

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año X

Mayo de 1934

Núm. 113

El precontrato

TERCERA PARTE

DIFERENCIAS DEL PRECONTRATO CON OTROS TIPOS JURIDICOS
SEMEJANTES (Conclusión.)

F) La oferta.—G) Los esponsales.—H) Ventas especiales.—I) Contrato normativo.—J) El contrato de opción.

Instituciones que pueden estimarse precontratos en algún aspecto: I. El contrato sobre apertura de un crédito.—II. Contrato de suministro.—III. La constitución de Sociedad.

F) LA OFERTA.—No es posible llegar a pensar el precontrato como una oferta (*Antrag*), frente a la cual la aceptación sería el contrato a celebrar en lo futuro. Para Carrara (1), los procedimientos de formación de un contrato pueden agruparse en los siguientes: I. Presentación de un proyecto a una persona que lo acepta sin discusión. II. La parte a quien se entregó el proyecto lo modifica y lo devuelve a la otra, que lo acepta, y III. Formación del contenido por elaboración de las partes o de sus representantes, y agotada la deliberación, una persona presenta el proyecto de contrato formado según queda indicado, a la otra que acepta. Obsérvese en todos esos casos que hay un acto que busca la adhesión o aceptación y precede al contrato; es la proposición contractual, también llamada oferta (2).

(1) Véase ob. cit., capítulo III, pág. 133.

(2) En el Derecho francés se habla de *offre*; en la doctrina inglesa, *offer*; el Código de Comercio alemán y el civil, así como el suizo de las obligaciones, la designan *Antrag*.

Según el mismo Carrara, la proposición ha de ser completa, con intención de obligarse mediante la aceptación. Faltará este elemento intencional, cuya determinación se logrará por indicios o presunciones en las declaraciones hechas *jocandi causa*, ofertas sin compromiso y proposiciones hechas a persona distinta de la que debe aceptar, salvo si se le dió el encargo de trasladarlas a esta última. Gierke, en su magistral *Derecho privado germánico*, declara que procede del Derecho alemán ante todo la fuerza obligatoria del *Antrag*. En la exposición hecha de los antecedentes históricos del Derecho germánico se puso ya de relieve la importancia que tuvo para aquel pueblo la fidelidad a la palabra dada (*Gebundenheit ans wort*) (1). Ciertamente que realizar una oferta contractual no es prometer ninguna prestación, pero sí implica una promesa que deberá mantenerse hasta que se extingan sus efectos. Extraña al Derecho romano y al Derecho común, se abre paso en los Códigos modernos, especialmente en el Código civil alemán, la obligatoriedad de la oferta de contratar (2).

Por lo general, se hace la oferta a personas ciertas y conocidas; puede hacerse con indeterminación, como instalar al público un automático o al exponer las mercancías con indicación de precios. La cuestión de la proposición contractual a persona indeterminada ha dado lugar a discusiones entre los tratadistas. La incertidumbre del sujeto pasivo de la propuesta presenta inconvenientes prácticos; por ejemplo, cuando varias personas aceptan simultáneamente, no se sabe con cuál de ellas ha de concluirse el contrato, y cuando el proponente no puede mantener la oferta porque se le han agotado las mercancías a consecuencia de las operaciones concertadas. El problema no puede resolverse afirmando que toda oferta a persona indeterminada sea proposición, ni que todas las proposiciones constituyan invitaciones a hacer ofertas. Será más justo decidir en cada caso con sujeción a las circuns-

(1) Véase *Deutsches privatrecht*, tomo III, pág. 284. München und Leipzig, 1917.

(2) Contra el criterio del Derecho romano, el núcleo o centro de gravedad de la relación jurídica obligatoria, ha de verse en la declaración de voluntad del proponente, conforme al Derecho germánico y otros Derechos de él derivados, como el sueco.

tancias. La doctrina alemana separa la proposición al público, dirigida generalmente a una pluralidad de personas, y proposición *ad incertam personam*.

En general, las legislaciones que consideran revocable la proposición admiten la dirigida a persona indeterminada, rechazándola los que afirman la irrevocabilidad. Se ha propuesto, por último, la teoría de los límites expresos o naturales y tácitos. El proponente puede condicionar su proposición estableciendo esas limitaciones; por ejemplo: expresando el número de asientos de un vehículo. No obstante, contribuye a la mayor claridad del comercio, sin prestarse a los abusos de la teoría de los límites, exigir la publicidad de la revocación, declarando por un aviso que se han agotado las localidades, como hacen las empresas de espectáculos. Por ello Carrara (1) entiende que el sistema de revocabilidad de la proposición es el único que puede servir de base a la construcción jurídica de la proposición a persona indeterminada.

Tanto Gierke como Tuhf separan la oferta de la invitación a hacer ofertas, cuya finalidad es inducir a realizar una oferta; en tal sentido, el Código federal de las obligaciones suizo dispone en su artículo 7.º que no constituye oferta el envío de listas de precios, tarifas, sin duda porque les falta la precisión necesaria.

El que hizo la oferta es el iniciador del contrato y puede imponer ciertas modalidades respecto de la forma y plazo de aceptación. Subsiste aquélla hasta su extinción, que legalmente resulta al ser denegada o no aceptarse a su debido tiempo. El Código suizo, en su artículo 3.º, señala que la duración de la oferta puede fijarse expresa o tácitamente, como al requerir respuesta telegráfica. Pero una vez hecha, su autor sólo puede prolongar su validez, no acortarla. Cuando no se fijó ningún plazo valdrá la oferta hecha a un ausente el tiempo preciso para que en circunstancias normales pueda obtenerse respuesta (2).

(1) Ob. cit., pág. 194.

(2) Tuhf observa que si el oferente conoce la existencia de un trastorno en las comunicaciones, deberá mantener en vigor la oferta por más tiempo. Deben tenerse en cuenta, además del tiempo para el transporte de la comunicación, las circunstancias del destinatario conocidas por el oferente, tal si sabe que se necesita para aceptar la aprobación de un órgano superior, un Consejo de Administración, etc. Véase *Allgemeiner Teil der Schw. Ob. Recht.*, páginas 144 y siguientes.

La aceptación es también recepticia, perfecciona el contrato cuando coincide con la proposición y llega al destinatario en tiempo en que la oferta estaba subsistente. En el Derecho romano y en el común se extinguía la oferta por muerte de una de las partes; en los Códigos alemán y suizo no se extingue por dicha causa ni por incapacidad de obrar o de disponer de los contratantes, salvo si en la misma oferta se establece otra cosa. La autonomía de la proposición contractual lleva a reconocer su independencia respecto de la muerte o incapacidad legal que afecte al autor.

La cuestión fué vivamente discutida en Alemania con ocasión de la preparación del Código civil, logrando reconocimiento el sistema de autonomía en los artículos 130 y 153 del Código (1). Los Códigos civiles francés, suizo e italiano, no deciden la cuestión, pero las respectivas doctrinas afirman la extinción de la propuesta por muerte del oferente. El Código austríaco resuelve que no se extingue la proposición por muerte o incapacidad de una de las partes, salvo cuando, por las circunstancias, resulte ser otra la voluntad del proponente (862, p. 4). La legislación soviética configura los efectos de la oferta y de la aceptación inspirándose en el Código alemán, de que son traducción resumida los artículos 131-135 del Código civil ruso (2). El proyecto checoslovaco, que no concede efectos a la muerte o incapacidad sobre la declaración de voluntad emitida, admite que la oferta es obligatoria y puede deducirse, por tanto, que la muerte o incapacidad del oferente no hace caducar la oferta.

Aquí nos interesa destacar la relación del *Antrag* con el precontrato. Faltan en nuestro Derecho, como ya dijimos, normas acerca del proceso de formación del contrato. Aplicando los principios generales veremos que, en armonía con lo expuesto, la oferta habrá de mantenerse por el tiempo necesario, según la naturaleza del contrato o lo estipulado. La muerte o la incapacidad de las partes antes de que haya nacido el contrato extinguen la oferta en nuestro Derecho, pues la intervención de representantes o herederos traerá a la vida un contrato distinto del que no llegó

(1) «Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluss wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird.»

(2) «Traité de Droit civil et commercial des Soviets». Eliackevicht. Tager, volumen II, p. 57. París, 1930.

a formarse en verdad. Limitase nuestro Código civil a prescribir, en su artículo 1.262, que la aceptación por carta no obliga al oferente hasta que llega a su conocimiento, y en el 1.258 declara que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (1).

La equiparación de la oferta y el precontrato tiene gran trascendencia. Al no obligar aquella hasta su aceptación, se haría el precontrato revocable mientras aquel en cuyo favor se hizo no se hubiese mostrado decidido a concluir el contrato futuro. Degenkolb fundaba la distinción en la susceptibilidad de exigir ejecución del *pactum de contrahendo*. Por regla general, revocada la proposición contractual, puede reclamarse a título de indemnización el interés negativo; en cambio, merced al precontrato, cabe pedir la celebración del contrato futuro, y algunas leyes civiles llegan hasta a permitir su ejecución en forma específica. En suma, si entre el precontrato y la oferta obligatoria por cierto tiempo existe una analogía desde antiguo observada por los escritores, ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la oferta es un negocio jurídico unilateral, declaración de voluntad recepticia, necesitada de aceptación, que sólo con el sí del aceptante logra categoría de contrato (2). Nunca representa por sí sola un contrato, sino un elemento esencial de contrato en formación. Por el contrario, en el precontrato hay un contrato perfecto que contiene promesa y aceptación, y no parece posible justificar aquella pretendida identidad.

G) LOS ESPONSALES.—Mucho más discutible se presenta, a nuestro juicio, la posibilidad de incluir entre los precontratos la promesa recíproca de futuro matrimonio o esponsales. Es un caso especial de promesa que corresponde al Derecho de familia.

En el Derecho romano el matrimonio iba precedido de convenios preparatorios. Expresamente dice Girard (3) que le precedían los esponsales. Estos, que al principio producían, caso de inejecución, una acción de daños, más tarde podían ser libre-

(1) Véase Candil: «Naturaleza jurídica de las promesas de recompensa a persona determinada». Madrid, 1914.

(2) No podemos examinar detenidamente la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la proposición contractual. Para unos es un negocio jurídico, especialmente cuando es irrevocable; para otros, declaración de voluntad, o declaración comercial. Véase Vifereanue, ob. cit., pág. 59.

(3) Véase ob. cit., pág. 164.

mente rotos por las partes (1), y en los últimos tiempos daban lugar a penas pecuniarias (2).

En tiempos del matrimonio por raptó (*Raubehe*), del que se encuentran huellas en el Derecho germano, parece que no se conocían los esponsales. En la época del matrimonio por compra existen como un contrato obligatorio bilateral entre el representante de la novia y el novio.

El Derecho canónico distinguía esponsales de presente y de futuro. Estos últimos eran los verdaderos (3). En el Derecho anterior a las modernas codificaciones los esponsales eran contrato que producía derechos y obligaciones. La acción para su ejecución forzosa, aun posible, tenía las reservas necesarias para que no se llegara a la celebración del matrimonio de manera en absoluto coactiva. No contenían los esponsales, según Leduc (4), consentimiento para contraer el matrimonio, pero obligaban a los esposos a prestarlo en fecha determinada. Es opinión generalizada en la teoría y en la práctica del Derecho común la que ve en los esponsales un precontrato obligatorio (5).

En el Código civil francés no hay disposiciones positivas sobre la materia. Se discutió si en caso de rehusar el cumplimiento de los esponsales procedía una indemnización, prevaleciendo el criterio afirmativo, apoyado en el incumplimiento de una *obligatio*

(1) Quien contraía nuevos esponsales sin haber roto los primeros, era culpable de infamia. En el Derecho nuevo se castigaba la ruptura con una pena a consecuencia de la influencia del arra esponsalicia.

(2) En un precioso artículo, debido a Emile Chenou, sobre «Recherches historiques sur quelques rites nuptiaux», se indica que los esponsales se efectuaban por la entrega de una sortija a la novia y el cambio de un beso. El anillo nupcial tuvo gran importancia histórica en la Edad Media; parecía de origen romano, no encontrándose entre griegos ni judíos. El osculum de los esponsales es también un uso romano; Constantino, en una Constitución dirigida a España, le concede efectos jurídicos en relación con las donaciones ante nupcias. Durante la Edad Media, en diócesis como Rennes y París, subsiste en otra forma: al fin de la misa, antes de la comunión, el esposo recibe del celebrante el beso de la paz, que después da a la esposa (osculaes). V. ampliamente en *Revue historique de Droit français et étranger*, 1912, pág. 572.

(3) Ver Knecht: «Derecho matrimonial católico», Madrid. Págs. 111 y siguientes.

(4) Cfr. ob. cit., pág. 215.

(5) En tal sentido, Coviello, ob. cit., pág. 116, y Roth, ob. cit., pág. 176.

faciendi para unos, en la responsabilidad por hecho ilícito, según otros. Para Demogue (1), la ruptura de la promesa matrimonial no engendra indemnización ni debe sancionarse por cláusula penal. No teniendo para este Código carácter contractual los esponsales, sin embargo la Jurisprudencia, en los casos de incumplimiento, impone indemnización por daños. Leduc entiende que debe abandonarse tal criterio y atribuir a los esponsales el valor de un verdadero precontrato, o conformándose con una solución ecléctica, fijar una responsabilidad por abandono del proyecto de contrato sin causa justificada (2).

A su vez, el artículo 1.297 del Código civil alemán preceptúa que no puede intentarse con los esponsales una acción para la celebración del matrimonio. Aunque obligan al esposo que rehuse su cumplimiento a indemnizar los gastos proporcionales hechos por la otra parte ante la perspectiva matrimonial (art. 1.298). Según Wolff, constituyen un contrato obligatorio y de Derecho de familia típico, que obliga recíprocamente a contraer matrimonio entre sí a quienes lo celebraron. Este deber obliga a indemnizar. En algunos casos se concederá otra indemnización, la llamada *Deflorationsanspruch*, § 1.300. Para Mitteis los esponsales son un precontrato. Contra la teoría de los precontratos en Derecho de familia y de los esponsales del Código suizo se alega que es de esencia en el precontrato que el contrato principal pueda existir sin él, mientras que conforme al artículo 105 del Código civil suizo, que sigue al antiguo Derecho germánico, los esponsales son requisito indispensable para la conclusión del matrimonio.

En nuestro Derecho, el Proyecto de Código de 1851 miró con escasa simpatía los esponsales, y la ley del Matrimonio civil de 1870 les privaba de fuerza obligatoria. Siguiendo tal criterio, el Código civil español, en su artículo 43, establece que los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento. Con términos claros y contundentes priva nuestra ley

(1) Véase «*Traité des obligations*». Tomo II, pág. 45.

(2) Véase ob. cit., pág. 220, y para Derecho extranjero «*Das Eherecht der Europäischen Staaten und ihrer Kolonien. Die Rechtsverfolgung im Internationalen Verkehr* por Leske y Loewenfeld. Berlín, 1904. (Hay traducción española.)

civil a los esponsales de carácter obligatorio, y no es posible, por lo mismo, atribuirles carácter precontractual, aunque otras razones no se opusieran a ello. El reembolso de gastos en nuestro Derecho (1), como en el italiano, no se funda en culpa contractual, ni en la culpa aquiliana, ni constituye una aplicación del artículo 1.902, parece que se trata más bien de una culpa *in contrahendo*, u obligación *ex lege*, fundada en especiales consideraciones. Sólo limitándonos al concepto genérico del precontrato podremos estimar como tales las promesas de futuro matrimonio, pero entonces se habrá logrado muy poco respecto de su naturaleza jurídica.

H) VENTAS ESPECIALES.—Gierke (2), con fina perspicacia, distingue entre las variedades especiales del contrato de compraventa: I. La compra para probar (*Kauf zur Probe*), contrato puro que expresa el móvil de su realización y carece de especialidades en su régimen (3). II. La compra sobre modelo o muestra, en la cual se celebra el contrato con ánimo de que la mercancía tenga las mismas cualidades que la muestra (art. 494 del Código civil alemán). III. La compra a prueba o ensayo (*Kauf auf Probe oder Besicht*), que es una compraventa con la condición de que el comprador acepte la mercancía después de la prueba o examen (arts. 495 y 496). Hay autores, como Heck, que no se creen obligados a deslindar los problemas que presentan estas modalidades de la compraventa a prueba, por estimar suficientemente precisa la regulación dada a los mismos en el Código civil alemán.

Töhl y Adler quisieron obviar las dificultades pensando la venta a prueba como un *pactum de vendendum*, y autores de tanta solvencia científica como Windscheid y Coviello sitúan esta figura jurídica como un negocio unilateral que por su realización deviene bilateral.

No creemos que este caso de compraventa reúna las caracte-

(1) Niega la contradicción señalada por algunos entre los artículos 43 y 44 el señor Isábal, en el artículo dedicado a la materia en la «Enciclopedia Jurídica», volumen XIV, pág. 929.

(2) Véase ob. cit., vol. III, págs. 489 y siguientes.

(3) Expresamente decía el antiguo Código de Comercio alemán: «Ge-kauf ist die Probe und nur sie».

rísticas del precontrato. Conviene recordar que el Código civil español establece que la venta a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida y la venta de cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva (art. 1.453).

I) EL CONTRATO NORMATIVO («NORMENVERTRAG»).—Esta figura se considera límite por los escritores con el precontrato. Contrato normativo es aquel contrato por virtud del cual las partes previamente establecen el contenido que han de tener los contratos que se celebrarán después entre ellas o con terceras personas. Se recogen en los contratos de esta naturaleza prescripciones contractuales de un valor primordial, que serán decisoras del contrato que ha de celebrarse en lo futuro. Un caso típico de contrato normativo existe en el contrato de tarifas.

La denominación empleada, contrato normativo, nos parece equívoca, porque todos los contratos son normativos en cuanto establecen los derechos y obligaciones que rigen para los contratantes. Y además, el contrato es ley entre las partes, a cuyo tenor han de ajustarse las respectivas prestaciones. Quizá el rasgo más importante para decidir sobre la inclusión de esta variedad contractual entre los precontratos es que el contrato normativo puro no provoca entre las partes una situación jurídica que determine o, mejor dicho, que les obligue a celebrar un contrato futuro, sino que reglamenta el contenido que deben tener aquellos contratos que «libremente» se celebren por convenio entre las partes (1).

J) DERECHO DE OPCIÓN.—Como consecuencia de la fiebre industrial y de especulación de nuestra época, si no se han originado algunos, se ha puesto en primer plano ciertos contratos, entre ellos el llamado derecho de opción (2). La opción expresa, según el Diccionario de la Academia, libertad o facultad de elegir; la elección misma que se tiene a un oficio o dignidad y el convenio en que bajo condiciones se deja al arbitrio de una persona ejer-

(1) Ver Titze, ob. cit. Opuesto también a la consideración del contrato normativo como precontrato. Y Hueck: «Normenverträge» en «Iherings Jahrb.», Vol. 73, págs. 38 y siguientes.

(2) Gayoso sostiene que en el Derecho romano se hablaba de opción en sentido de elección; así, «optio servi», «optio tutoris». «Cuestiones sobre el contrato de compraventa» en «Rev. de Derecho Privado», 1927.

citar un derecho o adquirir una cosa. Si de esta acepción gramatical pasamos a formular una definición propiamente jurídica, nos encontraremos con una gran variedad de opiniones, derivada de la incertidumbre del contenido del contrato; el Sr. Ossorio, a quien se debe la primera monografía publicada en nuestro país sobre el derecho en cuestión, lo define diciendo que es un contrato por virtud del cual el propietario de una cosa o derecho concede a otra persona por tiempo fijo y en determinadas condiciones facultad exclusiva de adquirirlo o transferirlo (1).

Recientemente se ha publicado entre nosotros un estudio acerca del contrato de opción, debido al Sr. Alonso Moyá. El autor, después de tratar de la opción mercantil, ventas a prima simple y opción civil, considera demasiado angosta la noción del derecho de opción formulada por el Sr. Ossorio, y ve la esencia del derecho de opción «en la facultad que un contratante concede a otro de modo exclusivo para que dentro de cierto plazo decida, sin otra condición que su propio pensar, si quiere o no consumir el convenio concertado en la forma y condiciones estipuladas» (2). Se enumeran como caracteres de la opción ser un contrato preparatorio, consensual, unilateral y conmutativo.

