

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año X

Marzo de 1934

Núm. 111

El precontrato

SEGUNDA PARTE

BOSQUEJO HISTÓRICO DE LOS PRECONTRATOS

A) Derecho Romano. Examen analítico de los pasajes D. 45, *De verb. obl.*, 68 y D. XII, 1, 20. La interpretación de Degenkolb.

B) Derecho germánico y los llamados Barverträgen. La promesa de fidelidad y la *wadiatio* en el Derecho germánico histórico.

C) Los modernos Códigos civiles. El precontrato en el Código civil francés y en el austriaco. Legislaciones civiles portuguesa, chilena y del Brasil. Los precontratos en el Código civil alemán y en el suizo de las obligaciones.

A) *Derecho romano.*

Para el Derecho romano, muy formalista, es sabido que la eficacia contractual necesitaba un fundamento jurídico, la llamada *causa civilis*. En un período histórico avanzado podían algunos contratos, por virtud del simple consentimiento, engendrar obligaciones, pero, por lo general, las restantes convenciones consensuales eran pactos sin validez ante el Derecho (1). Y el principio fundamental en la materia fué que los *nuda pacta* no producían obligación, aunque el pretor los tomase en consideración co-

(1) Los romanos designaron al acuerdo de voluntades parte esencial del contrato, *consensus*, *conventio* o *pactum*. V. Heinrich Siber: *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*. II, p. 169. Berlín, 1928.

mo fuente de excepciones. *Nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem* (D. 2, 14, 7, 4).

Esto no obstante, había algunos protegidos por acción, el Derecho civil de la época clásica reconoció los *pacta adjecta*, fortalecen la posición del deudor o del acreedor, concluidos en el momento de celebrar el contrato y participan de sus efectos obligatorios, incorporados a los contratos de buena fe, entre ellos se cita la cláusula de contratar a favor de tercero. Al principio se declaró la nulidad de estos contratos, pues el estipulante carecía de acción contra el promitente, porque no tenía interés; tampoco existía por el lado del tercero por haber sido extraño al acto. Más tarde se dulcificó ese rigorismo y se admitió la validez de los contratos cuando el estipulante tenía algún interés en la prestación. Justiniano permitió que se adicionasen con una pena. No obstante, en términos generales, los contratos en favor de tercero no tuvieron sanción en el Derecho romano. El Pretor concedió acción a los llamados *pacta pretoria*, *constitutum debiti*, *proprii* o *alieni*; *receptum argentarii*; *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum* y el *receptum arbitri* (1). Además, una serie de constituciones del Bajo Imperio revistieron con acción los *pacta legitima*, como el compromiso, mediante el que dos personas someten la decisión de un litigio a persona de su confianza (2). Además, la promesa de donación que en el Derecho Justiniano precisaba de la *insinuatio* judicial, excediendo de 500 sueldos, y, por último, la promesa de constituir dote.

Fuera de estos casos, el convenio sobre la celebración futura de un contrato, carente de causa jurídica, podía tener eficacia tan sólo unido a un contrato de buena fe, considerado como *pactum adiectum*, o merced a la forma solemne de la *stipulatio*.

La historia del precontrato, también denominado *pactum* de contrahendo, no aparece como quizás pudiera hacer suponer esta denominación en tiempos remotos; sólo puede hablarse de él en la época moderna.

(1) Este *receptum* no produce acción. Sin embargo, el Pretor impone coactivamente la decisión arbitral.

(2) No ha de confundirse, observa Sohm, este caso con el *pactum receptum arbitri*. Véase: ob. cit., pág. 414.

La generalidad de los autores, Girard (1), Kaubes (2), Carrara (3), advierten la necesidad de acudir al único contrato formal, al verbal, para hacer obligatorias aquellas convenciones que no coincidan con algunos de los contratos o pactos con acción en Derecho civil o Pretorio; así, la de abrir un crédito (*pactum de mutuo dando*), la promesa unilateral de venta o de compra. Pero el precontrato, como figura contractual, independiente, con la denominación de *pactum de contrahendo*, y su actual contenido, no existió en el Derecho romano. Su misma denominación es ya de un latín artificioso.

A lo más hubiera sido un simple pacto, y las obligaciones que nacían de esta suerte vinculaban a las partes, más que por medios coactivos estatales, moralmente. A ello se debe, sin duda, que el material utilizable de las fuentes romanas, en relación con el tema, sea extraordinariamente escaso (4).

El llamado *pactum de vendendo* aparece en las fuentes como convención accesoria de otro contrato, no como convención principal. Así vemos que en D. 19, 5, *De praeser. verb.*, f. 12, se trata de una venta entre cónyuges, obligándose la mujer, para caso de que se disuelva el matrimonio, a volver a vender al esposo el inmueble adquirido, por precio de adquisición, y caso de que éste lo desee. Otro caso se encuentra en el Digesto 45, 1, *De verb. obl.*, 122, 3 (5).

La cuestión surge en el supuesto en que hay un pacto de indivisión con otro pacto de preferencia, estatuido en favor de un

(1) Véase ob. cit., pág. 461 y siguientes.

(2) V. ob. cit., pág. 4.

(3) V. Ob. cit., pág. 26 y siguientes, y también pág. 76.

(4) Algunos citan como casos de precontratos una serie de textos que examinados con algún detenimiento tienen escaso interés. Tales como: L. 25 D. *De contr. empl.* (18, 1). L. 21, 5 D. *De act. empl.* (19, 1).

(5) «Coheredes, quum praedia hereditaria diviserant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut, si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coherede suo, vel eius succesori venderet centum viginti-quinque; quod si quis aliter fecisset, poenam centum invicem stipulati sunt; quapropter, quum coheredes mulier coheredis liberatum tutores saepius testato convenerit et disideraverit ut secundum conventionem aut emerent aut venderent, hique nihil tale fecerint, an, si mulier extero vendiderit, poena ab ea centum exigi possit. Respondit secundum ea quae preponerentur obstaturan doli mali exceptionem.»

condomino, para el caso de que otro quisiera vender su participación (1).

Pero el precedente de las fuentes romanas que se alza en primer plano respecto de los precontratos es el del D. 45, 1, *De verb. obl.*, 68. Quienes afanosamente trataban de hallar precedentes a la institución que examinamos han convenido en que el material utilizable de las fuentes se limita a este pasaje, cuyo texto es: «Paulus libro II ad edictum. Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidissis certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: «pecuniam te mihi crediturum spondes?», incerta est stipulatio quia id venit in stipulationem, quod mea interest».

Se comprenden aquí dos casos: resulta en el primero que la persona a quien se hizo la promesa estipula una pena para el caso de que no se le diera ningún préstamo. Esta pena, o señal, tiene la significación de «Reugeld», dinero de arrepentimiento, según la califican expresivamente los autores germánicos, porque mediante su entrega el prestamista puede liberarse de la celebración del contrato (2). Aparece, por tanto, con evidencia, que sólo en cierto sentido puede estimarse logrado el fin pretendido, ya que quien debe prestar queda obligado a la conclusión del contrato, en tanto en cuanto no quiera perder las arras. Lo mismo en relación con un contrato concluído que con uno que deba celebrarse en lo futuro pueden darse las arras (3). Estas se emplean con varia finalidad en el derecho moderno, como señal o exteriorización de la conclusión de un contrato, que es un caso muy frecuente, pueden darse también para asegurar un contrato que todavía no ha sido celebrado, y, finalmente, pueden ser penitenciales (4). Esta misma naturaleza es la que parece corresponder en

(1) Coviello advierte en este caso que el pacto de no vender si no a persona determinada puede estimarse como cláusula contractual prohibitiva de la enajenación. Ob. cit., pág. 75.

(2) Nuestro Código civil sanciona de modo expreso, en su artículo 1.454, las arras penitenciales.

(3) La entrega de un anillo u otra cosa en Derecho clásico nunca se consideró, como en otros derechos, parte esencial, sino sólo señal de la perfección del contrato concluído sin ellas, arra confirmatoria. (Gayo 3, 139). Véase Siber: loc. cit., pág. 173.

(4) Cfr. *Derecho de obligaciones*, por Enneccerus. Traducción por Blas Pérez y J. Alguer. Tomo II, vol. 1, pág. 183. Como donación propter nupcias

el texto de Paulo a la pena que se había convenido, ya que se revela como un equivalente del derecho de resolución que se había concedido al obligado a prestar.

Al objetivo que se pretende se acerca más la denominada *arrha de pacto imperfecto data*, que se entrega para asegurar la celebración de un contrato, si bien se da en ella la circunstancia de que el dinero de arrepentimiento es bilateral. Si el que lo dió le niega a la conclusión del contrato, la pierde; si quien la recibió más tarde rehusa contratar, debe devolverla duplicada (1).

Pero ha de tenerse en cuenta que las arras, suma de dinero u objeto que una de las partes entregaba a la otra, de las que se advierte ejemplo en el teatro de Plauto, tuvieron en el Derecho romano clásico un fin probatorio. Según Girard (2), servían para indicar la perfección del contrato. Y junto a esta función primitiva tuvieron en Grecia las arras la de ser un medio de resolución. El Derecho de Justiniano admite esta última función de las arras, cuyo alcance aparece hoy como incierto, pues para unos siguen siendo un medio de prueba, y para otros, en las ventas *cum scriptura* actúan con la finalidad de ser un medio de resolución (3).

Volviendo al texto de Paulo, objeto de examen, puede afirmarse que el interés de las partes que hubieran de intervenir en el contrato de préstamo solamente podía estimarse suficientemente protegido cuando las arras tuviesen un valor equivalente al que los contratantes pensaban lograr merced a la conclusión del contrato.

y donación esponsalicia fueron tomadas las arras por Alfonso el Sabio. Significan también las trece monedas que da el novio a la novia en los dēsporios, y la donación del esposo a la esposa por razón del matrimonio, dote goda.

(1) Este *arrha poenalis*, que se encuentra en Justiniano, podía emplearse también para garantizar el cumplimiento de un contrato ya concluido (*pacto perfecta data*).

(2) Véase: ob. cit., pág. 577.

(3) La función de las arras es en Derecho moderno prueba de la celebración de un convenio y prenda de su ejecución. El profesor De Diego indica que el origen del artículo 1.451 de nuestro Código ha de buscarse en la Constitución publicada por Justiniano, que se extraxó mal en las Instituciones, permitiendo la creencia de que eran medio de desdecirse del contrato. Si hubo entrega de arras o anticipo del precio es cuestión que se decidirá por circunstancias del caso. Véase: *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo IV, pág. 406.

Con la parte final del texto de referencia, y por el «spondeo» del promitente, frente a la estipulación «¿Prometes que me habrás de prestar dinero?», declara Paulo creada una *verborum obligatio*, sin contenido y sin valor patrimonial determinado; estipulación incierta, a la que habría que negar acción en el sistema romano.

Sobre el texto comentado, estudiado con detenimiento por los glosadores, se ha tratado de construir el pacto de contrahendo; y si es posible decir, con Carrara (1), que el objeto de la obligación, en dicho caso, era la conclusión de un contrato, quizás sea aventurado atribuir al Derecho romano la sanción del precontrato por el reconocimiento del pacto de mutuo dando en forma absoluta, pues si en la primera parte del texto que se cita como fundamental en la materia, con ciertas limitaciones, pueden advertirse las características del precontrato, no hay identidad alguna entre éste y la última parte del pasaje citado. Schapp, por el contrario, ve en este único caso un auténtico precontrato, aunque con referencia a los contratos reales que él no estudia especialmente (2).

