

jurídica (Ibidem, 303). «Para saber si alguien es poseedor, no basta investigar lo que pueden pensar de su actitud respecto a la cosa los terceros, por ejemplo, los vecinos. Supongamos el caso de un individuo que tiene en arrendamiento la pieza de tierra que cultiva, al cual se le ve, por sí o sus criados, labrarla, sembrarla y recoger la cosecha. Si atendemos a esta actitud, exclusivamente externa, no hay diferencia alguna entre la situación o estado de este individuo y la que seguiría un propietario; ¿constituye, pues, la posesión esta relación completamente externa? Si así fuese, el jornalero que labra en sustitución de su amo, tendría a su favor, por el momento al menos, las mismas apariencias que el arrendatario pudiera alegar...; y, sin embargo, el artículo 855 del Código civil alemán le priva de la posesión. He aquí, pues, la prueba de que *el acto material externo no es el único elemento de apreciación para atribuir el señorío a quien está en contacto con la cosa*. Como ya hemos hecho notar, en la situación puramente externa y visible de los individuos con las cosas que someten a su potestad, separar el vínculo material que se deduce de esta situación, de la relación social que es sabido fué causa de ella, es apreciar falsamente las costumbres y los hechos. Si en materia de posesión hay que ver un reflejo de lo que es la vida, pensando así la desconoceríamos» (Ibidem. 359 y siguientes, al exponer «La teoría de la posesión en el Código civil alemán») (27). Y si todo esto ha podido afirmarlo un partidario de la doctrina objetiva, con referencia a la posesión en general, se comprende bien el extraordinario valor que las consideraciones del insigne tratadista han de recibir cuando se apliquen, específicamente, a la posesión *animo domini*, que es la que en España se inscribe en el Registro de la Propiedad, apoyando la prueba de su existencia en el dicho de dos testigos, que deponen sobre *el hecho de poseer* en nombre propio el solicitante, sin que éste pueda ser obligado a presentar el título de adquisición y sin que para nada haya de intervenir en el asunto el poseedor precedente.

Una posesión de tan enteco nacimiento y provista de tan dudo-

(27) Cfr. Wieland, Op. cit., t. II, págs. 362 y siguientes; Vid., también Cosack, *Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts*, t. II, párrafo 186, y Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II, párrafo 114, cit. por Saleilles, *La posesión de bienes muebles*, trad. de la Rev. de Der. Priv., notas de Castán, Madrid, 1927, págs. 46 y siguientes.

sas credenciales, no merece ser acogida en un Registro público y, si se la admite en él, la sola circunstancia de haberla autenticado, tal como ella es, no debe ser suficiente para que (sin contrastar, mediante una posible contradicción del causante, si es, en verdad, una posesión en concepto de dueño o solamente «derivada», ni si realmente se ha continuado sin interrupción), pueda convertirse en dominio al transcurrir diez años o treinta o cincuenta; porque lo menos que puede exigirse para la prescripción, aun extraordinaria, del dominio, es la posesión continuada en concepto de dueño, y la inscripción de posesión lo único que acredita es el hecho actual de poseer en el momento en que la inscripción se produjo. De suerte que, aun suponiendo debidamente acreditada, *ab initio*, una posesión en concepto de dueño (¡que ya es suponer!), podría sostenerse la insuficiencia de la posesión tabular para los efectos de la prescripción adquisitiva, como lo prueba el hecho de que—según hemos visto—los Códigos alemán y suizo y D. Jerónimo González (en su examinado ejemplo), no se contentan para el expresado fin con la posesión tabular que el principio legitimador atribuye al titular inscrito, sino que exigen que el prescribente haya permanecido de hecho durante el plazo de la usucapión en la no interrumpida posesión real o física del inmueble, sin duda porque así lo demandan de consuno el fundamento jurídico y el sociológico de la prescripción. Esta consideración pudiera servir, acaso, para explicar por qué los sabios autores de la ley Hipotecaria primitiva, si bien se refieren, insistentemente, a la prescripción extraordinaria, no se atrevieron a autorizar la conversión «automática» de las inscripciones, autorización que—como es sabido—fué obra de los reformadores de 1909 (28).

(28) Declaradas las teorías subjetivas, que ponían el fundamento de la prescripción en la presunción de abandono por parte del titular inactivo, las corrientes modernas—al lado de la función de estabilidad jurídica que, ya desde el Derecho romano, se la reconoce unánimemente—, tienden a buscar el fundamento de la usucapión en el principio de la exaltación del trabajo como fuente legítima de la propiedad. Merece ser propietario de la cosa (e interesa a la colectividad que lo sea), quien aplica a la misma el esfuerzo de su actividad productiva.

Un pensamiento análogo parece inspirar al autor del examinado Real decreto-ley de 13 de Junio de 1927, cuando escribe (Exp. de mot.), que «resulta anticuada toda norma jurídica que permita romper la relación entre el dueño y la tierra... y amparar, frente al cultivador del suelo, los derechos secularmente dor-

Por consiguiente, si la inscripción de posesión no sirve, desde luego, para legitimar el dominio, ni tampoco (en el terreno de los principios), para facilitar la adquisición de éste por prescripción (o, por lo menos, tiene en este respecto una utilidad muy limitada: autenticar el comienzo del plazo), quedaría su función reducida a servir de título al poseedor inscrito en el caso y en la forma a que se refiere el artículo 101, Reglamento Hipotecario, en su relación con el 445, Código civil, y el 41, ley Hipotecaria. Pero esta función—prescindiendo, como ahora prescindimos, de sus inevitables vicios de origen—, no bastaría para justificar su subsistencia: 1.º Porque el supuesto de aplicación del artículo 101, Reglamento Hipotecario (dos poseedores de hecho actuales de la misma antigüedad), es tan improbable que nos parece casi una entelequia. 2.º Porque, fuera de esta remotísima posibilidad probatoria del título, la presunción del artículo 41, ley Hipotecaria, no añade elemento alguno apreciable a las presunciones posesorias que formula el Código civil. 3.º Porque la expresada aplicación del artículo 101, Reglamento Hipotecario, o nada significa o supone un privilegio en favor del poseedor que no cumple la función económica de la posesión, que la ha abandonado, puesto que si continúa poseyendo no necesitará acogerse a la prueba del título, ya que tiene la posesión actual. Y, 4.º Porque, por lo mismo que la posesión es una situación de hecho, protegida jurídicamente, todas las cues-

midos sobre la almohada de la inscripción en las Contadurías y Registros», y que «la acción social-agraria vuelve su vista a las familias que han labrado la tierra y procura armonizar las contradictorias pretensiones apoyadas en el título desvirtuado y en la *posesión viva y fecundante*». Pero todo está aparece escrito en defensa de «la posesión viva y fecundante», o sea de la posesión física, real, efectiva, verdadera (para fundamentar la plausible reforma del artículo 41). y, por lo mismo, constituye un estimable alegato en contra de la reforma que el propio Real decreto ha realizado en el artículo 399, ya que la conversión automática que éste autoriza (ahora con abreviada facilidad), no exige, en modo alguno, aquella posesión real, viva y fecundante. El tal automatismo permite, por el contrario, que quien haya obtenido—tan fácilmente como sabemos—la inscripción posesoria de la finca, se desentienda al día siguiente del cultivo de la misma, que la descuide, que se tumbe a la bartola, que la deje yerma, porque el talismán de la inscripción se lo dará todo hecho: a los diez años y un minuto el Registro, de espaldas a la realidad, le obsequiará con la lotería del dominio, que, entonces, no será, ciertamente, un premio otorgado al trabajo fecundante.

tiones que en torno a la misma se plantean deben ventilarse en el terreno mismo de los hechos, fuera de los apriorismos estrictamente jurídicos y de los mecanismos ideados para el juego de los derechos puros, toda vez que solamente a la viva luz de las realidades es posible captar debida e íntegramente, toda la serie de matices imprecisos, vagos, cambiantes, que sirven para caracterizar en cada caso a la posesión y que son los que le dan aquella condición escurridiza de que hablábamos en las primeras líneas de estas reflexiones.

Claro está que, si no se quiere conceder que la posesión sea un verdadero derecho real (siempre nos ha parecido que la famosa cuestión de si es hecho o derecho constituye uno de tantos bizantismos de la doctrina), sí se ha de reconocer que, por lo menos, como dice Sohm (Op. cit., pág. 244), «es un bien jurídico de contenido sustancial, aunque inferior a la propiedad», o un derecho «de segundo orden» (Cosack y Mitteis), o un derecho «subordinado al dominio» (Sánchez Román), el cual derecho o bien jurídico, es susceptible de transferencia; de donde parece resultar la conveniencia de inscribirlo en el Registro, a fin de garantizar su transmisión, ya que—como hemos reconocido—la inscripción de posesión (aunque otra cosa parezca significar la letra del artículo 34 de nuestra Ley), es, indudablemente, apta para poner en juego los principios hipotecarios, siempre que éstos se desenvuelvan dentro de la órbita propia de la posesión. Mas para que esta consideración—de innegable fundamento—pudiera resultar admisible, sería menester: 1.º, olvidar que el ingreso en el Registro de la Propiedad de derechos «inferiores», de «segundo orden», o «subordinados» ha de acarrear, forzosamente, graves inconvenientes, por la debilidad intrínseca de los tales derechos (inconciliable con la finalidad predominante del Registro de inmuebles), y por la evidente peligrosidad de introducir un perturbador confusionismo entre los repetidos derechos y los verdaderos derechos reales «superiores», «de primer orden» o «no subordinados», y 2.º, revestir el acceso de esos derechos «inferiores» al Registro inmobiliario de todas las formalidades y garantías impuestas por el principio de legalidad de la inscripción, lo cual— viniendo ya a nuestro caso—exigiría una prueba perfecta y plena del nacimiento y viabilidad del derecho, «inferior», de posesión aspirante a la inscripción, y esta prue-

bastaría absurda la inscripción de posesión, porque o se admitía que ésta pudiera coexistir con la del derecho «superior» (coexistencia que en nuestra hipótesis debería ser cosa natural), o esa prueba de la adquisición (prueba perfecta y plena del acto adquisitivo) debería ser utilizada para inscribir el dominio, excluyente de la inscripción de posesión (por lo mismo que la incluye), pues no parece serio suponer que alguien, pudiendo inscribir el dominio adquirido, tuviese la genialidad de inscribir solamente la posesión del inmueble objeto del acto adquisitivo (29).

(29) La coexistencia de las inscripciones de posesión y de dominio, a la que (*ad absurdum*) nos referimos en el texto, aparece defendida por don Carlos L. de Haro en su interesantísimo artículo *La tradición y el tracto en el Registro* (*Rev. de Derecho Privado*, número 187, abril de 1929, IV, páginas 102 y sigs.). Sostiene, en efecto, el citado autor que en el Registro pueden convivir, sin inconveniente alguno, y, por el contrario, con muy grandes ventajas, el dominio y la posesión y aun varias posesiones contradictorias del dominio y de otras posesiones precedentemente inscritos; teniendo presente que la posesión a que alude no es la derivada o subordinada, sino la independiente y originaria, la posesión apta para usucapir, la *Eigenbesitz*, la posesión en concepto de dueño. Sirvan de comprobación los siguientes párrafos del artículo referido:

«El dominio en una persona, y en otra la posesión *en concepto de dueño*, coexisten en Derecho civil y deben constatarse en el Registro de la Propiedad, porque nuestro régimen inmobiliario no solamente lo permite, sino que lo exige».

«Si al poseedor se le permite inscribir su posesión: 1.º No se le puede cambiar el carácter de poseedor que goza por el de precarista, puesto que inscrita su posesión, no cabe atribuir a la inscripción de dominio del tercero adquirente la *tradición hipotecaria*, y 2.º La prescripción a su favor tendrá lugar, aunque quien tiene inscrito el dominio lo enajene, a los diez o los veinte años a contar de su inscripción *posesoria*, si su posesión obedece a *justo título y buena fe*».

«No hay razón, por consecuencia, para prohibir la inscripción de *posesión afecta a la acción reivindicatoria del dominio antes inscrito*, pudiendo coexistir en el Registro ambas inscripciones con sus respectivos efectos. Si coexisten, el dominio sigue en el comercio de los hombres, aunque su transmisión no apareje la tradición real de la cosa, sino la cuasi tradición del derecho, y signifique solamente la cesión de la acción reivindicatoria, cual antes dijimos; y la posesión queda afecta a la acción reivindicatoria dimanante del dominio inscrito, mientras no prescriba, y elevándose a propiedad produzca, *ipso facto*, la cancelación del asiento dominical».

«Y claro es que cuanto hemos dicho respecto a las recíprocas relaciones que surgirían entre la inscripción posesoria y la contradictoria de dominio, es

Y este es, indudablemente, el nudo de la cuestión. La posesión se inscribe en España, no porque sea en absoluto conveniente inscribirla, sino porque, suponiendo la imposibilidad de probar el dominio, hemos caído en la gravísima inconsecuencia de excusar de esa prueba a la posesión, so pretexto de que es solamente un hecho y sin perjuicio de tratarla luego como un derecho. Esta con-

aplicable a las que surgirían respecto a otra inscripción posesoria anterior, sin más diferencia que la de cambiar la acción reivindicatoria por la publiciana, por ser esta última la que nace del mejor derecho a la posesión».