Observa Josserand (3) que en la práctica comúnmente se llama opción a la promesa de venta. A su vez, Ehrenzweig separa la opción del precontrato, si bien muchos entienden que la opción comprende los precontratos unilaterales y aun aquellos que obligan a la celebración de contratos bilaterales. Aunque la opción no constituye en verdad el precontrato, regulado por el artículo 936 del Código civil austríaco, se les aplica este precepto, si bien en muchas ocasiones se dudará si existe un precontrato o una opción a causa de la confusión terminológica empleada por las partes.

Creemos que el derecho de opción no constituye un precontrato, y puede configurarse mejor como un derecho formador (*Gestaltungsgrecht*) de los admitidos por la técnica suiza (4). La si-

(1) Véase «El contrato de opción», pág. 57.

(2) Ob. cit., pág. 7. Zaragoza, 1933.

(3) Véase «Cours de droit civil positif français», vol. II, pág. 362. París, 1933.

(4) También puede consultarse el resumen de las Memorias de los Re-

tuación jurídica producida por el derecho formador no es idéntica a la que nace del precontrato, porque el titular de aquel derecho no necesita pedir la conclusión de otro negocio, puede, por su propia declaración de voluntad (*Options erklärung*) formar la relación jurídica que proyecta.

INSTITUCIONES QUE PUEDEN ESTIMARSE PRECONTRATOS EN ALGUN ASPECTO

La posibilidad de las obligaciones que resultan de un precontrato sin la existencia del mismo la ha reconocido Degenkolb (1). Existen, además, tipos mixtos a los que queremos referirnos brevemente:

I. EL CONTRATO SOBRE APERTURA DE CRÉDITO.—No es otra cosa, en sustancia—indica Morando—que un contrato por medio del cual una de las partes—por lo general un banquero—se obliga a abrir su caja respecto de otra persona a quien se concede el derecho de obtener hasta un cierto límite, por cierto tiempo y con especiales condiciones, una suma determinada, obligándose la última a la restitución dentro de un plazo (2).

Al referirse Coviello (3) a las diferencias entre este contrato y el pacto *mutuo dando*, indica que el último tiene por objeto el préstamo de una cantidad determinada que ha de entregarse de una sola vez y que precisa otro contrato; la apertura de un crédito tiene una ejecución sucesiva y continuada; su objeto no es una suma de dinero, sino el crédito que la persona a cuyo favor se constituyó el contrato podrá utilizar como y cuando quiera, siempre dentro del máximo prefijado, porque precisamente esa disponibilidad constituye la función privativa de la institución.

gistradores, publicado en el «Anuario» de la Dirección general del ramo, año 1932, pág. 539, y en la legislación española, los artículos 373-376 del Código de las Obligaciones y Contratos para la Zona del Protectorado de Marruecos, art. 9, párr. 12 del Reglamento del impuesto de Derechos reales.

(1) Véanse ob. y art. cit., pág. 48.

(2) Véase «Il contratto de conto corrente», Cedam, 1928, pág. 8. (Hay traducción española.)

(3) Véase ob. cit., pág. 123.

Respecto si el contrato de apertura de crédito (1) puede estimarse precontrato con condición *si volet*, ha de tenerse presente que el beneficiado por aquél obtiene una ventaja, con la confianza de que se realizarán sucesivas entregas que no extinguen los efectos del contrato, mientras que por la conclusión del contrato principal se agota el precontrato. La apertura de un crédito se combina con frecuencia con el descuento de letras, que el beneficiario de ella entrega al otro contratante, constituyendo además hipoteca en garantía de la concesión del crédito, no de las ulteriores operaciones del contrato. Esta hipoteca, según Bolaffio, produce efectos desde la inscripción, garantizando al banquero desde el primer momento y aun antes de haber hecho desembolsos (2).

Defienden también el carácter precontractual del *Kreditvertragsvertrag* Oser (3) y Becker. Niega que el contrato de apertura de crédito constituye un precontrato de prestar, o un contrato de préstamo (*Ehrenzweig*) (4). Pero no ha dejado de alegarse en contra que este contrato se agota con mantener la disponibilidad de prestar, sin crear el compromiso de emitir una declaración contractual teniendo por objeto el crédito, es decir, la obligación de conceder el crédito cuando lo pida aquel en cuyo favor ha de darse.

II. CONTRATO DE SUMINISTRO.—Aparece en la literatura jurídica el precontrato en relación con algunas de las más importantes variedades de contratos de tracto sucesivo, como los contratos de suministro.

Hay autores, sin embargo, que estudian ambas instituciones; así Roth (5) manifiesta que se comprenden, por lo general, entre

(1) El contrato de apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente, «ouverture du crédit en compte courant», pero no debemos confundirle con el contrato de cuenta corriente. Véase Morando, ob. cit., página 12.

(2) Véase «Legislazione commerciale italiana», pág. 137. Torino, 1934.

(3) Véase «Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das obligationenrecht», pág. 623.

(4) Véase ob. cit., pág. 402. Entre nosotros, Vicente Gella, sin aceptar que la apertura de crédito constituya un precontrato, cree que la operación estudiada es simplemente un acto jurídico integrante de un contrato, que en el presente supuesto resulta de consumación sucesiva. «Introducción al Derecho mercantil comparado», pág. 343, «Labor».

(5) Véase ob., cit., pág. 145.

los contratos de suministro aquellos contratos de compraventa dirigidos a la entrega de cosas contra el pago de un precio, en los que se opera la ejecución por prestaciones que tienen lugar en sucesivos intervalos de tiempo, siendo suficiente en ellos que el contenido del contrato sea determinable, con lo cual se reserva el precontrato para los casos dudosos en que falta esa posible determinación o en que es en absoluto indeterminado el contenido del negocio.

Conviene estudiar aquellos contratos que obligan a recibir una cantidad determinada de mercancías distribuídas en varios plazos, en unos casos objeto del suministro son «las indeterminadas necesidades del aceptante» o la producción íntegra del que suministra. Una variedad de los primeros puede verse en los contratos que obligan a aceptar un *mínimum*. Así con frecuencia se califica de precontrato por la jurisprudencia suiza el convenio según el cual un fabricante o comerciante al por mayor concede a otro la representación general o exclusiva de sus productos: el representante se obliga a adquirir una cantidad mínima o adquirir los mismos productos sólo del concedente. Los contratos de suministro de gas, agua, electricidad, se consideran como precontratos, apareciendo más dudosa la inclusión entre éstos del contrato de suministro de cerveza. Según Geller (1), es el caso en que el dueño de un establecimiento de bebidas contrata por cierto número de años con una fábrica la adquisición de toda la cerveza que necesite en su despacho, que será abonada a los precios corrientes.

El mismo Roth (2) quiere determinar la naturaleza jurídica del contenido de estos contratos de suministro que engendra el compromiso de contratar, igual que el precontrato, y para ello distingue: a) Deber de aceptar (*Bezugverpflichtung*). Se admite un contrato unitario de venta de cosas en cantidad todavía indeterminada, pero determinable por necesidades objetivas, que habrán de entregarse sucesivamente o una obligación única. El

(1) Cfr. ob. cit., pág. 14.

(2) Recuerda Roth algunos precontratos sobre suministro de café, cerveza, etc. El contrato por el que una persona se obliga a proveerse de antipirina por medio de la otra parte. Aquel contrato por el que uno se obliga a comprar todas las plantas y flores que necesita el otro contratante, abonándolas al precio del día. Véase ob. cit., pág. 147.

compromiso de aceptar y el de suministrar forman obligaciones unilaterales del vendedor de proveer sucesivamente las mercancías que se necesiten y del comprador de aceptarlas, pagando el precio estipulado. Esta concepción que excluye el precontrato se acomoda poco a la voluntad de las partes. Sin embargo, la significación más característica del deber de aceptar de estos negocios resulta de la circunstancia de que el obligado se ha comprometido a no adquirir los objetos del contrato de terceras personas. Aunque estos contratos envuelven cierta coacción para contratar, como lo reconoce la literatura germánica, no es en la dirección y con los efectos propios del precontrato, sino en el sentido de que las necesidades del aceptante de los productos serán satisfechas por medio de la otra parte. El contrato, como dice Gierke, crea, además, una obligación duradera que se extingue, no por la ejecución, sino por el transcurso del tiempo, y se cumple cada vez que se realiza un contrato de suministro, quedando frente a estos negocios concretos como una obligación de carácter primordial;

b) Deber de suministrar (*Lieferungsverpflichtung*). Han sido calificados por la jurisprudencia, no como obligación de entregar una determinada cantidad de cosas, sino como compromiso para celebrar un futuro contrato de compraventa, obligando, por tanto, a emitir una declaración de voluntad, en cuyo sentido se les considera como precontratos (1).

Geller (2) niega el carácter de precontratos en estos casos, porque estipuladas de antemano todas las recíprocas prestaciones de las partes, sólo es incierta la cantidad de las mismas, que habrá de determinarse no contractualmente, sino por un acontecimiento ajeno a la voluntad de los contratantes: buena o mala cosecha, precios del mercado, necesidades (3).

III. CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD.—El convenio entre dos

(1) Njessen, al referirse al contrato de suministro de energía eléctrica, habla de un contrato básico (*Grundvertrag*), siendo el compromiso de facilitar corriente una oferta general de contrato hecha a los clientes. Con ello el negocio de suministro nacerá por la declaración unilateral del consumidor; al encender una luz se acepta la oferta. Cit. por Roth.

(2) Véase ob. cit., pág. 15.

(3) Sobre el contrato de suministro véase Mossa: «Il contratto di somministrazione». Navarrini: «Trattato elementare di Diritto commerciale», volumen I, pág. 192. Bolaffio, ob. cit., pág. 135.

o más personas para celebrar con sujeción al mismo un contrato de sociedad se ha designado en ocasiones como precontrato. Es preciso que tal pacto haya determinado suficientemente el contrato futuro, a fin de que si surge discusión entre las partes pueda resolver el juez. Convenidos todos los extremos esenciales para la sociedad proyectada en los restantes podrán aplicarse las disposiciones legales. Para decidir si existe contrato principal o precontrato, Oertmann prefiere que decida la voluntad de las partes en estos casos.

También se estiman precontratos los contratos previos a la constitución (*Vorgründungsverträge*), entre ellos se comprenden los contratos que preceden al contrato de establecimiento de una Sociedad por acciones en forma legalmente prescrita. Esos precontratos, dice Roth (1), obligan recíprocamente a los socios a realizar todo lo necesario para la constitución de la Sociedad en la forma debida, otorgamiento del contrato de Sociedad, pago de las acciones y gestiones necesarias para lograr la inscripción en el Registro mercantil.

Se han calificado también de precontratos aquellos convenios por los que uno se obliga a entrar en una sociedad existente, o por los que la sociedad adquiere el compromiso de admitir en su seno a determinada persona (2).

Para Endemann el complejo de los suscriptores es un coche sin caballos. El suscriptor no tiene otra obligación que pagar la cuota establecida. Pero se necesita, además: a), la actividad de los fundadores o promotores (anuncios, trabajos preliminares, busca de local y operarios, preparación y conclusión de contratos, redacción y publicación del proyecto, invitando a suscribir acciones, lugares para la suscripción y convocatoria para la asamblea general); b), contrato de fundación y Sociedad de fundación (3).

Y Staudinger (4) reconoce la existencia de un precontrato en

(1) Véase ob. cit., pág. 166.

(2) Staudinger, en sus comentarios al Código civil, declara que el convenio de tomar a uno como asociado en la propia empresa, sin más detalles, no es obligatorio.

(3) «Manuale di Diritto commerciale», vol. I, pág. 586, y Heinsheimer, «Derecho mercantil», pág. 130, «Labor», 1933.

(4) Véase ob. cit., tomo II, parte segunda, pág. 1.360.

el convenio para la ulterior constitución de una Sociedad, convenio que dependerá de que las partes lleguen a un acuerdo sobre el contenido del contrato futuro.

No podemos insistir sobre casos como los expuestos de naturaleza híbrida. La misma promesa de donar y el *pactum de cambiando* se estiman precontratos impropios, por tener común con los precontratos su naturaleza preparatoria.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

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

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas

Capital desembolsado . . . 51.355.500 —

Reservas 65.208.261,45 —

400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo

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

TIPOS DE INTERES

I.—Cuentas corrientes.

A la vista 2 por 100 anual.

II.—Operaciones de ahorro.

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

B) *Imposiciones*

Imposiciones a plazo de tres meses . . . 3 por 100 anual.

Idem a seis meses 3,60 — —

Idem a doce meses o más 4 — —

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

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

Observatorios de Derecho agrario ⁽¹⁾

Cómo podrían implantarse en España.

Asistimos los juristas contemporáneos al orto del Derecho agrario como disciplina autónoma de singular trascendencia. La agricultura, regida antes por las reglas ordinarias del Derecho civil o por normas consuetudinarias superficialmente estudiadas, reclama hoy la construcción de un nuevo y complejo sistema jurídico. Es evidente que los cánones del Derecho clásico resultan ya insuficientes para resolver los problemas y situaciones que plantean en relación con la propiedad rústica los fenómenos del aumento de población, maquinismo, superproducción, racionalización del trabajo, cooperación internacional, luchas económicas, paro campesino, dignificación del obrero, facilidad de transporte, índice de bienestar y tantos otros como se derivan de las transformaciones sociales y morales de nuestra época. Todos estos factores han provocado un nuevo estado de cosas que reclama un orden jurídico distinto y es preciso proveer con presteza a su elaboración para abrir cauce legal a las nuevas necesidades, evitando que su fuerza impulsiva origine explosiones revolucionarias, cuyo alcance y consecuencias son imprevisibles.

(1) Esta iniciativa del infatigable maestro D. Fernando Campuzano, a quien tanto debe el Derecho inmobiliario, es de máxima importancia en los críticos momentos que atravesamos.

REVISTA CRÍTICA, sin entender que se necesita una claudicación, ni siquiera una nueva orientación, para emprender esta tarea, pone sus columnas a disposición de cuantos quieran cooperar al estudio y formación del Derecho agrario español.

Explícase así la copiosa legislación agraria que vemos brotar en todos los países, especialmente en Europa. En España—afirmábamos en otro lugar—el advenimiento del régimen republicano se destaca, entre otros aspectos, por un propósito decidido, casi podríamos decir apasionado, de transformar el ordenamiento jurídico de la propiedad rústica y de cuantas relaciones económicocontractuales la tienen por base, fin o instrumento (1). Basta recordar, a este efecto, los innumerables preceptos, contenidos en múltiples disposiciones que abarcan desde la ley fundamental, o sea desde la Constitución de la República hasta cualquiera de las numerosas y frecuentes circulares de la Dirección general de Agricultura o Reforma Agraria; su enumeración resultaría interminable. Al correr de la pluma podrían citarse de memoria más de 500 disposiciones reglamentando la Reforma Agraria, las declaraciones de rentas de fincas rústicas, los Jurados mixtos del trabajo rural y de la propiedad, los accidentes del trabajo en la agricultura, las llamadas fronteras municipales, las rentas de los arrendamientos y los arrendamientos colectivos, la colocación obrera, la jornada de trabajo, las cooperativas, el crédito agrícola, la propiedad forestal, la exportación e importación de frutos de la tierra, las tasas para la venta de determinados productos como el trigo, el régimen de regadíos, etc., etc. Disposiciones todas de gran profusión y complejidad, a las que no siempre responde el resultado que de ellas se espera y que demuestran la necesidad de ir aportando materiales y elementos para construir de un modo orgánico el Derecho Agrario.

Mas es de advertir que la elaboración de éste no puede ni debe llevarse a cabo por meras intuiciones, estableciendo normas positivas a través de criterios abstractos, desarticulados de la historia y de la fisonomía de cada país. Al contrario, el punto de partida indispensable para sentar los postulados del Derecho Agrario consiste en realizar, antes que nada, una cuidadosa y prolija labor de observación que permita al legislador operar con criterios y datos tomados de la realidad misma, a fin de que se pueda organizar la vida agrícola de la nación de acuerdo con sus necesidades

(1) El Derecho Agrario en España. Ensayo de sistematización; «Revista de Derecho Privado», 15 de Noviembre de 1933.

efectivas y con las posibles garantías de acatamiento y respeto al sistema que se establezca.

He aquí la razón de ser y el fundamento de los Observatorios de Derecho Agrario. He aquí también por qué se ha iniciado una tendencia general para su establecimiento en otros países, de los que España no debe ser una excepción, sobre todo si se tiene en cuenta el agudo malestar campesino por que actualmente atraviesa.

Es cierto que en Europa procuraron estudiarse, en primer término, los problemas económicos derivados de la agricultura (1), pero hoy se ha iniciado ya un desplazamiento de la actividad científica hacia el estudio jurídico de los problemas agrarios, estableciéndose en muchos países organismos o institutos que toman a su cargo el análisis y la sistematización de esta clase de fenómenos. Pueden recordarse con este motivo la información realizada por el Instituto Nacional de Economía Agraria fundado en Italia el año 1928 por Arrigo Sarpieri; los trabajos llevados a efecto por la Oficina Legislativa del Instituto Internacional de Agricultura de Roma; la Sección de Estudios Legislativos del Instituto Internacional Agrario de Moscú (2); el Laboratorio de Derecho

(1) Basta recordar a este efecto los trabajos hechos por el Instituto Internacional de Agricultura de Roma, la Real Academia Georgófilo de Florencia, la Comisión Internacional Agraria de París, la Comisión Consultiva Agrícola en la Oficina Internacional de Ginebra, la Sección Económica y Financiera de la Sociedad de las Naciones, el Instituto Internacional de organización científica del Trabajo en la Sociedad de las Naciones, la Oficina Internacional Agraria de Praga, la Academia de Agricultura de Praga, la Sociedad Alemana de Agricultura, la Real Sociedad de Agricultura de Inglaterra, L'Highland and Agricultural Society of Scotland, la Oesterreichische Landwirtschaftsgesellschaft, la Landwirtschaftliche Hochschule de Berlín y el Instituto Agrario Internacional de Moscou, etc., etc.

(2) Este Instituto está constituido por cinco secciones: de economía agraria, de política agraria y de legislación; de movimiento agrario internacional; de movimiento internacional de los trabajadores agrícolas y forestales; de agricultura y campesinos de la U. R. R. S. La primera sección se divide en las subsecciones de estadística, geografía económica, agricultura y crédito, ocupándose la última de estas subsecciones de estudiar las condiciones del crédito en los países capitalistas y en la Unión Soviética. La sección políticoagraria tiene a su cargo el estudio de esta legislación en los más importantes países. La sección para el estudio del movimiento internacional de las clases rurales posee secciones especiales para Oriente, para los territorios

Rural Argentino de Buenos Aires; el Observatorio de Derecho Agrario de la Real Academia Georgófilo en Florencia; la Sección de Estudios Legislativos del Secretariado de los Campesinos Suizos; el acuerdo del XV Congreso Internacional de Agricultura celebrado en Praga, para la constitución del Instituto Internacional de Agricultura, y, sobre todo, el acuerdo del Congreso Internacional de Agricultura celebrado en Bucarest, en el cual, a propuesta del profesor italiano Bolla, se invitó a los Gobiernos de diferentes países para la creación de Observatorios de Derecho Agrícola.

En el mismo sentido debe citarse la notable labor llevada a cabo con gran perseverancia e inteligencia por la «Rivista Diritto Agrario», bajo la dirección del mismo eminente profesor de la Universidad de Florencia Giangastone Bolla, con la colaboración permanente de Ageo Arcangeli, catedrático de la Universidad de Roma, y de Fulvio Maroi, que lo es de la Universidad de Turín. E igualmente no puede omitirse la reciente publicación del Archivo «Vittorio Scialoja» para el estudio de las costumbres jurídicoagrarias y las tradiciones populares de Italia.