Al examinar Degenkolb (3) en sus nuevas aportaciones la materia de las fuentes romanas, pretende obtener alguna conclusión de valor más positivo del texto aducido, y alega además, en relación a nuestro tema, el pasaje D. XII, 1, 20: «Si tibi pecuniam donasém ut tu mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti suam valen contractum neque donationem esse, neque pecuniam creditam; donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret, creditam non esse, quia ex solvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam; magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum, benignius tamen est, utrumque valere.»

Queriendo interpretar al jurisconsulto romano Degenkolb, supone que quiso decir que, dada la debilidad de la obligación unilateral, el convenio preparatorio no contiene bastante fuerza jurí-

(1) Véase: Ob. cit., pág. 28.

(2) Véase: *Der Vorvertrag die konsensual vertragen*. Heidelberg, 1909. página 8.

(3) Véase: *Der Beitrage*. Pág. 62.

dica coercitiva para poder excluir la voluntariedad de la *conventio* que acompaña al contrato real.

La conclusión de un contrato necesitaba en Derecho romano siempre acuerdo de voluntades, que en los pactos y contratos sin forma podía tener lugar tácitamente; en los formales, sólo dentro de la forma establecida, y en los contratos reales requería, además, la prestación de una parte.

La cuestión es, si en el supuesto dado, mediante la entrega, se donó y por la devolución se daba algo a crédito. Las dos cosas las niega Juliano, en primer término, partiendo de la *subtilitas verborum*, la donación, porque lo que se entrega no debe quedar de modo definitivo en poder de quien lo recibe, y el préstamo, porque *ex solvendi causa magis daretur quam alterius obligandi*. El jurisconsulto romano no teoriza en abstracto sobre la entrega a préstamo y la obligación de prestar en tal sentido, sino que investiga ante un caso concreto si la característica esencial determinante del negocio jurídico puede hallarse: en la donación para la entrega y en la entrega a préstamo para devolución.

Nada aparece aquí donado, continúa Degenkolb, puesto que quien recibe no deberá conservar nada de lo que le es entregado, y tampoco nada parece haberse dado a crédito, pues si lo que se entregó no había sido en calidad de donación, sino sólo de modo fiduciario y a base de devolución, la prestación última se efectúa del patrimonio, no del que paga, sino del mismo que recibe la cosa devuelta, y es porque lo adquirido de modo fiduciario (1) es sólo formalmente, pues no pasa, materialmente, a la fortuna de quien lo recibe, sino que más bien permanece en el patrimonio de quien constituye la fiducia.

Pero el valor de la decisión de Juliano culmina, no en clasificar el negocio como donación modal, sino en que supo distinguir, en un acto de transmisión o atribución (*Zuwendung*) la obligación formal de devolución y la entrega fiduciaria con devolución material.

En suma, para Degenkolb, el pasaje de referencia nada niega, sino que habla en pro del reconocimiento de un precontrato de

(1) Los negocios fiduciarios tienen bastante importancia: el *prætenom*, *trustee*, *treuhänder*, obran en interés de otro, pero en nombre propio.

préstamo. Las dudas que surgían fueron superadas por los jurisprudentes posteriores. Se ha preguntado, además, cuál era el objeto de la acción que nacía del precontrato y es evidente que, judicialmente, podía obtenerse sólo el *id quod interest*. En el Derecho romano clásico la opinión predominante estima objeto de la obligación y de la condena, no sólo el mismo *id quod interest*, sino el *contrahere*; así resulta de la ley 68 D. de V. O. (45, 5), siendo principio general para todas las obligaciones *faciendi*, según la ley 13 § 1 D. *De re iud* (42, 1), a la que también se refiere Degenkolb.

La *obligatio faciendi* fué logrando poco a poco su admisión en el Derecho romano, y fué expresamente reconocida en el Derecho de Justiniano, teniendo el acreedor el derecho y el deber de obrar *ad factum*, y no pudiendo el deudor liberarse con prestar una cierta cantidad, si bien el principio *nemo praecise*... resultaba, por otra parte, respetado. Por todo ello, concluye Leduc (1) que claramente aparece la existencia del precontrato en Roma. Fueron conocidas la obligación de efectuar una venta o un préstamo, se regularon los pactos de *vendendo* y de *mutuando*, éste como convención principal. No es para él la figura una creación de la doctrina jurídica moderna, y han de buscarse sus precedentes en el Derecho romano. No obstante, del examen de las fuentes resulta que en el Derecho de Roma sólo puede pensarse el precontrato como un pacto *adiectum*, que, si en general pudo tener validez en Roma, debió de ser poco conocido, como se evidencia por los escasos materiales que de él nos suministran las fuentes.

B) *Derecho germánico.*

El antiguo Derecho germánico podía acoger fácilmente el precontrato. La diferencia a que hemos hecho referencia entre contrato con acción y sin ella, del Derecho romano, no fué reconocida por aquél.

El Derecho de Obligaciones germánico permaneció con un cierto retraso hasta los desenvolvimientos de la ciudad, en relación con los grandes desarrollos logrados por el Derecho de cosas. Pue-

(1) Véase: Ob. cit., pág. 26. El mismo autor afirma la obligación de celebrar un contrato de venta impuesta en un testamento aduciendo el pasaje del Digesto 19, 1, De a. e. r. f. 5 pr. Paulus II ad Sabinum.

de encontrarse explicación de este hecho en la preponderante función que tuvo la propiedad inmueble en la vida social y económica.

Merced a la cláusula penal, y otros medios análogos, principia el Derecho germano a asegurar los contratos futuros; sólo más tarde se emplean para el logro de tal finalidad otras figuras jurídicas.

Hübner (1) declara que los negocios frecuentes en la antigua práctica fueron los negocios de presente; cumplida la prestación por una de las partes, quedaba la contraria obligada a una contraprestación inmediata. Pero resulta evidente que semejantes formas contractuales tenían que colocarse en abierta pugna con las necesidades del tráfico. Era preciso crear los negocios apoyados en el crédito para que, merced a él, pudiesen alcanzar mayores y más perfectos resultados.

Según Gierke (2), se creyó primeramente que el contrato obligatorio no requería forma en el Derecho germánico para ser válido; modernamente se ha impuesto la opinión según la cual en el Derecho alemán era necesario, para que fuese válido el contrato, una forma determinada, o que haya realizado su prestación una de las partes, si bien se conocieron primitivamente contratos reales y los contratos formales. La famosa distinción de *Schuld* y *Haftung* ha dado un nuevo sesgo al problema (3).

(1) Véase: *Deutsche Privatrecht*. Pág. 477.

(2) *Deutsche Privatrecht*, Bd. IV. Pág. 328.

(3) Pacchioni sostiene que en la obligatio romana la obligatio de los bienes del deudor era la garantía normal del debitum. Se opone al criterio de algunos civilistas italianos que fingieron primero ignorar la distinción y luego la desecharon por ser inaplicable en los Derechos de base romana. Tampoco cree acertado el criterio de Polacco y Ferrara, que no quieren descomponer el concepto de obligación, una de las más gloriosas tradiciones del Derecho romano. Para fijar el concepto de la obligación hay que analizar por separado el derecho del acreedor y el deber del deudor. Aquél es para la doctrina dominante un derecho camaleónico que en su primera fase tiene por objeto la prestación, y en la segunda, los bienes del deudor. Ob. cit., página 9 y siguientes. Y Titze, en su didáctico *Recht der Schuldverhältnisse*, página 2, al tratar de la distinción germánica, señala que el contenido de la obligación requiere que el acreedor logre el objeto de la obligación mediante un acto del deudor. Pero el poder del deudor no se exterioriza sólo en el deber de prestar que el orden jurídico impone al deudor. La esencia y fin de la obligación exigen que el acreedor pueda sacar del patrimonio del deudor el valor económico de la prestación que se le niega. Esta responsabilidad

La promesa hecha y aceptada era causa bastante para el deber de prestar; creábase así una deuda, como con notoria claridad se advierte en las fuentes germánicas medievales. No obstante, la fuerza jurídica del contrato obligacional era originariamente muy limitada, pues el deber de prestar no generaba todavía el tener que prestar. Caso de incumplimiento de la obligación, sólo tenía el acreedor medios coercitivos cuando existían como responsables una persona, cosa o patrimonio. Por lo que, si el contrato obligacional no precisaba una forma específica, la responsabilidad requería una fundamentación especial. Añádase a esto que la intervención judicial sólo podía provocarse con un medio de prueba y se logrará cabal idea del frágil derecho que se concedía por un contrato obligacional. Las promesas hechas ante jurados o el Concejo, que constaban en documentos públicos, o que habían sido registradas, eran fehacientes, y, caso de incumplimiento, podían transformarse en seguida en títulos ejecutivos. Las formas contractuales con responsabilidad surgen de las antiguas formas de promesa (*Versstrickungsformen*), mediante las que se podía instituir para garantizar de una obligación, una persona o un patrimonio; eran promesas de fidelidad (*fides facta* y *wette* o *wadiatio*).

Promesa de fidelidad era la institución de una persona en garantía de una deuda. El deudor o fiador entregaba su persona, para caso de inejecución, al poder dispositivo del acreedor. Existía esta forma jurídica en los tiempos primitivos entre los germanos y formó el modelo de la *fides facta* de los francos. Pero en los tiempos del antiguo Derecho germánico un contrato formal puro, del tipo de la *stipulatio* romana, no se conocía. Para la ideología germánica advierte el propio Gierke que en la fidelidad vinculaba el promitente toda su personalidad.

En otras ocasiones existía la *wette* o *wadiatio*, institución del patrimonio en garantía de una obligación. En la *wadiatio*, según

(*Haftung*) no está fuera de la obligación, ni es un momento de la ejecución, es una parte esencial del concepto de obligación. No existe deuda sin responsabilidad, aunque no siempre el acreedor la utilice así cuando el deudor carece de patrimonio. La distinción es conceptualmente posible y teóricamente exacta, si bien no posee la eficacia que se atribuyó durante algún tiempo. Véase más ampliamente O. Gierke, *Schuld und Haftung*. Schwind y Amira.

Brunner (1), era esencial la entrega de una *wadia*, es decir, de una cosa de escaso valor (festuca, estipula), como una varita, una espiga u otro símbolo, y, además, se precisaba promesa solemne (*mit Hand und Mund*), es decir, el apretón de manos y la palabra solemne. No se trata de una prenda real, ni de un objeto en garantía, sino de un símbolo de responsabilidad que representa un patrimonio idealmente vinculado.

Con el pago de una cantidad (arras), el contrato sin forma adquiriría la fuerza obligatoria del contrato real. En este sentido son de mencionar las llamadas *Vertragschluss für Weinkauf*), en las que terminaba el contrato con el pago de lo bebido en compañía de los testigos de la operación; también podía darse al dinero un destino piadoso o benéfico (*Gottes pfennig*), o, como indica el propio Gierke (2), con entrega, a la mujer del vendedor, de la finca, o a un criado, en las adquisiciones de vacas o caballos. En el desenvolvimiento de la *wadiatio* se observa que a la entrega, por el vendedor, del objeto vendido, el comprador le ofrece, mediante la *wadia*, seguridad respecto del futuro pago del precio; y lo mismo sucederá en casos contrarios. Ya más adelante perdieron las reglas jurídicas su rigor; deuda y responsabilidad coinciden en la *wadia* y ésta con las arras, y es justamente en este estadio en el que es dable admitir el precontrato para garantizar los contratos futuros.