No queremos nosotros sospechar que esta construcción responda, quizá, al deseo de resolver mediante certificaciones del Registro todas las cuestiones divinas y humanas, por muy objetivas, por muy plásticas, por muy refractarias a los apriorismos que ellas sean. Nos parece más honrado reconocer, con la debida sinceridad, que, por nuestra parte, somos incapaces de seguir al insigne hipotecarista en sus concepciones.

Nuestra comprensión no alcanza a explicar cómo ni para qué puede registrarse una posesión en concepto de dueño a favor de B., unas líneas después de haber inscrito el dominio del mismo inmueble a favor de A., por mucho que nos esforcemos en imaginar que el dominio entonces ya no es el dominio, sino la acción reivindicatoria. ¿Lo veríamos claro si la posesión de B. derivase del consentimiento de A. (*unselbständiger*); pero entonces ya no se inscribiría aquella como tal posesión, sino bajo la configuración típica del derecho limitado respectivo (se inscribiría, llamando a las cosas por su nombre, el usufructo, la anticresis, la servidumbre, el arrendamiento, etc.; artículos 868 del B. G. B., 920 del C. C. S., 432 del Código español). También concebiríamos teóricamente (reprobándola sin vacilar, en la práctica, por inútil y perturbadora) la posibilidad de inscribir al lado del dominio la posesión del criado, del instrumento de posesión (*Besitzdiener*), que equivaldría a inscribir la posesión del dueño, ya que el criado no es poseedor (artículo 855 del B. G. B., y aun artículo 431 del Código civil español). Pero no llegamos a concebir que la posesión de B. pueda ser una posesión en concepto de dueño, porque para que tenga este carácter es necesario que surja de un estado real de rebeldía, de desconocimiento y negación del papel de dueño que se reconoce por el propio Registro a A., al dueño legitimado por la inscripción, pues la posesión en concepto de dueño de B. ha de significar, necesariamente, que éste se ha atribuido la condición de propietario, y es raro que el Registro reconozca en B. esta condición cuando él mismo proclama que el propietario es otro. Parece natural que A. haya de enterarse de la pretensión de B.; si accede a ésta, será porque reconozca que la posición jurídica de B. es más fuerte que la suya (acaso porque A. fuese condueño aparente, recayendo la posesión de B. en perjuicio del dueño real extrahipotecario), en cuya hipótesis el dominio de A. debe ser cancelado, evidentemente; y si A. es efectivamente dueño, parece lógico pensar que acudirá al inmediato ejercicio de su acción reivin-

tradicción fundamental explica todos los males que la inscripción de posesión ha producido en la vida jurídica española y permite predecir que—en mayor grado desde la reforma del 27—seguirá ocasionándolos, si Dios no lo remedia.

Lo que procede, pues, lejos de exagerar las consecuencias de aquella básica inconsecuencia, es atacar el mal en su fuente y extirpar, de raíz, a la posesión del Registro de la Propiedad, como una mala hierba que hubiese invadido un terreno, libre antes, de parásitos.

No nos alucina el ejemplo de la legislación comparada. Los españoles hubiésemos podido haberla superado y, al amparo de la exagerada flexibilidad de nuestro sistema de derechos reales (que de algo nos habría servido, entonces), hubiésemos podido, acaso, hipotéticamente, haber inventado un medio técnico, correcto, para llevar sin violencias la posesión al Registro de la Propiedad. Lo que ocurre es que nos ha fallado el intento, y no porque haya tropezado con un tácito intangible, *numerus clausus*—que, en todo caso, podría ser «abierto» por la iniciativa consciente del propio legislador—, sino porque el referido intento tenía enfrente de sí

dicatoria para aniquilar la contradictoria posesión de B. Para no pensar esto hay que aceptar como cosa normal que A.—hombre cachazudo— se diga tranquilamente: «Bien, sí; el caballero B. ha poseído la finca año y día contra mi voluntad, atribuyéndose él la consideración de dueño y olvidando que yo existo; pero como lo cierto es que, por ahora, el dueño sigo siendo yo, no me preocupa que en el folio de mi finca se haga constar que él es poseedor en concepto de dueño, porque, así como así, tanto yo como mi posible sucesor en el dominio sabemos muy bien que a esa posesión díscola podemos hacerla migas siempre que nos venga en gana mientras no pasen treinta años.» Y suponemos que el impasible dueño hablaría de treinta años, porque tampoco comprendemos cómo, en la cabalística hipótesis propuesta, podría el poseedor B. derivar su posesión *ánimo domini* de un justo título (*causa habilis ad dominium transferendum*) que no apareciese otorgado precisamente por el dueño legitimado para transferir según el Registro, o sea por el mismísimo A., pues no vemos cómo de otra suerte (artículo 20 l. H.) podría llegar a inscribirse el tal justo título determinante de la inscripción *posesoria* (?) a favor de B. Sin embargo, para el Sr. L. de Haro no existen estas dificultades, pues ya hemos visto con qué llaneza afirma que el poseedor (*Eigenbesitzer*) inscrito prescribe, contra el dueño inscrito o contra quien adquiera de éste, «a los diez o los veinte años, a contar de su inscripción posesoria, si su posesión obedece a *justo título y buena fe*».

las esenciales dificultades insuperables que creemos haber puesto de relieve.

Acabemos, pues, de una vez—cortando por lo sano—, con el expediente posesorio como medio de inmatriculación registral y busquemos un instrumento más adecuado y menos peligroso para llenar esta finalidad.

ANGEL ROMERO CERDEIRIÑA,

Notario.

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.

La modificación de los párrafos 3.º, 4.º y 6.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria

1) TEXTO COMPARADO DEL PRECEPTO MODIFICADO

Artículo 20, ley anterior, párrafos 3.º y 4.º:

«No obstante, podrán inscribirse sin dicho requisito los documentos anteriores a 1.º de Enero de 1932, y también los posteriores que se otorguen por quien justifique, con documentos fehacientes, la adquisición del derecho sobre los mismos bienes con anterioridad a esa fecha, si en ambos casos no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición, tomándolas de los documentos necesarios al efecto.

»Estas inscripciones no surtirán efecto contra tercero hasta después de transcurridos dos años, contados de la fecha en que fueron hechas.»

Párrafo 6.º:

«Cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el mencionado derecho y no se justificare tampoco que lo adquirió el otorgante antes de la citada fecha, los Registradores harán anotación preventiva a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de esta ley.»

Artículo 20, ley modificada, párrafos 3.º y 4.º:

«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.»

Párrafo 6.º:

«Cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el mencionado derecho y no se justificare tampoco que lo adquirió el otorgante antes de la fecha de la escritura, o la previa adquisición, si se trata de documentos públicos, los Registradores harán anotación preventiva, a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de esta ley. Conforme a lo dispuesto en esta ley, no podrá inscribirse ningún derecho real sin que conste previamente inscrito el dominio o la posesión del inmueble a que aquél se refiere.»

II) ESTUDIO GENERAL

En general, la impresión que produce en el ánimo del menos avezado a lides hipotecarias, la lectura del precepto tal como queda modificado, no puede ser más grata. A la incomprensión, a la ficción, sustituye con clara visión del problema el precepto útil, adaptable, preciso, práctico. Era lo que ha tiempo estaba haciendo falta y por ello sólo aplausos merecen sus autores.

Es innegable que el problema de dar cabida en los libros inmobiliarios a toda esa enorme masa de propiedad no inscrita, ha luchado siempre con la dificultad de armonizar la facilidad concedida para inscribir, con la necesidad de poner un freno que pare a las puertas del Registro la confabulación y el fraude para evitar crear situaciones de derecho, a cuya sombra se hayan de lucrar quienes no ven en la institución más que el medio de crear situaciones legales en la forma, e injustas en el fondo.

Por ello se ha venido pensando, con criterio, acertado al principio, luego por la fuerza del uso, ya desacreditado, que sólo debería darse acceso al Registro a los documentos anteriores a una Ley (la de 1909, la de 1922, la de 1932), por constituir dichos documentos una prueba preconstituída, en la que, al menos, hay que conceder un margen de sinceridad a los que la establecieron, mediante el otorgamiento de actos o contratos, de momento no inscribibles. Los otorgantes, con mayor o menor buena fe, pero siempre con ignorancia de lo que iba a legislarse, habían otorgado sus documentos, y la Ley, ante este atisbo de sinceridad, no había dudado en admitirles al registro, pensando que, al menos, de haberse hecho algo no legal, no lo había sido con miras a lograr una inscripción imposible cuando se otorgaron.

Pero el desgaste del uso había quitado toda novedad a la improvisación y todos ya sabían que sólo bastaba esperar unos años para que se mudara la fecha tope que permitía la inscripción para lograrla, y quién sabe si, ante esta creencia, no todo sería sinceridad en los otorgantes o cabría suponer otra cosa que no cuadraba con las garantías que debe conceder el registro a la titulación inscrita. El precepto estaba de tal modo limado que hacía falta mudarlo totalmente, por inservible. Esta es la novedad prin-

cial de la reforma hecha: se ha terminado lo de permitir la inscripción de los documentos anteriores a un primero de Enero del año que sea para sustituirlo por un criterio más científico, más definitivo, y que al lado de las mayores facilidades que concede para la inmatriculación, establece mayores garantías para el titular inscrito.

Se ha sustituido el manoseado tope de fechas por el tope de la adquisición anterior, constituyendo de este modo un eslabón de la cadena, que, deliberadamente, queda fuera del registro para no amparar la institución un origen vicioso, tal vez, de la propiedad inscrita y cuyos efectos naturales habrían de desenvolverse en el campo del Derecho civil y penal y en la esfera del Código procesal.

Con la reforma se ha ganado en amplitud y seguridad, aunque se haya perdido algo en elasticidad formal, al añadirse trámites como el de los edictos, antes sólo necesarios cuando la inscripción se basaba en los documentos fehacientes a que se refiere el artículo 87 del Reglamento hipotecario; y la necesidad, en todo caso, de que conste la adquisición anterior a la que es objeto de la inmatriculación, que tampoco era antes necesaria en la inscripción de títulos anteriores a 1.º de Enero de 1932.

Pero ello, lejos de dificultar, mejora el aspecto científico del problema a resolver; la ligera depuración del título adquisitivo del que transmite y el trámite de los edictos, no alejarán la propiedad del Registro, y, en cambio, servirán para realizar una mayor selección de lo que va a ser amparado con nuestra responsabilidad y que atraerá al propietario de buena fe, que busca el ejercicio normal de sus actividades jurídicas y económicas mediante títulos legales que le garanticen su dominio.

La impresión, por tanto, de la reforma hecha no puede ser mejor, y sólo falta su aplicación discreta para que entendamos que vamos, en plazo no lejano, a ver totalmente remozado el vetusto edificio de nuestra institución.

III.) REQUISITOS EXIGIDOS PARA LOGRAR LA INSCRIPCION

Para lograr hoy la inscripción al amparo del párrafo 3.º del

artículo 20 de la ley Hipotecaria, precisan los siguientes requisitos:

A) *Documento público*.—La Ley anterior nada decía acerca de la naturaleza de los documentos eximidos del requisito de la previa inscripción. Ello motivó la interpretación de Registradores, como el Sr. Alvarez Cascos, que los documentos privados eran de por sí inscribibles (1), doctrina que estimamos entonces que no carecía de base (2) y que tal vez, de modo más o menos directo, podía haber tenido cabida ahora. Pero los autores de la reforma, respetuosos con el documento público, declaran de modo claro que para inscribir la propiedad no registrada precisa «documento público».

Ahora bien: El documento público exigido por la Ley reformada, ¿es alguno de los expresados en el artículo 1.216 del Código civil y 596 de la ley de Enjuiciamiento civil? o, por el contrario, ¿sólo es documento público que sirva de base al dominio y derechos reales, según el artículo 3.º de la ley Hipotecaria y 45 de su Reglamento? La cuestión no está todo lo clara que fuera de desear, puesto que la interpretación que se dé necesariamente ha de repercutir en los efectos que en el orden práctico tenga la Ley.

De admitirse la interpretación primera, forzosamente habría de darse cabida en el Registro, para motivar inscripción primera, ya a las actas notariales, que son documentos públicos y que podrían acreditar la posesión en la forma por nosotros preconizada (3), ya a documentos públicos, como las certificaciones del amillaramiento, catastro o registro fiscal, que de un modo más o menos jurídico acreditan el derecho de una persona sobre un inmueble. Esta interpretación podría verse corroborada por el párrafo 6.º del artículo, tal como está modificado, que, según luego examinaremos, parece admitir una distinción entre escrituras

(1) Ved REVISTA CRÍTICA, 1932, pág. 657. Félix Alvarez Cascos, «Comentario al artículo 87 del Reglamento. ¿Los documentos privados, son inscribibles de suyo?».

(2) Ved ídem íd., pág. 748. Antonio Ventura, «Comentario al artículo 87 del Reglamento».