En España se siente también un gran fervor hacia los estudios de esta nueva rama de la ciencia jurídica, de la que no faltan interesantes, aunque esporádicas, manifestaciones anteriores. A ellos debiera dedicarse alguna mayor atención, ya que fuera de la labor de D. Joaquín Costa existen otros muchos trabajos, casi desconocidos por completo y a los que no se ha dado la difusión a que por su mérito tienen derecho (1).

coloniales, para los países agrícolas y para los industriales, para las cuestiones cooperativas y para la organización y táctica del movimiento rural. La cuarta sección reúne materiales relativos sobre la situación y el movimiento de los trabajadores agrícolas y forestales en los países europeos, coloniales y semicoloniales, y la quinta sección estudia el movimiento agrario en la Rusia prerrevolucionaria y la forma de las haciendas colectivas y estatales de los bienes soviéticos.

(1) Además de las conocidas obras de D. Joaquín Costa, «Colectivismo agrario en España» y «Derecho consuetudinario y economía popular de España», escrita esta última con la colaboración de Santiago Méndez, Miguel Unamuno, Manuel Pedregal, José María Piernas, Pascual Soriano, Rafael Altamira, Juan Alfonso López de la Osa, Juan Serrano, Victorino Santa María, Elías López Moral y Gervasio González de Linares, deben citarse como

Mas, aparte de estas manifestaciones, es lo cierto que recientemente y con toda actualidad se percibe en nuestra patria un movimiento de interés hacia esta clase de estudios, al que deben colaborar todos los españoles capacitados para ello, y dé un modo especial los Registradores de la Propiedad, profesional y técnicamente afectados por los problemas jurídicos relacionados con la tierra. Anticipándose, los Notarios del territorio del Colegio de Sevilla han realizado un importante trabajo respecto del problema agrario (1), contestando el cuestionario que redactó su Decano después de una reunión celebrada por dichos Notarios en 11 de Julio de 1931 (2). Luego han aparecido multitud de libros, obras dignas de recuerdo las siguientes: Aguilera y Arjona, «Derecho consuetudinario de Galicia»; Altamira, «Derecho consuetudinario y economía popular de la provincia de Alicante»; Espejo, «Costumbres de Derecho y economía rural»; García Ramos, «Estilos consuetudinarios y prácticas económicas familiares y marítimas de Galicia»; Lezón, «El Derecho consuetudinario de Galicia»; López Morán, «Derecho consuetudinario y economía popular de la provincia de León»; Mouton y Ocampo, «Derecho consuetudinario español y europeo» y «Diccionario de Derecho civil, foral, compilado y consuetudinario»; Santa María, «Derecho consuetudinario y economía popular de las provincias de Tarragona y Barcelona con indicaciones de las de Gerona y Lérida»; Vergara y Martín, «Derecho consuetudinario y Economía popular de la provincia de Segovia».

(1) Informes de los Notarios del territorio del Colegio de Sevilla sobre «El problema de la tierra», Sevilla 1931, y Apéndice a los informes de los Notarios del territorio del Colegio de Sevilla sobre «El problema de la tierra».

(2) Aunque dicho cuestionario era de contenido social más que jurídico, las contestaciones se nutren principalmente de conceptos jurídicos, sin duda por la formación profesional de los que hablan de formularlas. Las preguntas que se hacían a cada Notario eran las siguientes:

1.^a Si existen en esa zona grandes concentraciones de propiedad rústica que hagan desmerecer su aprovechamiento.—Cítense con la mayor exactitud posible las que existan y clase de cultivo a que se dedican.—Otros cultivos de que sean susceptibles.

2.^a Forma de incrementar el aprovechamiento del suelo en esa zona.—Si es posible la parcelación de la tierra y la creación consiguiente de pequeños propietarios; si, por el contrario, son preferibles los grandes cultivos, bien por los dueños o por arriendos colectivos concertados directamente con los obreros.—Indíquese cuál de estas dos soluciones es la más viable y medios económicos para obtenerla.

3.^a Medio de reducir las épocas de paro en esa zona.—Indíquese lo más aproximadamente posible el número de obreros dedicado a la agricultura; si en las épocas de recolección o en otras semejantes acuden jornaleros de

folletos, monografías, artículos y publicaciones de toda clase que, al estímulo de la ley de Reforma Agraria, han abordado, si bien en forma parcial e inorgánica, cuestiones de Derecho agrícola. Ultimamente un jurista de tanta altura como D. Felipe Sánchez Román, movido por doble impulso científico y patriótico, ha acometido de una manera directa y con todo el prestigio de su gran autoridad el cultivo y la exposición del Derecho Agrario en España, explicando un curso en la Cátedra de la Universidad Central, estableciendo en ese mismo Centro un seminario para el estudio de este nuevo Derecho e iniciando la formación de una biblioteca especial, en la que se acumulen y faciliten los materiales indispensables para los que quieran especializarse en la materia.

Los Registradores de la Propiedad tampoco han permanecido insensibles ante esta nueva fenomenología jurídica. Sirvan de ejemplo, aparte de los artículos aparecidos en esta Revista y algunos publicados en el «Boletín del Instituto de Reforma Agraria» (1), la interesante conferencia pronunciada no hace muchos días por D. Alejo Leal García acerca de las «Modalidades de la propiedad inmobiliaria en la provincia de Cáceres», y la que se anuncia de otro ilustrado Registrador, D. José Castellanos Vinuesa, respecto de la «Contratación sobre inmuebles en la provincia de Cáceres».

Como se ve, no faltan iniciativas. Lo que se necesita es enla-

otras zonas y su número; épocas de paro y proporción que alcanzan; Posibilidades de reducir estas épocas con otros cultivos.

4.^a Estado de progreso en que se encuentra en esa zona el cultivo de la tierra.—Si es susceptible de mejora, bien por la perfección en el laboreo de la tierra o por aprovechamiento de algunas no cultivadas.

5.^a Proporción de tierras cultivadas directamente por los dueños o por arrendatarios.—Si existe el subarriendo.

6.^a Tipo medio de jornales y rendimiento del obrero.—Posibilidad de aumentar uno y otro con un mejor aprovechamiento de la tierra.

7.^a Protección del Estado.—Obras públicas que deben acometerse en esa región. Indíquese si hay regadío y su situación.—Transportes.—Protección arancelaria, tanto para la importación de máquinas y abonos, como para exportación de productos.

(1) Han publicado interesantes trabajos en este Boletín D. Vicente Cantos Figuerola, D. Ramón de la Rica y Arenal, D. Joaquín Navarro Carbonell y otros distinguidos Registradores.

zarlas, darlas una orientación permanente y sacar de ellas el mayor provecho posible. Los Registradores de la Propiedad podrían colaborar en esta obra de patriotismo y de renacimiento jurídico, tomando a su cargo la implantación del primer Observatorio del Derecho Agrícola en España.

Este Observatorio, en relación con el seminario establecido en la Universidad Central, podría realizar una función meritisísima de beneficiosos resultados para la nación y de relevante prestigio para el Cuerpo de Registradores. A su cargo debiera correr la iniciativa de la investigación científica del Derecho Agrario, estableciendo los supuestos económicos, demográficos, sociales y jurídicos sobre los que pudiera perfilarse el ordenamiento agrícola. Al mismo tiempo habría de realizar una labor eminentemente práctica, estudiando la adaptación de las leyes a las necesidades rurales, recogiendo los casos de desacuerdo entre la práctica y el mandato legal y haciendo un minucioso recuento de los resultados prósperos o adversos de cada precepto legislativo de carácter agrario.

La Asociación de Registradores, transformada ya en Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad, puede añadir un nuevo galardón a los legítimamente conquistados, implantando por su iniciativa un Observatorio de Derecho Agrícola Español, cuyo éxito y prestigio estarían asegurados desde su nacimiento y cuya obra sería seguramente de fecundos resultados prácticos.

Este Observatorio, contando de antemano con la organización que representa tener un delegado técnico en cada partido judicial, debería proponerse, en consonancia con el acuerdo del Congreso de Bucarest, hecho suyo por el Instituto Internacional de Roma, las funciones siguientes:

- 1.^a Investigar y recoger las costumbres agrarias y toda clase de documentos de Derecho histórico agrícola.
- 2.^a Recopilar la legislación agrícola vigente y estudiar los proyectos de ley, las discusiones científicas y parlamentarias, los informes, los comentarios legales y las resoluciones judiciales y toda clase de trabajos jurídicos en materia agrícola.
- 3.^a Estudiar los resultados de las leyes agrícolas y sus efectos en la producción agraria.
- 4.^a Difundir los principios científicos, las leyes y la juris-

prudencia agraria, para formar en el país una conciencia jurídica en esta materia.

5.^a Procurar una colaboración activa, nacional e internacional, entre los juristas agrícolas, favoreciendo los estudios de Derecho Agrario comparado, coordinando las iniciativas, los trabajos, y obteniendo medios de investigación; y

6.^a Procurar la celebración de reuniones o Congresos periódicamente, realizando misiones científicas y de propaganda y emitiendo informes a los Gobiernos y a las Empresas particulares.

Me atrevo a brindar esta idea a los que con tanto acierto y éxito ocupan hoy los puestos directivos del Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad. Su densa cultura y su fina sensibilidad jurídica, estimuladas por anhelos patrióticos, puedan tal vez encontrar alguna idea aprovechable en las líneas que preceden, sobre las cuales quisiera que se fijase de un modo especial el presidente de dicha Entidad corporativa.

FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA,

Registrador de la Propiedad.

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 inscripción de la posesión y la inmatriculación registral

9.—EL JUSTO TÍTULO EN LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

El autor del Decreto trata evidentemente de justificar la reforma mediante una aplicación de la doctrina de la prescripción ordinaria, considerando la conversión de que nos ocupamos como un caso de «usucapión *secundum tabulas*», o sea, según el Registro. Veamos si esto es posible y, para ello, recordemos, someramente, la doctrina de la usucapión ordinaria en la legislación española, que coincide con la de casi todas las legislaciones, que la admiten (distinguiéndola de la extraordinaria) porque todas ellas están fundamentalmente calcadas en la doctrina romana. Advirtamos, desde ahora mismo, que no nos preocupa la unificación del plazo, sin distinguir entre presentes o ausentes (14).

(14) Atendiendo, sin duda, a que la facilidad actual de las comunicaciones ha suprimido la antigua importancia de la ausencia, las legislaciones tienden a prescindir de la referida distinción al señalar la medida de la *continuatis possessionis* para la usucapión. No distinguen, en efecto, entre presentes y ausentes los Códigos portugués (artículos 526 y siguientes), italiano (artículo 2.137), alemán (artículo 900), suizo (artículo 661), mejicano (artículo 1.152), etcétera. La distinción perdura, sin embargo (acaso por consideración a las especiales condiciones del territorio nacional), en el Código brasileño (artículo 551).

La rapidez de las comunicaciones modernas ha inspirado también una fundada corriente doctrinal hacia el acortamiento de los plazos de prescripción, ya realizado por el nuevo Código mejicano. Cfr. Scialoja. *Per la abbreviazione dei termini della prescrizione* en *Rivista di Diritto Civile*, I (1909), págs. 3 y siguientes. Vid., entre nosotros, Castán, *Hacia un nuevo Derecho civil*. Madrid, 1933, pág. 96.

En el capítulo II, título XVIII del *libro cuarto* del Código civil, y bajo la rúbrica «De la prescripción del dominio y demás derechos reales», hallamos, entre otras, las siguientes disposiciones: Artículo 1.940: «Para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley.» Artículo 1.941: «La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida». Artículo 1.950: «La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio.» Artículo 1.951: «Las condiciones de la buena fe exigida para la posesión en los artículos 433, 434, 435 y 436 de este Código son igualmente necesarias para la determinación de aquel requisito en la prescripción del dominio y demás derechos reales.» Artículo 1.952: «Entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate.» Artículo 1.953: «El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido.» Artículo 1.954: «El justo título debe probarse; no se presume nunca.» Artículo 1.957: «El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título.» Artículo 1.959: «Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539.»

Recordemos, también, que en el título V del *libro segundo* del Código («De la posesión») se define la buena fe del poseedor diciendo (artículo 433): «Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide.» En el mismo título aparece colocado el artículo 448, según el cual, «el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo».

Notemos finalmente que el artículo 41 L. H., al declarar en favor del dueño inscrito la presunción de que posee de buena fe se refiere de manera explícita al libro segundo del Código civil (párrafo primero), referencia que hoy se ha de ver implícitamente también en

su párrafo segundo (15) cuando declara que «la posesión inscrita producirá *iguales* efectos que el dominio en favor del poseedor» («y conforme al artículo 446 del Código civil», añadía la redacción anterior, confirmando la referencia del primer párrafo al libro segundo, o sea, a la doctrina general de la posesión).

Pues bien. Con estos antecedentes y dispuestos a aplicar con la mayor amplitud el principio legitimador de la inscripción, veamos ahora si dentro de la inscripción de posesión se pueden hallar todos los elementos requeridos para la usucapión ordinaria *secundum tabulas*.

Hemos puesto de manifiesto el endeble fundamento (prueba testifical referida al hecho de poseer, sin apreciación de la *causa possessionis*) en que se apoya la inscripción de posesión. Pero lo cierto es que, bien o mal nacida, la inscripción de posesión contiene y, por lo tanto, exterioriza y legitima una posesión en concepto de dueño. Se ha de presumir que el poseedor inscrito posee, porque esto es lo que resulta de los términos de la inscripción; e, invocando el principio legitimador, se puede conceder que la inscrita es la posesión más perfecta, la de más alto rango, y, por lo tanto, que está adornada de todos los requisitos exigidos, no ya, solamente, en el libro II del Código para la posesión en general, sino aun en el libro IV para la posesión *ad usucapionem*. Por consiguiente, se ha de aceptar que la posesión legitimada por la inscripción es una posesión en concepto de dueño y, además, pública, pacífica y no interrumpida (artículo 1.941).

La buena fe requerida para la *possessio ad usucapionem* por el artículo 1.950 (libro IV) no es la misma que para la posesión en general (*ad interdicta*) define el artículo 433 (libro II). Compárense los términos de uno y otro, cuya divergencia se explica perfectamente porque no deben ser medidas con el mismo rasero la posesión ofensiva y la meramente defensiva. Pero, aunque tengamos que prescindir de la referencia que el artículo 41 hace al libro II al formular la presunción posesoria del titular de la inscripción (de dominio o de posesión), referencia de la que también prescinde la exposición del Decreto, creemos que la dificultad puede

(15) El preámbulo del Real decreto del 27 no aduce razón alguna especial para explicar el cambio verificado en la redacción de este párrafo segundo del artículo 41.

salvarse sin obstáculos, porque el artículo 434 dice que la buena fe del poseedor se presume siempre, y el 1.951 declara aplicable aquel artículo a la posesión *ad usucapionem*, y, sobre todo, porque a nadie cedemos la primacía cuando se trata de reconocer el efecto legitimador de la inscripción y de éste se trata, al fin y a la postre. ¿El Registro proclama que el interesado es poseedor? Pues esto basta y sobra para que haya de entenderse—mientras la inscripción subsista—que lo es con todos los requisitos, matices, efectos, consecuencias y beneficios que puedan imaginarse en la posesión. Por consiguiente, se ha de aceptar que el poseedor inscrito posee en concepto de dueño, que su posesión es pública, pacífica y no interrumpida y que posee con la buena fe definida en el artículo 1.950 del Código civil; o sea, con la buena fe necesaria para adquirir por usucapión ordinaria el dominio del inmueble poseído (16).

(16) Adviértase que hemos llegado a la prodigalidad en las concesiones, porque, en puridad, no hay razones serias para que hayan de atribuirse a nuestra posesión inscrita aquellas preeminentes cualidades requeridas para la posesión *ad usucapionem*: no hay fundamento bastante para ver en ella una posesión en concepto de dueño, puesto que la tal inscripción—como hemos visto—puede ser obtenida por el poseedor derivado en los casos de posesión mediata; los caracteres de pública (*nec clam*) y pacífica (*nec vi*) se refieren en todas las legislaciones al comienzo de la posesión, que permanece extraño a la información de los testigos, enfocada solamente sobre el hecho posesorio actual; y, finalmente, nada hay que autorice a presumir la existencia de la buena fe, por lo mismo que ésta ha de resultar, forzosamente, del acto adquisitivo, cuya consideración—siquiera sea atendiendo sólo a su apariencia—constituye la única guía para poder aceptar como racionalmente fundada la creencia del poseedor de haber adquirido por virtud de aquel acto la propiedad del inmueble, y sabemos que el referido acto de adquisición no cuenta para nada en nuestro expediente posesorio, como no sea para poner a prueba la inventiva del solicitante. Por otra parte, no debe extrañarnos esta absoluta quiebra del principio legitimador si recordamos aquellas iniciales consideraciones teóricas que nos conducían a afirmar la esterilidad de la inscripción de posesión.

«A todo más—dice D. Jerónimo González, al estudiar las relaciones entre inscripción y posesión, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número 34, pág. 751—podemos conceder a la *posesión tabular* las características de posesión de buena fe y con justo título, *cualificada por la inscripción, siempre que* encuentre base suficiente (*corpus*) en la vida real y efectiva. Se presumirá, por lo tanto, que el titular posee por sí mismo y *con arreglo a la inscripción*, que la posesión ha continuado durante el tiempo de la misma, que es pública, pacífica y no interrumpida». Pero adviértase que esta conclusión, que esta suprema concesión del insigne jurista se aplica (exigiendo

Lo que ya no es posible descubrir por parte alguna dentro de la inscripción de posesión es el justo título de dominio exigido para la prescripción ordinaria.

Refiriéndose—como hemos visto—a la posesión en general, dice el artículo 448 del Código que el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que *posee con justo título*; pero esta presunción se aplica, naturalmente, al justo título *de posesión* y no tiene nada que ver con el título «que legalmente baste para transferir el dominio» a que se refieren los artículos 1.952 y siguientes del propio Código, en los cuales se precisan, con el mayor cuidado, las condiciones del mismo, exigiendo que sea verdadero y válido y probado («no se presume nunca»: artículo 1.954). El título presunto a que se refiere el artículo 448 suple la prueba de la *legitimidad de la posesión*, excusando de esa prueba al poseedor que lo sea en concepto de dueño; pero no significa, en modo alguno, que éste tenga en su favor la presunción de un justo título de dominio, porque esto equivaldría a sostener el dislate de que, al igual que respecto a los muebles, también en materia de inmuebles la posesión vale como título de dominio; y no se puede hacer semejante imputación a nuestro Código, cuya posición en este particular es perfectamente racional y perfectamente clara. Está claro, en efecto, que, así como al ocuparse de la prescripción ordinaria de los bienes muebles el Código (artículo 1.955) exige solamente la concurrencia de la buena fe—por lo mismo que ya en el artículo 464 nos había dicho que en materia de muebles *possession vaut titre*—, al referirse a los inmuebles deja en su propio terreno la presunción del

aún una base de posesión real) a la *posesión tabular*, que es cosa muy diversa de nuestra *posesión inscrita*. La posesión tabular, en efecto, es la posesión que, por imperio de la fuerza exteriorizadora de la inscripción (publicidad registral), se atribuye *prima facie*, se supone, se presume en favor del *titular del derecho real inscrito* (supuesto un derecho susceptible de posesión). Mientras que nuestra posesión inscrita es, simplemente, la constatación, la autenticación registral del hecho posesorio, de la posesión física existente en el momento de verificarse la información causante de la inscripción. Y, sin embargo, la exposición de motivos del Decreto comentado, según resulta de la ilación establecida entre los dos párrafos antes transcritos, parece como que tendiese a sentar una inaceptable equiparación entre los dos referidos conceptos (posesión tabular y posesión inscrita), que, si no absolutamente dispares, son sin duda alguna, fundamentalmente diferentes.

artículo 448 (presunción de título de posesión) y se preocupa con gran esmero de definir el «justo título» de dominio que exige entonces para la usucapión ordinaria (artículo 1.957), el cual justo título—dice—no se presume nunca.