Además, el antiguo Derecho germánico conoció una figura que posee ciertas analogías con el precontrato: es la llamada *convenientia*, y también *stantia*. Trátase de un acuerdo que obligaba al vendedor de una cosa a reservarla hasta un determinado día para el comprador. De esta manera las partes no se veían obligadas a concluir inmediatamente el contrato de compraventa ordinario. Sólo se cerraría el contrato cuando el comprador deseara comprar la cosa reservada, y el vendedor tuviese que aceptar ese reconocimiento de la obligación asumida en la *convenientia*, luego existía un acto jurídico que desempeñaba función análoga a la del *pactum de contrahendo*. Claro que aquí mismo se pone de relieve

(1) *Quellen und Gesichte des deutschen Recht*, en *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*. I Bd. Pág. 248. Berlín. 1904.

(2) *Grundzüge des deutschen Privatrech*. *Encyklopädie des Rechtswissenschaft*, I, pág. 324.

que el mero precontrato no ofrecía bastante garantía a las partes de la futura celebración del contrato, pues por la renuncia al derecho de disponer había de recibir el vendedor, aunque de poco valor, una contraprestación, que se denomina entre los longobardos «launegildo» o «arra».

Comparativamente se observará que, mientras la *convenientia* era admisible como conclusión extrajudicial, la *wadia* se concluía preponderantemente en presencia del Juez. La *convenientia* designaba tan sólo un convenio (*Uebereinkommen*), no una clase determinada de contrato. Cumplir una prestación así es igual a ejecutarla voluntariamente (*Freiwillig*).

Mientras que coincidan la entrega con la conclusión del contrato, no hay margen para la obligatoriedad típica del precontrato. No obstante, el mismo Geller (1) cree que la recepción del Derecho romano dió lugar a que las formas típicas alemanas cediesen. Se discutió la validez de los pactos nudos, declarando los partidarios del Derecho civil romano que carecían de acción, mientras que otros autores, desde el punto de vista del Derecho canónico y natural, los consideran válidos, opinión que se impuso al fin. Dominó en Alemania, desde fines del siglo xvi, el principio de la obligatoriedad de los contratos sin forma. Lo único indispensable es que la voluntad se declarase, no importando la manera cómo lo fuese. Y es posible así concluir que, si la eficacia de un contrato depende tan sólo del acuerdo de voluntades de las partes, la voluntad de éstas de querer cerrar un contrato en lo futuro—el precontrato—debía igualmente ser eficaz.

A pesar de esto, estimamos que debe sostenerse, como resumen de las consideraciones expuestas, que, no obstante ciertas semejanzas fugaces, las características esenciales del precontrato no se lograron tampoco en el Derecho germánico.

C) *El precontrato en los Códigos civiles.*

Examinados los precedentes que nos ofrecen respecto del precontrato, tanto el Derecho romano como el germánico, veamos cuál es la reglamentación que dedican a esta figura jurídica los modernos Códigos civiles.

(1) Véase: Ob. cit., pág. 7.

En este punto es necesario reconocer que los que podemos denominar principios generales fueron establecidos por el Código civil francés, aunque una regulación especial del *facere* prometido en un precontrato fué realizado, en primer lugar, por el Código civil austriaco de 1.º de Junio de 1811.

El primero de los Cuerpos legales citados vimos que definía el contrato como la convención que obliga a dar, a hacer o no hacer alguna cosa (art. 1.101). La doctrina francesa (1) estudia la obligación de hacer como aquélla, en virtud de la cual el deudor ha de realizar un hecho determinado. Pero es imposible obligar directamente al deudor a que haga por sí mismo el hecho que se comprometió a cumplir o a que no realice aquel que se comprometió a no hacer. Ante la resistencia del deudor para llevar a cabo la prestación a que se obligó, o aquella a que judicialmente ha sido condenado, la ley arbitra como recurso, en defensa de los intereses del acreedor, que pueda reclamar una indemnización de daños y perjuicios (2).

Quedaba de esta manera garantizado por la ley el acreedor por un precontrato, sin que tuviese precisión de valerse de arras. Sin embargo, el mismo Código trazó la reglamentación del precontrato de compra en su discutidísimo artículo 1.589 (3).

Preceptos de carácter general sobre la materia, y el sentido un tanto abstracto que presenta la reglamentación del precontrato en el Código napoleónico, contribuyeron a cortar los desenvolvimientos que hubiera sido posible esperar de las normas relacionadas. Dúdase, en verdad, si, en defecto de normas especiales, debía someterse el precontrato a las normas generales de los contratos, respecto de la forma, y cuál era la que debía aplicársele para que lograse plena eficacia. Pues, o se reconocía que bastaban para el

(1) Véase Baudry-Lacantinerie : *Précis de Droit civil*. 13.ª edic. Volumen II, pág. 74

(2) El Código civil francés dispone en su artículo 1.142 : «Toute obligation de faire au de ne pas faire se resout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.»

(3) Más adelante dedicaremos una atención especial al artículo 1.589 del Código civil. Además, según el artículo 1.590 del mismo Código francés : «Si la promesa de venta fué hecha con arras, cada una de las partes puede volverse atrás. Quien las entregó, perdiéndolas, y el que las recibe, restituyendo el duplo.»

precontrato los requisitos generales de los contratos, es decir, la libertad de forma, o al imponer una especial para una simple obligación de hacer, impondríamos gran rigidez y gravaríamos de tal suerte el precontrato, que se habría limitado por el riguroso formalismo su campo propio.

El Código civil austriaco de 1811 dedica al precontrato una regulación bastante completa, sin que haya sido modificado en la revisión sufrida en 1915-16. Los autores, de un modo en general, hablan de *preparatorische Verträge* y reconocen como obligatoria la apuntación cuando ha sido suscrita por las partes.

Pero una reglamentación más cabal de los problemas que plantea el precontrato ha de buscarse en el artículo 936 del mismo Código, cuyo tenor literal es el siguiente: «La convención por la que se conviene celebrar en lo futuro un contrato, sólo es obligatoria cuando se ha determinado la época de la conclusión y los puntos esenciales del contrato, excepto que las circunstancias hayan cambiado en el intervalo, de manera que el fin expresamente determinado, o que resulte de las circunstancias, se haya hecho imposible, o que la confianza de una de las partes se haya destruído. El cumplimiento de tales promesas debe tener lugar en el año siguiente al plazo fijado, extinguiéndose en otro caso el derecho.»

Contiene la norma legal indicada resolución en favor de la autonomía de la voluntad del problema de la naturaleza jurídica del precontrato; se aplica expresamente en ella la cláusula «*rebus sic stantibus*». Y debe hacerse constar que la teoría de la imprevisión encuentra en el Derecho austriaco su única aplicación en el caso expuesto.

Se ha admitido la validez del contrato sin forma, incluso cuando se ha celebrado en vista de la conclusión ulterior de un contrato solemne, y únicamente si las partes se reservaron someter el contrato a una formalidad determinada cabe suponer que no tuvieron intención de obligarse antes de cumplir ese requisito. (Artículo 884 del Código civil.)

El derecho que nace de un contrato preliminar tiene protección en este Código, cuyas normas sobre la materia son amplias y sencillas, y el titular de un derecho precontractual se halla de-

fendido, dice Demogue (1), mediante una anotación que, como inscripción de valor provisional, concederá a la definitiva rango a partir de su fecha.

Dispone también la legislación austriaca que los precontratos de contratos reales son jurídicamente obligatorios, pero están fuera del contrato real. La entrega de la cosa, por tanto, constituye el contrato real y no puede considerarse como acto de ejecución del precontrato.

El Derecho de Portugal regula la promesa recíproca de vender y comprar en su artículo 1.548, preceptuando que, cuando en ella existe determinación del precio y designación de la cosa, constituye una simple convención de prestación de un hecho, sometida a las reglas generales sobre los contratos, con la circunstancia de que, si se dieron arras, las pierde quien las entregó, o han de restituirse dobladas por quien las ha recibido. La característica principal del Código civil portugués acerca del tema es la de que la inejecución del precontrato no es susceptible de ejecución forzosa, sino que se resuelve en daños y perjuicios.

Para el Derecho chileno, el precontrato es un contrato completo que ha de celebrarse por escrito; cuando precede a un contrato solemne, no necesita serlo él.

La promesa de contrato futuro requiere para ser jurídicamente obligatoria: 1.º, que se haga por escrito; 2.º, que el contrato prometido no sea de aquellos que la ley declara sin efectos; 3.º, que la promesa contenga la expresión de un plazo o de una condición que determine la época en que el contrato debe concluirse, y 4.º, que la promesa especifique de tal suerte el contrato prometido que, para que este contrato produzca todos sus efectos, falten tan sólo la tradición de la cosa o las solemnidades prescritas por la ley.

Cuando resultan las circunstancias indicadas, añade el mismo artículo 1.554 del Código civil chileno, se aplicarán las disposiciones relativas a las obligaciones de hacer.

Y del examen de ellas resulta que, cuando el deudor cae en mora, el acreedor puede optar entre cualquiera de estas tres cosas, a más de exigir indemnización a causa del retraso: a), que se obli-

(1) Véase: Ob. cit., vol. II, pág. 116.

gue al deudor a ejecutar el hecho convenido ; b), que se le autorice a él mismo a ejecutar la cosa por un tercero a cuenta del deudor, y c), que el deudor le indemnice los perjuicios que resulten de la infracción del contrato. Carácter excepcional tiene el precontrato en la venta cuando haya sido estipulado que la operación no será perfecta hasta que se eleve a escritura pública, porque entonces cada una de las partes conserva la libertad de separarse del contrato, según el artículo 1.802, en tanto que el instrumento no haya sido redactado. Si hubieran mediado arras, se siguen normas idénticas a las establecidas en el Derecho portugués, ya expuestas.

El Código civil de los Estados Unidos del Brasil, de marcada orientación germánica, reglamenta el precontrato como un contrato ordinario que no necesita ser ordenado de modo especial. Las normas dedicadas a las arras presentan cierta analogía con el precontrato y habrán de tenerse en cuenta en este ordenamiento legal por la ausencia de disposiciones relativas a aquella forma contractual ; pero si se examina con detenimiento el artículo 1.094 del Código citado según el que «las arras entregadas a título de compromiso por uno de los contratantes crean la presunción de un acuerdo definitivo y hacen obligatorio el contrato». Se verá que confunde el precontrato con el contrato definitivo. Cabe, pues, la posibilidad de tratar el precontrato como contrato ordinario, cuya ejecución forzosa no es posible, sino que ha de resolverse en una indemnización de daños y perjuicios.

Por último, hemos de limitarnos a hacer una breve exposición de cómo ha sido tratada esta materia por el Código civil alemán, deteniéndonos también en el Código federal de las obligaciones suizo, que tiene un especial valor para nuestro tema (1).

(1) Hay códigos, como el holandés, que silencian el problema ; otros, como el de Túnez, lo tratan al ordenar la opción. También el Código civil argentino establece que la promesa a título gratuito de mutuo o comodato no confiere acción contra su autor ; la promesa de mutuo a título oneroso crea un contrato consensual, facultando por término de tres meses a una de las partes para demandar pérdidas e intereses. No produce efecto la promesa de hacer un depósito. Véase Pavón : *Teoría general de los contratos en el Derecho civil argentino*. 1929. Pág. 90 y siguientes.

El Código civil alemán, dice Geller en su opúsculo (1), aceptó el principio del Derecho de Pandectas; el Derecho anterior había tratado de someter ciertos negocios jurídicos a forma escrita o judicial; el Derecho territorial prusiano admitía la libertad de forma, siempre que el objeto del contrato no excediese de un valor determinado. Pero el Código vigente declaró que los negocios obligatorios vinculan la voluntad de las partes y son jurídicamente exigibles, aun concluidos sin forma alguna y sin tener en cuenta el valor del objeto sobre que recaigan (2).