(3) Ved REVISTA CRÍTICA, 1934, pág. 108. Antonio Ventura: «La inscripción forzosan».

públicas y documentos públicos, concediendo a éstos una acepción más amplia que a aquéllas.

La interpretación no ofrece todas las garantías que fueran de desear, y hasta que venga una interpretación reglamentaria o la jurisprudencia, aconsejamos una interpretación restrictiva que limite la inscripción a los documentos públicos comprendidos en el artículo 3.º de la ley Hipotecaria.

B) *No inscripción a favor de tercero*.—Respetuoso con el principio de tracto sucesivo, la reforma hecha sólo puede ser utilizada por la propiedad no inscrita. En esto no ha hecho sino reproducir la Ley anterior.

Al llegar a este extremo no podemos menos de estimar urgentísimo, y así creemos debiera solicitarlo de los Poderes públicos, el Colegio Oficial de los Registradores de España, al que dirigimos el ruego, la necesidad de reformar el párrafo segundo del artículo 88 del Reglamento, que, por analogía con lo dispuesto en el artículo 29, exige la intervención del Juez de primera instancia cuando aparezcan asientos que se teman se refieran a las fincas que se pretenden inscribir. En estos casos, harto más frecuentes de lo que se creen, dado lo imperfecto de las descripciones de los títulos, debe ser únicamente el Registrador el que practique las actuaciones necesarias para establecer la identidad o no identidad entre los inmuebles inscritos y los que pretenden ingresar en el Registro, ya convocando a los interesados a una comparecencia para que manifiesten si las fincas son o no las suyas, ya insertando edictos si los titulares no fueren de domicilio conocido. Es lo práctico y evitaría que la rapidez y economía del artículo 20 de la Ley se vea desvirtuado por una intervención judicial que, por lo menos, representa un gravamen en los gastos de inscripción.

C) *Edictos*.—Como queda dicho, representa una novedad la inserción de los edictos, antes sólo exigidos cuando la inscripción se verificaba apoyándose en documentos privados y ahora exigidos en todo caso. Es una garantía para los terceros interesados, un medio de dar mayor publicidad a las inscripciones, una cortapisa a los audaces que pretendan corromper el procedimiento y, en general, un trámite absolutamente provechoso y necesario. La facilidad da a su publicación en los Ayuntamientos, medio de lle-

gar directamente al público, revela un sentido altamente práctico en el legislador, pues ha evitado la inserción en el *Boletín Oficial* y *Gaceta de Madrid*, que nadie lee y sólo sirven para encarecer la titulación.

D) *Circunstancia de la adquisición anterior*.—El párrafo 3.º de la Ley, derogado, al establecer una fecha tope para la inscripción sin el requisito de la inscripción previa, fatalmente había de atender a que en la inscripción constara que la finca había sido adquirida por el transferente con anterioridad a la fecha indicada. La reforma suprime toda fecha de punto de partida para la inscripción: el hacerse constar hoy las circunstancias de la adquisición no lo es ya para justificar que la finca fué adquirida con anterioridad a tal o cual fecha, sino como medio de garantizar que el transmitente no es un detentador que pretende aprovecharse de las facilidades dadas por la Ley para lograr engañar a un incauto con una inscripción que carecería de toda base legal. Aparte de la responsabilidad penal que cabría al que tal hiciere, el legislador más previsor ha querido que el eslabón primero de la cadena quede fuera de la órbita hipotecaria para que las cuestiones que de ella se deriven no se vean amparadas por un asiento del registro, y al efecto, exige que el que transmite diga cómo y por qué es dueño de lo que pretende transmitir, para que el adquirente pueda ya inscribir su derecho.

Esta adquisición anterior no ha de ser precisamente basada en un título translativo de dominio, sino que la Ley únicamente exige consten las circunstancias de la «adquisición anterior», y a este efecto cualquiera de los modos de adquirir la propiedad de los que reseña el artículo 609 del Código civil, puede ser el que se alegue por el transmitente.

No vemos tampoco inconveniente en que lo que se transmita sea la posesión, y en ese caso la adquisición había de haberse realizado por alguno de los medios que establece el artículo 438 del citado Código, dato que debería constar en la inscripción.

Del examen comparativo de los párrafos tercero y sexto del artículo 20 de la Ley, parece observarse que mientras el primero dice que el Registrador «tomará» las circunstancias de la adquisición anterior del «mismo documento» que se va a inscribir o «de otros», el párrafo sexto habla de «justificación» de la adquisición an-

terior. Como se ve hay que armonizar ambos preceptos, al parecer antagónicos, pero que un examen sereno ve que no lo son: la justificación de que trata el párrafo sexto no puede ser nunca, no es, la justificación minuciosa, legal y precisa que haría falta para inscribir la transmisión anterior, puesto que en este caso, ésta sería la que motivaría la inscripción primera, sino un antecedente, un dato que ha de constar en el Registro como premisa anterior a la transmisión que se inscribe, y para que se vea que el derecho del transmitente no tiene su origen en el vacío. De este modo si en la escritura que se pretende inscribir, A (transmitente) dice que adquirió la finca vendida por herencia de su padre B, el Registrador cumple el párrafo tercero del artículo 20 de la Ley «tomando» el dato de la adquisición anterior del «mismo documento», según claramente dice dicho párrafo, y no necesitará exigir ninguna otra justificación, puesto que el hecho de constar en la escritura tal dato se considera bastante «justificación» de que el transmitente adquirió su derecho antes de la fecha de la escritura.

Son dos, pues, las fuentes de que el Registrador puede valerse para informarse de la adquisición anterior, que (a diferencia de la legislación derogada que en las escrituras anteriores a 1.º de Enero de 1932, no exigía tal dato) necesariamente ha de expresarse «siempre» en la inscripción que se practique: a), el mismo documento, sin más justificación que no exige el párrafo tercero que examinamos; b), otros documentos presentados al efecto, que no dice la Ley cuáles puedan ser, pero desde el momento en que se ha suprimido de la Ley la palabra «fehacientes» que contenía el anterior artículo 20, parece ha querido sustituir con un criterio de mayor amplitud y, por tanto, cualquier documento, sea público o privado, y fehaciente o no, puede servir de base a la justificación relativa de la adquisición anterior; otras escrituras, documentos privados, estén o no incorporados a un archivo público, etc. y con criterio extensivo, admitiríamos hasta una declaración del transferente, dirigida al Registrador, en la que manifestara el título de adquisición anterior, para que así constare y que podría ser tenida en cuenta, en consonancia con la doctrina del artículo 119 del Reglamento.

Claro es que, aparte de los preceptos de los artículos 87 y 119

del Reglamento hipotecario, que taxativamente imponen la obligación de archivar los documentos privados presentados, un elemental deber de prudencia aconseja se archive todo documento que carezca de matriz, para que, caso de resultar falsa la declaración formulada, se impusiera al infractor la pena correspondiente, que serviría de saludable lección a los que intentaran sorprender la buena fe del Registrador.

E) *Justificación de la adquisición anterior o previa adquisición.*—El párrafo sexto del artículo 20 que nos ocupa es el que, a nuestro entender, mayores dudas puede suscitar en su aplicación. Previendo el caso de que haya de tomarse anotación preventiva, viene a fijar «a sensu contrario» un requisito para la inscripción de fincas nuevas. Parece exigir una de estas dos cosas: o la justificación de que el otorgante «en las escrituras» adquirió su derecho «antes» de la fecha de la escritura, o la justificación de la «previa adquisición», si se trata de documentos públicos.

El precepto, tal como está redactado, puede ser interpretado en uno de estos dos sentidos: o los términos «adquisición por el otorgante antes de la fecha de la escritura» y «previa adquisición» son sinónimos, y en tal sentido se han empleado indistintamente para expresar una misma idea, esto es, que, tratándose de documentos públicos, debe justificarse la adquisición anterior o la previa adquisición por el transmitente, y si no se justifica, debe tomar anotación de suspensión.

O los términos «adquisición por el otorgante antes de la fecha de la escritura» y «previa adquisición» expresan ideas distintas y casos diferentes, y en este caso, hay que subdividir la interpretación en dos supuestos:

Primer supuesto. Hay que justificar que el que transmite adquirió su derecho «antes de la fecha de la escritura», justificación que, como queda dicho, no creemos que pueda tener mayor alcance que tenía la palabra «justifique» del antiguo párrafo tercero del artículo 20 de la Ley, y, por tanto, serán admisibles todos los medios de prueba escrita reconocidos en derecho (otras escrituras, certificaciones del catastro, amillaramiento o registro fiscal—sin perjuicio de alegar en estos casos, en otro documento, cuál sea el título de adquisición del transmitente, dato exigido por el párrafo 3.º reformado—, documentos privados fehacientes

en cuanto a la fecha, y hasta el mismo documento que se inscribe, según reconoce el párrafo tercero reformado).

Hay que justificar la «previa adquisición» del derecho que se transmite, por el transferente, para que pueda ser inscrito luego el derecho a favor del adquirente. Siguiendo esta interpretación nos encontraríamos en el caso planteado por el profesor D. Jerónimo González en su obra «Principios hipotecarios» (página 241), de acto dispositivo otorgado por una persona que no sea el verdadero titular de un derecho y que será válido, si el enajenante adquiere efectivamente la cosa que ha enajenado cuando no era dueño. Ejemplo: A vende a B una casa, no suya, sino de C. Se presenta la escritura en el Registro, y como la finca no consta inscrita, el Registrador suspende la inscripción, porque no consta que el otorgante haya adquirido su derecho antes de la fecha de la escritura. Pero A «luego» compra a C su casa, y este documento «posterior» al otro de venta a B puede servir de justificación, pues si bien el derecho de A no ha sido adquirido «con anterioridad a la fecha» de la escritura primera, sí ha justificado la «previa adquisición» a su favor como trámite previo a la inscripción del derecho a favor de B. Sin embargo, no creemos que haya sido ésta la interpretación que debe darse al precepto, ni menos la intención de los autores de la reforma.

Segundo supuesto. El párrafo sexto reformado del artículo 20, que estudiamos, distingue entre «escritura» y «documentos públicos», o sean los del artículo 1.216 del Código civil. Si lo que se inscribe es una escritura, ha de justificarse que el transmitente adquirió su derecho «antes» de la fecha de la escritura, por los medios que quedan reseñados, entre los cuales está la propia escritura que se inscribe, de la cual ha de tomar el Registrador los datos, según el párrafo tercero del repetido artículo 20. Si lo que se inscribe es otro documento público (entre los cuales, con una interpretación audaz, podríamos llegar a admitir las certificaciones del catastro, amillaramiento o Registro fiscal, y las actas acreditando en las declaraciones de dos testigos de poseer el requirente determinados bienes), se ha de justificar la previa «adquisición», esto es, se ha de acreditar por cualquiera de los que quedan repetidamente expuestos, el dato de que el interesado en la inscripción ha adquirido previamente a ésta el derecho que quie-

re registrar, bien por cualquiera de los títulos conocidos en Derecho, bien por mera posesión, manifestada en declaración por él suscrita.

Las interpretaciones que últimamente hemos hecho, sólo a título de antecedentes para la aclaración reglamentaria que necesariamente ha de venir, se han dado. Creemos que, en realidad, la primera interpretación, como más estricta y restrictiva, es la que ha de prevalecer por ahora, esto es, que ni el supuesto primero ni el segundo, son lo que ha querido decir el Legislador.

F) *Ordenación reglamentaria del precepto*.—Ante la reforma, el artículo 87 del Reglamento ha perdido su virtualidad y debe ser sustituido. En tanto, hemos de aprovechar de él aquellos elementos que arrojen luz, acerca de lo que ha de hacer el Registrador en caso de duda.

Parafraseando el citado artículo reglamentario, podríamos decir hoy:

«Conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 20 de la Ley, podrán inscribirse sin el requisito de la previa inscripción: 1.º Los documentos públicos, siempre que el transmitente justifique la adquisición anterior a la fecha de aquél, de la finca o derecho que se trate de inscribir. 2.º Las adquisiciones derivadas de un título universal que no describa o especifique las fincas o derechos adquiridos, cuando se justifique, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley, con otro documento fehaciente, que se hallan comprendidos en aquél los bienes o derechos que se trata de inscribir. Para los efectos del párrafo anterior, la frase documentos fehacientes comprende no sólo los incluidos en el artículo 3.º de la ley, sino los que, según el artículo 1.227 del Código civil, hagan prueba contra terceros en cuanto a una fecha anterior a la de apertura de la sucesión.» «Las inscripciones practicadas al amparo del citado artículo 20 y párrafo tercero se pondrán en conocimiento de todos los que pudieran estar interesados en ellas por medio de edictos, en la forma que dicho artículo establece.» «Cuando los documentos que se presenten para corroborar la inscripción fueren privados, se archivarán en el legajo correspondiente en el Registro de la Propiedad.»

G) *Inscripción previa del dominio o posesión para la inscripción de un derecho real*.—Viene a reafirmar el contenido ge-

neral del párrafo primero del artículo 20 de la ley Hipotecaria y está en armonía con el 398 de la misma ley. Es una aclaración muy conveniente, aunque no ha derogado de modo expreso la doctrina del párrafo final del artículo 8.º de la ley.