El justo título necesario para usucapir no puede ser, pues, un título presunto; pero, aun suponiendo que pudiera serlo, ¿podría presumirse la existencia de semejante título en la inscripción de posesión?; ¿podríamos acogernos también ahora al principio legitimador de la inscripción para atribuir al titular de aquella ese justo título de dominio que nos hace falta? En modo alguno. Como nos enseña la propia exposición del Decreto al encabezar su argumentación, el principio legitimador significa que «si está inscrito en el Registro *un derecho* a favor de cualquier persona, se presume que *le pertenece* y que *ha engendrado*, en lo procedente, *la situación posesoria* respectiva» (posesión tabular); o sea, que, por la fuerza legitimadora de la inscripción el que está inscrito como dueño (el dueño *secundum tabulas*) es dueño y poseedor del dominio (poseedor en concepto de dueño), la inscripción de un censo significa a favor del titular inscrito la presunción de que es censalista y poseedor del derecho inscrito, poseedor del censo, etc. En otros términos: el principio de publicidad en el derecho de inmuebles hace que (salvo prueba en contrario) se atribuya al titular del derecho real inscrito la titularidad de este derecho y también la posesión del mismo, con arreglo a los términos de la inscripción, mientras ésta no sea contradicha. Ahora bien. Todo esto (que es tan claro y tan convincente) acontece cuando a favor de cualquier persona se ha inscrito un derecho real susceptible de posesión. Lo malo es que no pueda ocurrir lo mismo cuando lo que se inscribe es, no un derecho real, sino, solamente, la posesión de ese derecho real; porque entonces todo lo que, humanamente, se puede inducir de la inscripción, con arreglo a sus términos, es que el poseedor inscrito, el poseedor *secundum tabulas*, es... poseedor del derecho inscrito y que su posesión es de buena fe y en concepto de dueño y pública y pacífica y no interrumpida. Y no se puede inducir nada más porque esto solo y nada más que esto es lo que puede resultar de los términos de la inscripción. Esta, que es inscripción del *hecho de poseer*, puede robustecer y adornar tanto como se quiera a la posesión; pero lo que no puede hacer por su sola virtud es desna-

turalizarla, transfigurarla en otra cosa que no sea la misma posesión a ella acogida. Aquí de nuestra invocación a Perogrullo: la inscripción exterioriza lo que exterioriza o legitima lo que legitima. La inscripción es una señora digna y formal, que desmiente claramente los infundios que quieran imputársela y que repugna, por temperamento, toda clase de insinuaciones equívocas. Ella no dice en este caso: «Inscribo a nombre de don Fulano tal o cual derecho real por tal o cual título». Porque así se lo mandan el sentido común y el artículo 394 L. H., aunque al relacionar el expediente diga que de éste resulta que el solicitante afirmó haber adquirido la finca por donación de Perico de los Palotes, no cae en la tontería de creer lo que el solicitante aseguró por el solo hecho de que éste lo haya asegurado y, cuidándose bien de no confirmarlo, lo que ella dice por su cuenta es: simplemente: «Inscribo *la posesión* de la descrita finca a nombre de don Fulano, sin perjuicio de tercero de mejor derecho». Y, como esto es lo que ella dice, a esto es a lo que hay que atenerse. La inscripción de posesión legitima la posesión (el hecho de poseer o la posesión de hecho o, si se quiere, que por esto no hemos de reñir, el derecho real de posesión); pero no legitima ni puede legitimar—como al comenzar hemos demostrado—el dominio o derecho real inmobiliario poseído. No hay, pues, términos hábiles para descubrir en la inscripción de posesión el justo título indispensable para adquirir el dominio por prescripción ordinaria. Y nos parece que así lo reconoce la exposición del Decreto comentado, porque si «para proteger al tercero, que contrata fiado en la inscripción, bien puede admitirse que ésta, al transcurrir los diez años, *significa* algo más que la mera posesión del respectivo derecho» es porque antes de transcurrir los diez años no podía admitirse lo mismo, o sea porque originariamente la inscripción no *significa* más que eso: la mera posesión del respectivo derecho. «Significar» equivale a servir de signo, de señal, a ser una cosa representación o exteriorización de otra; y, como la legitimación registral se funda en la acción exteriorizante de la inscripción, como ésta no puede legitimar sino lo que exterioriza y no puede exteriorizar sino lo que contiene, parece evidente que lo que la exposición reconoce es que la inscripción de posesión no legitima más que la mera posesión del derecho que según la inscripción es objeto de la posesión inscrita, pero no, naturalmente, el derecho

mismo poseído. Si el derecho mismo estuviese legitimado, sería innecesario esperar diez años para proteger al adquirente de buena fe apoyado en la inscripción, porque, en tal hipótesis, el principio de la *fides publica* le protegería desde el momento mismo en que hubiese consumado, con arreglo al derecho objetivo, su adquisición, cualesquiera que fuesen los vicios internos que pudieren atectar al derecho inscrito, los cuales vicios se tendrían, para él, por desaparecidos, de plano, en virtud de una especie de prescripción instantánea.

Pero no es ése nuestro caso. Tratándose de un supuesto de usucapión tabular, la cuestión debe encuadrarse *inter partes* y no debe traerse a colación al tercero, porque cuando ocurran los verdaderos supuestos de una usucapión ordinaria lo seguro será que el tercero no la necesite para nada.

Decíamos que en la inscripción de posesión es imposible hallar, ni aun con el mejor deseo, el justo título requerido para la usucapión ordinaria. Esta imposibilidad (que creemos haber demostrado suficientemente) aparece todavía más evidente al recordar la doctrina del «justo título», correlativa a la función moderna de la usucapión ordinaria. En este respecto juzgamos tan interesantes como todas las suyas las siguientes observaciones de Sohm: «En derecho clásico la usucapión persigue una doble finalidad. En primer lugar, la de convertir la propiedad bonitaria en quiritaria, sirviendo de complemento a la adquisición, aun cuando ésta provenga del mismo propietario: el que adquiere una *res Mancipi* sin sujeción a forma sólo consigue su propiedad quiritaria mediante la usucapión después de uno o dos años, según los casos. La segunda finalidad de esta institución consiste en facilitar la adquisición de la propiedad a quien de buena fe adquiere de un no propietario—a *non domino*—. Ejemplo: el heredero vende y entrega una cosa que figura en la herencia, creyéndola, por excusable error, propiedad del causante. La usucapión responde, en el primer caso, a la necesidad de convalidar el título adquisitivo, carente de formalidad; en el segundo, *suple la carencia de derecho en el transmitente*. El Derecho justiniano supera el tradicional dualismo de los modos de adquirir, haciendo desaparecer la distinción entre adquisiciones formales—de Derecho civil—y no formales—de Derecho de gentes—. Cualquier modo de adquirir basta, ahora, para conferir la plena

propiedad, siempre que el transmitente—suponiendo que la adquisición sea derivativa—sea realmente propietario. La usucapión queda, pues, reducida a su segunda función: consolidar, pasado un cierto tiempo, la propiedad del adquirente *a non dominio* (17). Si, pues, no sirve ya para corregir deficiencias de forma en el título adquisitivo, sino para «suplir la carencia de derecho en el transmitente», es natural que cuando para la misma se exija un título haya de requerirse que éste sea apto para transferir el derecho de que se trate y verdadero (que exista objetivamente y no en la mera creencia del adquirente) y adornado, en fin, de todos los requisitos exigidos para su validez, lo cual significa que ha de ser un título que bastaría para transmitir el derecho si el transmitente fuera propietario (18), porque esto—la falta de derecho en el transterente—es la única falta que la usucapión ordinaria está llamada a subsanar en beneficio del adquirente de buena fe. Como dice De Buen (19) examinando el requisito de la validez del título en nuestro Código, «el único vicio del título que juzga la usucapión es la adquisición del no propietario», añadiendo que, en virtud de tal doctrina, no bastará un título nulo, porque un título de esta índole no transmite un derecho, aunque el transmitente sea propietario; pero servirá un título anulable, mientras no sea anulado por quien pueda ejercitar la acción de nulidad. En cuanto al requisito de la prueba del título, que, en términos tan categóricos establece el artículo 1.954, creemos que podría excusarse sin violencia alguna cuando la *adquisición* del derecho haya sido inscrita en el Registro, por lo mismo que la inscripción presupone la prueba del título a través de la calificación, y, por consiguiente, opinamos que la prueba del título podría, entonces, estar suplida por la inscripción y acreditarse aquél mediante la certificación de ésta, aunque quizá, en su caso, el Tribunal Supremo lo entendiese de otro modo, conforme a la posición por él adoptada en la conocida sentencia de 8 de Marzo de 1912 (20).

(17) Sohm-Mitteis-Wenger, *Instituciones de Derecho privado romano*, traducción de W. Roces. Bibl. de la *Rev. de Der. Priv.* Madrid, 1928, pág. 274.

(18) En este sentido define el justo título el Código portugués (artículo 518).

(19) Notas a Colin y Capitant; citado por Castán, *Contestaciones al cuestionario de oposiciones a Notarias*, 1925. II. 742.

(20) Según nuestro punto de vista—conforme al cual la *iusta causa* debe ser considerada tan sólo como indispensable elemento de la buena fe—la po-

Creemos que, prescindiendo de mayores desenvolvimientos, las consideraciones precedentes bastan para concluir que caería en los dominios de lo no serio la pretensión de establecer asimilaciones entre el justo título de la usucapión y aquella pueril expresión de la causa jurídica que ha de «figurar» en la solicitud de la información posesoria.

No es, pues, razón la razón que la exposición de motivos aduce para la reforma. Consecuencia del principio legitimador, que reputa poseedor de buena fe al *poseedor* inscrito, no debiera ser—y por eso no fué—esa inicua posibilidad de transformar la posesión inscrita en dominio al transcurrir diez años desde la fecha de la inscripción. No puede decirse que cuando la Ley del 9 exigió para estos efectos treinta años (que es el plazo de la «prescripción más larga», de la «prescripción extraordinaria», a las que, de manera explícita, se refería la exposición de motivos de la Ley primitiva al crear la información) olvidase que el artículo 41 declara que quien tenga inscrito cualquier derecho real (concedamos que lo sea el de posesión) gozará de los derechos consagrados en el Código civil (prescindamos de la referencia al libro II) a favor del poseedor de buena fe; porque—contra lo que afirma la exposición examinada—no es exacto que uno de los derechos consagrados en el Código civil a favor del poseedor de buena fe sea la prescripción del dominio y demás derechos reales por la posesión de diez años entre presentes, y no lo es porque—como la propia exposición confiesa—el tal derecho se lo concede el Código (en el libro IV), no a quien sea, simplemente, poseedor de buena fe, sino a quien, además, ostente un justo título que—como hemos intentado demostrar—no puede descubrirse, ni con telescopio, en la inscripción de posesión producida por un expediente posesorio.

(Continuará.)

ANGEL ROMERO CERDEIRIÑA,

sición del Código español es exagerada al exigir en el ^{estare} justo título los requisitos de verdadero y válido, ya que un título putativo o aparentemente eficaz puede servir de justo fundamento a la buena fe del adquirente, siempre que sea racionalmente excusable el error del mismo respecto a la existencia o a la validez de aquél. Vid. Serafini, *Instituciones de Derecho romano*, trad. de la 9.^a ed. italiana y concordancias, por Trías de Bés, Barcelona, s. a., páginas 369 y siguientes; artículo 701 Cod. civ. italiano; artículo 490, Cod. civ. brasileño. Pero, naturalmente, título putativo o título aparentemente eficaz son cosas muy distintas de título «inventado» por el poseedor.

La condición en derecho comparado hispanocubano

EFFECTOS MÁS TRASCENDENTES DE LAS OBLIGACIONES CON CONDICIÓN

De los más trascendentes efectos de las obligaciones con condición se ocupa el Código desde el artículo 1.120 hasta el final de la sección. El principal y más importante de esos efectos es la retroactividad de la condición una vez cumplida, sencillo al par, porque, como dice Manresa, la condición, a pesar de su influencia extraordinaria en la existencia de la obligación, no pasa de ser un elemento accidental de inferior categoría al consentimiento y requisitos esenciales del acto jurídico en que se formó la obligación y en que, precisamente, se determinó también la especie y efectos de la condición que sobre ella habría de influir.

Cumplida la condición suspensiva, dice el eminente profesor y tratadista D. José Castán, la obligación adquiere plena eficacia y sus efectos—según la teoría aceptada por el Código civil, aunque la ponga en entredicho la doctrina moderna—se retrotraen al momento en que se realizó el acto que dió origen a la obligación; sosteniendo Colín y Capitant, también citados por Castán, que el principio de la retroactividad de la condición es, evidentemente, una ficción que no ha sido admitida por el legislador más que como un procedimiento técnico para explicar ciertos efectos del acto condicional; y que, si bien pueden encontrarse huellas de la doctrina de la retroactividad en algunos textos de Derecho romano, también es cierto que nunca los jurisconsultos romanos atribuyeron en principio carácter retroactivo a la condición.

En cuanto a la reciprocidad de que el artículo trata, es preciso

tener en cuenta que no es bastante que el deudor y el acreedor lo sean recíprocamente uno de otro, ni aun en el caso de originarse sus obligaciones en un acto o causa; es menester que sean recíprocas, respecto cada una de la otra, pues únicamente en caso tal es dable decir que se ha establecido el equilibrio entre ellas, y que, al tener una misma existencia, la condición afecta a las dos.

En las obligaciones que consisten en hacer o no hacer, no es fácil establecer, desde luego, las reglas a seguir respecto a los efectos retroactivos del cumplimiento de la condición suspensiva y los efectos de la resolución. De ahí que el Código sabiamente preceptúe que los Tribunales serán los que lo determinarán en cada caso.

El artículo 1.121, al preceptuar que «el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho»; y que «el deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiese pagado», nos enseña que en el caso de la condición pendiente, mientras el acreedor no puede en esa situación reclamar el cumplimiento de la obligación, puede, en cambio, antes del cumplimiento de la condición, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho; y, si el deudor paga, puede repetir lo pagado, porque no se sabe si llegará a deberlo en definitiva.

Contiene un grupo de reglas, para saber cómo proceder en caso de que la cosa mejore o se pierda o deteriore estando pendiente la condición, el artículo 1.122, que dice, que «cuando las condiciones fueren puestas con el intento de suspender la eficacia de la obligación de dar, se observarán las reglas siguientes en el caso de que la cosa mejore o se pierda o deteriore pendiente la condición:

1. Si la cosa se perdió sin culpa del deudor quedará extinguida la obligación.
2. Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia o no se puede recuperar.
3. Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor.
4. Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento, con la indemnización de perjuicios en ambos casos.
5. Si la cosa se mejora por su naturaleza o por el tiempo,

las mejoras ceden en favor del acreedor. 6. Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario.

Estas reglas, para el profesor Castán, cuya opinión comparto íntegramente, parecen basadas en el criterio de la retroactividad, pues hacen perecer las cosas para el acreedor; y, si no hubiera esa retroactividad, perecerían para el deudor, que sería, en tal caso, el dueño de la cosa.

El artículo 1.123 prescribe que «cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido. En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que, respecto al deudor, contiene el artículo precedente. En cuanto a las obligaciones de hacer y no hacer, se observará, respecto a los efectos de la resolución, lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.120».

Sin excepciones de ningún linaje en los efectos de la retroactividad en estos casos de la condición resolutoria, este artículo preceptúa lo conducente a ello, debiéndose, sin duda, esta diferencia con el tipo de las suspensivas, como dice Manresa, a que, justificada la condición suspensiva, al cumplirse, determina la eficacia de la obligación; y, dada esa eficacia, la retroactividad de aquélla puede limitarse más o menos en sus efectos, siempre que, para no parecer ilusoria, produzca alguno; mientras que, cuando se trata de condiciones resolutorias, su cumplimiento y la retroactividad de éste tienen que significar la no existencia de la obligación, y lo que se supone que no ha existido no debe surtir efecto; y así que debe extremarse la ficción jurídica, lográndose sólo, mediante la restitución, la anulación de los efectos de la condición.

En cuanto hace a la posibilidad de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, ya dice el mismo artículo que se aplicarán al que debe hacer la restitución las disposiciones que, respecto al deudor, contiene el artículo anterior que acabo de examinar.

Y, por lo que hace a los efectos de la resolución en las obligaciones de hacer o de no hacer, previene que se observe lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.120, que ya expliqué en su lugar, o séase que los Tribunales sean los que, en cada caso, determinen el efecto de la retroactividad.

El artículo 1.124 preceptúa que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la ley Hipotecaria».

Para la más exacta interpretación de este artículo es preciso insistir en el concepto de la bilateralidad o reciprocidad de las obligaciones. Y, aunque antes lo he tratado, puntualizando a mi juicio bastante, vuelvo ahora sobre la tesis para reiterar el concepto de que no basta que los dos sujetos de la obligación sean deudor y acreedor, el uno del otro, no, es preciso que esa reciprocidad ocurra en la misma obligación y con idéntica causa.

Manresa trae un ejemplo del caso que lo explica a maravilla, dice: «puede una persona ser deudora de otra por consecuencia de un mandato, y ser acreedora de la misma por razón de un préstamo; y nadie dirá que tales obligaciones son recíprocas, puesto que son y se conciben independientes y proceden de distinta causa. Aun más, celebrado un contrato de préstamo comodato, tiene el comodatario la obligación de restituir y puede tener el comodante la de abonar a aquél gastos hechos en la cosa contractual; y, sin embargo, no se da en tales obligaciones la nota de reciprocidad en su genuino sentido, puesto que, distinguiendo bien, en aquéllas se ve que no tiene rigurosamente su origen en una misma, idéntica causa; y sobre todo, que no surgen a la vez, como necesarias ambas y fundamento mutuo la una para la otra. En cambio, si percibimos, con toda evidencia, esa nota de reciprocidad, comparando en la compraventa las obligaciones de comprador y vendedor para entregar, respectivamente, el precio y la cosa; o, en el arrendamiento, para permitir el uno el uso de la cosa arrendada y para pagar el otro la merced con-

venida, etc., y es que en todos esos casos no podemos, sin desnaturalizar cada obligación, imaginarla sin la otra.»

La jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo de España como del de Cuba, consagran la doctrina de este artículo.

El Tribunal Supremo de España tiene, entre otras, las cuatro siguientes sentencias que muy especialmente son al caso, y dicen: la de 3 de Diciembre de 1898 que «en las obligaciones recíprocas no queda «*ipso facto*» rescindido el contrato por el incumplimiento de las contraídas por una de las partes, sino que es potestativo en el perjudicado elegir entre su rescisión o su cumplimiento, con abono de daños»; la de 24 de Octubre de 1899, que «la acción de rescisión no puede prosperar cuando el que se crea perjudicado no justifique el incumplimiento de las obligaciones de su deudor por causas que sean imputables al mismo»; la de 14 de Marzo de 1913, que declara «ser necesario que el principio de la reciprocidad esté tan perfectamente caracterizado que no se conciban unas obligaciones sin las otras, previsión fundamental, única capaz de facilitar que independientemente de los pactos propios y peculiares a la naturaleza esencial de los contratos, puedan, sin necesidad de trabas y complicaciones, establecerse en ellas otras estipulaciones exentas de nulidad»; y la de 19 de Junio de ese mismo año de 1913, que dice que «con arreglo al párrafo primero del artículo 1.124, supuesto el incumplimiento de una obligación recíproca, puede darse por resuelto el contrato de una manera implícita o tácita, sin necesidad de la declaración previa de los Tribunales y tanto más si la excepción se alegó en la contestación y fué objeto de debate».