Dice expresivamente la Exposición de Motivos que no se hizo objeto al precontrato de una reglamentación común, porque no se estimó que ello fuese necesario; sin embargo, «no cabe dudar fundadamente que el precontrato es posible y admisible».

Y en efecto, respecto del Derecho alemán, sea cual sea la interpretación que quiera darse al silencio del Código civil; no es posible desconocer que la literatura jurídica, desde los manuales de Pandectas hasta los comentaristas del Código, tanto como los artículos de revistas y monografías, consideran el precontrato existente.

El derecho eventual que resulta de un precontrato puede garantizarse por medio de la oportuna anotación (pág. 883) y puede también sancionarse por la cláusula penal.

En tanto que el Código civil alemán apenas si conoce la expresión *precontrato*, el Código federal de las obligaciones suizo le dedica al problema el artículo 22, en el que se dispone: «La obligación de celebrar una convención futura puede asumirse contractualmente.»

«Cuando en interés de las partes la Ley subordina la validez

(1) Ob. cit., pág. 8.

(2) La parte general del Derecho de obligaciones del Código civil alemán establece tres prescripciones formales por razón del objeto (§ 311, 312 y 313). Hay además prescripciones formales en casos especiales como la promesa de donación, § 518; y exigencia de la forma escrita, en arrendamientos por largo plazo, promesa de venta relativa, fianza y promesa de deuda. De todas ellas la más importante es la del § 313, que requiere autenticación judicial y notarial para las transmisiones de propiedad inmobiliaria. Acaso, ninguna otra disposición, aparte del § 242 del mismo Código, ha motivado mayor número de decisiones judiciales.

de un contrato a la observancia de una determinada forma, ésta se aplica igualmente a la promesa de contratar.»

Se alude también a los precontratos en el artículo 216, párrafo 2.º del mismo Código. El antiguo Derecho de obligaciones suizo recuerda Hans Roth (1) en su interesante monografía *Der Vorvertrag*, que indiscutiblemente constituye una de las documentadas aportaciones al estudio del problema, no contenía especiales normas sobre el precontrato. Ya en un proyecto de Código de obligaciones suizo de los años 1872 y 1876 se contiene un a. 52 por el cual se dispuso que los convenios provisionales no eran obligatorios cuando en su celebración no se hubiese observado la forma de validez del contrato que ha de cerrarse en lo futuro. El Proyecto del Departamento de Justicia de 1879 no reconoció ese precepto. Después, con alguna modificación en su redacción, respecto del precepto hoy vigente, se trató del precontrato en un Proyecto de 1905 sobre Derecho de obligaciones. Además, se dispuso, respecto a los precontratos sobre adquisiciones de fincas, que, no obstante la necesidad del documento público como requisito para validez del acto principal, fuesen eficaces celebrados por escrito, teniendo las partes facultad en los tres días siguientes al del precontrato de volverse atrás, abonando al otro contratante la vigésima parte del precio de la compra, como dinero de arrepentimiento, y que las obligaciones nacidas del precontrato se extinguían a los seis meses de su celebración, aunque podían ser renovadas.

Se pensó favorecer, declarando bastante la forma escrita, a aquellos cantones respecto de los cuales el requisito de documento público para las compraventas inmobiliarias, constituía una novedad (2), y, además, porque, aunque ligadas así las partes por la forma escrita, ésta no podía estimarse base para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y en este mismo sentido, en 1905, un Mensaje del Consejo federal expresaba que no hay inconveniente en conceder al beneficiado, por un precontrato, acción para llevar a cabo la autenticación en forma solemne, porque el promi-

(1) El proyecto de Código civil checoslovaco conserva sin modificación los preceptos del Código austriaco sobre la materia.

(2) Véase en este punto Roth, a quien hemos seguido. Ob. cit., pág. 349 y siguientes.

tente puede defenderse contra él, valiéndose de cuantas excepciones pueda tener por vicios de voluntad u otras causas.

Contra estas normas el título final del Código civil suizo preveía en el artículo 1.825 (bis), respecto del Derecho de obligaciones, que los precontratos como los contratos de compra y los de retracto necesitaban para su validez el documento público. En el proyecto de ley de 1909 se contienen ya, en orden al precontrato, idénticas determinaciones a las contenidas hoy en los artículos 22 y 216. Gobat presentó a una Comisión de técnicos una enmienda propugnando que era superfluo establecer con carácter general la promesa de contratar en el artículo 1.031 como se hacía, puesto que sería suficiente con regular los casos especiales de aplicación, a lo cual contestó Huber que si en verdad había algunos contratos (el préstamo y la cesión) que no admiten, o sólo muy limitados, precontratos, esto no excluye que deba reconocerse en principio el precontrato y mencionar especialmente sus más importantes variedades, en el tráfico inmobiliario. La Comisión del Consejo nacional que estudió el Proyecto encontró más justo que las normas sobre rescisión y validez temporal del precontrato someterlo a la forma solemne e imponer su obligatoriedad con carácter más firme. Rossel dice que parecía lo más justo abandonar a la voluntad de las partes los convenios sobre rescisión, y Hoffmann mantuvo en el Consejo federal que era imperativo lógico someter las obligaciones precontractuales al documento auténtico, sobre todo atendiendo a la contratación sobre inmuebles, y por no reconocer que existiesen causas determinantes para una posición especial en cuanto a ella, se introdujo el artículo 1.037. Se explicaba este precepto en el mensaje del Consejo federal manifestando que si nunca se había dudado sobre la posibilidad de un contrato que pudiera tener por objeto la celebración de un contrato futuro, había en la práctica, respecto a la forma del mismo, grandes dudas. Para evitar vacilaciones, el artículo 22 del Código de las obligaciones dió fuerza de ley al criterio ya marcado por la jurisprudencia. Estudiado el precepto transcrito, se advierte que hace referencia a un contrato que produce la obligación de celebrar otro futuro. El contenido de este último puede ser muy vario, pero no podrá crearse por precontrato la obligación de celebrar un contrato matrimonial, ni sucesorio.

Además de la obligación de celebrar un contrato, que reconoce el artículo 22, es posible obligarse a cumplir aquellos requisitos que sean precisos para la perfección de un contrato. No expresa el artículo relacionado con quién ha de celebrarse el contrato futuro, pudiendo ser la misma persona con quien se concluyó el precontrato u otra. La obligación de contratar puede establecerse con carácter unilateral o bilateral (1).

El párrafo 1.º del artículo 22 contiene una norma de carácter general jurídicopolítica, aplicable a todo el Derecho civil, y sirve de precedente al párrafo 2.º del mismo precepto. El fundamento para la identidad de forma ha de verse, según Huber, en que, reconociendo validez a los precontratos celebrados sin forma, se destruye la eficacia de las disposiciones formales. Las consecuencias jurídicas de los actos cumplidos sin la forma requerida no podían ni directa ni indirectamente ser aceptadas.

Resulta de los pensamientos expuestos que las leyes civiles de tipo latino favorecen al precontrato; así, las legislaciones francesa, portuguesa, italiana y española, permitiendo la existencia de aquél en general. El Derecho germánico, a su vez, le reglamenta cuidadosamente (2).

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.

(1) En relación con el referido artículo 22 del Código de las obligaciones define el precontrato Roth dando un concepto en cierto modo afín con el formulado por nosotros. Es la convención obligatoria, dice, por la que las partes se obligan a emitir una declaración de voluntad con el fin de concluir un contrato de varia naturaleza entre ellas o con un tercero. Véase: Ob. citada, pág. 352.

(2) En síntesis puede indicarse que las causas determinantes del escaso desarrollo de los precontratos fueron: I. En el Derecho romano, el requisito del contenido y valor patrimonial de la prestación.—II. En el antiguo Derecho germánico, los llamados «Barverträgen».—III. El riguroso formalismo de algunos Códigos civiles.

Un estudio de Partsch sobre Koschaker

El *Rechtsgeschichtlich Institut* de la Universidad de Friburgo, de Brisgovia, ha editado una interesantísima recopilación de trabajos que titula «Aus Nachgelassenen und Kleineren Verstreuten Schriften», de José Partsch, muerto tempranamente el 30 de Marzo de 1925. A los que cultivan la investigación romanística y, sobre todo, a los que trabajan en el estudio del Derecho griego, es sobradamente conocida la personalidad de Partsch. Ello nos excusa de su presentación. El prólogo de esta meritísima publicación del Instituto de Historia del Derecho de la Universidad de Friburgo va firmado nada menos que por Otto Lenel, el célebre autor de «Das aedictum perpetuum» y por Fritz Pringsheim, joven y brillante profesor de la Facultad, que explica en el actual semestre de invierno un curso de exégesis de Digesto. Con la gran solvencia científica de los prologuistas queda perfectamente garantizada la calidad de la obra.

Entre los magníficos trabajos recopilados hay uno que va a ocupar por el momento nuestra atención. Es un análisis fino, eruditísimo, de la obra de Koschaker sobre la fianza en el Derecho babilónicoasirio. El subtítulo de la obra de Koschaker es «Aportación a la teoría del débito y de la responsabilidad».

* * *

Sabido es que en el Derecho primitivo la promesa del deudor no engendra en él responsabilidad alguna. Este principio que V.

Amira, Puntschart, Gierke, creían propio de los Derechos del Egipto faraónico, del Derecho griego y del germánico, es reivindicado por Koschaker para el Derecho babilónicoasirio. También precisa en la ordenación jurídica de este pueblo que una cosa o una persona funcionen como objeto de responsabilidad. La fianza es la forma principal en este Derecho antiquísimo de garantizar la responsabilidad corporal de una persona. Primeramente es un tercero extraño a la relación debitoria el que afianza. Luego va abriéndose paso la idea de que sea el propio deudor quien afiance su obligación, el deudor pasa a ser fiador de sí mismo y *responde* de este modo de su promesa debitoria.

En las fuentes babilónicas y en las asirias de los siglos VIII y VII antes de J. C. el fiador es designado como «protector», como «alivio» del deudor, como «mano» de éste. En los formularios asirios de la fianza, el fiador es el «señor de la mano» (amêl gâtâ, bêl gâtâ, bêl gâtâti) y la constitución de la fianza se lleva a efecto por el acto de estrechar la mano. Nos hallamos, sin duda, frente a un acto simbólico que en las fuentes de Derecho primitivo ofrece una cierta uniformidad, pues la afirmación de que el verbo latino *promittere* haya sido originariamente un *manum promittere* adquiere cada día mayor consistencia. La interpretación filológica de los textos babilónicos concernientes a la fianza expresan la misma idea de intervención «en favor de» que expresa la preposición alemana *für* o la española *por*.

En cuanto al contenido jurídico del símbolo y, de las palabras que aparecen consignados en las fuentes, no es otro que la conceptualización del fiador como objeto de indemnización (*Ersatzobjekt* de los alemanes), en el caso en que el deudor no cumpla o en el caso en que no se produzca el resultado prometido. La uniformidad terminológica puesta de relieve por Partsch es sorprendente. En efecto: la voz sánscrita *pratibhu* significa fiador, y descompuesta en sus elementos integrantes nos hallamos con que *prati* denota equivalencia, igualdad, resarcimiento del daño por la indemnización, y *bhu* es un verbo igual a ser, devenir. Por eso las versiones inglesas de los comentarios hindúes a los libros de los sabios traduce libre, pero acertadamente, la palabra *pratibhu* por «hombre de indemnización». Y lo mismo podemos decir de la voz griega *prognos* o *proegnós*, de la alemana *fürstand*, de la voz vi-

cessor de las fuentes longobárdicas. Todas ellas ofrecen una significación muy parecida a las palabras babilónicas *nâhis puti*, que equivalen a «dar la mano por», es decir, a la prestación de fianza.