ANTONIO VENTURA Y GONZÁLEZ,

Registrador de la Propiedad.

DE ACTUALIDAD

La reforma del artículo 20 de la ley Hipotecaria

La Ley de 21 de Junio último, reformando los párrafos tercero, cuarto y sexto del artículo 20 de la ley Hipotecaria vigente, viene a llenar una aspiración unánimemente sentida, y es, además, importantísima como primer escalón para llegar, sin grandes sobresaltos, a la inscripción forzosa o al principio de la inscripción sustantiva como único modo de adquirir tratándose de inmuebles, propósito a que tiende, de acuerdo con los modernos sistemas registrales suizo y alemán, el anteproyecto de una nueva ley Hipotecaria encomendado por el actual Ministro a la Comisión Jurídica Asesora.

Técnico, como Registrador de la Propiedad, el encargado del Ministerio, no podía desconocer las grandes ventajas que tal reforma implica, ni, a su vez, los inconvenientes de llegar a ella de un modo brusco, viéndose así claramente el espíritu que anima a la Ley citada y la relación que la misma guarda con la Base 2.ª de la Orden, encargando la redacción del Anteproyecto.

No es éste momento de volcar elogios por tan plausibles orientaciones, y únicamente es mi objeto, en tanto no se dictan normas acoplando el Reglamento a la nueva Ley reformadora del artículo 20, exponer al mejor criterio de los compañeros algunas consideraciones prácticas sobre el modo de cumplir y aplicar aquélla a la realidad, que será en brevísimo plazo, una vez transcurran los veinte días para que entre en vigor.

A mi juicio, y teniendo en cuenta el espíritu y tendencia de

dicha reforma, los Registradores de la Propiedad debemos tener en su aplicación el más amplio criterio, para que dé sus apetecidos frutos, sin entorpecerla con trabas y reparos meticulosos o detallistas, salvando siempre, claro está, el principio de legalidad que informa nuestro sistema.

Así, pues, y mientras reglamentariamente no se complemente el párrafo tercero del artículo 20, creemos que, con arreglo al mismo, supuesta la no previa inscripción a nombre del transferente ni de otra persona, todo documento público puede y debe inscribirse por sí mismo y «de hecho», o sea sin esperar a la publicación de los edictos que en dicho artículo se establecen ni a la devolución de los mismos por el interesado con la diligencia de haber estado expuestos por el plazo de un mes en el tablón de anuncios del Ayuntamiento. Es decir, el Registrador, presentado que sea el título inscribible, practicará, desde luego, la inscripción, si procediese, y después extenderá y entregará al interesado los edictos prevenidos para su exposición en la forma indicada. Una vez devueltos, con nota suficiente de haber sido expuestos al público durante dicho mes, el Registrador pondrá al margen de las inscripciones practicadas la correspondiente nota haciendo constar tal hecho, y si transcurriesen sesenta días sin acreditarse el cumplimiento de esa formalidad, cancelará de oficio, también por nota marginal, las inscripciones practicadas.

Fundo mi opinión en lo establecido para los casos de los números 3.º y 4.º del artículo 87 del Reglamento hipotecario, o sea en un criterio de analogía con lo ya preceptuado en el Reglamento.

Cuestiones también a interpretar serían las del caso de que se formulase oposición; en qué momento y ante quién podrá hacerse; qué efectos produciría, etc., y, sobre todo, la que se deriva de las últimas frases del párrafo 3.º reformado, pues al establecer: «expresándose en el asiento que se practique las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, tomándolas de los mismos documentos o de otros presentados al efecto», sería preciso saber qué se entiende por «circunstancias esenciales» de la adquisición anterior. Porque es muy corriente que en las escrituras públicas se haga la referencia al título del transferente en estos o parecidos términos: «Pertenece al compareciente don F.

de T., por justos y legítimos títulos»; o «por herencia de sus padres»; o bien «por compra en documento privado ante testigos...» No parece que en todos estos casos pueda afirmarse que en el título que se inscribe consten esas circunstancias esenciales de la adquisición anterior. Creemos que en ellos y otros parecidos habrán de presentarse como complementarios, para que pueda llevarse a cabo la inscripción, esos «otros documentos» de que la nueva Ley habla, al final del mismo párrafo, a fin de acreditar con ellos esa previa adquisición, y consignar sus circunstancias «esenciales» en el asiento que se practique; y si no se aportasen o no existiesen, quedaría aún al interesado el medio de la anotación preventiva, con sus prórrogas, si se solicitase, para intentar, durante su vigencia, obtener un título supletorio.

Pero en otros casos, los más frecuentes, en la escritura o documento que se inscribe consta el título previo del transferente en forma algo más explícita, aunque siempre lacónica y poco reglamentaria. Por ejemplo: «Pertenece la finca descrita al don F. de T., por herencia de sus padres don Tal y don Cual»; o «por compra en escritura pública ante el Notario don...»; o bien «por documento privado otorgado ante testigos en tal fecha, que fué liquidado...». ¿Serán suficientes tales expresiones para conceptuar como cumplido el precepto en cuanto a las «condiciones esenciales» de la previa adquisición?... Yo no me atrevo a opinar; pero entiendo que, de no considerarlas bastantes, la reforma chocará con obstáculos invencibles y los hermosos resultados que de ella se esperan no se lograrán.

Porque, enlazada con ésta, se presenta otra cuestión, pues los documentos distintos del presentado, esos «otros documentos» que en calidad de complementarios pueden presentarse también para justificar la adquisición previa, no dice la Ley «si han de ser o no fehacientes». Yo me inclino a creer que deben tener tal condición, porque el principio de legalidad es básico en nuestro sistema; porque, de lo contrario, se entronizarían el fraude y el engaño; porque es fácil simular un documento privado *previo*, y porque ya decían los redactores de la primitiva Ley «que no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje dudas de su legitimidad». Sentado, pues, que aquellos documentos han de ser fehacientes, la reforma no logrará inmatricu-

lar muchísimas fincas, de no darse una interpretación amplia, acorde con su espíritu y tendencia, a la nueva Ley reformadora. En efecto, el título anterior unas veces no existe, o se ha extraviado o no lo tiene a su alcance el propietario; o, si existe, no es fehaciente por no haber sido incorporado a ningún archivo o no haberse realizado las demás condiciones del artículo 1.227 del Código civil, si es privado; y, lo mismo si es privado que público, puede no haberse satisfecho por él el impuesto de Derechos reales, y sabido es que las cuotas, multas, demora o timbre, etcétera, predisponen muy desfavorablemente el ánimo de los pequeños y humildes propietarios, que son los más directamente favorecidos con la reforma.

Muchas más consideraciones sugiere el nuevo texto del artículo 20, que omitimos en gracia a la brevedad. Mi propósito hoy es tan sólo el de someter estas ligerísimas apreciaciones al criterio ilustradísimo de los compañeros para que, ante ellas, aunemos nuestros esfuerzos, uniformemos las prácticas de cada Registro, vayamos todos acordes en la interpretación de la reforma, y, conceptuándola paso obligado para la otra más amplia que se proyecta, colaboremos y coadyuvemos ya desde ahora a ella, logrando su más fácil, perfecta y rápida implantación.

SERGIO SAAVEDRA LASTRA,

Registrador de la Propiedad.

Derecho Inmobiliario de la Guinea española ⁽¹⁾

LEGISLACIÓN DE CONCESIONES DE TERRENOS

Por Real decreto de 13 de Septiembre de 1858, el General O'Donnell, confirmando las concesiones hechas por los gobernantes anteriores, establecía que éstas caducarían si los concesionarios de los terrenos no edificaban o no los ponían en cultivo en el término de dos años, a contar desde la fecha de su revalorización. Posteriormente, en 12 de Noviembre de 1868, se ratifica la declaración de propiedad de los hijos del país sobre las tierras que cultivasen y sobre el área de los solares que tuviesen ocupados con edificios dentro del casco de las poblaciones; y a cada español que se avecindara en la comarca se le concedía gratuitamente 50 hectáreas y un solar para construcción en el pueblo que eligiese. Al colono extranjero sólo se le adjudicarían 10 hectáreas y un solar, pero podría conseguir mayor extensión bien a censo redimible, pagando un canon anual de un real de vellón por hectárea, o en pleno dominio, mediante el abono de dos escudos. Las concesiones de terrenos en Annobón, Corisco y Elobey eran más reducidas, y todas las de Guinea caducaban a los dos años si durante este tiempo no se hubieran puesto en cultivo los predios rústicos o edificado los urbanos, estando exentas de contribuciones directas estas propiedades durante el plazo de cinco años. El Gobernador expedía a nombre del Gobierno de la Nación los correspondientes títulos de propiedad.

(1) Véanse los números 99, 100 y 104 de esta Revista.

Más tarde, desde 26 de Octubre de 1872, las adjudicaciones de terrenos se hacen a título oneroso, fijándose en cinco centavos de peso por hectárea el canon anual de las adjudicaciones, y en un peso el de la adquisición definitiva por compra. Ninguna concesión hecha por el Consejo de vecinos puede pasar de 50 hectáreas en Fernando Poo y de dos hectáreas en Corisco y Elobey. Y desde 1880, el Ministro de Ultramar, D. Víctor Balaguer, encarga del Registro de la Propiedad al Secretario Letrado.

Con fecha 2 de Noviembre de 1897 se dicta el primer Reglamento sobre las concesiones, que precisan el informe del Consejo de vecinos y se remiten al Inspector de Colonización; pero cuando los terrenos tienen más de 50 hectáreas informa el Gobernador, que eleva el expediente al Gobierno para la resolución definitiva. Para obtener nueva concesión hace falta tener en cultivo el terreno adquirido por otra anterior, entendiéndose que se renuncia a la misma si en el plazo de tres meses no se recoge el título, y que contrae el solicitante la obligación de presentar el plano de las fincas al Secretario, para la formación del Catastro rural, siendo de cuenta del propietario tanto los gastos originados por la formación del plano, como los correspondientes al referido Catastro. Las rectificaciones por aumento se disponía pagasen tres veces el canon de concesión, y en la segunda disposición transitoria del Reglamento se mandaba formar la relación de los terrenos concedidos y de los caducados, sin que de esta relación se remitieran antecedentes al Registro de la Propiedad.

La Ley y el Reglamento sobre el Régimen de la Propiedad en los territorios españoles del Golfo de Guinea regulan ya de una manera detallada las circunstancias necesarias y el procedimiento adecuado para obtener las concesiones de terreno. Según dicha Ley, de 11 de Julio de 1904, y su Reglamento, de 16 de Enero de 1905, las concesiones recaen en bienes de propiedad privada del Estado, y pueden ser objeto de concesión los bienes inmuebles del dominio público y uso privativo del Estado, tanto de carácter civil como militar, que no sean necesarios para su servicio, previa declaración del Ministro de Estado, según más concretamente se especifica en la Ley de 27 de Diciembre de 1910. Disposiciones especiales regulan las concesiones de minas, de aguas y de explotaciones forestales.

Esta legislación, de acuerdo con el Código civil vigente en la Península, determina los bienes de dominio público y uso común, que son los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos, etc.; los de dominio público que perteneciendo privativamente al Estado, están destinados a algún servicio especial, como Casas-Gobierno, hospitales, etc., y los bienes de propiedad privada del Estado, como las minas no concedidas a particulares, las tierras que no hayan pasado nunca al dominio privado, etc.

Las concesiones se hacen respetando siempre la propiedad indígena, que se regula en los artículos 11 a 15 de la Ley y 12 a 17 de su Reglamento, y los expedientes para limitar el terreno de las tribus pueden ser promovidos por el Curador Colonial a instancia de los indígenas. Por Decreto de 31 de Mayo de 1920 se adjudican en los mencionados deslindes dos hectáreas por individuo del Grupo Autóctono, quedando protegida esta propiedad por los Decretos de 7 de Abril de 1926, que prohíbe celebrar contratos de préstamo con los poseedores de estos bienes, en cantidad superior al importe de las cosechas; de 27 de Junio de 1927, que impone multas de consideración a los que adquieran terrenos de los indígenas sin presentarlos ante la autoridad competente, y de 12 de Julio de 1928, que crea el Patronato indígena.

Los Consejos de Vecinos pueden realizar adquisiciones concedidas por el Ministerio de Estado, previo informe del Gobernador general y de la Junta de Autoridades, pudiendo libremente disponer del aprovechamiento de estos bienes y arrendarlos. La venta de ellos, que necesita autorización del Gobernador general, se hace en subasta pública, destinándose el 75 por 100 de su importe para obras de urbanización de la capital, y el 25 por 100 restante ingresa en los fondos de la Hacienda Colonial.

Las Misiones católicas oficiales y los individuos de las mismas pueden obtener concesiones gratuitas, pero sólo en los lugares donde tengan establecida alguna Misión o escuela y sin que estas concesiones excedan de 10 hectáreas.