El de Cuba tiene la de 26 de Mayo de 1900, que dice que «si alegando la falta de cumplimiento de un contrato, se pide en la demanda la rescisión del mismo y todos los efectos a ésta consiguientes, o, si a tal cosa no hubiere lugar, se condene al cumplimiento de lo pactado, o sea al pago de la cantidad a que el demandado se obligó por virtud de estipulaciones contenidas en dicho contrato y la Sala sentenciadora dispone esto último, porque si dispusiera lo primero no sería posible cumplir lo ordenado en el párrafo primero del artículo 1.295, por desconocerse todos los particulares que fueron objeto de la convención, y, consiguientemente, no poderse fijar lo que debían restituir las partes, no in-

fringe, sino aplica rectamente, el artículo 1.124 citado»; la de 15 de Diciembre de 1905, que dice que «si en el contrato se pactó que el obligado a entregar una cosa debía hacerlo dentro de determinado plazo, y, si no pudiese efectuar la entrega, dentro de ese plazo estaba obligado a hacerlo en otro más amplio, que también se señaló, no puede entenderse que faltó al cumplimiento del contrato por no haber hecho la entrega dentro del primer plazo, habiendo alegado causa que se lo impidió, en el supuesto de que por el contrato sólo estaba excusado de la entrega en dicho plazo, por caso fortuito que se lo impidiera, porque la frase «si no pudiese» no permite una interpretación tan restrictiva»; la de 10 de Febrero de 1906, que dice que «cuando en el fallo se concede valor al pacto expreso de los contratantes, que prevé y regula el caso de no cumplirse alguna de las obligaciones en el contrato estipuladas, no infringe el artículo 1.124, toda vez que semejante situación entre las partes identifica a la que pueden voluntariamente crear en cualquiera época, después de celebrarlo, mediante mutuo acuerdo para dejarlos sin efecto, no se rige por las reglas señaladas para la rescisión forzosa a instancia del perjudicado en virtud de incumplimiento, cuando, acerca de éste, los contratantes nada han convenido, y sería, en rigor, contradictorio otorgar al contrato, en beneficio de uno de aquéllos, fuerza bastante para compeler al otro, y negársela a la vez en lo que beneficie al último y obligue a aquél»; la de 20 de Septiembre de 1906, que dice que «infringe el artículo 1.124 la sentencia que declara con lugar una demanda en la que el actor solicita al mismo tiempo el cumplimiento de la obligación y, en su defecto, la rescisión del contrato, siendo así que dicho artículo sólo autoriza a escoger entre exigir una u otra cosa, y a pedir la rescisión aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resulte imposible»; la de 15 de Enero de 1916, que dice «que al ejercicio de la acción rescisoria por incumplimiento de contrato, no obsta que la parte obligada haya comenzado la ejecución de lo convenido si no lo determina de acuerdo con lo pactado; y, que los efectos de la resolución del contrato dispuesta por el artículo 1.124 del Código civil se rigen por los preceptos relativos a las obligaciones con condición resolutoria, y no por el artículo 1.295 del mismo Código».

Las disposiciones de la ley Hipotecaria y del Reglamento para su aplicación sobre la materia objeto de este trabajo están contenidas en los artículos 16, 36, 37, 38, 109, 142 y 143 de la primera, y regla sexta del 137, el 178 y 180 del Reglamento.

Regulan las condiciones y las acciones rescisorias y resolutorias en relación con los títulos y sus inscripciones, como después veremos.

Esas acciones rescisorias y resolutorias, que son acciones subsidiarias y no pueden ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, se dan para impugnar o destruir los contratos válidamente celebrados—en lo que se diferencian estas acciones de la de nulidad, cuyos contratos hayan causado daño o perjuicio irreparable a uno de los contratantes o a un tercero.

La procedencia de ellas la determinan los artículos del Código civil, 513, sobre usufructo; 1.073 al 1.080, inclusive, sobre particiones; 1.290 al 1.299, inclusive, sobre contratos en general; 1.454, 1.460, 1.469, 1.483 y 1.486, sobre ventas; 1.497, 1.498, 1.503 y siguientes, sobre compras, y 1.652, sobre enfiteusis. Pero, según los artículos 36 y 38, con las excepciones del 37, todos de la ley Hipotecaria, que íntegros se insertan a continuación, no se dan aquéllas contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos en legar forma en el Registro de la Propiedad; y es esto lo de interés en este mi estudio, y de lo que, por tanto, habré de ocuparme.

El artículo 16 de la ley Hipotecaria dice que «el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones suspensivas y el no cumplimiento de las resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos se hará constar en el Registro por medio de una nota marginal. También se hará constar por medio de una nota marginal, siempre que los interesados lo reclamen, o el Juez o el Tribunal lo mande, el pago de cualquiera cantidad que haga el adquirente después de la inscripción, por cuenta o saldo del precio en la venta o de abono de diferencias en la permuta o adjudicación en pago. El cumplimiento de las condiciones resolutorias o rescisorias se hará constar por una nueva inscripción a favor de quien corresponda».

Los artículos 36, 37 y 38, de la propia Ley, dicen: el primero,

que las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta Ley. El segundo, 37, que se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior: 1. Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro. 2. Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes: cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito. Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude. En ambos casos no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro de un año, contado desde el día de la enajenación fraudulenta. Y, el último, o sea el 38, dice que, en consecuencia de lo dispuesto en el artículo 36, no se anularán ni rescindirán los actos o contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes: 1. Por revocación de donaciones en los casos permitidos por la Ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro. 2. Por causa de retracto legal en la venta o derecho de tanteo en las enfiteusis. 3. Por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago. 4. Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita. 5. Por causa de lesión en los casos 1 y 2 del artículo 1.291 del Código civil. 6. Por enajenaciones verificadas en fraude de acreedores, con exclusión de las exceptuadas en el artículo anterior. 7. Por efecto de cualesquiera otras acciones que las leyes o fueros especiales conceden a determinadas personas para rescindir contratos en virtud de causas que no consten expresamente en la inscripción. En todo caso en que la acción resolutoria o rescisoria no se pueda dirigir contra el tercero conforme a lo dispuesto en este artículo, se podrá ejercitar la personal correspondiente para la indemnización de daños y perjuicios por el que los hubiere causado.

El artículo 129 de la citada ley Hipotecaria dice: «El poseedor de bienes sujetos a condiciones resolutorias pendientes podrá hipotecarlos o enajenarlos, siempre que quede a salvo el derecho de los interesados en dichas condiciones, haciéndose en la inscripción expresa reserva del referido derecho. Si la condición resolutoria pendiente afectare a la totalidad de la cosa hipotecada,

no se podrá ésta enajenar para hacer efectivo el crédito sino cuando dicha condición deje de cumplirse y pase el inmueble al dominio absoluto del deudor; pero los frutos a que éste tenga derecho se aplicarán, desde luego, al pago del crédito. Cuando la condición resolutoria afecte únicamente a una parte de la cosa hipotecada, deberá ésta enajenarse judicialmente con la misma condición resolutoria a que esté sujeto el dominio del deudor, y aplicándose al pago, además de los frutos a que éste tenga derecho, el precio de la venta. Si antes que ésta se consume adquiere el deudor el dominio absoluto de la cosa hipotecada, podrá el acreedor repetir contra ella y solicitar su enajenación para el pago. Lo dispuesto en este artículo es aplicable a los bienes poseídos con cláusula de sustitución pendiente a favor de personas que no hayan consentido la hipoteca de dichos bienes.»

El artículo 142 de la ley Hipotecaria dice: «La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse.» El artículo 143, que «cuando se contraiga la obligación futura o se cumpla la condición suspensiva de que trata el párrafo primero del artículo anterior, deberán los interesados hacerlo constar así, por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria, sin cuyo requisito no podrá aprovechar ni perjudicar a tercero la hipoteca constituida. De igual modo deberán hacer constar la falta de cumplimiento de la condición o la no celebración de la obligación.»

Y del Reglamento son: la regla sexta del artículo 137, que dice que las inscripciones de ventas de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias y las de constitución de derechos reales impuestos sobre los mismos bienes podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse cumplido aquélla, rescindido o anulado, y que se ha consignado en la Caja de Depósitos u otro establecimiento público destinado al efecto el valor de los bienes o el importe de los plazos que con las deducciones que en su caso procedan haya de ser devuelto. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de los interesados para hacer valer ante los Tribunales el que crean les asiste.

El artículo 178, que dice que para hacer constar en el Registro el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, o la celebración o no celebración de las obligaciones futuras, de que trata el artículo 143 de la Ley, presentará cualquiera de los interesados al Registrador copia del documento público de donde esto resulte, y, en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes pidiendo el asiento de la nota marginal y expresando claramente los hechos que deban dar lugar a ella. Si alguno de los interesados se negare a firmar dicha solicitud, podrá acudir el otro judicialmente para que, conociendo del hecho en juicio declarativo, se dicte la providencia que corresponda. Si ésta fuese favorable a la demanda, el Registrador extenderá, en virtud de ella, la nota marginal.

Y el 180, por último, que preceptúa que cuando la condición cumplida fuese absolutoria se extenderá una cancelación formal, previos los mismos requisitos expresados en el artículo 178.

En el artículo 16 sigue la Ley ocupándose de la forma de hacer las inscripciones, consistiendo la particularidad de las que se refieren a actos o contratos sujetos a condiciones suspensivas o resolutorias en el modo de hacer constar en el Registro el cumplimiento o incumplimiento de aquéllas, que es a lo que están referidos sus preceptos.

Previene dicho artículo que ello se haga constar por medio de una nota marginal, del propio modo que cuando los interesados lo reclamen o el Juez o Tribunal lo mande, el pago de cualquier cantidad que haga el adquirente después de la inscripción, en los términos que se han visto. Y, por último, que el cumplimiento de las condiciones resolutorias o rescisorias se hará constar por una nueva inscripción a favor de quien corresponda.

Como se ve, el artículo se ocupa de las condiciones suspensivas y resolutorias, al par que de las rescisorias; y Morell se pregunta: ¿Cuáles son éstas?; y dice que la Ley, al equipararlas a las resolutorias, lo hace estimando, sin duda, que sus efectos son iguales o análogos; y de ahí que muchos autores las crean la misma cosa. La Serna entiende, como lo más probable, que por, el legislador se consideren condiciones resolutorias a las expresas dimanadas de la voluntad, y rescisorias, a las tácitas o impuestas por la Ley. Escosura, conforme, en cierto modo, con

La Serna, estima que la diferencia esencialísima entre condiciones resolutorias y rescisorias estriba en que aquéllas producen la nulidad del contrato, no dejando rastro de él ni de sus consecuencias, como si nunca hubiera existido; mientras que éstas, las rescisorias, reconocen la validez del contrato y sus efectos hasta el día que se declara la rescisión, pudiendo ser ambas condiciones expresas o tácitas hijas de la Ley o del contrato.

Mas, sea de ello lo que fuere, a lo que, para Morell, atiende el legislador es al derecho de la persona a cuyo favor se halla determinadamente extendida la inscripción. Si esa persona ha inscrito con condición suspensiva, el cumplimiento de ésta se hace constar por una nota que indica que el derecho inscrito se ha convertido en definitivo. Si esa persona ha inscrito con condición resolutoria, el cumplimiento de la condición motiva un cambio de dueño, cambio que exige una nueva inscripción.

Respecto al pago de cualquier cantidad que haga el adquirente después de la inscripción por cuenta o saldo del precio de la venta, o también por abono de diferencia en la permuta o adjudicación en pago, precisa insistir en el hecho de que tienen que hacerse constar dichos pagos en documento público, según antiquísima declaración de la Dirección de los Registros de España, que rigió siempre entre nosotros y aun hoy se observa, de 11 de Septiembre de 1864; y, cuando no pueda llegarse al otorgamiento de escritura por disparidad entre los interesados, deudor y acreedor, deberá aquél proceder a consignar judicialmente lo que hubiere de pagar, prosiguiendo en este medio hasta obtener resolución definitiva que declare hecho el pago.

Todo lo demás que el artículo establece no precisa aclaración ninguna.

Sí es, en cambio, importante recordar, de entre las diversas resoluciones de la Dirección de los Registros de España, las que, como la de 11 de Octubre de 1900, declara que «la resolución o rescisión del acto, o sea el cumplimiento de la condición resolutoria, envuelve una nueva transmisión o retrocesión, que exige una nueva inscripción con arreglo al artículo 16» y la de 8 de Julio de 1901, que a su vez dispone que en el caso de no poder el comprador enajenar ni gravar hasta verificar el pago del precio que se aplazó, para extender la nota de cumplimiento basta que

en la misma escritura de enajenación por el comprador a un tercero conste la entrega del precio.

De los artículos 36, 37 y 38 de la Ley, todos copiados literalmente antes, paso a ocuparme seguidamente; pero antes de entrar a examinarlos quiero dejar sentado, por modo concluyente, y a todos sus efectos, que participo por entero de la opinión del tratadista y Registrador de la Propiedad que fué de España, en Salas de los Infantes, D. Manuel Calderón Neira, que en la cuestión V de sus *Estudios hipotecarios* niega la existencia de las acciones resolutorias, que son, a su juicio, sencillamente acciones comunes; porque, como dice, si existiesen como especiales acciones resolutorias, también habría acciones suspensivas, «ad tempus» y «ex tempore», las que nunca ha oído mencionar, pareciéndole que por más que un derecho esté sujeto a una modalidad, no produce otras acciones que las comunes, las cuales reflejan, naturalmente, la modalidad que va inherente al derecho; y así, si en una traslación condicional de dominio se cumple la condición resolutoria, el enajenante tendrá la acción reivindicatoria; si se trata de un derecho personal, el cumplimiento de la condición dará al contratante favorecido la acción del contrato mismo, prueba evidente de que las llamadas acciones resolutorias no son acciones especiales propiamente, pues no hay acciones resolutorias, sino condiciones resolutorias, las que, una vez cumplidas, producen la acción ordinaria al que ha sido favorecido con la resolución; pudiéndose sólo tolerar la expresión «acción resolutoria», continúa diciendo, cuando se emplee para significar la acción común producida por un acto o contrato condicional, en contraposición a la misma acción producida por un acto o contrato puro, en cuyo caso no envolverá ningún error.

Y, señalando hasta dónde llega la impropiedad de estas denominaciones, presenta el hecho de hablarse en el artículo 16 de la ley Hipotecaria de «condiciones rescisorias», expresión aun más impropia que las de acciones resolutorias; porque hay acciones rescisorias, pero no condiciones rescisorias.

El ilustre tratadista de materia hipotecaria y Registrador de la Propiedad D. Fernando Campuzano y Horma, en sus *Principios generales de Derecho inmobiliario y Legislación hipotecaria* (contestación a estas preguntas del Programa del Cuerpo

de Aspirantes a Registros de la Propiedad), entiende que responde al mayor acierto el examen hecho por el Dr. Calderón Neira, que acabo de referir, de lo que resulta que los efectos de la acción resolutoria, tomada en ese sentido, serán los que se deriven de la condición resolutoria, y, por consiguiente, para fijar su concepto de una manera diferencial con la acción rescisoria, no se puede prescindir de la definición de dicha condición; y así, sin perder de vista las anteriores aclaraciones, define la acción resolutoria diciendo que es la que nace de la condición resolutoria; y condición resolutoria es un acontecimiento futuro é incierto, al cual, por la voluntad de las partes, se subordina la existencia de un derecho; y la acción rescisoria, como la entiende Calderón Neira, se diferencia profundamente de la anterior, por ser un medio que la Ley, fundada en la equidad, concede al que ha sido lesionado en un acto o contrato para hacer cesar total o parcialmente sus efectos jurídicos.

Comparando ambas definiciones al objeto de hacer que se perciban al momento su distinta naturaleza, sienta: 1. Que hay esa diferencia, porque la condición resolutoria se funda en un acontecimiento futuro, y la acción rescisoria, en una lesión actual. 2. Porque la condición resolutoria está formada por un acontecimiento incierto, al paso que la acción rescisoria se funda en una lesión cierta e indudable. 3. Porque las condiciones resolutorias son innumerables, pues dicha condición es una modalidad como otra cualquiera, que las partes pueden libremente estipular, y, por el contrario, no hay más acciones rescisorias que las previstas expresamente por la Ley, sin que en caso alguno la rescisión pueda nacer de la voluntad de las partes. 4. Porque la acción rescisoria es siempre tácita, determinándose sólo por la Ley, mientras que la condición resolutoria puede ser tácita y expresa, pues, aunque casi siempre tiene su origen en un pacto expreso, a veces la ley la supone interpretando la voluntad de las partes; por ejemplo, en el artículo 1.124 del Código civil (Gayoso Arias: *Nociones de Legislación hipotecaria*). Y 5. Porque la condición resolutoria cumplida produce sus efectos «ipso jure», al paso que la rescisión necesita ser declarada por el Juez.

A su vez, el prestigioso Oficial de la Dirección general de los Registros D. Rafael Atard, como lo llama el mencionado erudito

Registrador y publicista Campuzano, en un interesante *Ensayo de construcción sistemática de las titularidades «ob rem»*, publicado en la *Revista de Derecho Privado*, de Madrid, en Septiembre de 1924, marca con gran clarividencia la línea divisoria entre las acciones resolutorias y las rescisorias, señalando las diversas fuentes de las mismas de la manera siguiente: Fuentes de resolución: 1. La inexistencia o la imperfección del acto o contrato, es decir, una fuente legal; inexistencia propiamente dicha y nulidad o anulabilidad en nuestro Código. 2. La voluntad lícita de las partes en el establecimiento de las condiciones resolutorias; la resolución por antonomasia. En cambio, dice, tratándose de la rescisión, no reconoce más fuente de ella que la ley, puesto que no hay rescisión sino en las hipótesis que expresamente admite el legislador. Es decir, como observa Campuzano, que en el fondo, por lo que afecta a la esencia, coincide la doctrina de Atard con la de Calderón Neira, si bien aquél amplía a los casos de nulidad propiamente dicha o anulabilidad las fuentes de resolución.

ANDRÉS SEGURA CABRERA,

Abogado y Notario de Cuba.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

21. *Acción reivindicatoria.—Requisitos para que pueda prosperar la acción.—Efectos de la inscripción.* Sentencia de 17 de Marzo de 1934.

El Supremo no admite el recurso, por infracción de Ley, interpuesto por el Cabildo Catedral Primado de Toledo, considerando que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, para el éxito de la acción reivindicatoria es imprescindible acreditar el dominio de la cosa que se pretende reivindicar, su clara y completa identidad y la determinación de la persona que la detenta, de tal suerte que, faltando cualquiera de los tres requisitos, necesariamente ha de ser desestimada la acción que al efecto se haya ejercitado.

Considerando que, respecto al primero de los expresados requisitos, no es suficiente cualquiera justificación, sino que ésta ha de ser cumplida y plenamente demostrativa del dominio en favor del accionante, según tiene declarado esta Sala con insistente repetición, así como también que tanto la existencia y realidad del invocado dominio como la declaración de la identidad de la cosa reclamada, constituyen cuestiones de hecho, cuya apreciación incumbe al Tribunal de instancia, y esto supuesto, no puede prosperar el primero de los motivos del recurso, por cuanto se apoya en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley riuaria, señalando como documentos auténticos, demostrativos de la evidente equivocación

del juzgador, unas escrituras de arrendamiento otorgadas el 4 de Septiembre de 1830 y en 10 de Septiembre de 1847, que por sí solas no acreditan el dominio, como tampoco la invocada y no aducida Real orden de 25 de Diciembre de 1866, declaratoria de la nulidad de las ventas de los bienes de la Abadía de Santa Leocadia de la Vega, de Toledo, ya que, aun concediéndoles todo el valor que la parte recurrente pretende, es inexcusable ponderarlas con todos los demás elementos probatorios que el Tribunal *a quo* ha tenido presente y cuyo examen conjunto revela el acierto de la resolución recurrida.

Considerando que tampoco puede prevalecer el segundo motivo, pues además de alegarse la infracción de un precepto de carácter procesal, que no puede ser invocado en un recurso de casación por infracción de Ley, en ningún caso sería viable, por ser doctrina sentada por esta Sala, entre otras sentencias, en las de 7 de Febrero de 1883 y 27 de Junio de 1894, que la petición nueva formulada en el escrito de conclusiones no puede ser recogida en la sentencia; y aun cuando en los fundamentos de la resolución recurrida se contenga alguna cita legal equivocada y sobre ella erróneamente se razona, no por esto ha de estimarse un motivo de casación, si el fallo, que es contra el que cabe interponer el recurso, tiene otros apoyos legales que eficazmente lo sustentan.

Considerando que no puede prosperar el tercero y último de los motivos en que el recurso se apoya, porque invocados los artículos 34 y 41 de la ley Hipotecaria, en amparo de las vigentes inscripciones de las fincas reclamadas, es forzoso reconocer que los demandados, por el hecho de ostentar una inscripción de dominio en virtud de adquisición, por título oneroso, de aquellas personas que como dueños figuraban en el Registro de la Propiedad, se pusieron a cubierto de toda nulidad que no provenga de causas que claramente resultan del mismo Registro, aunque después se resuelva o anule el derecho del otorgante, bastando dicha inscripción de dominio para presumir que el titular tiene a su favor la posesión, a los efectos del Código civil, y en ella debe ser amparado por los Tribunales; siendo después de la expuesta doctrina cuestión secundaria, para los efectos de este recurso, todo lo relativo a la prescripción de acciones y de dominio, por cuanto en nada puede alterar la situación legal de la cuestión, que de

modo terminante queda resuelta con las disposiciones citadas, que dan estabilidad y firmeza a la propiedad, constituyendo la base y fundamento que garantiza la riqueza inmobiliaria; y como la Sala sentenciadora las ha aplicado con acierto, sin haber infringido las que como violadas se citan en el recurso, necesariamente ha de ser éste desestimado.