En el Derecho griego el fiador se hallaba, en cierto modo, a cubierto por la acción de reembolso que le correspondía contra el deudor principal. Gierke y Amira han difundido la opinión según la cual en el Derecho germánico el fiador tiene un derecho de prenda sobre la persona o el patrimonio del deudor principal. En este Derecho la constitución de la fianza se realizaba por el rito de la vara. En las fuentes longobárdicas el acto constitutivo de la fianza es descrito del siguiente modo: el deudor entrega una vara al acreedor y éste a su vez la entrega al fiador; por la aceptación de la vara nace en este último (según la interpretación de los germanistas) el derecho de instar la ejecución contra el deudor principal, porque, según Gierke (1) y Buch (2), con el símbolo del poder doméstico el fiador adquiere la facultad de dirigirse contra el patrimonio del deudor, o, si se prefiere la opinión de Amira (3), porque la toma de la vara por el fiador equivale a la aceptación por éste del mandato del deudor, surgiendo naturalmente de esta relación de mandato en el mandatario el derecho a ser indemnizado por el mandante de los perjuicios que el mandato le ocasione. Se origina, según esta opinión, una *actio mandati contraria*, o lo que los alemanes llaman con expresión más concisa el derecho a la *Schadloshaltung*.

Los documentos babilónicos y asirios contienen a este respecto, según Partsch, una rica serie de sugerencias. El fiador en estos documentos es llamado, como queda dicho, «señor de las manos». Koschaker halla en las más antiguas fuentes jurídicas babilónicas que el fiador aprehende o libera las manos del deudor, asidas por las del acreedor. En documentos del tiempo de Amisadugas se evidencia que en la ejecución instada por incumplimiento de la prestación debida se produce una intercesión semejante a la del *vindex*. Por este rito, luego que la mano o las manos del deudor son liberadas, realiza la prestación el intercedente. Piensa el autor

(1) «Schuld u. Haftung», 273 y sig., 288 y sig.

(2) «Die Übertragbarkeit von Forderungen im deutschen mittelalterlichen Recht.» Breslau, 1912, p. 92 y sig.

(3) «Der Stab.», 145 y sig. «Die Wadiation», p. 24 y sig.; p. 35 y sig.

que esta intercesión se produce como el acto de la *manum depellere* en la acción ejecutiva de la *manus injectio*. En el libro IV, 21-25 de las Instituciones de Gayo se describe ésta de modo lapidario: «Qui agebat—escribe—sic dicebat: *Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium x milia, quando* (según Eisele *quando te*) *non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium x milium indicati manum inicio*, et simul aliquam partem corporis eius prendebat: nec licebat iudicato *manum sibi depellere* et pro se lege agere, sed vindicem dabat qui pro se causam agere solebat.» «El deudor perdía, dice Wenger (1), por la *manus injectio* la posibilidad de defenderse... El vindex que eventualmente intervenía por él debía pagar inmediatamente o impugnar el débito y con ello paralizar el proceso de la *manus injectio*.» En los documentos del tiempo de Amisadugas se describe este hecho de la intercesión del siguiente modo: El acreedor tiene asidas las manos del deudor con las suyas, y el que intercede desase las manos del deudor. Sin embargo, en fuentes del tiempo de Amurabis, nada indica que el acreedor tenga asidas las manos del deudor y parece muy probable que el intercedente realice un acto muy semejante a la *manum depellere* del Derecho romano. La primera forma podía interpretarse como un acto simbólico por el que el deudor quedaba liberado al quedar desasido por el intercedente, quien a su vez quedaba obligado frente al acreedor por el hecho de ofrecer la mano a éste. Pero si se acepta que el fiador del documento del tiempo de Amurabis funciona de modo idéntico al vindex romano, surge, como muy atinadamente piensa Partsch, una grave dificultad. En efecto: ¿cómo discernir en aquel tiempo el vindex que se subroga en la responsabilidad del deudor liberando a éste de la ejecución, de aquel otro que verifica esta liberación ilegítimamente, de quien las fuentes romanas dicen que *vi exemit*? Sea de ello lo que quiera, resulta incontrovertible que el fiador libere al deudor de la ejecución del acreedor, surgiendo por ello la subrogada responsabilidad del vindex. El intercedente que toma las manos del deudor y las libera de las del acreedor obra de modo muy semejante al fiador griego que recibe al deudor de manos del acreedor; y precisamente, confirmando poderosamente este punto de vista, Koschaker, en la página 62 del

(1) «Inst. des römischen Zivilprozess». München, 1925, p. 216.

libro que comentamos, se refiere de modo expreso a los documentos neobabilónicos en que se menciona la entrega del deudor al fiador.

o o o

Pero la fianza tiene un doble aspecto: el aspecto de promesa obligatoria y el de la responsabilidad que lleva aparejada, es decir, el aspecto del *Schuld* y el de *Haftung*.

Entre las formas de fianza del Derecho babilónico surge primeramente la llamada por los alemanes *Gestellungsbürgschaft* o fianza de presentación. En esta forma, el fiador promete únicamente que el deudor permanecerá en el lugar del cumplimiento. Si cuando procede el fiador *presenta* al deudor, la obligación del primero queda agotada. Si, por el contrario, el fiador no presenta al deudor en tiempo oportuno, hay indicios documentales que permiten asegurar que el acreedor puede hacer presa en el fiador, si es que éste no ofrece al acreedor el pago de una suma.

Y con esto vamos a ocuparnos de otra forma de garantía, la garantía de pago. En ella el fiador declara querer presentar al deudor a su debido tiempo para que el propio deudor realice la prestación, prometiendo, en caso contrario, el fiador realizarla él mismo. En este caso el fiador es llamado «fiador para el pago».

Sin embargo, del estudio pacientísimo de las fuentes induce Koschaker que originariamente el fiador babilónico, lo mismo que el griego y el germánico, responde únicamente de que el deudor, como objeto de ejecución, no se sustraiga al acreedor. Por eso el poder de aprehensión sobre el deudor reconocido al fiador (*Zugriffsmacht*).

Por la constitución de la fianza pierde el acreedor probablemente el derecho de aprehender al deudor.

Esta concepción de la fianza va aparejada a la tesis del mismo Koschaker, según la cual la ejecución personal precipitaba en un estado de esclavitud irremisible. Si el fiador consigue liberarse de su responsabilidad por la presentación del deudor, el acreedor recibe con el cuerpo de éste una como indemnización por el resultado jurídico que la obligación hacía esperar y que no se produjo. Sólo paulatinamente va abriéndose paso la idea de que por la promesa de cumplimiento es posible al fiador realizar él mismo la prestación, aun después de originarse su responsabilidad por la

no presentación del deudor. En principio no era así. Partsch dice textualmente: «Luego que el deudor se sustrajo al acreedor y que dejó de producirse el resultado garantido, no puede primitivamente el fiador realizar la prestación aunque ésta sea de carácter fungible» (1).

En general, con carácter absoluto, es arriesgado afirmar que la garantía por el pago del deudor es una formación jurídica más reciente que la garantía de presentación. «El fiador griego, como el germánico, dice Partsch, *promete que el deudor pagará*, ya en aquel estadio del desenvolvimiento jurídico, en que la responsabilidad por la presentación figura en plano relevante, *Vordergrund*.» La aportación de Koschaker no excluye que esto ocurre también en el Derecho babilónico. En efecto: este autor admite que en la deuda solidaria el codeudor es fiador del otro codeudor, garantiza que este otro *pagará* el total del débito.

En la fianza de presentación el fiador responde únicamente por la presentación del deudor. El *prognoi tu somatos* de la tabla de Heraclea no puede entenderse, según Partsch, como responsable con su cuerpo; responde de que el cuerpo del deudor sea entregado al acreedor. Sólo por la entrega del deudor queda libre, lo mismo que el fiador babilónico.

Esto, piensa Partsch, pudiera explicar la solución negativa a la cuestión que Scaevola se plantea en el fr. 62, t. 1, l. XLVI D.: «Si fideiussor—dice—creditori denuntiaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fideiussor doli mali exceptione summovere? Respondit, non posse.»

Interesantísimos resultan los estudios de Koschaker sobre la responsabilidad solidaria, la cual, según él, es una fianza recíproca. La responsabilidad del deudor correal en la época justiniana corresponde al patrón helénico. En éste la responsabilidad solidaria surge sin necesidad de acudir a la fianza recíproca. El fin práctico de la institución es crear una responsabilidad plural, de modo que el acreedor pueda exigir de todo deudor el importe íntegro del débito, y en forma que la prestación realizada por uno de los deudores libere a los demás. Koschaker, estudiando las fuentes del

(1) *Burgschaftsrecht*, I, 22, 195.

Derecho babilónico, halla que el codeudor funciona frente al acreedor común como fiador de su codeudor. Pero esta opinión de Koschaker ofrece un punto vulnerable. En efecto: para Koschaker el acreedor tiene derecho a exigir de cada deudor el total importe, no obstante deber cada deudor su parte respectiva en el débito. Pero he aquí la objeción: admitir que el deudor debe tan sólo su parte respectiva y negar que el acreedor deba darse por satisfecho con la prestación de ésta, constituye una dificultad insuperable si no se recurre a la relación interna entre los deudores para explicar esa antinomia conceptual, y aun así...

Interesantísimos los datos que confirman la descomposición de la obligación en sus dos elementos integrantes: débito y responsabilidad. También en el Derecho babilónico hallamos rastros de *Schuld* y *Haftung*. Ambos elementos confluyen luego en la *autofianza* del deudor.

La promesa debitoria abstracta, lo que los alemanes llaman *Verpflichtungsschein*, aparece también en este Derecho antiquísimo en el documento llamado *uultim*, que significa, como la palabra latina *obligatio*, vínculo o atadura. En él se menciona el importe del débito, se designan el acreedor y el deudor, expresándose que la deuda carga sobre este último, se enuncia la promesa debitoria. Es una promesa abstracta, porque no se indica la causa de obligar. También el *uultim* revela la sujeción de una persona por el negocio de responsabilidad. El lenguaje jurídico babilónico, según Koschaker, posee un término técnico para designar el crédito, el aspecto activo de la obligación (denominación poco precisa); en cambio, carece de vocablo que exprese la deuda del deudor (*Leistungssollens* de los alemanes).

Esta promesa de obligación escrita y abstracta, que es el *uultim*, entraña la corporal responsabilidad del deudor; es decir, que por efecto del *uultim* está obligado a ponerse a disposición del acreedor para su propia ejecución. Koschaker llega a la interesantísima conclusión de que el *uultim* originariamente era la autofianza del deudor, coincidiendo así en orden al Derecho babilónico con la opinión que Mitteis sostuvo para la *stipulatio* romana de la época clásica.

En nuestra opinión Partsch ahonda más en la verdadera esencia del *uultim*. Concibe este documento como confesión de un préstamo ficticio, siendo tal confesión, y no la autofianza, el punto ori-

ginario de la responsabilidad. Sólo una dificultad debilita la opinión de Partsch. Koschaker hace referencia a la garantía de evicción en la venta de esclavos, esta garantía constituye una fianza y esta forma de fianza es denominada *uultim* en una ley neobabilónica. Este testimonio parece dar la razón a Koschaker, porque sólo resulta explicable cuando el *uultim* se considere como fianza.