Los indígenas de otros lugares de Africa occidental que soliciten terrenos podrán adquirirlos siempre que justifiquen tener elementos económicos suficientes para su explotación o vivir con mujer indígena de nuestras posesiones, si el terreno perteneciera a ella o a su familia, o fué puesto en explotación por los mismos o

por sus antepasados, en las circunstancias establecidas en el Real decreto de 23 de Junio de 1919.

Tienen capacidad para solicitar las concesiones de terreno todas las personas, tanto españolas como extranjeras, a quienes sus respectivas leyes autoricen para obligarse y que depositen el 10 por 100 del importe de las concesiones si son en pleno dominio o lo que corresponda al canon del primer año, entregando por triplicado el plano de la finca; si hubiesen obtenido concesiones anteriores es necesario justificar haber puesto en explotación las dos terceras partes de los bienes poseídos. A las Sociedades extranjeras se les exige que el 75 por 100 del capital social pertenezca de un modo intransferible o nominativo a ciudadanos españoles.

Las concesiones pueden ser provisionales y definitivas: serán provisionales las concesiones de terreno mientras no se cumplan las siguientes circunstancias, que son: recoger en plazo que no exceda de seis meses, a partir de la notificación, el certificado de inscripción; dar principio en el primer año de la concesión a los trabajos necesarios para la explotación de los terrenos; someterse a las disposiciones pertinentes para la conservación de la riqueza forestal que convenga no destruir; recolectar las plantas tintóreas o tallíferas y las gomas, resinas, etc., sin destruir los árboles; plantar cada año doble número de árboles de esencias que aquéllos que corten; replantar, cuando menos, 150 plantas de caudho por cada tonelada del mismo que produzcan y poblar de eucaliptus la cercanía de la vivienda; poner en explotación, dentro del plazo máximo de cinco años, la parte de tierra que se haya fijado en el título de concesión, que será la mitad de la concedida cuando el total no exceda de 500 hectáreas, y abonar puntualmente el canon en los casos que proceda. Tienen también carácter de provisionales las adjudicaciones en subasta que haga la Mesa, constituida por el Jefe del Servicio Agronómico que la preside, por el Interventor de Hacienda y por el Notario que levanta la oportuna acta.

Sobre estas concesiones pesan las limitaciones contenidas en las leyes de 28 de Junio de 1927, 13 de Mayo de 1928 y Real orden de 26 de Agosto de 1928, que prohíben a los Notarios, Juzgados y Registro de la Propiedad autorizar, sin previa orden de la Dirección general, cualquier contrato, acto o inscripción de que pudiera resultar acumulación de más de 100 hectáreas en una sola persona,

pudiéndose declarar nulas dichas concesiones con incautación de cuanto se halle sobre el terreno: inmuebles, muebles, semovientes, cosechas y materiales de cultivo y explotación, sin que el concesionario pueda reclamar ni invocar la prescripción.

Son concesiones definitivas las de bienes de dominio público, uso privativo del Estado, no necesario para su servicio, que se concedan por subasta pública, por el Ministro de Estado o por el Gobernador general, según los casos, y, en general, todas las concedidas en subasta pública y las concesiones provisionales que hubiesen cumplido los requisitos que la Ley señala.

Por Real decreto de 6 de Mayo de 1926 se modifica la Ley y el Reglamento y se faculta al Gobernador general de nuestras Colonias del Golfo de Guinea para conceder hasta 100 hectáreas; de 100 a 10.000 hectáreas a la Dirección general de Marruecos y Colonias; y cuando exceden de 10.000 hectáreas al Gobierno. Si bien el Gobernador general puede alzarse, en el término de un mes, empleando incluso la vía telegráfica, cuando razonadamente considere que la concesión otorgada cause graves perjuicios a los intereses de los indígenas. Toda petición de concesión de más de 100 hectáreas ha de sacarse a pública subasta, caducando los derechos de los concesionarios que a la publicación de este Real decreto no hubieran cumplido los requisitos establecidos en la Real orden o disposición de la concesión.

OBSTÁCULOS QUE PARA EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ORIGINAN LOS EXPEDIENTES DE CONCESIÓN

Una de las principales causas de la desorganización del Registro de la Propiedad está en la tramitación de los expedientes de concesión. A ella se da lugar por medio de una instancia que se vende ya impresa conteniendo las circunstancias determinadas en el artículo 27 del Reglamento, es decir, estar extendida en el papel sellado de la clase correspondiente, el nombre, apellidos, edad, estado civil, naturaleza, domicilio y nacionalidad del suscribiente, declaración de obrar en nombre propio o con poder de otra persona; descripción de la finca; declaración de que dentro de ella existen propiedades indígenas del Consejo de Vecinos o de otros particulares;

determinación de la parte que se obliga a poner en explotación durante los cinco primeros años, cuando soliciten más de 500 hectáreas; declaración de no tener ninguna concesión anterior o, en caso contrario, expresar el estado de las que se tengan, y si el solicitante es extranjero, su expresa sumisión a las leyes generales vigentes en España y a las disposiciones particulares que rijan en la Colonia, así como a las Autoridades, Juzgados y Tribunales españoles, con renuncia a todo fuero de extranjería y a la protección de su país. Dicha instancia, dirigida al Gobernador general, previo el pago en la Administración de Hacienda del 10 por 100 del canon, que se acredita por el oportuno certificado y de la que en Tesorería se toma razón en un libro especial, inicia, con el oficio del Gobernador el expediente que pasa al Servicio Agronómico para su informe. El interesado designa libremente al perito, que se encargará de la medición, quien, siguiendo las instrucciones de aquél, o las de un sumiso indígena en calidad de práctico, se limita a medir el terreno que se le señala y al que previamente se ha rodeado de unas trochas, hechas unos días antes, y que desaparecen tan pronto ha terminado la medición; determina los linderos y levanta el plano de la finca en completo acuerdo con los datos suministrados en las solicitudes. Como se ve, sólo el propietario sabe, con la antelación suficiente para hacer las trochas, el día en que se va a verificar la medición del terreno por él elegido, y en el que casi seguramente no se encontrará ser humano por no ser obligatorias ni la citación y comparecencia de los propietarios colindantes, ni tampoco la investigación previa en la zona objeto de la medición de la existencia de tierras de las tribus, del Consejo de Vecinos o de particulares.

Antiguamente, y debido a ser los aparatos de medición imprecisos y las operaciones muy inexactas, casi todos los planos de las fincas medidas resultaban polígonos regulares, y como, además, en las brújulas no se corregía la desviación magnética, podía observarse en los planos archivados en el Registro de la Propiedad, la no coincidencia de los linderos de los planos colindantes. Y esto, más la carencia de mojones en los límites de las fincas sustituidos por trochas, que desaparecen rápidamente, cubiertas por la exuberante vegetación, tenía como natural consecuencia la dificultad de la identificación del predio, aun para su propio dueño, que por des-

conocer los límites de la concesión, podía, con la mayor facilidad, incluir total o parcialmente una finca dentro de otra, siendo, por añadidura, muy corriente la rectificación de sus linderos y extensión por orden gubernativa, sin la menor garantía para el propietario. Lo anteriormente expuesto, más la existencia de concesiones provisionales y definitivas, el ser muy pocos los expedientes de caducidad, y la variación de los linderos de unas concesiones a otras al permitir inscripciones duplicadas, y aun dobles enajenaciones facilitadas por la existencia de títulos diferentes susceptibles de inscribirse en el Registro, vedaban a esta Institución amparar efectivamente contra el fraude, por aparecer los predios con distinta descripción, extensión y figura topográfica o histórica. Y como, en evitación de ello solamente se precisaba el trámite de que el perito hiciese constar que en el acto de la medición no se interpuso ninguna reclamación, y como no se da intervención al Secretario Letrado, ni al Registrador de la Propiedad, ni se ve si estas fincas figuran o no inscritas en el Registro de concesiones y solares, resulta que hay concesiones inscritas en el antiguo Registro, que figuran en el nuevo dos veces, una al hacer el asiento de traslación con los primitivos linderos y otra en virtud de la aplicación de determinados preceptos del Reglamento; pudiendo darse el caso de que un propietario por título de concesión o de compra, en combinación con otro, con carácter de poseedor, cause perjuicio a un tercero, al amparo del Registro, ya que el poseedor inscribe la finca a su nombre en el nuevo Registro, sin que el Gobernador ni el Delegado de Hacienda puedan oponerse a ello.

Aun cuando el ordenamiento legal a que nos venimos refiriendo dice que la propiedad indígena será respetada en los términos establecidos en el Decreto, sin que nadie pueda perturbar a los naturales en la quieta y pacífica posesión de las tierras que habitualmente ocupan, y el artículo 11 determina que, a medida que las circunstancias lo permitan, para fijar mejor la propiedad de las diferentes tribus, poblados o grupos familiares indígenas, el Gobernador general de la Colonia fijará los límites de dicha porción, que el artículo 12 manda practicar respecto de las propiedades indígenas enclavadas en territorios concedidos a particulares o a Consejos de Vecinos y se regula en el artículo 13 la propiedad indígena, es lo cierto que no habiéndose cumplido, sino en muy peque-

ña parte la determinación de la porción correspondiente a las tribus, poblados o grupos familiares indígenas (con la salvéda; referente a la actuación del Gobernador general, D. Miguel Núñez de Prado, quien puso toda su actividad en el cumplimiento de este precepto, reuniendo dichos grupos en sitios bien comunicados, designándoles terreno necesario para su vida), con ese sistema de no dar audiencia a nadie, ni vista en el expediente, resulta que en muchos casos, familias indígenas son desposeídas de los terrenos que están en posesión. Es de advertir, sin embargo, que no siempre los actos del indígena resultan dignos de tan especial protección y que si se respetasen íntegramente sus usos y costumbres, se haría imposible el cultivo y colonización de la Isla, ya que las más de las veces los hechos posesorios se reducen a plantar varios cafetos y cacaos, a grandísima distancia unos de otros y a construir una pobre choza de nipa, en la que viven una temporada manteniéndose del plátano, yuca, ñame, etc., para, trasladándose continuamente de un lugar a otro, tener en cada una de estas innumerables fincas una choza casi destruída y su correspondiente cafeto o cacao completamente abandonado.

OTRAS DIFICULTADES PARA EL DESENVOLVIMIENTO DE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL

La posesión sin registrar, que es, sin duda alguna, la principal de las que vamos a ocuparnos, está originada por diversas causas, pues, como dice muy bien D. Diego Saavedra Magdalena en la Memoria presentada al Ministro de Estado, dando cuenta de la visita de inspección girada el año 1906, hay fincas que sin estar registradas ni concedidas son explotadas por bubis y por braceros de las vecinas colonias, especialmente de Liberia, que, contratados en Fernando Poo, al terminar sus compromisos o fugados de las fincas antes de cumplirlos, han procedido al desbosque y chapeo de pequeñas superficies de terrenos para dedicar al cultivo del cacao tierras que continúan transmitiéndose de generación en generación, fraccionándose entre las diversas familias que las cultivan y ensanchándose a costa del bosque del Estado.

Existen también pequeños grupos familiares, como Botuko,

que tienen tierras y cultivo fuera del Registro, sin haber obtenido concesión.

Y, por otra parte, tardándose tanto tiempo como antes se solía tardar en la tramitación de los expedientes—cinco y seis años y tres para la medición del fundo—, en algunos casos el colono, que no podía esperar tanto tiempo para hacer sus trabajos, tuvo, en contra de la Ley, que hacer las explotaciones, introduciendo una posesión que, aunque ilegal, no sería hoy muy justo olvidar dejando de concederle el respectivo título, aun cuando sólo fuese en consideración al trabajo empleado, muchas veces a costa de la salud.

Otra dificultad de no pequeña monta es la que hace referencia a la determinación de la personalidad del indígena, sujeto de la concesión que ha de inscribirse.

Hasta hace escaso tiempo no existía el Registro civil, y aún todavía en el Continente, en muchos sitios, el nacimiento, defunción y circunstancias modificativas de la capacidad jurídica, no constan en ninguna parte. Los indígenas no tienen, como en los países civilizados, nombre y apellidos; son conocidos por apodos que toman voluntariamente y que son muy aficionados a cambiar. Por ello el principio esencial del sujeto del derecho no tiene firme constancia en el Registro de la Propiedad. A un indígena le es muy difícil justificar su personalidad, y, como por otra parte, las inscripciones figuran con dos apodos, que en muchos casos son llevados por distintas personas, la suplantación del nombre es cosa sencilla. En el Registro de la Propiedad de Santa Isabel de Fernando Poo, figuran concesiones a nombre de Ochorizo Bubi y Joaquín Botaba Garbanzo.

Aplicada con indebida facilidad la declaración de herederos, se dan, por desgracia, muchos casos de negros que, al menor descuido y especialmente los naturales de Monrobia, han visto cómo sus herederos tomaban posesión de sus bienes para venderlos a un tercero que inscribía su título en el Registro de la Propiedad.

Los Padres Misioneros han conseguido, sin embargo, casi desterrar esta mala costumbre, no sólo respecto de los bautizados, que ya de por sí toman nombre y apellidos, sino también al procurar que cuantos con ellos se ponen en relación, lleven un nombre, el apellido del padre y el de la tribu.