* * *

Para una ampliación del estudio sobre la reivindicación pueden consultarse: Sanmartín Puente: «Ius vindicandi». Estudio jurídico doctrinal sobre la reivindicación. Madrid, 1924. Traviezas: «Extinción y reivindicación del derecho de propiedad». Revista de Derecho Privado, VII, pág. 193. Pérez Ardá: «Acción reivindicatoria». Revista de Legislación, tomo 128, pág. 297. Entre la jurisprudencia reciente pueden verse las sentencias de 31 de Enero de 1931 (REVISTA CRÍTICA, 9, pág. 712), 9 de Julio de 1931 (8-386), 21 de Diciembre de 1931 (tomo IX, pág. 305), 8 de Febrero de 1932 (tomo VIII, pág. 796), 6 de Enero de 1933 (9-712) y 6 de Febrero de 1933 (9-305).

22. *Medianería.—Momento en que ha de contarse el tiempo de prescripción en una servidumbre, según que ésta sea positiva o negativa.* Sentencia de 15 de Marzo de 1934.

En recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el Ayuntamiento de San Sebastián y don E. G. contra sentencia de la Audiencia de Pamplona, que el Supremo casa y anula, sienta la doctrina siguiente:

Considerando que para fijar con acierto la naturaleza de la servidumbre de luces y vistas, cuya declaración pretenden los actores y recurridos, como dueños de la finca número 9 de la calle de Zubieta, de San Sebastián, sobre la número 4 de la calle de la Marina, propiedad del demandado y recurrente, precisa calificar, previamente, la condición de la pared en la que se abrieron los huecos que produjeron la supuesta servidumbre, pues de que sea *medianera* o, por el contrario, propia y exclusiva de los actores, ten-

drá el carácter, respectivamente, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, al interpretar el artículo 533 del Código civil, de positiva o negativa, y el momento que ha de contarse el tiempo de la posesión, a los efectos de que se consume la prescripción adquisitiva que señala el artículo 537 del citado Código, se regirá, en el primer caso, desde el día en que los dueños del predio dominante empezaron a ejercerla, o, de ser negativa, desde el día en que aquéllos hubieran prohibido por un acto formal al dueño del predio sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre, con sujeción a lo ordenado en el artículo 538 del mismo Cuerpo legal.

Considerando que así planteado el problema jurídico, que ha de resolver esta Sala, y teniendo en cuenta que el Tribunal *a quo* declara, por asentimiento de las partes y por el resultado que arrojan las pruebas practicadas, que la pared divisoria o *medianil* que separa las fincas de los contendientes fuéalzada a expensas, exclusivamente, del causante de los actores, descansando sólo sobre ella el edificio que aquél levantó, deduciéndose demanda interdictal, en el año 1914, por los dueños del supuesto predio dominante contra los causantes del recurrente cuando intentaron edificar sobre dicha pared, obligándoles a la demolición de la parte de muro construído, es incuestionable que la pared discutida, por ser divisoria, toda vez que separa las dos fincas colindantes de los que litigan, pudo llegar a ser *medianera* en el sentido y con el alcance jurídico que reviste este término, ductor de la servidumbre de medianería, regulada en el artículo 571 y siguientes del Código civil; pero no habiendo llegado a edificar el dueño del predio que se reputa sirviente, como lo reconoce aún más explícitamente el Tribunal *a quo*, al declarar su derecho a *construir* sobre dicha pared, abonando a los actores la parte proporcional, es inconcuso que mientras no utilice o ejercite este derecho el demandado la tan repetida pared debe calificarse *de propia*, y, en su consecuencia, al no entenderlo así la Sala sentenciadora, infringe el número primero del artículo 572 del Código civil y los 533, 537 y 538 del mismo Cuerpo legal, que se mencionan en el único motivo del recurso, ya que por errónea interpretación del primer citado artículo se califica de *positiva* una servidumbre *negativa* y se computa el lapso de prescripción *a partir del día en que se abrieron los huecos*

en la pared propia de los demandantes, en vez de hacerlo desde la fecha en que los dueños del predio dominante se opusieron, formalmente, a que los causantes del recurrente ejecutaran un hecho contrario a la pretendida servidumbre, procediendo, por lo tanto, declarar haber lugar al recurso interpuesto, sin que sea necesario examinar si en el fallo recurrido se violan, además, los artículos 436, 44, 447 y 1.942 del Código civil, que como infringidos se consignan también en el citado único motivo de casación.

* * *

Entre la copiosa bibliografía sobre la materia de la sentencia anterior entresacamos la siguiente: Marín Monroy: «Medianería», en REVISTA CRÍTICA, 1927, pág. 890. Miguel y Romero: «Servidumbre de luces en pared propia». Revista de Legislación, 141, página 489. Castrillo Santos: «Posesión de servidumbre de luces y vistas en la misma Revista», en igual tomo, pág. 387; la consulta también de Revista de Legislación «Litigio sobre medianería», tomo 138, pág. 363. Alas, De Buen y Ramos: «De la usucapción», 1916, pág. 254. Son recientes las sentencias siguientes: 27 de Mayo de 1932 (REVISTA CRÍTICA, 9-303), 24 de Mayo de 1933 (9-770) y 9 de Julio de 1933 (9-858).

23. *Nulidad de testamento.—Fundación.—Alcance de las prohibiciones para suceder establecidas en el artículo 752 del Código civil.* Sentencia de 26 de Febrero de 1934.

El Supremo, en pleito sobre nulidad de testamento, hace las siguientes declaraciones:

Que la cuestión planteada por el actor se concreta a obtener en la sentencia alguna de las declaraciones siguientes: primera, nulidad del testamento otorgado por su tía en 12 de Enero de 1930; segunda, nulidad de la institución de herederos, hecha en el mismo, y que se esté a lo que resulte de anteriores testamentos o se declare la sucesión intestada; y tercera, que se interprete la cláusula en que se instituye heredero en el sentido de que una vez establecida la escuela que en ella se crea el resto del producto de los bienes sean de herencia intestada; a cuyo fin el actor, amparando

su carácter en un testamento otorgado en 22 de Febrero de 1928 por su dicha tía, en el que le instituía heredero, ejercita su acción contra el representante de la herencia, el albacea testamentario demandado, haciéndola exclusiva a las personas jurídicas o naturales desconocidas que pudieran tener interés en el asunto.

Considerando que en el testamento impugnado, después de disponer algunos legados, entre ellos uno a favor del demandante, se hace la institución de heredero a una fundación benéfico docente que la testadora establece para la creación de una escuela de niños sistema Manjón en una casa de su propiedad, a cuyo sostenimiento se aplicará el producto de los bienes; disponiendo que el sobrante, si lo hubiere, se destinará a constituir un fondo para construir una iglesia de culto católico, o a repartirlo anualmente entre los pobres del pueblo.; otorgándose al patrono la facultad de elegir una u otra aplicación, así como la distribución en su caso; sujetando a la fundación a la carga de una misa diaria que habrá de aplicar el maestro de la escuela si fuera sacerdote, pues si fuera seglar la misa será dicha por el Párroco o el Cura que éste designe; y nombrando Patrono de tal fundación al Cura Párroco que en cualquier tiempo lo fuere de Molleda.

Considerando que a base de lo que como hecho queda establecido en el Considerando precedente, nada aparece que permita suponer siquiera que el demandado, albacea testamentario, Patrono actual de la fundación, ministro en la última confesión de la testadora, y testigo del testamento, sea en éste instituido heredero, ni que por ello puedan tener aplicación al caso los artículos 752 y 755 del Código civil, pues aun en el caso de que el Patrono optara por aplicar los sobrantes a la construcción de un templo, ningún beneficio supondría esto para la iglesia que regenta como Párroco; ni aunque éste se lucrara con el estipendio de una misa diaria podría tenersele por heredero de esa cantidad, que es retribución de un servicio; pero que aun siéndolo, no afectaría a la institución, porque no obstante lo dispuesto en el artículo 754 y 682 del dicho Código, el segundo párrafo del último establece la excepción para el caso de autos, por ser de escasa importancia la carga de la misa en relación con el caudal hereditario; máxime si se atiende a la valoración que le da el autor.

Considerando que en el testamento impugnado no aparece en la

institución de heredero, designada como tal, ninguna persona desconocida, pues la distribución de los sobrantes del sostenimiento de la escuela y sus cargas entre los pobres no es sino la facultad que autorizan los artículos 671 y 749 del Código civil; ni la opción que en aquél se establece encomendada al Patrono de la fundación supone el caso del artículo 670 del citado cuerpo legal.

Considerando que de toda la prueba en conjunto apreciada no aparece el menor indicio de que la testadora fuera víctima en el momento de testar de sugestiones de ninguna clase, ni de que el total contenido del testamento no sea sino la expresión consciente y libre de su voluntad.

* * *

Acerca del concepto de Fundación y posibilidad de institución a favor de persona que no existe al tiempo de otorgarse la disposición testamentaria, véanse: Ennecerus, tomo I, parte general, página 520, y las interesantes notas de Pérez González y Alguer en la página 526. (Derecho civil) Gaceta del Notariado, tomo LVIII, página 110 (Fundación benéfica). Sánchez Ocaña: «Derecho notarial», 1912, pág. 178. Morales Díaz: «Derecho notarial», 1912, página 364. Alcubilla: «Diccionario», voces «Fundación» y «Beneficencia» (1). Sentencia de 9 de Diciembre de 1932 (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, página 716). Sobre la prohibición impuesta al confesor en la última enfermedad, véase la Sentencia de 25 de Octubre de 1890, que declara válida la institución si la confesión se realizó con gran anterioridad a la muerte del testador, y la consulta resuelta por la Revista de Legislación en el tomo CLIII, pág. 540.

24. *Interpretación de testamento.—Institución subordinada al cumplimiento de una condición suspensiva.—Aplicación del artículo 759 del Código civil.—¿Supone la existencia de derechos sin titular?—Expectativas de derecho.—Llamados los nudos propietarios para después del fallecimiento del usufructuario, no*

(1) Cfr. Gracia y Parejo: «De las fundaciones como personas jurídicas», en *Revista de Tribunales*, vol. XI, pág. 217, y XIII, pág. 216.

puede adquirir el nudo propietario que premuere a la usufructuaria. Sentencia de 17 de Marzo de 1934.

El Supremo admite el recurso por infracción de ley interpuesto por doña A. y doña D., contra sentencia de la Audiencia de Sevilla, y dice:

Considerando que la institución hecha en el debatido testamento de «única y universal heredera usufructuaria por todos los días de su vida» está completada, por lo que hace al futuro de los bienes objeto de aquélla, con la disposición de que el pleno dominio será a la muerte de la usufructuaria para los sobrinos del testador, hijos de sus hermanos vivos o difuntos, según el orden de las estirpes, cuyo mandato es por sí sólo suficientemente revelador de que dicho pleno dominio les es dado a los sobrinos que vivan al acaecer la muerte de la usufructuaria; requisito éste que aparece confirmado por el hecho de que el testador disponga que sus sobrinos, y no otras personas, sean los que adquieran la propiedad de sus bienes, y tal declaración no sería eficaz sin la existencia de aquéllos en el momento del óbito de la usufructuaria, al que expresamente se refiere el testador, no sólo con su clara expresión de «por muerte de mi hermana», beneficiaria del usufructo, sino que a tal instante refiere la continuidad de auxilios a un hermano, y la existencia de descendencia legítima de su dicha hermana para participar con los demás sobrinos por estirpes del dominio pleno de los bienes; viéndose paladinamente en lo expuesto que en dicha disposición testamentaria está ordenada según elementos inequívocos de la voluntad del testador, con la institución de usufructo vitalicio, otra de pleno dominio cuya eficacia pende de una condición suspensiva fijada en el hecho de existir los designados para su adquisición al ocurrir el fallecimiento de la usufructuaria, con fuerza jurídica en el artículo 790 del Código civil en relación con el párrafo tercero del artículo 758 del propio cuerpo legal.

Considerando que siendo esencial de la condición suspensiva la dilación en la formación de un derecho en tanto pende la realidad del hecho ordenado en acreedora de un estado jurídico de incertidumbre respecto del nacimiento de aquél, que no desaparece sino con la ocurrencia del evento puesto como condición sin la cual no hay adquisición de los derechos, como dice el artículo 1.114 del Código ci-

vil ; es por esto por lo que dicho cuerpo legal, en su artículo 759, dispone que el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva el testador, no transmite derecho alguno a sus herederos, pues no es el presente un caso de fijación de un término ni de que la suspensión acepte a la sola ejecución de lo dispuesto por el testador, sino de la suspensión de la disposición misma, y por ello la aplicación del último citado artículo y no del 799 del propio Código.

Considerando que la doctrina que se deja establecida no supone la existencia de un derecho sin titular ni quebranta la constantemente sustentada por este Supremo Tribunal, de que donde hay un usufructo hay un nudo propietario, porque no deja de haberlo, pendiente la condición en el caso de autos, ya que durante el tiempo del usufructo la nuda propiedad en tales circunstancias está en la situación regulada por los artículos 801 al 804 inclusive del Código civil, de un modo eventual y variable, representada por los institutos existentes al fallecer el testador y en tanto existiesen, o en su defecto por los herederos legítimos ; también éstos con la incertidumbre de derecho nacida de la condición establecida en el testamento, hecho que si es suspensivo para el nacimiento del derecho de los designados propietarios plenos, es resolutorio para los provisionales nudo propietarios ; pues a unas y otras afecta la expectativa de derecho *pendente conditione*.

Considerando que al dictar la Sala *a quo* la sentencia recurrida, reconociendo el derecho a suceder del heredero testamentario de una sobrina del testador fallecida antes de la muerte de la usufructuaria, ha infringido, por inaplicación, los artículos 790 en relación con el párrafo tercero del 758 y el 759, todos del Código civil, alegados en el segundo motivo del recurso ; y asimismo infringió el artículo 675 de dicho cuerpo legal, base del motivo cuarto ; sin que sea ya preciso hacer examen de los demás alegados por la parte recurrente.

* * *

De nuevo el Supremo tiene ocasión de pronunciarse con motivo de la célebre antinomia entre los artículos 759 y 799 del Código civil, de la que se ocupan en general todos los tratados de Derecho

civil. Artículos y trabajos particulares existen en gran número, y son dignos de mencionarse: Morell, artículos 759 y 799. Rev. de Legislación, tomo 87, pág. 544. Gayoso: «¿Hay algún modo de salvar la contradicción entre los artículos 759 y 799?» (Revista de Derecho Privado, tomo XIII, pág. 231). Isábal: «La doctrina de las condiciones en Derecho y los artículos 759 y 799», tomo XIII, página 180, y la consulta en el tomo 152 de la Revista de Legislación, pág. 240.

25. *Parafernales.—Acciones que el marido puede ejercitar por sí sólo sobre bienes parafernales.—La falta de personalidad y la falta de acción.—Condición de los intereses del precio aplazado de venta de bienes parafernales. Sentencia de 15 de Marzo de 1934.*

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por los consortes don M. B. y doña J. C., lo rechaza el Supremo de acuerdo con la siguiente doctrina:

Considerando que al disponer el artículo 1.383 del Código civil que el marido no podrá ejercitar acciones de ninguna clase respecto de los bienes parafernales sin intervención o consentimiento de la mujer, en realidad estatuye una regla de derecho que afecta a la legitimación activa del marido para accionar sobre bienes privativos de su esposo, pero en modo alguno se refiere al poder legal de representación que el marido ostenta sobre la mujer, a tenor de lo dispuesto en el artículo 60 del mismo Código; siendo tan notoria la diferencia entre este motivo de representación legal y aquella condición legitimadora, que mientras un defecto en el primero engendraría excepción de falta de personalidad, en cambio la deficiencia de la segunda sólo justifica excepciones de falta de acción; distinción ésta que ya fué establecida en sentencia de 23 de Noviembre de 1894 por este Supremo Tribunal al razonar sobre el citado artículo 1.383, diciendo para rechazar recurso que imputaba al marido falta de personalidad, que en virtud de este precepto «podría excepcionarse que se carecía de la acción ejercitada, más bien que de falta de personalidad», sin que después de esta declaración de doctrina haya rectificado la jurisprudencia tan co-

recto principio de interpretación, que también se halla en armonía con las muchas orientaciones constitucionales; por todo lo cual, la sentencia recurrida, al observar fielmente este criterio jurídico, no ha incurrido en los motivos primero, segundo y tercero que el recurso alega para los efectos de casación.

Considerando que en el caso de este recurso, el marido don M. B. C. accionó *en nombre propio* contra don C. G. de C., sobre pago de cantidad que era parte del precio estipulado por la compra de bienes parafernales que al segundo vendiera la mujer del primero con autorización de éste; y esto sentado, habiéndose alegado en la contestación a la demanda *la excepción de falta de personalidad y también la de falta de acción*, ésta al amparo del artículo 1.383 del Código civil, el demandante, en réplica, trató de suplir la deficiencia inicial, presentando el indicado escrito con la firma de su mujer; pero la sentencia recurrida, ateniéndose a lo prevenido en el artículo 548 de la ley de Enjuiciamiento civil, estimó con acierto que en el referido trámite se pueden ampliar, adicionar o modificar las pretensiones formuladas en la demanda y contestación, sin alterar las que sean objeto principal del pleito; por cuya razón hubo de negar toda eficacia a la tardía firma de la mujer, ya que habérsela concedido sería tanto como autorizar en trámite de réplica la creación de una acción en cuya falta había incurrido la demanda; siendo procedente, en consecuencia, desestimar el quinto motivo del recurso.

Considerando que tampoco puede prosperar el cuarto motivo del recurso, en atención a que los intereses del precio reclamado son derechos accesorios que observan el mismo régimen jurídico del crédito principal en cuanto se refieren a las relaciones jurídicas con terceros; y, en consecuencia, sean o no gananciales dichos intereses, es lo cierto que la falta de acción para reclamar el crédito principal existe también por lo que respecta a los intereses reclamados en la misma demanda origen de este pleito.

Considerando que el último motivo del recurso acusa contra el fallo de instancia haber cometido error de derecho en la apreciación de la prueba al examinar la escritura de mandato con que el Procurador compareció a nombre del marido en la demanda, y el contrato de compraventa acompañado con la misma; pues la circunstancia de haber también comparecido la mujer en aquel

apoderamiento para conferir mandato general de pleitos al mismo Procurador, así como el hecho de que en el contrato de venta hubiera ella intervenido con autorización marital, son, a juicio del recurrente, datos bastantes para presumir que la mujer expresaba de este modo su aquiescencia para que el marido entablara la demanda; presunción ésta que ni el Tribunal *a quo* ha establecido, ni este Tribunal de casación puede legalmente recibir al revisar la apreciación de instancia, sencillamente porque este motivo del recurso no alega precepto alguno que se refiera al valor jurídico de las pruebas, y cuya infracción imputada en la sentencia recurrida sería la única vía procesal para admitir a trámite de legítima discusión el presente motivo, y después decidir en el fondo acerca de su procedencia.

* * *

Puede ampliarse el contenido de la anterior sentencia y en general el estudio de los bienes parafernales, aparte de las obras generales conocidas, en los trabajos siguientes: Mañueco: «Devolución de parafernales no entregados al marido»; REVISTA CRÍTICA, II, 865. Lezón: «El artículo 1.883 del Código civil en un procedimiento judicial»; Revista de Tribunales, 48, página 81. La consulta en la misma Revista: «Acción del marido para desahuciar a los inquilinos de los bienes parafernales» (tomo 39, pág. 394). Díaz Benito: «Frutos de los parafernales», en la misma Revista, 46, pág. 42. Margarit: «Parafernales en Cataluña»; Revista Jurídica de Cataluña, II, pág. 91, y, sobre todo, la magnífica monografía publicada por la oficina de estudios jurídicos de la Mancomunidad de Cataluña. Parafernales. Barcelona, 1921. Entre la jurisprudencia reciente pueden citarse las sentencias de 24 de Mayo de 1932 (REVISTA CRÍTICA, 9, pág. 368), 4 de Marzo de 1933 (9-471), 9 de Junio de 1933 (9-857, referente a Cataluña). Véase en Revista de Tribunales, «Naturaleza de los bienes parafernales» (Vol. III, página 149).