Interesante es también la garantía prendaria en la venta neobabilónica de esclavos. La estipulación de garantía obliga al vendedor en el Derecho babilónico lo mismo que en el romano. Son frecuentes en las ventas las cláusulas de este tenor: «Si se entablare reclamación sobre el esclavo, el vendedor, luego que haya apartado esta reclamación (*bereinigen*=depurar) lo entregará al comprador.» Es decir, que el vendedor promete la futura defensa y garantiza la posesión después de vencer en el litigio sobre la propiedad de lo vendido.

También es usual en el Derecho babilónico la asunción de la garantía de evicción por un tercero. Es corriente celebrar el contrato de compraventa a presencia de quien pudiera alegar derecho sobre la cosa vendida. La fórmula es: el contrato se celebró a presencia de A (ma asâbi sa A). Es decir, que, como interpretan Kohler y Peiser, la persona que pudiera reclamar la cosa interviene como testigo en el negocio de venta. Sin embargo, no es ésta una fórmula genuinamente específica del Derecho babilónico; ya Partsch hace notar que en los Derechos griego y egipcio intervienen los parientes con derecho a reclamar como covendedores. Puede tratarse aquí de un verdadero *secundus auctor* que comancia, y en tal caso la función que le incumbe no puede, en realidad, diferir mucho de la que corresponde al tercero, que asume la garantía por la evicción.

El sabrosísimo estudio de Partsch es una tentadora invitación a la lectura del libro de Koschaker.

JOSÉ SANTA CRUZ TEIGEIRO,

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia y
Pensionado en Alemania por la Junta para Ampliación de Estudios.

La inscripción de la posesión y la inmatriculación registral

4. La inscripción de la posesión según la ley española de 1861; génesis y significación.—5. El punto débil.—6. La reforma de 1909: dictamen de la Comisión del Senado y exposición de motivos del Proyecto.—7. Los resultados: crítica objetiva.—8. La refórmá de 1927 y la usucapión tabular.

4. La frase «titulación supletoria», con la que nuestros expositores dieron en rubricar el estudio de la «inscripción de las posesiones», a que en su actual epígrafe se refiere el título XIV de la ley Hipotecaria, parece significar, en efecto, que las informaciones de posesión se introdujeron para suplir, para subsanar la falta de títulos (documentos probatorios) de dominio, y, por consiguiente, que la finalidad de la inscripción de la posesión es la de servir de título (en el sentido de instrumento probatorio) a ese dominio, carente de titulación; es decir, que la inscripción de posesión sirve para probar el dominio, acredita el dominio; en una palabra: legitima el dominio. Pero lo que ocurre es que la mencionada expresión y el enunciado concepto constituyen una invención de los comentaristas, muy alejada de las palabras y del pensamiento de los insignes autores de la Ley, quienes sabían muy bien lo que decían y lo que se hacían.

Dijeron, en efecto, los autores de la Ley (11) que de la falta de títulos que en España tenían muchos para acreditar la propiedad resultaba «la necesidad de *procurar* que a la titulación perdida o nunca formada *reemplacé* una titulación nueva, la cual, si bien *no podrá inspirar desde luego tanta confianza* ni tener tanta eficacia como los verdaderos títulos de propiedad, *acreditará la po-*

(11) Exposición de motivos del Proyecto.

sesión, y con el transcurso del tiempo y con llegar a ser más antigua que la prescripción más larga, será tan buena y tan segura como la titulación más completa». Y añadieron: «Cree, pues, la Comisión que ha hecho lo posible para que *la nueva titulación no tenga por base la sorpresa o el despojo*, y para que los derechos bastardos no se sobrepongan a los legítimos, al satisfacer la necesidad, por todos reconocida, de *establecer LOS MEDIOS para que toda propiedad que carezca de títulos PUEDA LLEGAR A OBTENERLOS*».

Lo que se proponían los autores de la Ley era, pues, evidentemente, no convertir de manera inmediata a la inscripción de posesión en el título, que faltaba, de la propiedad, sino preparar la formación de éste, sentar *la base, establecer los medios* para que, a su tiempo, en su día (cuando la posesión «llegase a ser más antigua que la prescripción más larga»), pudiera llegar a obtenerse el título de dominio que se buscaba. Pero mientras tanto, mientras no se consume la usucapión de los posibles derechos contradictorios, la inscripción de posesión—como reclama la lógica y exigen los principios que hemos expuesto—solamente «acreditará la posesión», y, lógicamente también, «por ella no toma la posesión más importancia ni más valor que el que las leyes le atribuyen, *ni se perjudica siquiera al verdadero propietario, aunque no tenga inscrito su título; todos los derechos conservan su antigua naturaleza*; la cabeza de la nueva titulación sólo podrá de pronto producir efecto contra los que tengan títulos más débiles, y *sólo con el transcurso del tiempo*, si no aparece alguno que acredite mejor derecho, *será un título verdadero de propiedad*, porque la posesión *continuada*, el concepto público de dueño y el lapso de una larga serie de años concluyen por introducir la presunción, *juris et de jure*, de que el poseedor es dueño de la cosa, abriendo la puerta, *aun sin título ni buena fe, a las prescripciones extraordinarias*».

Estas palabras, de tan envidiable claridad (claridad que, por desgracia, no ha hecho escuela en nuestra doctrina), no dejan lugar a dudas. Mientras no se haya convalidado por el transcurso del tiempo, la posesión, por muy inscrita que esté, no legitima el dominio del inmueble. Y es que no podían ignorar los sapientísimos juristas redactores de nuestra ley Hipotecaria que para poder atribuir a la posesión aquella virtud presuntiva del dominio sería menester—como hemos expuesto—atender al origen de la

misma o, lo que es igual, investigar el título de adquisición del inmueble, investigación ésta que, *a priori*, se estimaba imposible; por la falta de prueba documental (titulación) de dicho acto de adquisición, que era, precisamente, la que, con vistas a lo futuro, se trataba de corregir. Es claro que para la referida investigación pudieron haber acudido a la prueba testifical; pero, sabiamente, consideraron que esta prueba era inadmisibile para menester de tanta enjundia, y sólo a regañadientes, como mal inexcusable, la aceptaron para acreditar *el hecho de la posesión*. Y bien patente aparece que a esto, y solamente a esto, al hecho actual de poseer, se refiere la información que establecían. «Por más que las informaciones de testigos—dijeron—sean poco apreciables, tratándose de cuestiones sobre Derechos, son frecuentemente las únicas pruebas posibles cuando *se ha de acreditar la existencia de un hecho*. Admítase, pues, este modo de probar, en la imposibilidad de otro mejor, por no existir la titulación antigua y por haber desaparecido las huellas para encontrarla», y correlativamente, preceptuaron (artículo 393 actual, regla cuarta) que los testigos «contraerán sus declaraciones *al hecho de poseer* los bienes o el derecho real en nombre propio el que promueva el expediente». Por eso resulta perfectamente lógica la disposición del artículo 34, que niega a las inscripciones de posesión el efecto capital de la inscripción (las aplicaciones de la *fides publica* registral), negativa que sería inconcebible si la posesión inscrita fuera «título supletorio» de dominio». «Lo dispuesto en este artículo—dice—no será aplicable a la inscripción de la mera posesión, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho inscrito.»

¿Se dirá, entonces, que la Ley no ha hecho cosa alguna para procurar una titulación al dominio, que carecía de ella, frustrando el propósito enunciado por sus autores? En modo alguno. Lo que hay es que la Ley (la Ley, tal como había llegado hasta la reforma de 1927) quiso realizar aquel propósito siguiendo vías tolerables, sin caer en la arbitrariedad, sin colocar un petardo en los cimientos del sistema jurídico patrio, sin sacar las cosas de quicio o con el honrado propósito de desquiciarlas lo menos posible.

Creemos que el pensamiento de la Comisión del 61, según fué completado en la reforma del año nueve, podría reconstruirse en esta o parecida forma:

En España son muchos los propietarios que carecen de prueba documental de su dominio. Interesa que esta propiedad ingrese en el Registro. Para esto, la legalidad del sistema exige que la tal propiedad aparezca debidamente acreditada y nos hallamos con que no se puede acreditar debidamente, porque el documento falta; y la prueba testifical no ofrece garantía suficiente para una demostración de la propiedad. *Puesto que lo que nos falta es el título, pensemos en un medio de adquirir la propiedad que no requiera título.* Este medio es la usucapion extraordinaria; que sólo exige posesión y tiempo. Para la prueba de la posesión podemos aceptar la prueba testifical, porque se trata de acreditar la existencia de un hecho, y con esta sola demostración podemos llevar al Registro, no ya la propiedad, ni siquiera una apariencia de ella; pero sí el hecho de poseer. Teniendo ya autenticada, por la inscripción, la posesión, la fecha de esta inscripción nos servirá de indiscutible punto de partida para contar el transcurso del tiempo requerido para la prescripción extraordinaria; y aunque es indudable que fuera del Registro pueden haberse realizado actos de reconocimiento, expreso o tácito, del derecho del dueño que hayan interrumpido la usucapion del poseedor inscrito, vamos a cerrar los ojos a tal posibilidad—asiéndonos a la consideración de que, por ser actos referentes a una posesión inscrita, deben constar en el Registro—y a resolver—como luego indujeron los reformadores del g—que, pasados treinta años desde la fecha de la inscripción de posesión; y con tal de que en el Registro «no aparezca asiento alguno posterior de información o certificación posesoria o demanda que la afecte o contradiga», dicha inscripción de posesión se convertirá en inscripción de dominio por la mera solicitud del interesado. De esta suerte habremos provisto al dueño de un título firme, y ya inscrito, de dominio, ahorrándole la difícil tarea de procurarse una sentencia que declarase realizada en su provecho la usucapion extraordinaria; sentencia que, en otro caso, constituiría el único título posible de su propiedad, que suponemos falta de prueba. Y, por otra parte, como nuestra inscripción de posesión, si no puede legitimar la propiedad, sí puede legitimar su propio contenido, la posesión; resultará que, ya de manera inmediata, antes de haberse consumado la usucapion, el poseedor inscrito, legitimado como tal poseedor, puede transferir su derecho de posesión;

poniendo en movimiento, siempre provisionalmente, dentro de su órbita propia (dentro del plano, subordinado, de la posesión), todo el mecanismo del sistema; entendiéndose bien—repetimos—que el juego de los principios hipotecarios no puede, naturalmente, conducir, desde luego, a la presunción de que el poseedor inscrito es dueño, ni a la ficción de que lo sea aquel que de él haya adquirido de buena fe su derecho; pero sí conducirá a la presunción y a la ficción de que el uno y el otro son poseedores, con lo cual, aun antes de que tengamos completada la usucapión que preparamos, vendremos a facilitar y a proteger, en la medida racionalmente posible, la transferencia registral de aquellos inmuebles que veíamos condenados a permanecer indefinidamente fuera del Registro.

La inscripción de la posesión se admitió, pues, para legitimar, provisionalmente, la misma posesión y para sentar *la base* de una futura titulación del dominio, que carecía de ella, haciendo la Comisión redactora de la ley del 61 «lo posible para que la nueva titulación no tenga por base la sorpresa o el despojo y para que los derechos bastardos no se sobrepongan a los legítimos».

5. Sin embargo, aun manteniendo el alcance de la inventada información posesoria dentro de sus propios límites, las celosas previsiones de sus autores fueron insuficientes y la inscripción de la posesión produjo en la práctica resultados calamitosos. Y es que en el proceso lógico de su gestación, al que antes nos hemos referido, existía una falla, una grieta, un paso en falso, que minaba la aparente solidez de la construcción. La premisa de que la prueba de la posesión se reduce a acreditar la existencia de un *hecho* es, indudablemente, falsa (12). No pisaba terreno firme la Comisión cuando afirmaba la admisibilidad de la prueba testifical por que «se ha de acreditar la existencia de un hecho». Aun dentro de las corrientes más objetivas, se reconoce que en la posesión, al lado del elemento material, externo, visible, existe un elemento intencional, de orden espiritual, que, como diría Saleilles, distingue la relación de «apropiación económica» de la de simple «beneficio económico» y que no puede manifestarse sino en el origen de la situación de hecho, en la causa de la misma. Dentro del propio

(12) ... «que si de esta averiguación resulta algún asiento de adquisición de dominio no cancelada que se halla en contradicción con EL HECHO JUSTIFICADO, suspendan...» (Exp. de Mots.)