No pocas veces el Registro de la Propiedad se ve obligado a

superar inconvenientes que dimanaban de los propios textos legislativos.

El artículo 319 del Reglamento de 16 de Enero de 1905 indica como superiores jerárquicos del Registrador de la Propiedad, con facultades para corregirlo disciplinariamente, el Juez de primera instancia, el Gobernador general y el Ministro de Estado, y este precepto fácilmente se comprende que, en determinadas circunstancias puede tener relación con la inscripción de concesiones no muy ajustadas a la Ley, de sentencias recaídas en juicios no tramitados por el procedimiento adecuado, o de órdenes dadas por el Gobernador general, que cambian la extensión y linderos de las fincas inscritas.

La inobservancia de determinadas leyes ha sido durante mucho tiempo obstáculo casi insuperable al buen desenvolvimiento del Registro.

Debido a la dificultad de comunicaciones entre la Metrópoli y los territorios de Guinea, en 1858 se concedió al Gobernador general todas las facultades discrecionales que la naturaleza del país o la urgencia de un suceso imprevisto pudiera hacer necesarias, además de las atribuciones que para los Virreyes de Indias prefijaban las Ordenanzas generales del Ejército y de la Armada; y el Real decreto orgánico de 11 de Julio de 1904, dió asimismo al Gobernador general la representación del Gobierno de la nación y puso a su cargo el gobierno y la administración de la Colonia y la disposición de las fuerzas de mar y tierra existentes en ella, con sujeción a las prescripciones vigentes; declarando subordinados suyos a todas las demás autoridades y empleados, y haciéndole responsable de la seguridad y conservación del orden en los territorios que se hallen a su cargo, con todas las facultades que como Vice-Real Patrono, eran inherentes a esta condición, además de corresponderle publicar, ejecutar y hacer que se ejecuten las Leyes, Decretos y Reglamentos, acuerdos internacionales y demás disposiciones que se le comuniquen por el Ministro de Estado.

En virtud de estas facultades, ciertos Gobernadores han prohibido, con muy buen acuerdo, la tala de los bosques hecha por elementos extranjeros, especialmente alemanes, en el Continente y han limitado a los productos de las fincas de los indígenas la responsabilidad de los préstamos hechos por elementos europeos.

Y el Sr. Saavedra, que cuando se encargó del Gobierno general, dictó el Reglamento del trabajo del indígena, dice sobre este punto, que el despacho diario, la constante inspección de servicio, la Junta de Autoridades, la de Sanidad, terrenos, ordenación de pagos, las mil visitas de unos y otros, las consultas de los jefes administrativos, etc., exigen una actividad y una resistencia física imposible de tener para cumplir airoosamente tan difícil misión.

Consecuencia de esta enorme acumulación de cometidos y deberes, es la práctica que las posesiones españolas del África occidental, trozos de tierra española en los que rigen en consecuencia con lo dispuesto en los artículos 1 y 12 del Código civil las leyes publicadas en la *Gaceta*, aun cuando no en el plazo de veinte días, hayan visto muchas veces retrasarse la publicación de las leyes, como igualmente el dictar disposiciones para el cumplimiento de las mismas, porque, careciendo el Gobernador general de personal competente, no ya para su consulta, sino para el perfecto desenvolvimiento de las actividades administrativas, nada de particular tiene que durante mucho tiempo no se publicasen ciertas disposiciones aclaratorias y que, por tanto, leyes tan importantes como la de Usura de Azcárate no tuviera aplicación en dichos territorios, razón por la cual los abogados, que viven de enseñar las leyes a los ciudadanos para que pueda cumplirse la máxima *nemini licet ignorare jus*, han pedido repetidas veces la aplicación de las leyes vigentes en Fernando Poo, y especialmente la recopilación de la gran cantidad de disposiciones administrativas, que, modificadas unas por otras, hicieran posible, en tiempos lejanos que imperase en estos territorios la arbitrariedad más completa.

JOSÉ LUIS SERRANO UBIERNA,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

30. *Reconocimiento de hijos e investigación de la paternidad.—*
Alcance de la jurisprudencia anterior a la Constitución.
Sentencia de 27 de Abril de 1934.

Declarada la paternidad de una niña por los Tribunales de instancia; interpuso el padre recurso de casación que el Supremo rechaza haciendo unas declaraciones del mayor interés; dice el Supremo: «si bien el Código civil no acepta como principio general la investigación de la paternidad, y en consonancia con tal criterio la jurisprudencia de esta Sala *venía interpretando en sentido restrictivo* los casos que comprende el artículo 135 del expresado Código, sobre reconocimiento de hijo natural, desde la vigencia de la Constitución de la República, que por su artículo 43 ordena que se regule tal investigación, no es aplicable la doctrina de las sentencias que se citan en el recurso ni pueden exigirse al documento indubitado ni al estado posesorio de hijo natural, que dicho artículo comprende, otras circunstancias que las que el mismo determina en relación con los preceptos generales sobre apreciación de prueba y con las reglas de la hermenéutica legal.

Considerando que la Sala sentenciadora, al apreciar las pruebas, en uso de sus facultades soberanas, declara que son auténticas del demandado D. J. las cartas de referencia, y consignándose en ellas las frases: «ya en mi poder, al fin la foto de *nuestra hija*». «Hoy que ya te dignaste darme a conocer a *mi hija* por medio de la foto, te prometo reconocerla». «*Reconoceré la niña*», con

otras análogas, es claro que esos conceptos implican el reconocimiento expreso y deliberado de la paternidad con evidente ánimo de que produjeran los efectos correspondientes, sin que tengan nada de incidental ni pasajero, y sin que pueda ser obstáculo para esa apreciación el que las firmas no expresen el apellido, porque esa es la manera corriente de firmar cuando la carta se dirige a la familia o a persona de gran intimidad o confianza.

* * *

Ha de ser objeto de muy favorables comentarios, el contenido de la sentencia anterior, que supone un viraje en relación con la doctrina restrictiva de otros tiempos, unánimemente censurada por los autores; recordamos de momento los comentarios del Profesor Castán a la sentencia de 2 de Marzo de 1929 (Revista de Derecho Privado, tomo XVIII, pág. 167), de los que reproducimos unas líneas: «En diversas ocasiones—dice el maestro—nos hemos dolido del rigor con que el Tribunal Supremo interpreta y aplica las disposiciones, ya harto angustiosas, del Código civil, acerca de la declaración judicial de paternidad natural.» Véanse como muestras recientes del criterio apuntado, las sentencias de 20 de Enero de 1931 (REVISTA CRÍTICA, tomo 7, pág. 547 y 6 de Junio de 1931 (REVISTA CRÍTICA, tomo 8, pág. 221). Acerca del reconocimiento de hijos naturales mayores de edad, véase García Rodrigo, Revista de Legislación, tomo 145, pág. 702. Los problemas derivados del nuevo ordenamiento jurídico se desarrollan maravillosamente por Díez Pastor en su conferencia «La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio», publicada también en (Revista de Derecho Privado (tomo XX, pág. 193). No en todo tiempo se ha observado el rigor que censuramos, pues Calderón, en su trabajo «Reconocimiento expreso de la paternidad natural» (Revista de Legislación, tomo 105, pág. 422), cita la sentencia de 10 de Julio de 1894, que califica de reconocimiento expreso la anotación de las circunstancias de fecha y lugar de nacimiento por el padre, en un libro donde anotaba las inscripciones análogas de los demás hijos. A pesar de la desaparición oficial de la filiación natural, son por el momento del mayor interés todas las cuestiones con esta materia relacionadas; recomendamos la lectura del libro «Estudio de los efectos que el reconocimiento de un hijo natural produce según el Código

civil vigente», por José Manuel de la Puente Quijano. Madrid, 1895. Véase Benlloch. «La familia natural y la familia civil». 1902. Peyrona. «La paternidad ilegítima en su aspecto jurídico». Zaragoza, 1900 (con una nota bibliográfica), Angulo Laguna. «Estudios sobre la condición jurídica de los hijos ilegítimos». Madrid, 1906. Véase sobre investigación de la paternidad en el antiguo y moderno Derecho, «Derecho civil», por Castán, Garrigues y Goicoechea. Madrid, 1922, pág. 82. El proyecto de ley sobre investigación de la paternidad, puede verse en Revista de los Tribunales, tomo 67, pág. 420.

31. *Capacidad de la mujer casada.*—¿La tiene para contratar los servicios médicos en caso de enfermedad grave del marido? Sentencia de 19 de Mayo de 1934.

Solicitada por determinada esposa, la intervención de un facultativo para la prestación de sus servicios médicos, se afirmó por la Sala sentenciadora, que para ello carecía de capacidad la mujer casada, que debió ser completada por la autorización marital. El Supremo, como era de esperar, admite el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y declara que si bien los artículos 61 y 62 limitan la capacidad jurídica de la mujer casada para adquirir, enajenar, obligarse y comprar joyas, muebles y objetos preciosos, cuando aquellos actos se realizan sin licencia o poder de su marido, hasta el extremo de declararlos nulos, es lo cierto que esas disposiciones dictadas para situaciones normales, no rigen en absoluto en los casos de necesidad extrema o de acontecimientos imprevistos, porque entonces, dada su urgencia, el principio general a observar, es que cuando resulte imposible obtener la legal autorización, la representación necesaria recae, *ipso facto*, en la mujer, y entonces ésta es perfectamente capaz para contratar.

En el presente caso, al afirmar el Tribunal, *a quo*, que D. J. A., marido de doña D. S., se hallaba gravemente enfermo, y que por esa causa hubo de solicitar la última los servicios profesionales del médico demandante, que se prestaron, infringe los antes mencionados preceptos que se invocan en el segundo motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, por cuanto al deducir que el importe de los honorarios deben reputarse de carácter extraordina-

rio, y que para ellos se precisaba la autorización del marido, desconoce la doctrina anteriormente expuesta, ya que en el caso concurrieron circunstancias imprevistas y extraordinarias que imposibilitaban a la esposa, dada la gravedad de la enfermedad de su marido, obtener de éste la correspondiente autorización, y claro es que celebrado el contrato de arrendamiento de servicios en esas condiciones excepcionales, tiene perfecta validez legal, procediendo en consecuencia la casación de la sentencia recurrida por el motivo indicado, sin que sea preciso entrar en el examen de los restantes, casación que queda limitada, conforme al artículo 1.782 de la ley ritaria, a formar jurisprudencia sin alterar en lo más mínimo la ejecutoria ni afectar el derecho de las partes.

* * *

En general, y tratándose de un caso de asistencia médica, parece superfluo e innecesario cuanto se discuta acerca de la capacidad de la mujer casada y más si el marido es el propio enfermo, pero si atendemos a las facturas o cuentas de los médicos, el asunto es difícil, porque dado que éstas no tienen límite ni cuantía, pueden comprometer seriamente la fortuna y el patrimonio de los matrimonios modestos. Con relación a las modernas orientaciones en la capacidad de la mujer casada, véanse la Orden de 4 de Octubre de 1933, publicada por mí en la Revista de Legislación (tomo 83, pág. 374), y la Resolución de 15 de Diciembre de 1933, publicada en la misma Revista (número de Junio de 1934).

Puede consultarse, para el estudio de la capacidad de la mujer, «El derecho positivo de la mujer», por Dionisio Díez Enríquez. Madrid, 1903.

Como muestra del mayor avance en la capacidad de la mujer casada, debemos citar la Ley sobre la capacidad jurídica de la mujer y de los cónyuges, en Cataluña, que comenzará a regir en 1 de Enero de 1935, publicada en el número 9 de La Notaría (Barcelona, 10 de Julio de 1934), pág. 186, y muy desfavorablemente comentada por «Valle Iturrigaga», en su artículo «Otra nueva ley de importancia». (La Epoca de 1 de Julio de 1934.)

Véase «Derechos dominicales de la mujer casada», por Lorenzo Serrano (Gaceta del Notariado, Marzo de 1916), y «Teoría general

de la capacidad de la mujer casada», por E. Tarragato, en Revista de Legislación, tomo 145, pág. 30.

32. *Concurso necesario de acreedores y prodigalidad.—Los actos del pródigo una vez declarada por sentencia la prodigalidad, no son, ipso facto, nulos, sino que se conservan subsistentes mientras no se ejercite la acción de nulidad correspondiente. Sentencia de 9 de Marzo de 1934.*

En 1931, D. J. libró a su propia orden una letra de cambio a cargo de D. M., que la aceptó, siendo protestada por falta de pago, siguiendo ejecución contra el deudor, que fué declarado en concurso necesario de acreedores. El tutor D. M. formuló oposición al concurso, porque el Juzgado, en 1909, había declarado pródigo al deudor, a lo que D. J. opuso que los actos del pródigo no son nulos hasta tanto que por sentencia no se declare su nulidad; el Juzgado dictó sentencia en el sentido de que no había lugar a dejar sin efecto la declaración de concurso, la que aceptó la Audiencia; interpuesto recurso por el tutor, lo rechaza el Supremo.