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia

Jurisprudencia administrativa del Impuesto de Derechos reales

XXIII

Deducción del impuesto. Hecha una suscripción de diversas cantidades como homenaje a favor de una persona, calificada aquélla por el Tribunal Central en resolución (que pende de pleito ante el Tribunal Supremo), como donación, no procede que al fijar la base para liquidar el impuesto por la herencia se rebajen el impuesto de Timbre y el de Derechos reales que corresponda pagar sobre la suscripción o donación referida, ya que, para admitir la deducción de cantidades devengadas por el causante por contribuciones o impuestos es preciso hayan sido satisfechas por los acreedores y no procedería la rebaja considerándola como obligación personal de los herederos, ya que el artículo 1.º se refiere a las cargas reales.

Son dos las cuestiones: Primera. Si tiene carácter deducible lo pagado por impuesto de Derechos reales y timbre por la adquisición mediante suscripción a favor de una persona al liquidar la herencia de esa persona a favor de sus hijos. Segunda. Si atendidas las circunstancias especiales del caso puede admitirse la deducción pedida.

Los artículos 100 y 101 del Reglamento de 1927 aplicables establecen una distinción fundamental entre lo que debe entenderse por deudas y cargas deducibles a los efectos del mismo impuesto, comprendiéndose en el primer concepto los censos, las pensiones u otros gravámenes de naturaleza perpetua temporal

o redimible que afecten a los bienes, disminuyan realmente el capital o el valor de los transmitidos y aparezcan directamente impuestos sobre los mismos; y en ser el segundo las obligaciones de carácter personal contraídas por el causante de la sucesión; la palabra *carga* se halla, por lo tanto, empleada en el sentido de derecho o gravamen de naturaleza real, puesto que se exige que estos últimos han de afectar a los bienes y estar directamente impuestos sobre los mismos, y así lo corrobora el artículo 263 del citado Reglamento al disponer, en cuanto a los bienes de las personas jurídicas, que se admitirá la deducción de las cargas que se mencionan en el artículo 100, párrafo 1.º, siempre que consten en documento público debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, y tal requisito sólo puede exigirse, según el artículo 1.º de la ley Hipotecaria, cuando se trata de inmuebles.

Sólo por excepción prevé el Reglamento del Impuesto un caso especial en que puedan encontrarse los bienes adquiridos por herencia, donación o cualquier otro título con la obligación de pago de cantidad por los adquirentes, pero sin afección especial de los bienes, disponiendo que en ese caso no se considerarán cargas las obligaciones contraídas; pero tal disposición tiene su explicación y precedente en el Real decreto de 6 de Diciembre de 1917, en cuya exposición de motivos se hace constar que la nueva redacción del precepto reglamentario ha tenido por objeto impedir lo que es obligación personal del heredero regulada por el artículo 859 del Código civil, con lo que es una carga real se trate de deducir del caudal hereditario el importe de los legados de pensión mientras no respondan directamente del pago de determinados bienes que quedan especialmente afectos, y gravados por ello al cumplimiento de lo ordenado por el testador, y en ese sentido ha de entenderse el artículo 100 del Reglamento, que es una reproducción de lo establecido en el Real decreto citado por primera vez, o, en otro caso, interpretarse restrictivamente, por cuanto de otro modo sería opuesto al concepto jurídico de cargas reales como gravamen sobre bienes inmuebles. Además, el mismo artículo 100 en su párrafo 2.º preceptúa que en las transmisiones a título lucrativo es deducible el importe de las cargas calificadas como tales en el párrafo anterior, o sea los gravámenes referidos que afecten a los bienes transmitidos o disminuyan su

valor y estén directamente impuestos sobre los mismos, pero no otras cantidades ajenas a esa mención expresa del precepto que por extensión o contrario sentido de la disposición se estime que deban incluirse dentro de la calificación reglamentaria.

En cuanto a la segunda cuestión no se comprende en el Reglamento de 1927 precepto alguno por el que deban deducirse las cantidades devengadas por el causante por razón de contribuciones o impuestos o de corporaciones locales, si bien en resolución del Tribunal Central de la Hacienda pública de 15 de Octubre de 1929 se dispuso que se dedujera de la base para la liquidación del impuesto de una segunda sucesión lo pagado por la primera; pero ello no es aplicable al caso actual, ya que aquello se fundó en que el impuesto se devenga en el momento de la muerte del causante, y entonces surge el crédito de la Hacienda y la obligación de pagar del contribuyente, sin que los plazos establecidos para la liquidación y pago del impuesto enerven este principio ni obste a que la deuda se tenga por líquida, puesto que su cuantía se determina por datos referidos al día del fallecimiento del causante y porque los documentos en que constan las liquidaciones son de indudable legitimidad, poseen fuerza ejecutiva, según el artículo 7.º de la ley de Contabilidad, y virtualmente se refieren a la fecha de la defunción del causante, ya que ésta basta por sí solo para poner en marcha el procedimiento administrativo, que puede llegar al apremio sin acto voluntario del contribuyente. El nuevo Reglamento, al establecer en su artículo 101 que serán deducibles las cantidades devengadas por razón de contribuciones o impuestos, exige que esas cantidades sean satisfechas por los herederos, albaceas o administradores del caudal hereditario, y este requisito no aparece cumplido en el expediente actual; el citado artículo 101 introduce una reserva a favor del contribuyente al admitir la rebaja en las condiciones expresadas de las citadas contribuciones o impuestos, y por ello debe aplicarse al caso actual por estar pendiente de resolución al comenzar el vigente Reglamento, sin que la exigencia del pago del importe de los tributos pueda desvirtuar esa calificación de precepto beneficioso, ya que no podrá entenderse que estaban dispensados del pago conforme a disposiciones anteriores, no siendo, además, interpretación racional admisible la de que para liquidar el im-

puesto se acepte la rebaja de cantidades devengadas por el mismo y no satisfechas todavía por transmisiones anteriores, sin atender a la posibilidad material o legal de que deje de abonarse el impuesto deducido con perjuicio manifiesto del Tesoro; por último, no es aún firme la resolución administrativa del Tribunal Central de 8 de Noviembre de 1932 (pendiente de fallo ante el Supremo), cuyo importe se pretende sea objeto de rebaja. Por lo tanto, no puede accederse a ninguna de las dos cuestiones planteadas.

(Acuerdo del Tribunal Central de 30 de Enero 1934.) 54-1933.

XXIV

Sociedad legal. 1.º No procede considerar como bienes gananciales unas casas adquiridas por el causante, estando soltero, y aportadas por él al matrimonio, aun cuando el precio lo pague con préstamo de una cantidad que devolvió al prestamista después de estar aquél casado. 2.º Las diligencias de prevención o declaración de «ab-intestato» no constituyen pleito al efecto de suspender la presentación de documentos para el impuesto. 3.º No hay cesión por la diferencia entre la liquidación de la sociedad legal y la practicada por el liquidador por el concepto de gananciales y no procede exigir por ello impuestos. 4.º La aplicación de la ley de Condonación de multas exige el previo pago del impuesto.

La Administración tiene facultades para hacer la división y adjudicación de los bienes transmitidos, a fin de exigir el impuesto de Derechos reales procedente conforme al Reglamento, con independencia de la división practicada por los interesados, y siendo, en este caso, de influencia notoria el determinar la condición legal de los bienes incluidos en el inventario adquiridos antes del matrimonio, los cuales son estimados como gananciales por los interesados. Según el artículo 1.396 del Código civil son bienes propios de cada uno de los cónyuges los que aporte al matrimonio como de su pertenencia; y estando demostrado

con escrituras públicas que el causante, siendo soltero, compró y pagó con dinero propio en el acto del otorgamiento las dos casas de que se trata, y que tales fincas las aportó al matrimonio, pues fueron incluídas en el inventario del caudal relicto, no puede desconocerse que tales bienes no son gananciales, sino propios del causante, y así debe declararse a los efectos de la liquidación de la Sociedad conyugal y legal de gananciales y de la división de los bienes de la herencia. El hecho de que el causante devolviera a la persona que se lo prestó el dinero que invirtió en la compra de las fincas no puede influir en la calificación jurídica de esos bienes, cuya realización quedó legalmente realizada y consumada mediante la entrega del precio y de la cosa en la fecha del otorgamiento de la escritura; y la cuestión de si las cantidades devueltas por el causante deben ser o no de cuenta de la Sociedad conyugal, será una duda que hayan de discutir los interesados, pero que es ajena a la Administración, que ha de limitarse a la calificación jurídica de los bienes y a determinar los conceptos liquidables y sus bases en este caso para exigir el impuesto a cada uno.

Si bien la Ley de 31 de Marzo de 1932 condonó las multas y recargos a los contribuyentes que tuviesen débitos del impuesto de Derechos reales y los declarasen antes de 1.º de Julio de ese año, era indispensable que, además de esa condición, se pagase el impuesto antes de la fecha aludida, y si no se hizo así no es factible legalmente aplicar la condonación referida, no siendo, por la misma razón, aplicable a este caso la Orden de la Dirección de lo Contencioso de 11 de Junio de 1932, que dispuso se aplicase la condonación aun cuando los contribuyentes estuviesen incurridos en mora o en expedientes de investigación; y por la misma razón no procede la aplicación de los tipos de la antigua tarifa, sino del nuevo Reglamento.

La declaración de herederos «ab-intestato» o prevención del juicio de «ab-intestato» no constituyen las actuaciones de pleito que permiten, según el artículo 113 del Reglamento del Impuesto de 14 de Julio de 1932, la interrupción de los plazos para presentar los documentos a liquidar y efectuar el pago del impuesto de Derechos reales, pues para ello es indispensable un litigio o contienda ante los Tribunales en que haya oposición, y, por lo

tanto, un «ab-intestato» en que no la hay no reúne los caracteres necesarios para producir la suspensión aludida.

En cuanto a la liquidación girada a la viuda por la diferencia entre la cantidad que en la partición se le adjudicó por gananciales y la que en el mismo concepto le corresponde, según la distribución hecha por la Administración para el pago del impuesto, no existe tal supuesta cesión, porque precisamente por no haber aceptado la Administración la calificación de gananciales dada por los interesados a determinados bienes, por considerarlos como propios del causante, modificó las adjudicaciones de la escritura particional, sustituyéndolas por las procedentes, exigiendo el impuesto debido; por ello, no puede afirmarse que tal diferencia constituya un exceso de adjudicación sobre lo que, según dicha escritura, le corresponde a la viuda por gananciales, toda vez que por ese concepto no se le adjudican más bienes que los que, según los interesados, la corresponden, y como esa distribución es válida y eficaz en el orden civil, debe respetarse y no cabe suponer, para exigir por ellos el impuesto otra vez, que tales bienes los recibe la viuda del causante por otro concepto distinto de aquel por el que se le adjudican, y por ello la liquidación girada, basándose en el supuesto contrario, debe ser anulada.

(Acuerdo del Tribunal Central de 3 de Julio 1933.) 57-1933.

XXV

Sociedades extranjeras. El concepto por el que deben tributar estas Sociedades es el de constitución de Sociedad por el metálico desembolsado o bienes aportados por el capital con que se opere en España, y no el capital autorizado total, sin perjuicio de las ampliaciones anuales a que haya lugar, si aquél se aumenta, las que pueden averiguarse mediante el expediente de investigación; no procede, por lo tanto, girar sobre el capital total de la Sociedad, aunque se alegue que no presentó en tiempo oportuno la certificación del artículo 21 del Reglamento.

La cuestión planteada consiste en determinar la interpretación que deba darse al artículo 21, párrafos 1.º, 2.º y 3.º del Re-

glamento del Impuesto de Derechos reales de 16 de Julio de 1932, según el cual las Sociedades domiciliadas en el extranjero que hagan operaciones en España están obligadas a contribuir al pago del impuesto, conforme al concepto de «Sociedades», por la parte de capital que destinen a operaciones en España, fijando a tal efecto, antes de su inscripción en el Registro mercantil, certificación del acuerdo en que se consigne la cantidad destinada a aquéllas, y, anualmente, copia autorizada del balance, que servirá de base para girar las liquidaciones complementarias que procedan por los aumentos de capital que hubiere, determinándose en esos balances la cantidad que corresponda al territorio en que sea exigible el impuesto; y en la misma proporción en que éstas se hallen con la totalidad de las operaciones sociales, se calculará el capital sujeto a tributación en relación al total de la Sociedad, y si se incumplen estos preceptos se liquidará por el total del capital social, sin perjuicio de las investigaciones a que haya lugar. Por lo tanto, el concepto tributario de las Sociedades extranjeras es el de constitución de la Sociedad; pero en cuanto al capital que dedican a operar en España, por los bienes aportados o metálico desembolsado al constituir las o que se desembolse en lo sucesivo; y, por lo tanto, es evidente que no puede servir de base para liquidar el capital «autorizado», sino meramente el «emitido o desembolsado con que se opere» en España. Aunque la certificación del capital destinado a esas operaciones no fué presentado en la Oficina liquidadora en los plazos señalados al efecto en los requerimientos que le hizo el liquidador ni antes de la inscripción de la Sociedad en el Registro mercantil, ya que la escritura en que se inserta dicha certificación se acompañó al escrito de alegaciones en Hacienda con fecha posterior a la referida inscripción, no puede prescindirse del contenido de esa certificación que obra en el expediente y que ha sustituido a las declaraciones privadas formuladas ante la Oficina liquidadora, sin que la admisión de tal documento tenga trascendencia en cuanto a la fijación de las cuotas del impuesto, a pesar del tiempo transcurrido desde el en que debió ser conocido de la Administración, ya que el impuesto es exigible de una sola vez por el concepto de constitución social, y no en cada año, sin perjuicio de complementar la liquidación por los aumentos anuales, si los hubiere,

lo que en todo caso podría ser objeto de expediente de investigación. No obsta a lo expuesto la exacción de la multa y demora procedente por el retraso en la liquidación en cuanto al capital destinado a operar en España, si bien ha de tenerse en cuenta la ley de moratoria del presupuesto del Estado, para cuya aplicación no es necesaria la presentación de la certificación del capital con que se opere en España, sino que basta la declaración o solicitud presentada en la Oficina liquidadora, debiendo girarse la liquidación, por lo tanto, por la suma a que ascienda el capital emitido con que se opere en España.

(Acuerdo del Tribunal Central de 18 de Julio 1933.) 59-1933.

XXVI

Deducción de fincas y deudas. 1.º No son deducibles de una herencia las fincas comprendidas en una escritura de promesa de venta otorgada por el causante si no se acompaña la escritura pública en que conste, y, además, no se sabe si debía ser pagado el impuesto y no se justifica el pago del precio más que mediante recibos privados. 2.º No son deducibles como deudas más que los gastos de entierro y última enfermedad y las deudas garantizadas con hipoteca en escritura pública, pero no los intereses de éstas ni otras deudas.

Conforme a los artículos 102 y 31 del Reglamento del Impuesto, la declaración hecha por el testador de que determinados bienes son de tercero no surte efecto para excluir a aquéllos de la herencia sino en tanto se justifique, con documento fehaciente y adecuado a la naturaleza de los bienes, anterior a la fecha en que se abra la sucesión, es decir, a la muerte del causante, la propiedad de tales bienes a favor de la persona a quien se atribuya; y, por lo tanto, para acreditar la celebración de los contratos de promesa de venta hubiera sido preciso aportar las escrituras públicas correspondientes, con nota de pago del impuesto, lo que no consta cumplido; y aunque se reconociera como cierto el otorgamiento y contenido de tales escrituras, a tenor de lo que dicen los interesados, no serían deducibles tampoco los importes de los

precios aplazados en esos contratos, puesto que no se ha acreditado en forma fehaciente la entrega de tal cantidad, sino sólo por medio de rentas que carecen de legitimación de firmas y de toda clase de signos de autenticidad y no suman las cantidades de los precios aplazados, por lo que, á los efectos del impuesto, es preciso establecer la presunción de que pertenecían las fincas a los causantes en el momento de su muerte, bien sean las fincas mismas, bien los créditos contra los adquirentes por los precios estipulados y no pagados.

Además, las fincas no fueron adjudicadas a los herederos para que, sustituyendo a los causantes, otorgasen la escritura de venta correspondiente conforme al artículo 1.451 del Código civil, sino que tales fincas se inventariaron y se adjudicaron a persona extraña, realizándose una transmisión innecesaria a los fines pretendidos, dándose la circunstancia de que si la adjudicataria quiere podría quedarse con las fincas, dada la forma de adjudicación.

En cuanto a la deducción de deudas, sólo procede rebajar el capital de los préstamos hipotecarios constituidos en escritura pública por los que se ha abonado el impuesto de Derechos reales, sin acumular a ellos los intereses vencidos y no satisfechos, y los gastos de entierro y última enfermedad, sin poderse tampoco deducir otros préstamos: a), en cuanto a los intereses vencidos no pagados, por no estar demostrado, conforme al artículo 101 del Reglamento, ni que no se hubieran pagado a su tiempo, ni que se debieran al fallecer el causante; b), y en cuanto a los otros préstamos que constan en documento privado, por el mismo motivo de no estar acreditados conforme al artículo 101, y c), y por lo que se refiere a la justificación de todas las deudas a satisfacción de la Administración por otros medios de prueba admisibles en derecho, conforme al mismo artículo 101, párrafo 3.º, por no haberse cumplido el requisito exigido en el mismo de que se ratifique la deuda por los herederos con la comparecencia del acreedor.

(Acuerdo del Tribunal Central de 27 de Junio 1933.) 63-1933.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

Jurisprudencia civil extranjera

ACCIÓN REIVINDICATORIA

El propietario de una casa concertó con un contratista de obras la ejecución de varias reformas en el inmueble, y singularmente la instalación de un sistema completo de refrigeración. El contratista, a su vez, adquirió del fabricante los materiales de la instalación frigorífica, mediante un contrato de compraventa, con pacto de reserva de dominio.

Concluidas las obras y liquidado el contrato de empresa, quedó insolvente el contratista antes de terminar de pagar los materiales. Entonces el fabricante ejerció la acción reivindicatoria contra el propietario del inmueble ante la Corte del Banco del Rey de Montreal (Canadá), cuyo Tribunal, en 29 de Abril de 1933, desestima la demanda, sin esforzarse en acumular grandes argumentos jurídicos, apelando al sentido de lo justo, tan arraigado entre los juristas ingleses. (*Rapp. jud. Québec*, LIV, p. 462.)

Si el caso se plantease en nuestro Derecho, cosa ciertamente bien fácil, dadas nuestras costumbres comerciales, creemos que podrían distinguirse diversos aspectos en un problema que atañe a la naturaleza jurídica del contrato de compraventa, a la eficacia de las cláusulas sobre reserva de dominio, a la posesión de las cosas muebles y a la naturaleza de los inmuebles por incorporación.

En efecto: si la obligación traslativa que implica la compraventa sólo alcanza a transmitir la cosa, como ocurría en el Derecho romano (D. XIX. I. *De actionibus empti et venditi*, fr. 30, 1.º), parece indudable que la venta de la instalación frigorífica del contratista al propietario es válida y eficaz, aun cuando no se

hubiese adquirido el dominio de la misma, en virtud del contrato celebrado con el fabricante.

Pero la compraventa en el Derecho moderno, como dice Ruggiero, es un contrato con eficacia real, es decir, esencialmente traslativa de la propiedad (artículo 433 del Cód. alem., artículo 184 del Cód. obli. suizo, artículo 1.582 del Cód. francés y artículo 1.447 del Cód. italiano, etc.), y aun cuando este carácter se ha discutido con serios argumentos, al interpretar el Código español, es lo cierto que la doctrina (Sánchez-Román, Valverde, etcétera) y la jurisprudencia (T. S. 3 Diciembre 1928 y 27 Diciembre 1932) de consuno proclaman que mediante la compraventa se transmite el dominio de las cosas, que *nemo dat quod non habet*, y que si el arrendatario vende la cosa arrendada, no puede transmitir la propiedad, por lo que en tal sentido es ineficaz el contrato, en cuanto no pudo operar efectos reales. (T. S., número 613, 27 Mayo 1932.)