B. G. B., solamente atendiendo a su causa se pueden distinguir la posesión y la detentación subordinada (artículo 855) y la posesión mediata de la inmediata o directa (artículo 868). Y si esto puede decirse de la posesión en general, con mucha mayor razón ha de afirmarse de la posesión necesaria para usucapir, de la posesión en concepto de dueño (*Eigenbesitz*), que es una posesión cualificada, que entraña una condición subjetiva yuxtapuesta a la mera posesión. La posesión que se inscribe por virtud de la información no es, en efecto, una posesión cualquiera, de cualquier orden o grado, sino la posesión apta para prescribir (*possessio usucapitionem*), que es la posesión del propietario (artículo 392 y Exposición de Motivos), la posesión en concepto de dueño; y es absolutamente imposible acreditar esta clase de posesión prescindiendo de la causa, del origen, del título de la misma y atendiendo solamente al hecho material, externo, de la posesión, a cuya prueba declara la Comisión querer circunscribir la información de testigos que establece. A los testigos no se les puede preguntar, en modo alguno, por qué posee el interesado, sino, solamente, si el interesado posee. Es claro que se les pregunta, no, simplemente, si posee, a secas, sino si posee «en nombre propio» (artículo 393, 4.ª); pero este matiz no basta para resolver la dificultad porque es, precisamente, el que la contiene. El buen labrador llamado a dictaminar sobre si su vecino «posee en nombre propio» la finca que trata de inscribir, sin resolver si es o no dueño de la misma, atenderá, naturalmente, a la manera como aquél se conduce con relación al predio, según lo que él puede ver a diario y, juzgando por estas apariencias (que es lo único que él ha de apreciar), podrá distinguir si el que explota la finca (el que la cultiva y recoge la cosecha) es o no es un criado de otro, es decir, si la trabaja para sí o para otro, y hasta (en los medios rurales, de vida social comprimida) puede llegar a apreciar (aunque el pago de la renta no tiene por qué exteriorizarse) si obra respecto a la finca «como» un dueño o «como» un arrendatario; pero aquellas apariencias no le permitirán ya discernir, en manera alguna, si el interesado es un usufructuario o un anticresista o un precarista o un verdadero dueño, porque todos ellos están en la misma relación *de hecho* con la finca, todos ellos se comportan respecto a ésta de idéntica manera, todos ellos cultivan la finca, por sí o por medio de jornaleros, y no pagan

renta o pensión a persona alguna; todos ellos serán, pues, para el testigo, «poseedores en nombre propio», porque todos «se manifiestan», externamente, «como si fueran dueños» (concepto éste que, aunque técnicamente se repute más restringido, resultará más asequible a la mentalidad popular). Esto es todo lo que, honradamente, puede decir el buen testigo (¡estamos en el mejor de los casos!), porque esto es todo lo que él puede «ver» en el hecho de la posesión, y el hecho de la posesión, y no más que el hecho de la posesión—según recalcaron los autores de la Ley—, es lo que se pretende probar mediante la información establecida. Lo cual significa que, sin necesidad de buscar dos testigos falsos (tan fáciles de hallar, por lo demás), un usufructuario o un anticresista o un precarista pueden inscribir a su favor la posesión *ad usucapionem* de la finca que explotan. Y nada digamos de lo que puede hacerse con dos testigos propicios: se pudo inscribir (eso cuentan las crónicas) el terreno que sirve de fondo al mar en el estrecho de Gibraltar y cualquier día se inscribirá una parcela de la Luna o de Neptuno.

6. El dictamen de la Comisión del Senado al proyecto de la Ley del 9 advirtió la expresada deficiencia, y parece que intentó corregirla al exigir «que se exprese *la causa jurídica* en cuya virtud se ha adquirido la posesión alegada» y «que la celebración de la información se anuncie por edictos colocados en las Casas Consistoriales».

La Ley recoge esta última exigencia en la regla 3.^a del artículo 393 y, respecto a la primera, dispone el número 3.^o de la 1.^a regla del mismo artículo que «el escrito en que se pida la admisión de la información expresará el nombre y apellidos de la persona de quien se haya adquirido el inmueble o derecho y *la causa jurídica de su adquisición*». Lo que pasa es que todo queda en eso, en la «expresión» del solicitante, porque, aunque parecería tan natural, no se cita directamente al *tradens*, por si tuviese algo que decir acerca del caso; con lo cual resulta que el solicitante puede inventar alegremente una causa jurídica de su adquisición y adjudicar el papel de transferente a una persona que exista solamente en su fantasía, sin aprensión alguna, sin la más mínima preocupación, con la seguridad de que nadie osará penetrar el misterio de la causa jurídica alegada ni aclarar, siquiera, si el nombre

y los apellidos que haya impuesto a su *tradens* corresponden a un ente real o puramente imaginario. Si el solicitante dice que adquirió la finca por compra a Perico de los Palotes o por donación del Preste Juan de las Indias, al Juez habrá de parecerle muy bien : se contentará con que el solicitante lo diga ; no se podrá meter en averiguaciones inoportunas, expresamente prohibidas (artículo 400 R. H.) ni se cuidará de avisar, por lo menos, a Perico de los Palotes o al Preste Juan de las Indias, quienes, seguramente, no tendrán oportunidad de leer los edictos que allá en las Casas Consistoriales del lugar anuncien (?) la información que se trata de perpetrar. No. El remedio propuesto (que, tomado en serio, se opondría al pensamiento de los creadores de la información, en cuanto afectaría a la investigación del título) no ha podido remediar nada, porque no le acompaña ni aun la garantía más rudimentaria y queda reducido a una farsa grotesca.

Puede asegurarse, por ello, que después de la reforma de 1909 no cambió de aspecto el panorama descrito en la Exposición de motivos del Proyecto de aquélla. «En principio—decía el Ministro—no pueden desconocerse los grandes beneficios que ha producido y puede producir este procedimiento para inscribir la propiedad, *pues es el único que puede llevar al Registro la gran masa de propiedad sin titulación existente en España*, proviniendo sus inconvenientes, no del uso del mismo, sino de su abuso al *aplicarse a bienes ya inscritos, o de los que existían títulos de propiedad, y respecto de los cuales se han practicado repetidamente informaciones, ya para evitar el otorgamiento de los correspondientes documentos de transmisión, ya para eludir el pago de los impuestos que ésta devenga*, CUANDO NO PARA ENCUBRIR USURPACIONES DE DOMINIO. Se impone, por tanto, una reforma que, conservando en su esencia dicha facultad, evite los abusos que pueda producir, y para ello, a la vez que se proponen disposiciones regulándola, se dispone como requisito previo la presentación del oportuno certificado del Registro, para que cuando la finca esté anteriormente inscrita no pueda utilizarse este medio de inscripción, quedando derogada la autorización que para estos casos concede el artículo 402 de la Ley, y prohibiéndola igualmente cuando aparezca inscrito algún inmueble que, por coincidir en algunos detalles de su descripción con la que sea objeto del expediente

posesorio, puede ofrecer la presunción de que sea una misma y se trate de burlar la Ley.» Esta restricción de la Ley del 9 produjo en la práctica resultados nimios, por la facilidad que en España existe para desfigurar la finca inscrita, sin más que modernizar los nombres de los propietarios colindantes, que, a la vuelta de algunos años, ya no coinciden con los que aparecen en la inscripción; de suerte que aquélla limitación solamente estorbará el «expediente» posesorio—obligando al interesado a recurrir al artificio del otro «expediente» consagrado para análogos menesteres, el de compra «por la contribución»—en aquellos contados casos en que sea imposible alterar la descripción de la finca, por tener ésta linderos físicos inalterables. Por lo demás, subsistieron los abusos advertidos, porque el mal estaba, no en los detalles, sino en la esencia misma de la institución, que se quiso conservar, a fin de hacer posible el acceso al Registro a la propiedad sin titulación existente en España, para cuya finalidad dice la Exposición referida que la información posesoria es un procedimiento *único*, incurriendo en error notorio, pues, a la sazón, se conocía ya el expediente de dominio, introducido en la reforma de 1869.

7. Claro está que el abuso a que puede dar lugar una institución no es, en absoluto, causa bastante para condenarla. Pero esta consideración se debilita, hasta llegar a anularse, cuando es manifiesto que la institución sirve más para el abuso que para el uso a que fué destinada.

En las regiones que no han asimilado la ley Hipotecaria y en las que, por lo mismo, es excepcional el empleo del documento público en los actos de transferencia de inmuebles (aunque esto parezca un imposible teórico en nuestro tiempo), la utilización del expediente posesorio constituye un acaecimiento extraordinario, casi estupendo, porque solamente se emplea en aquellos excepcionales casos en que, por imperativo de alguna prescripción legal (generalmente de carácter administrativo), se ve forzado el transferente a procurarse un título inscrito. Pudiera pensarse que la hipoteca conduce también a esta forzada inscripción previa; pero en las regiones de que hablamos—¡y habla un gallego!—también la hipoteca constituye una *rara avis*, ahuyentada por la carta de gracia y aun por la escritura de *venta rasa* (para esto sí que se va

al Notario), acompañada de documento privado de arrendamiento con opción de compra. Es decir, que en las regiones en que el expediente posesorio debería recibir aplicación constante, por ser en ellas, precisamente, en donde radica aquella gran masa de propiedad desprovista de titulación y alejada del Registro, sucede que el referido expediente es apenas conocido, y ha sido, no la información posesoria, sino la sombra misericordiosa de la peregrina interpretación dada al artículo 87 R. H. la que ha permitido que (a través del documento privado, con patente nocturnidad, por tanto, acaso análoga, pero más barata que la del expediente) se hayan inmatriculado algunas fincas. Esto significa que el expediente posesorio no cumple su función propia.

En cambio, en las regiones en que la ley Hipotecaria ha sido recibida y en las que, por consiguiente, es constante el documento notarial (habla quien ha ejercido en el Medio Aragón), parece que el expediente posesorio no debería tener pito que tocar, porque toda la propiedad está provista de titulación perfecta y toda ha sido inmatriculada. Y, sin embargo, es en estas comarcas en donde se hace un empleo diario del expediente posesorio, que constituye un filón para los zurupetos y una panacea para colar, de rondón, en el Registro (hurtándolos a la Aduana de la calificación) toda clase de negocijos turbios y todos los actos jurídicos carentes de viabilidad o afectados de raquitismo congénito o con lesiones de cualquiera otra laya. ¿Que hay por medio menores o incapaces o una limitación enojosa impuesta por el testador o faltan inscripciones intermedias o concurre cualquier defecto insubsanable o de subsanación engorrosa? No importa. Se prescinde entonces del Notario (un señor exigente, que lleva todos esos tiquismiquis a punta de lanza); se hace un expediente posesorio, y Santas Pascuas. Y nada digamos de lo que puede valer un expediente para robar al Estado, en caso de transmisión a título gratuito: no es un grano de anís eso de salir del paso con el 6 por 100 cuando, acaso, habría que pagar por impuesto de transmisión el 20, el 30 y hasta el cuarenta y tantos por ciento. Y no olvidemos que, aparte de la indiscutible posibilidad teórica, el propio Ministro que redactó el Proyecto para la reforma del año 9, reconoce que el expediente se ha empleado «para encubrir usurpaciones de dominio». Esto significa que el expediente po-

sesorio se emplea normalmente para finalidades tortuosas o francamente condenables. La misma Dirección de los Registros hubo de declarar (Resoluciones de 31 de Mayo de 1893, 7 de Enero de 1896 y 18 de Julio de 1900) que «*la posesión como estado jurídico es una verdadera anomalía, que es necesario limitar y restringir si ha de evitarse que el Registro de la Propiedad degenera en Registro de la Posesión*». Pero no insistamos en la cuestión de principio. Juzgando ya *a posteriori*, lo cierto, lo real, es que la inscripción de la posesión mediante la información testifical establecida por la Ley del 6^{ta} ha fracasado en su fundamental empeño de facilitar la inmatriculación registral de la propiedad.