Considerando que la cuestión principal que en este recurso se plantea es la que se contiene en los motivos segundo y sexto, consistente, en síntesis, en determinar si don J. tenía o no la cualidad de acreedor legítimo al promover el juicio universal de concurso contra don M., cualidad que el Tribunal, *a quo*, estima concurría, y que el recurrente niega, fundándose en que el crédito era incierto, dudoso y discutible, por haber sido don M. declarado pródigo, por sentencia firme, con anterioridad a la promoción de aquel juicio, y también en que, antes de la declaración de concurso, se admitió una demanda por él promovida, pidiendo la nulidad del procedimiento ejecutivo tramitado a instancia de S., así como la del título de crédito, base de aquellas actuaciones.

Considerando que la cualidad de acreedor legítimo a que se refiere el artículo 1.158 de la ley de Enjuiciamiento civil, para poder decretar el concurso necesario, se halla definida por el siguiente 1.159, preceptos ambos que se auxilian y compenetrán de tal modo que no es posible su aplicación aislada, y el segundo aludiendo al acreedor legítimo de que habla el primero, exige, además de los

dos requisitos que éste pide, que justifique su personalidad, acompañando el título de su crédito con fuerza ejecutiva o testimonio del auto por el que a su instancia se hubiere despachado la ejecución, si no pretende en los mismos autos ejecutivos la declaración mencionada, esto es lo que la ley adjetiva, única que regula el concurso de acreedores y a la que es forzoso atenerse, precisa, para promover aquel juicio universal, que el acreedor presente un título de los que con arreglo al artículo 1.429 de la propia ley llevan aparejada la ejecución, o que conste que se acompañó al iniciar el procedimiento ejecutivo, teniendo el Juez que decretar el concurso si el título reviste dichas formalidades legales, y si se acredita que existen dos o más ejecuciones pendientes contra un mismo deudor, y que no se ha encontrado en alguna de ellas bienes libres de otra responsabilidad, conocidamente bastantes a cubrir la cantidad que se reclama, sin que en modo alguno pueda rechazarse la petición cumplido el rigorismo procesal por alegaciones acerca de la ilegitimidad o ineficacia del título, a menos de que sean patentes, porque aquel título ha de reputarse legítimo y válido, mientras en el juicio declarativo correspondiente no recaiga sentencia firme estimando lo contrario, sin que la anterior doctrina contrarie lo resuelto por este Tribunal Supremo en sentencia de 14 de Marzo de 1906, porque en aquel caso se reclamaban honorarios de un letrado y habían transcurrido más de veinte años sin instar el procedimiento, y claro es, que en semejantes circunstancias el crédito aparecía evidentemente como prescrito.

Considerando que afirmándose por la Sala sentenciadora constar acreditado la existencia de dos o más ejecuciones contra el deudor, la de no haber bienes libres de otra responsabilidad, conocidamente bastantes a cubrir las cantidades reclamadas, es indudable que a esas afirmaciones hay que atenerse, por tratarse de hechos cuya estimación corresponde exclusivamente a la facultad soberana del Tribunal *a quo*, a menos que se demuestre, conforme al número séptimo del artículo 1.692 de la ley Procesal, error de derecho o de hecho, resultante este último de documentos o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador, y siendo ello así, es visto que la sentencia recurrida no incurrió en la infracción de los artículos 1.158 y 1.159 de la ley Procesal, y antes, por el contrario, a ellos se atemperó al desestimar en el fallo la oposi-

ción formulada a la declaración de concurso necesario, sin que a todo lo dicho obste el que con anterioridad a esa declaración se hubiese admitido una demanda de nulidad en juicio declarativo del título de crédito, ya que ese hecho, acreditado como está que aún no se había trabado la *litis contestatio*, no podía producir efecto alguno en cuanto a la validez del título por no concurrir en contra de él la presunción del segundo apartado del artículo 1.535 del Código civil, así como tampoco el hecho cierto de haberse dictado con anterioridad a la promoción del concurso una sentencia firme de prodigalidad contra el deudor, pues los actos jurídicos realizados por un pródigo después de aquella sentencia no son, *ipso facto*, nulos, sino que, por el contrario, se conservan subsistentes mientras no se ejercite la acción de nulidad correspondiente en el oportuno juicio declarativo, y eso patentiza que en el momento procesal actual no cabe ventilar no solamente dicha acción, sino que tampoco puede ponerse en duda la legitimidad de un crédito, que mientras otra cosa no se declare, es válido, por todo lo cual, procede desestimar los dos motivos de que se viene tratando.

* * *

Hay una declaración en la sentencia anterior que no debe pasar en silencio, y es la de que los actos del pródigo son válidos mientras no se ejercite la acción de nulidad correspondiente. Ya Alcu-billa (tomo IV, pág. 482, nota), se ocupa de la situación creada con la publicación del Código civil, que no ha recogido la antigua prohibición para obligarse de los declarados pródigos, pero esta orientación no creemos justifique la declaración que hace el Supremo, pues si la sentencia prohíbe al incapacitado vender e hipotecar, los actos que haga contraviendo esta prohibición, son o deben ser radicalmente nulos, ab initio, sin que sea necesaria ninguna declaración de nulidad. De otra forma, y estableciéndose una presunción de validez, el Registrador no tiene por qué oponer obstáculos a la inscripción, criterio que no es ciertamente el del Registrador del Dictamen de Díaz Cobeña, «Validez de escritura de préstamo hipotecario otorgada antes de constar en el Registro la prohibición de enajenar (1). Véase sobre este punto la interesante consulta resuel-

(1) Dictámenes de Díaz Cobeña. Madrid, 1919, pág. 20.

ta por la Redacción de la Revista de Legislación (tomo 145, página 467), en la que se analizan las tres situaciones en que puede ser considerado el pródigo. Para un estudio de la prodigalidad, ved Aramburo, «La capacidad civil». Madrid, 1931, pág. 176.

33. *Calificación jurídica de quiebra.—Si bien es forzoso e ineludible que al calificar las quiebras de fraudulentas o culpables, haga el Tribunal la declaración de la existencia de méritos para proceder criminalmente, no procede tal declaración si la culpabilidad de la Compañía deriva sólo de hechos originarios, solamente de responsabilidades civiles. Sentencia de 6 de Junio de 1934.*

Creemos conveniente dar algunos antecedentes en la interesante sentencia que sigue, para la mejor comprensión de la orientación del Supremo, en un asunto maravillosamente discutido por los Le-trados Ossorio y Gallardo, Sánchez Román y Alvarez.

Tres hermanos constituyeron con don J. D. una Sociedad comanditaria que luego se transformó en colectiva y más tarde en anónima, la que fué declarada en suspensión de pagos y luego en quiebra. Don J. D. tenía contra la Sociedad un crédito de medio millón de pesetas, que la Sociedad no incluyó en el pasivo porque el socio renunció a cobrarlo, pero los interventores de la suspensión lo incluyeron en el pasivo. Acreedores y Fiscal estimaron con el Juzgado la quiebra fraudulenta, pero la Audiencia la declaró culpable, y sobre este punto de vista giró la discusión a que ha puesto fin el Supremo, que dice :

Que al calificar de culposa el Tribunal de Instancia la quiebra de la Sociedad anónima «G. y D.», con arreglo al número 1.º del artículo 889 del Código de Comercio, y ordenar se expida testimonio de los particulares oportunos para que sirvan de cabeza al procedimiento criminal que corresponda, inciden en las infracciones que se señalan en el segundo motivo del recurso interpuesto por la representación de don J. y don J. G., en las que se consignan en el segundo motivo del deducido por dos Compañías regulares colectivas, y en las que se especifican en el motivo 3.º, en su relación y enlace con el segundo, del recurso entablado en nombre de don

J. D., toda vez que en los referidos pronunciamientos de la sentencia recurrida se violan y quebrantan los artículos 896 y 889, número 1.º, del Código de Comercio, y el artículo 1.386 de la ley Rituaria civil en su relación con el artículo 538 del Código Penal del año 1870, que corresponde al 513 del hoy vigente, e incurre en manifiesta contradicción entre la causa que considera fundamento de la calificación y la consecuencia que deduce en orden a exigir responsabilidades criminales, e infringe asimismo los artículos 1.301 y 1.302 de la ley de Enjuiciamiento civil y la doctrina consagrada en las sentencias de este Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 1911 y 6 de Junio de 1932, ya que si bien es forzoso e ineludible, conforme al artículo 896 del Código de Comercio, que, al calificar las quiebras de fraudulentas o de culpables por alguna de las causas comprendidas en el artículo 888 del Código de Comercio, debe el Tribunal declarar la existencia de méritos para proceder criminalmente, es improcedente y contraria a derecho tal declaración cuando, como en el presente caso ocurre, la culpabilidad de la Compañía que el Tribunal *a quo* aprecia, deriva de la concurrencia de los hechos a que se contrae la causa primera del artículo 889 del repetido Código de Comercio, originarios solamente de responsabilidades civiles y que no llevan aparejada la criminal que fija y determina el artículo 538 del Código Penal de 1870; por lo que, en su consecuencia, *debe declararse haber lugar al recurso de casación* en virtud de los expresados motivos, sin que sea necesario examinar los restantes, dada la naturaleza del que se estima, fundado en el número 4.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, que es una de las formas que la incongruencia reviste.

Considerando: Que apreciados en conjunto los elementos probatorios aportados a la pieza de calificación de la quiebra de la Sociedad anónima «G. y D.», aparece demostrado que dicha Sociedad no llevaba los libros de contabilidad que exige, como indispensables, el artículo 33 del Código de Comercio, en la forma y con los requisitos esenciales que previene el título 3.º del citado Cuerpo legal; y, en su consecuencia, o no derivándose de lo actuado cargo concreto y directo contra los Vocales de su Consejo de Administración, procede calificar, con sujeción a lo dispuesto en el número 1.º del artículo 889 del expresado Código mercantil, de quiebra culpable de la meritada Sociedad, sin haber lugar a deducir testi-

monio alguno en orden a responsabilidades criminales, ni hacer extensiva la culpabilidad civil que se declara a ninguno de los Vocales del Consejo de Administración, quedando limitada la calificación de culposa únicamente a la entidad quebrada.

* * *

El asunto, que durante varios días fué tema de discusión entre los aficionados que quedan a éstas cosas, terminó con la declaración que antecede, dejando al margen a los Vocales del Consejo de Administración. No debemos omitir en este caso la recomendación de lectura del libro de Rodríguez Sastre «El delito financiero», especialmente el capítulo XII, sobre quiebra fraudulenta. En materia de bibliografía de quiebra remitimos al lector a la que figura al final de la obra de Benito Mampel, «La doctrina española de la quiebra», Madrid, 1930, página 195. Véanse las sentencias de 3 de Julio' de 1933 (REVISTA CRÍTICA, IX, página 864), de 8 de Mayo de 1933, sobre quiebra fraudulenta (IX, página 624) y de 6 de Julio de 1932, sobre quiebra culpable (IX, página 467).

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

34. *Sentencias canónicas posteriores a 4 de Noviembre de 1931. Efectos civiles de las dictadas antes de esa fecha. Sentencia de 21 de Abril de 1934.*

El Supremo, en revisión de determinada sentencia canónica, decreta la separación de personas y bienes de un matrimonio por culpabilidad del esposo, en méritos de la siguiente doctrina:

Partiendo del hecho de no haber la sentencia de instancia decidido el pleito en los términos planteados por la demanda, en la que se pidió concretamente la separación de personas y bienes en revisión de sentencia canónica de fecha anterior al 4 de Noviembre de 1931, que no había tenido validez civil; así, la parte actora, como la demandada, recurren del fallo, fundándose la esposa en la causa tercera del artículo 57 de la ley del Divorcio, estimando la infracción por la Sala a quo de la regla transitoria cuarta de dicha

ley ; y el esposo, en la causa primera del artículo citado, en razón a que pedida la revisión por la demandante de la sentencia dictada por Tribunal eclesiástico, y no pudiendo la Audiencia, con arreglo a dicha regla transitoria, conocer del caso, al hacerlo incurrió en incompetencia ; puntos para cuya decisión es preciso fijar primeramente el alcance de la citada regla transitoria cuarta.

Considerando : Que la regla transitoria cuarta de la ley del Divorcio, al decretar que las sentencias canónicas posteriores al 4 de Noviembre de 1931 no producen efectos civiles, reconoce y otorga tales efectos a las dictadas antes de dicha fecha ; y partiendo de tal declaración, dispone que aquellas sentencias anteriores que a tal fecha hubieren obtenido validez civil, la tienen plena si el divorcio decretado fuera perpetuo o indefinido ; pero silencia dicha regla una adecuada declaración respecto a las sentencias que por cualquier motivo no hubieren obtenido antes de tal fecha dicha validez, no obstante fijar la posibilidad de beneficiar con efectos civiles a las dictadas con posterioridad y antes de la vigencia de la ley del Divorcio, mediante su revisión ante el Tribunal civil competente ; viendo tal silencio, dada la eficacia que la propia regla transitoria, en su segundo párrafo, otorga con carácter general a las sentencias anteriores a aquella fecha, que las sitúa en categoría jurídicamente preferente a las dictadas con posterioridad hasta la vigencia de la ley ; una omisión material de ésta, subsanable por lo que ella misma revela de su pensamiento y voluntad, fijando un procedimiento para que la eficacia civil reconocida a tales sentencias cristalice ; y como el modo de inscripción en el Registro civil, dispuesto por el artículo 82 del Código civil, quedó sin valor al publicarse el Decreto de 4 de Noviembre de 1931, no cabe otra norma, conforme a la voluntad de la Ley, que la de la revisión de la sentencia, cual está establecido expresamente para los fallos de eficacia inferior en la propia regla transitoria, ya que en lo expreso y terminante de una ley se contiene implícitamente lo que con mayoría de razón está dentro del mismo orden.