A pesar de la ineficacia de la compraventa, llevada a cabo por el contratista, creen Demogue y Lepaulle, al comentar la sentencia del Tribunal de Montreal (*Revue Tri. Dr. Civ.*, 1933, p. 1.341), que no pudo prosperar la acción reivindicatoria del fabricante, porque la acción de anulabilidad de dicha venta está reservada al comprador y no puede ejercitarse contra el mismo por un tercero, como es, en este caso, el fabricante. En efecto: a esta conclusión conduce la jurisprudencia francesa (Planiol, *Traité*, II, página 529).

¿Es realmente una venta de cosa ajena la efectuada por el contratista al instalar los aparatos frigoríficos? La solución a este problema depende de la posición que se adopte respecto de la validez de las cláusulas de reserva de dominio. La doctrina, en este punto, hállase muy dividida (véase, por ejemplo, Oertmann, *Revista de Derecho Privado*, septiembre, 1930, y REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, febrero, 1931; Gayoso, *Revista de Derecho Privado*, tomos 1927, 1921 y 1922; Claret Pompeyo, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, Noviembre, 1930; Cándil, *Pactum reservati domini*; Gasca, *La compraventa*, etc.); pero la jurisprudencia española no vacila en admitir la eficacia jurídica de los pactos reservativos del dominio en las compraventas a plazos (Sentencias de 14 de Enero y 11 de Marzo de 1929 y 20 de

Marzo de 1930), aun frente a terceros (Sentencia de 10 de Enero de 1929).

En el extranjero, las vacilaciones y dudas jurisprudenciales llegan al extremo de que la Cámara Comercial de Buenos Aires, en el intervalo de unas horas, el día 4 de Diciembre de 1929 pronunció dos sentencias contradictorias, admitiendo y rechazando la validez de la cláusula (*Jurisprudencia Argentina*, 1929, página 364). En Francia, el profesor Demogue, ya hace años que puso de relieve la incertidumbre que demuestran las decisiones de los Tribunales (*Revue Tri.*, 1902, pág. 901, y 1906, pág. 169). Los Tribunales belgas, después de negar la eficacia de la cláusula, hoy parece que la admite (Cornille, *Vente et louage de choses*). Igual proceso parece que ha seguido la jurisprudencia italiana (*Rivista di Diritto Commerciale*, 1912, 2.º, pág. 293). En Alemania el legislador opta por la validez de la cláusula (Ley de 16 de Mayo de 1894 y artículo 455 del Código civil), igual que en el proyecto de Código de las obligaciones italofrancés.

Lo expuesto pone de relieve la dificultad dogmática de la cuestión, planteada ante los Tribunales de Canadá en 29 de Abril de 1933.

Suponiendo la validez de la cláusula y la nulidad de la venta del material, efectuada por el contratista al propietario de la casa, ¿podría éste alegar que adquiría de buena fe la instalación frigorífica mediante la prescripción? Conforme al artículo 2.268 del Código civil de Québec quizás fuese posible, ya que igual que el artículo 2.280 del Código francés admite la prescripción instantánea del adquirente de bienes muebles, cuando obra de buena fe, y el vendedor es un comerciante que trafica en cosas análogas. El sistema del Código español es distinto; pues, en este caso, debe estarse a lo establecido en el Código de comercio (artículo 464 del Código civil), cuyos artículos 83, 85, 86 y 545 aluden a la venta en ferias, tiendas o bolsas, mas no a las operaciones realizadas por los comerciantes fuera de estos establecimientos. En consecuencia, si no transcurrió el término, no pudo el dueño de la finca adquirir los aparatos frigoríficos por prescripción. Desde luego se trata de título hábil para prescribir. (Sentencia número 613 de 27 de Mayo de 1932.)

Demogue y Lepaulle hacen notar también que, en este caso,

la instalación de las cámaras frigoríficas quedó incorporada de un modo permanente a la casa, y que, por tanto, se convirtió en inmueble por anexión, a tenor del artículo 379 del Código civil de Québec, cuyos preceptos coinciden con los del número 4 del artículo 334 del Código español. De este hecho cierto, y no comprendido expresamente en la ordenación jurídica de la accesión, salvo el precepto general del artículo 353 del mismo cuerpo legal, no podrá deducirse en favor del fabricante de las instalaciones más que la acción directa, que, como excepción de la regla general, otorga el artículo 1.597 del Código civil a favor de los que ponen materiales en obras ajenas, ajustadas alzadamente por un contratista. Si, no obstante, se intenta la acción reivindicatoria, quizás constituya un obstáculo para su éxito la imposibilidad de identificar individualmente la cosa, ya que no hallaremos en realidad los diversos materiales y elementos de una instalación frigorífica, sino una finca urbana con instalaciones eléctricas, de calefacción, frigoríficas, etc.

RELACIONES DE VECINDAD URBANA

El adagio *nemo damnum facit, qui jure suo utitur*, conservado tradicionalmente en las legislaciones civiles que se inspiran en el Código francés, a pesar de las modernas orientaciones en sentido social del Derecho, no debe interpretarse de un modo absoluto cuando se trata de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de vecindad.

El propietario puede, según la concepción romanista, usar y abusar de la cosa; pero esta libertad cesa cuando implica un atentado a los derechos e intereses de otro. Ya decía la Ley romana: *in suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat* (D. 8-5 frg., *si servit vindicet*).

La vecindad, sobre todo en las grandes aglomeraciones urbanas, engendra recíprocas incomodidades. En la práctica ordinaria de la vida, los inconvenientes y molestias que recíprocamente se producen los vecinos no dan lugar a indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, en ciertas ocasiones, las incomodidades del ve-

cino se muestran más intensamente, excediendo de los límites de tolerancia habitual y engendrando la obligación de indemnizar, según reconocen Planiol y Ripert (*Traité de Dr. civ.*, III), Picard (*Les biens*, número 461), Demolombe (*Traité des servitudes*, II, número 653), Laurent (*Principes de Droit civ.*, VI, número 146), Aubry et Rau (*Cours de Dr. civ.*, II, p. 304), y otros muchos comentadores de la Ley francesa.

Especialmente parece abusivo y, en todo caso, fuera de la tolerancia habitual de los vecinos el hecho de instalar en una población, en medio de habitaciones contiguas, una verdadera granja, desde donde los volátiles, acumulados en gran número, esparzan a su alrededor ruidos y un olor nauseabundo y malsano; la obligación de indemnizar aparece entonces, según las circunstancias del caso, apreciadas equitativamente por el Juez (Domat, *Lois civiles*, I, 12).

A las decisiones numerosas que sobre esta materia han pronunciado los Tribunales franceses debe hoy agregarse la dictada por el Juez de paz de Saint-Denis en 2 de Junio de 1933 (*Gazette du Palace*, 1933, 2, 559), acogiendo la demanda de un vecino, a quien perturbaba el sueño el canto matinal de los gallos, custodiados en un corral próximo. Dice esta resolución que «la posesión de animales ruidosos, tales como los gallos, en una aglomeración esencialmente urbana, no constituye un hecho normal; ya que el propietario de dichos animales impone a sus vecinos una carga excepcional, justo es que deba repararla».

En lo esencial, esta doctrina coincide con la expuesta para un caso parecido por el Tribunal Federal Suizo en 24 de Febrero de 1933. Tratábase de la demanda formulada por el propietario de un hotel, quien se quejó de los ruidos incómodos producidos por la música de las orquestas y gramófonos de los hoteles vecinos. El Tribunal reconoce que en una estación estival o de recreo no puede exigirse que los hoteles, restaurantes, confiterías y otros establecimientos análogos renuncien a distraer a sus huéspedes o consumidores por medio de conciertos y música de baile; pero condiciona este derecho a la obligación de tomar todas las medidas precisas, siempre que no impliquen gastos exagerados, para evitar que el ruido exceda de los límites normales de tolerancia, según las circunstancias locales. Esta obligación es exigible, no

sólo por el dueño de las casas próximas, sino también por la persona que goce del uso de las mismas, en virtud de un derecho real o personal. (*Journal des Tribunaux*, Lausanne, 1933, p. 518.)

Volviendo a la jurisprudencia francesa, encontramos los precedentes de la resolución del Juez de paz de Saint-Denis, no sólo en la doctrina constante, que admite la aplicación del principio de la responsabilidad, en razón de las incomodidades causadas a los vecinos, de un modo habitual, por humos excesivos, olores fétidos, ruidos y trepidaciones extraordinarias, y aun por el establecimiento de casas de prostitución (Demolombe, Aubry et Rau, Laurent, etc., en las obras citadas), sino también en dos interesantes declaraciones de la jurisprudencia.

El Tribunal civil de Tours, en 29 de Marzo de 1904 (Dalloz, 1905, 2, 199), estableció que la acumulación en un espacio relativamente pequeño, en medio de una aglomeración urbana importante, de un número de aves sensiblemente igual a las que pudieran existir en una pequeña granja (22 pollos), crea ciertas incomodidades para los vecinos, que exceden de los límites tolerados, según las normas ordinarias de buena vecindad.

En consecuencia, el arrendatario de una casa vecina al corral tiene derecho a obtener una indemnización si prueba un perjuicio material y real, tanto a causa del cacareo de los volátiles como a causa del olor nauseabundo y malsano que despiden.

La Corte de Casación de París, con fecha 5 de Diciembre de 1904 (Dalloz, 1905, 1, 77), ratificó también la misma doctrina, al declarar que la instalación por un carnicero de una pocilga, dispuesta para contener un número considerable de cerdos en la proximidad de una finca de recreo ajena, constituye un abuso de derecho de propiedad. Los Tribunales se ajustaron al derecho, cuando condenaron a la persona explotadora de dicha industria a pagar al propietario de la finca de recreo cierta suma mientras que la pocilga no cesase de ser utilizada.

El fundamento de estas declaraciones jurisprudenciales se halla en los preceptos de los artículos 544 y 1.382 del Código francés, concordantes con los artículos 348 y 1.902 del Código español.

SUSTITUCIÓN VULGAR DEL NO CONCEBIDO

La sustitución vulgar ha sido calificada como sustitución condicional por algunos escritores, mientras otros estiman que se trata de una construcción jurídica distinta de las verdaderas condiciones, porque el evento futuro e incierto, relativo a que el primer heredero no quiera o no pueda aceptar es un elemento interno del concepto sustitución. La primera orientación se encuentra defendida en la doctrina italiana por Polacco (*Successioni*, Roma, 1928, I, p. 317), Filomusi Guelfi (*Dir. ereditario generale*, número 130), Venzi (*Manuale di Dir. civ.*, 3.^a, 626), Ruggiero (*Instituciones*, II), Zachariae-Crome (*Man. di Diritto civile*, frag. 704), Pacifici-Mazzoni (*Inst.*, VI, número 142), Simoncelli (*Inst.*, 3.^a, página 636), Lomonaco (*Inst.*, IV, p. 364). Por su parte, Coviello (*Successioni*, Nápoles, 1932, p. 142) sostiene que la sustitución está sujeta a simple *condicio juris* y que el sustituto transmite el derecho a sus herederos, aunque muera antes que el instituido haya manifestado su voluntad de renunciar a la herencia o haya sido declarado incapaz para suceder, por ejemplo, en virtud de concurrir causas de indignidad.

Un interesante caso de sustitución vulgar fué resuelto en 22 de Mayo de 1933 por la Corte de Casación de Roma (*Foro Italiano*, 1825), de acuerdo con la teoría dominante en Italia. Establece el Tribunal que cuando el testador instituye heredero a la persona futura que nazca de otra determinada, y, en su defecto, nombra otro heredero, se entiende que éste fué designado bajo condición suspensiva, por cuya razón la disposición a su favor caduca si muere antes de que dicha condición se cumpla.

Según pone de relieve Ascoli (*Rivista di Diritto Civile*, Milano, 1934, p. 105), esta sentencia acepta el concepto de Polacco (*Successioni*, I, p. 198), quien contra la opinión de Filomusi Guelfi (*Foro Italiano*, 1904, p. 976) afirma que la persona futura nacedera es capaz para suceder como tal, y que, por consecuencia, el nacimiento esencial para que la institución surta efecto debe considerarse como una *condicio quae tacita inest*, esto es, condición *ex lege* para la eficacia de la disposición testamentaria, mas no elemento extrínseco fundado sobre la voluntad del testador.

En cuanto a la sustitución, ya hemos dicho que la sentencia de la Corte de Casación de Roma de 22 de Mayo de 1933 sigue la tesis doctrinal dominante en Derecho italiano: «la sustitución, dice el juzgador, recibe su contenido de la voluntad del testador, el cual ordena para la eventualidad de no verificarse la institución; es siempre la voluntad del testador, y no la objetiva de la Ley, la que asegura directamente al designado». En la relación de subordinación entre la sustitución y la institución es preciso atender a la voluntad del testador y no a la voluntad de la Ley. Acoge, pues, la construcción jurídica más común sobre la naturaleza de la sustitución, institución de heredero condicionada por la voluntad del testador, que hace depender el segundo llamamiento de la falta del primero.

A continuación la sentencia sugiere lo siguiente: «No tiene la sustitución su contenido normal cuando la situación real y la prevista por el testador deban concebirse con respecto al momento de verificarse la sucesión, constituyendo entonces una simple alternativa de una (sustitución) respecto de la otra (institución). En esta hipótesis, que excede del instituto de la sustitución, no puede hablarse de condiciones, si no es impropriamente. El fin sustitutivo, sin embargo, implica en sí una subordinación de la sustitución, respecto de la institución de heredero, teniendo aquélla su razón de ser en la falta futura de ésta.» En estos casos especiales, pues, habremos salido del campo del negocio condicional para entrar en el negocio subjetivamente alternativo.

La necesidad de distinguir entre el tiempo del evento y el efecto, para poder hablar de condición, es, en sentir de Alfredo Ascoli, una equivocación de la sentencia. Una distinción, en cuanto al tiempo, sí debe hacerse, pero entre el de la declaración de voluntad y el efecto; en este sentido, la condición se define como evento *futuro*. No puede haber distinción entre la condición y el momento en que surte efecto la declaración de voluntad, aunque ésta fuese emitida sin condición alguna. (*Rivista di Diritto Civile* citada.)

FAUSTINO MENÉNDEZ-PIDAL,

Juez de primera instancia.

BIBLIOGRAFÍA

Introducción a la teoría del patrimonio en Roma: «res Mancipi» y «nec Mancipi». (Notas en torno al carácter agrario del Derecho romano primitivo.) Tesis doctoral, por Alfonso de Cossío y Corral.

Parecerá a primera vista un poco extraño que en el año 1934 pueda preocupar a un estudiante español que frecuenta las aulas de una Universidad alemana un problema de Derecho romano puro, en el que ni se descubren nuevas interpolaciones bizantinas, ni se aportan recientes hallazgos de la papirología; esta tesis, que ha sido preparada, con el apoyo de la Junta para Ampliación de Estudios, en el Instituto para investigaciones papirológicas de la Universidad de Munich, que dirige el profesor Leopoldo Wenger, trata de ser, en cierto modo, una apología del Derecho romano, en un momento en que está de moda su denigración frente al germánico, y una diatriba contra la forma actual de la moderna división de las cosas en muebles e inmuebles.

Desde el año 1889, en que publicara Bonfante su famosa monografía, no ha vuelto a aparecer trabajo alguno con pretensiones de generalidad sobre las *res Mancipi* y *nec Mancipi*. Sólo artículos de revista y alusiones hechas más o menos de pasada en obras generales que rozaban únicamente problemas concretos a ellos referentes. El trabajo de Marchi, publicado el año 1921 en el *Archivio Giuridico*, no hacía sino insistir sobre los puntos fundamentales del que fué gran romanista, desenvolviendo algunos de ellos en relación con el problema de la propiedad colectiva de la *gens*.

Dos puntos pueden considerarse como básicos de la escuela de Bonfante: el poner la división en contacto con todo un sistema de

instituciones de derecho familiar y político, y el hacer resaltar su analogía, casi su identidad, con la división en muebles e inmuebles del Derecho medieval y moderno. La tesis que nos ocupa, tras de un examen de los principales problemas de la división (sus términos, régimen jurídico y cronología) y una revista de las diversas teorías antiguas y modernas, que han tratado de penetrar su sentido, toma como punto de partida para su construcción la crítica de la teoría de los autores italianos. Como en ésta, se exalta el carácter social de la *manus* del paterfamilias y, desarrollando más y más este punto, se la considera como nervio del patrimonio romano, en que lo esencial son, no ya las cosas y derechos considerados como una masa dotada de existencia propia y distinta de sus partes componentes (concepto de *universitas* ajeno incluso al Derecho romano clásico y sólo más tarde introducido mediante interpolaciones por los bizantinos en su obra recopiladora), sino la potestad que las mantiene unidas, potestad de contenido no sólo económico, sino también moral y político, que persiste única e indivisible, a pesar de la diversidad de los objetos a que se aplica.

Pero donde apunta la parte original de la tesis es en las páginas relativas a las analogías entre la división romana y las modernas, de las que trata de deducirse el justo alcance y significación de aquélla. Se ha intentado orientar el sentido de la división romana a la luz de unos principios totalmente extraños al espíritu de aquel derecho: interés del Estado, interés de tercero, publicidad y publicidad casi en sentido material. Interés predominante social, sí, es lo que determina el régimen jurídico de las *res Mancipi*; pero interés social no equivale aquí a interés del Estado, ni siquiera al interés de las *gens*; interés social vale tanto en este caso como interés del grupo familiar, y el interés de la familia, es de sobra sabido que no corre en Roma parejo con el del Estado ni mucho menos; al contrario, todo el proceso generador del centralismo de Estado y de la emancipación individual se lleva a cabo a costa de los poderes familiares, y así, lo que es en el derecho de las personas reconocimiento de los derechos de la mujer y de los hijos, es en el de las cosas desvinculación de las *res Mancipi*.

En efecto, las *res Mancipi* constituyen la base del patrimonio del labrador romano primitivo; son el elemento de aquel que se halla dotado de una verdadera estabilidad de hecho y de derecho.

De hecho, porque su extraordinario valor económico dificulta la transmisión, al exigir un equivalente de gran cuantía; de derecho, porque la costumbre jurídica, viendo en él la base de la fuerza económica de la familia, le sometió a un gran número de limitaciones en su régimen jurídico, que tienen su reflejo, principalmente, en los modos de transmitir la propiedad y en las instituciones tutelares. Y junto a este elemento, un segundo grupo de cosas (*res nec Mancipi*) que a causa de su escaso valor y de la frecuencia de su tráfico fueron sustraídas a la dureza de aquel régimen por la misma costumbre y entregadas al prudente arbitrio de su titular o del representante legal de éste, ya que su enajenación más parece acto de mera administración que de carácter dispositivo. Si se consideran los objetos que llenan la categoría de las cosas *Mancipi*, habrá que concluir que el Derecho romano de los orígenes, construido sobre la base de esta división, es, en contraste con el posterior y el moderno, un derecho agrario.

El alcance que se da en esta tesis a la expresión «derecho agrario» trasciende del concepto de «derecho de la agricultura». Derecho agrario es un derecho animado por principios propios, radicalmente opuestos a los que nuestros autores llaman inmobiliarios. El derecho moderno, construido a base de la oposición entre muebles e inmuebles, puede decirse que tiene un doble anhelo: borrar la esencia de la división mediante la movilización de los bienes inmuebles y favorecer el crédito, de acuerdo con las exigencias de un período capitalista eminentemente industrial. Frente a los excesos de este régimen surge el actual movimiento de reforma agraria, llevado a cabo, por lo general, con escasa fortuna en casi todos los países de Europa. Por eso no podía dejar de ser interesante en estos momentos el descubrir en un ordenamiento primitivo anhelos y soluciones coincidentes con los de nuestro tiempo, y, sobre todo, recoger esta gran lección del Derecho romano, por lo común tan desconocida y olvidada: la concepción del patrimonio como algo que no puede ser considerado sino en íntima conexión con las instituciones familiares: el hombre que contrata, que testa o que posee es algo más que un ente abstracto igual a cualquier otro: su personalidad se halla determinada por una serie de relaciones, de las que no es posible desligarle cuando se desciende al campo de los derechos concretos.