Considerando : Que siendo la sentencia canónica revisada en este procedimiento de separación perpetua *quod thorum et habitationem* por causa de adulterio culpable del marido, y habiéndose en el juicio canónico practicado las pruebas con las debidas garantías para las partes, reúne todos los requisitos legales para que por

revisión produzca todos los efectos civiles, máxime cuando de las probanzas de autos se corrobora el hecho determinante de aquella resolución.

* * *

Véanse las sentencias de 26 de Junio de 1933 (REVISTA CRÍTICA, IX, página 775) y 20 de Abril de 1933 (REVISTA CRÍTICA, IX, página 634.) Como orientación en cuanto al estudio de los problemas que del divorcio se originan, puede consultarse la siguiente bibliografía: Casals Torres, «Divorcio civil», 1934. Cabrerizo, «El matrimonio, los hijos, la separación y el divorcio», 1933. Escalera, «Ley del Divorcio», 1932. Ayala, «El divorcio y su reglamentación en España», 1932. Delgado Iribarren, «El divorcio», 1932. Rimblas, «Legislación española de divorcio», 1932. González Courel, «Los problemas del divorcio temporal ante la legislación civil», 1924. Ortega, «Normas a las cuales deben ajustarse los católicos... en las causas matrimoniales que se ventilen ante el fuero civil», Barcelona, 1932. Tarragato, «El divorcio en las legislaciones comparadas», 1925. Vidal y Moya y Grases, «Comentarios a la ley del Divorcio» (sin fecha), con formularios. Gomariz, «Ley del Divorcio», Málaga, 1932.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia

Jurisprudencia administrativa del Impuesto de Derechos reales

XL

Compañías de Seguros. Las Sociedades extranjeras que verifiquen operaciones en España han de presentar anualmente el balance al liquidador para apreciar si ha variado su situación; y si no lo hacen, aunque aleguen que continúan operando con el mismo capital, ha de girarse como sanción una liquidación sobre todo el capital de dichas Sociedades, deduciendo aquel con que operen en España.

Conforme al artículo 21 del Reglamento del Impuesto las Sociedades domiciliadas en el extranjero que hagan operaciones en territorio español están obligadas a presentar en las oficinas liquidadoras del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes copia autorizada de sus balances en la forma prevenida en el apartado 2.º de dicho artículo, con el fin de comprobar si durante el período de tiempo a que aquél se contraiga ha sufrido aumento el capital de tales Sociedades, castigándose en el apartado 3.º del mismo el incumplimiento del precepto aludido con hacer extensivo al balance de todo el capital de aquéllas el impuesto. La Compañía de Seguros X no ha cumplido con el indicado precepto reglamentario, según consta en los autos, por lo cual ha incurrido en la sanción de que se deja hecho mérito, sin que quepa dar otra interpretación a preceptos tan claros y suponer, como alegaba la Sociedad, que sólo hay obligación de presentar los balances cuando haya aumento de capital, ya que, desde que la presentación se exige para comprobar si ha habido dicho aumento, es indudable que en todo caso es inexcusable. Al ordenarse la práctica de la liquidación como sanción, es impertinente citar como infringi-

do el artículo 44 del Reglamento, según el que, para exigir el impuesto es indispensable un acto que jurídicamente dé lugar a la liquidación, ya que aquí de lo que se trata es de castigar una infracción reglamentaria, conforme a lo prevenido en el Reglamento mismo. Del capital de la Sociedad X, que asciende a 22.378 libras esterlinas, debe deducirse, para girar la liquidación, la cantidad de 180.000 pesetas que aquélla declaró tener destinadas a sus operaciones en España, puesto que ésta fué ya objeto de liquidación y pago del impuesto a su tiempo (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Enero de 1934 confirmando otra del Tribunal Provincial de Madrid de 8 de Noviembre de 1930).

Para fijar el alcance de esta sentencia es preciso tener en cuenta: a) que la Sociedad presentó certificación de la cantidad que de su capital dedicaba a España en 1928, no habiendo presentado otro certificado hasta que fué requerida por la Oficina liquidadora, presentando entonces el balance; b) que la Oficina giró la liquidación sobre la base del saldo a favor de la Dirección general de la Compañía de la cuenta de pagos y cobros; c) que el Tribunal económicoadministrativo anuló dicha liquidación y ordenó girar la confirmada por el Supremo; d) que la Sociedad alega que, según el artículo 21 del vigente Reglamento (análogo al de 1927 que invoca la sentencia), es preciso para que se gire la liquidación que haya un acto liquidable por aumento del capital social o del destinado a España, y tal acto no existe en este caso; todos los años la Sociedad ha presentado sus balances en la Delegación de Hacienda y en la Dirección del Timbre, sin variar ese capital: luego no se debe exigir ese impuesto y han transcurrido veinticinco años en esa forma; luego no hay por qué variarla ahora; esta doctrina no ha prosperado, sino la contraria.

XLI

Denunciantes. Personalidad. Carecen de personalidad para impugnar las resoluciones de la Administración si no les afectan de un modo directo.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de Julio de 1923 es-

tablece que los denunciantes no pueden tener otra personalidad que la de agentes de la Administración, y, según el artículo 9 del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, los funcionarios carecen de personalidad para impugnar los acuerdos de la Administración, salvo los casos en que se vulnere directa o indirectamente un derecho que en particular les esté reconocido; el mismo Tribunal Supremo, en sentencias de 21 de Marzo de 1929 y otras, ha declarado que los denunciantes carecen de derecho preexistente a que se impongan las multas, y, por lo tanto, el acuerdo que declara la improcedencia de tales multas no vulnera ningún derecho que les esté reconocido de un modo directo e inmediato; y por ello el denunciante carece de personalidad para impugnar el acuerdo de la Abogacía del Estado, que desestimó su denuncia y declaró la inculpabilidad del denunciado.

(Acuerdo del Tribunal Central de 28 Noviembre 1933.) 98-933.

XLII

1.º *Instituidos unos herederos usufructuarios de su padre (en cuanto al tercio libre y mejora), al morir uno de ellos, dejando una hija, adquiere la plena propiedad, según la cláusula testamentaria que fijaba esa condición y se transmiten directamente los bienes del abuelo a la nieta, debiendo liquidarse al tipo actual, que es cuando se ha consolidado la nuda propiedad.* 2.º *No constituye donación la escritura por la que la madre de la menor cede al hijo del causante (tío de la menor), el usufructo vitalicio de ciertos bienes, sino una cesión onerosa, y así se liquida.*

Caso. D. A. falleció bajo testamento en que legó el remanente del tercio de libre disposición y el tercio de mejora a sus hijos B) y C) en usufructo vitalicio por iguales partes, quedando reservada la nuda propiedad a favor de los hijos de ambos, con la circunstancia de que al fallecer cualquiera de los citados B) y C) sin descendencia, disfrutara de la totalidad del usufructo el superviviente hasta que por su fallecimiento se consolide con la nuda pro-

piedad en sus hijos, o sea en los nietos del causante ; si ambos hijos fallecen sin descendencia, la plena propiedad es para la nuera si no contrae nuevo matrimonio, pues si lo contrajere, pasan los bienes a otros herederos. Muerta la causante se adjudicó el usufructo a los hijos, consignándose que por ser inciertos los nudo propietarios, quedaba aplazado el pago del impuesto de la nuda propiedad. Muerto uno de los hijos, después que su padre, dejando viuda y un hijo (nieto, por tanto, de aquél) y no teniendo sucesión el otro usufructuario, otorgaron escritura pública éste y la viuda del primero en nombre de su hijo, menor de edad, fijando la interpretación de la cláusula referida y estableciendo: que se reconocía a C) el derecho de usufructo vitalicio que recayó en las fincas que se detallaban, no teniendo que constituir fianza y actuando como tal usufructuario durante su vida, y a la muerte de C) se extinguirá el usufructo adquirido por virtud de esa escritura, consolidándose la plena propiedad en los nudo propietarios, no pudiendo, por tanto, C) disponer de modo alguno de esos bienes para después de su muerte ; C) tenía sesenta y cinco años ; el liquidador giró dos liquidaciones : una a cargo de la nieta por herencia por los bienes en pleno dominio, que la misma heredaba de su abuela al fallecer su tío, y otra, por donación a nombre de C) por el derecho de usufructo estimado en el 20 por 100 del valor de los bienes. El Tribunal Provincial acordó que el usufructo a B) y C) se consolidó con la muerte de cada uno con la nuda propiedad, por lo que muerto B), su hija heredaba la plena propiedad de lo que su abuelo la dejó como hija de su padre ; y que no teniendo C) derecho alguno al usufructo, que correspondía a B), al cedérselo su cuñada, nuera del causante, había hecho una donación que como tal se había de liquidar.

El Central mantiene la primera liquidación y revoca la segunda de la cláusula del testamento ; se deduce claramente que A) legó a sus hijos B) y C) determinados bienes en usufructo por mitad y que la nuda propiedad de los mismos quedaba reservada a los hijos que cada usufructuario tuviese al ocurrir su fallecimiento, puesto que hasta entonces no podía saberse si quedaría descendencia y por ello se aplazó, con acierto, la liquidación de la nuda propiedad al fallecer D. A. ; en dichos hijos se consolidaría entonces el usufructo, disponiéndose que en el caso de que B) y C)

falleciesen sin descendencia el sobreviviente disfrutaría el usufructo de todos los bienes hasta su muerte, en cuyo momento se consolidaría con la nuda propiedad en sus hijos (o sea en los hijos del último que falleciese, ya que la condición para que el sobreviviente disfrutase de la totalidad del usufructo consistía en que el otro hermano hubiera fallecido sin dejar descendencia). Fallecido B), dejando una hija, se realizó el hecho que, con arreglo al testamento de doña A., impedía que C), el hermano de aquél, entrase a disfrutar del usufructo de todos los bienes, puesto que ese disfrute total dependía de la condición, que no se ha cumplido, de que B) falleciese sin descendencia, y por ello hay que reconocer que el usufructo que en la mitad de los bienes objeto del legado disfrutó hasta su muerte B) se consolidó al morir éste en su hija, en virtud del testamento de A), adquiriendo así la expresada nieta de su abuela en pleno dominio los bienes de que se trata; la transmisión por la que se ha exigido el impuesto a la nieta por la adquisición por herencia del pleno dominio es la que se acaba de indicar a tenor del testamento e independientemente de la escritura reseñada otorgada por su madre y por su tío, verificando, como es lógico, al tipo debido al parentesco entre la nieta, adquirente y la abuela causante, según la tarifa de 1932 vigente al morir B) y consolidarse el usufructo, y conforme al artículo 57 del Reglamento del impuesto; no se trata, pues, de una transmisión de derechos de B) a su hija, aunque la muerte de B) sea la que determine la adquisición por ésta.

La petición de los interesados de que se gire una liquidación a cargo de C) por reconocimiento de los derechos hereditarios a su favor, es prueba concluyente de que los reclamantes entienden que se ha realizado una transmisión de A) a su nieta, pues si así no fuera, mal podría explicarse la intervención de ésta como otorgante (representada por su madre) en la escritura ni la cesión de derechos estipulada en ella por ser inadmisibles se ceda lo que no se tiene; y no hay duda, por lo tanto, que por esa escritura se verificó una transmisión de derechos hereditarios de la nieta, dueña de los derechos transmitidos por su abuelo, a favor de D), siendo preciso determinar si tal transmisión es, según su naturaleza jurídica, una donación o una cesión onerosa. No hay donación, según la escritura, por no deducirse de ella

un acto de verdadera liberalidad, que es lo característico de aquella a tenor de los artículos 619 y 1.274 del Código civil, y no se dan tampoco las notas de las donaciones remuneratorias a que aluden los artículos 619 y 622 del mismo y, por el contrario, existe la manifestación de los otorgantes de que se proponían dar por terminadas las dudas surgidas en la interpretación del testamento respecto de las personas que habían de gozar del usufructo de los bienes al morir B), de lo que se infiere que no fué la mera liberalidad la que determinó el contrato ni fué gratuita la cesión, aunque no se consignara precio, sino que el interés de ambas partes de evitar litigios y cuestiones al interpretar la cláusula testamentaria es lo que determinó dicha escritura; debe, pues, calificarse como cesión onerosa y liquidarse por el número 24 de la tarifa de 1932 al 5 por 100, a cargo de C). Este criterio está sancionado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de Mayo de 1896 en que dice que el interés de las partes, no la liberalidad, es lo que determina que el contrato no es donación.

(Acuerdo del Tribunal Central de 15 Noviembre 1933.) 101-933.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.