8. *Ergo...* si las ventajas eran tan inapreciables y tantos y tan graves los inconvenientes, o no hay lógica en el mundo o lo que ésta imponía era suprimir el malhadado expediente posesorio y sustituirlo por algún otro medio que asegurase sus pretendidos beneficios y suprimiese sus evidentes estragos.

Pero, ¡sí, sí...! ¡Fíese usted de la Lógica! En lugar de presenciar el esperado aniquilamiento de aquella fuente de males, nos hallamos con una disposición dictatorial (más dictatorial por su alcance que por la ilegitimidad de su originaria promulgación) que, sin añadir ni un ápice de garantía al viejo y desacreditado expediente posesorio, manteniendo incólumes sus bien patentes achaques de fundamento y de regulación, lo robustece, lo exalta y lo dignifica, aumentando su virulencia en términos que juzgamos ya francamente intolerables y que reclaman una urgente y radical profilaxia. El lector habrá advertido en seguida que aludimos al Real decreto-ley de 13 de Junio de 1927.

Al llegar a este punto se nos impone, por inexcusables razones sentimentales, una pequeña digresión previa. La reforma del 27 ha sido atribuida, oficiosamente al menos, a D. Jerónimo González y por él ha sido defendida a raíz de su instauración (13). Profesamos nosotros al Maestro (así, con mayúscula) una tan exaltada admiración y un tan profundo reconocimiento por los inestimables servicios que sus elevadas enseñanzas han prestado al Derecho privado español, que, influidos por el peso de su autoridad inigualada y estimulados por el acicate de nuestra arraigada sim-

(13) En REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, números 30, 34 y 35 (1927).

patía científica—salvando, respetuosamente, la diferencia de planos—, nos hemos esforzado, una y mil veces, en el empeño de asimilar en este punto su pensamiento, para lo cual hemos meditado horas y horas sobre sus alegaciones, ponderándolas palabra por palabra, casi letra a letra. Y, sin embargo, no hemos conseguido acallar la rebeldía de nuestra discrepancia humilde. Si ésta fuese solamente nuestra, no vacilaríamos en achacarla a nuestra incapacidad de comprensión; pero, como hemos podido comprobar que en aquella discrepancia coinciden muchos compañeros, algunos ilustres y todos capaces de comprender, a quienes hemos comunicado nuestra desazón, nos atrevemos a rogar al Maestro que vuelva sobre el asunto y que descorra un tanto el velo de los esoterismos en que, sin duda, se envuelve la justificación de la expresada reforma; para que nosotros, los neófitos, y hasta algunos iniciados, podamos calmar nuestra inquietud por descubrir dicha justificación. Porque lo cierto es—dicho sea, otra vez, con todo el respeto—que las razones que hasta hoy nos han dado no nos han convencido.

Como es sabido, el Decreto del 27 fijó en su punto justo el alcance del principio legitimador, por lo que toca a la pugna entre la posesión tabular y la física, poniendo coto a los desmanes que, a última hora, había comenzado a producir una extremosa aplicación del artículo 41 L. H.; amplió el radio de acción del expediente de dominio, permitiendo su utilización aun en el caso de existir inscripciones de propiedad contradictorias, mediante la observancia de ciertos requisitos, y, finalmente, y esto es lo que ahora nos interesa, reformó el número 3.º del párrafo 1.º del artículo 399, en el sentido de reducir a diez años el plazo de treinta que la Ley venía exigiendo para permitir la conversión de la inscripción de posesión en inscripción de dominio, o sea que el usurpador o el adquirente irregular, que antes habrían de esperar treinta años para ver consolidado su gatuperio, ahora sólo necesitan esperar diez años.

¿Razones de esta innovación singular? Veámoslas—sin despreciar una sola—en la Exposición de motivos del Real decreto reformador:

«Por todas estas razones, el texto del repetido artículo 41 debe volver a sus cauces técnicos: *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.»

«Consecuencia de esta presunción, que reputa poseedor de buena fe al titular, debiera ser la posibilidad de transformar la posesión inscrita en dominio transcurridos diez años desde la fecha de la inscripción. El número 3.º del párrafo 1.º del artículo 399 exigía para estos efectos treinta años, y con ello olvida que el artículo 41 declara expresamente que quien tenga inscrito el dominio o cualquier derecho real gozará de los derechos consagrados en el Código civil a favor del poseedor de buena fe, y uno de ellos es la prescripción del dominio y demás derechos reales por la posesión de diez años entre presentes con buena fe y justo título. Sin decidir si existe un derecho contradictorio que corresponda a un ausente ni otros particulares atinentes a la validez de la inscripción, bien puede admitirse para proteger al tercero, que contrata fiado en la inscripción, que ésta, al transcurrir los diez años, significa algo más que la mera posesión del respectivo derecho.»
Y nada más.

ANGEL ROMERO CERDEIRIÑA,

Notario.

ANA E L E R S

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

Agente de negocios. 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, 52, segundo derecha. — Teléfono 13906.

La Constitución y el Código civil ⁽¹⁾

La Resolución de la Dirección general de los Registros, de 15 de Diciembre último (*Gaceta* de 1.º de Enero), cuyo extracto va en la sección correspondiente, repite la doctrina de la posible anulación, no nulidad, de los contratos celebrados por mujer casada sin licencia marital. Pero en el primero de los considerandos que la fundamentan se contienen unas afirmaciones que estimamos de interés hacer resaltar como una posible orientación para cuando se plantee en la práctica—en la teoría ya ha ocurrido—el caso de contratos hechos por mujer casada de bienes propios por sí, sin licencia, autorización ni mención siquiera de su esposo.

Dichas afirmaciones vienen a contener dentro de sus propios límites la cuestión, quitando un apoyo serio a los que alegremente sostienen la teoría de ser perfectamente válidos, inscribibles, sin asomo de posible anulación dichos contratos, fundándose en los principios constitucionales de la igualdad de todos los españoles ante la Ley (artículo 2.º), no poder ser fundamento de privilegio... el sexo... (artículo 25) y en la igualdad de derechos para ambos sexos en que se funda el matrimonio (artículo 43).

En caso de divorcio no cabe duda sobre la plena capacidad de la mujer, ya que según el artículo 24 de la Ley de 2 de Marzo de 1932 (*Gaceta* del 12), la mujer puede disponer de sus bienes. Lo mismo puede sostenerse en caso de separación de personas, toda vez que, además de las razones legales, el complemento de la ca-

(1) Destinadas estas líneas a servir de comentario a la Resolución que se cita, su extensión ha hecho necesario desglosarlas y darlas esta forma y lugar. (*Nota de la Redacción.*)

pacidad normal—licencia marital—no existe porque no es lógico exigir a la mujer que la solicite de quien está separada. Y como el artículo 38 de dicha Ley, que en el caso en cuestión desenvuelve el artículo 43 de la Constitución, no expresa a qué clase de separación se refiere, si a la de personas y bienes, o a unas u otras exclusivamente, ha de entenderse que comprende también a la de bienes. Aun no existiendo más que la interposición y admisión de la demanda de divorcio, tiene la mujer una capacidad que podemos llamar semiplena, puesto que según el artículo 43 de la misma Ley, mientras se sustancia el juicio, la mujer tendrá capacidad jurídica para regir su persona y bienes, con la limitación de no poder enajenar o gravar sin autorización judicial. En caso de ausencia, como ésta es causa de disolución del matrimonio, hemos de juzgar que equiparados como se hallan ambos sexos no ha de necesitar la mujer del ausente ni autorización judicial para enajenar y gravar no sólo sus bienes propios, sino también los de la sociedad conyugal.

Pero prescindiendo de estos casos, y de otros que pudieran presentarse, de ser ése el objeto de este trabajo, en los que una Ley posterior a la Constitución no sólo no se opone a ella, sino que regula y desarrolla en preceptos eficaces algunas de sus afirmaciones, ¿ha de entenderse que los preceptos del Derecho civil sobre estas y otras materias han quedado derogados o modificados por lo dispuesto en la Constitución, o ha de esperarse a que los legisladores y autoridades judiciales desarrollen debidamente dichos preceptos? El Sr. De Buen, en su obra *Introducción al estudio del Derecho civil* (página 226), formula análoga pregunta en los siguientes términos: «¿Deberán reputarse dichos preceptos como auténticas normas jurídicas, o, por el contrario, como simples enunciaciones programáticas, cuyos destinatarios son los futuros legisladores? ¿Serán tan sólo «declaraciones de derechos» (o como se ha dicho con sorna «declamaciones de derechos») que para alcanzar virtualidad normativa necesitan desarrollarse en una Ley?»

La Dirección apunta una indicación negativa al primer extremo de la penúltima interrogante, apoyándose en los comentaristas del texto constitucional. Uno de éstos, el Sr. Pérez Serrano, en su

libro *La Constitución española de 1931* (pág. 185), se inclina a la no derogación del Derecho privado por los preceptos constitucionales. «Habrá que ir—dice—a un nuevo régimen familiar, y, mientras, no podrá prosperar, por ejemplo, la acción de un hijo adulterino reclamando igual porción hereditaria que los legítimos.» Y con referencia al matrimonio, entiende que aunque éste «se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos (artículo 43), como esto pugna con nuestro Código civil, y la nueva regla no parece por sí ejecutiva, será menester aguardar a la ineludible reforma de dicho Cuerpo para que cobre vida lo que hoy no pasa de ser mera enunciación programática». (Obra citada, pág. 186.) No niega la repercusión que necesariamente tenía que producir, aunque de distintos modos, la Constitución en el Derecho privado, sino que las separa en «dos grandes grupos de preceptos: los que verdaderamente responden a este nombre y son eficaces desde ahora, y los que significan mera promesa de un programa de reformas y no pueden actualizarse hasta que una ley complementaria venga a posibilitar su ejecución» (pág. 123).

El Sr. Díez Pastor, en la conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia y publicada con el título *La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio, según la Constitución*, sostiene la misma teoría, atribuyendo a los preceptos de Derecho privado la regulación de las relaciones jurídicas entre particulares, y a la Constitución la organización y funcionamiento del Estado, para concluir que manteniéndose aquélla dentro de su propio carácter, no puede haber colisión entre sus normas y las del Derecho privado. «Únicamente—añade—cuando en la Constitución se intercala un precepto de Derecho privado concretísimo, que sea la contradicción clara y directa de un artículo del Código civil o de otra ley atinente al Derecho privado, cabe hablar de derogación tácita.» Y señala como ejemplo el precepto que redujese a ocho años el plazo máximo de duración del retracto convencional. «Y tal es quizá—continúa—el contenido en el párrafo quinto del artículo 43, en cuanto modifica los preceptos que regulan las circunstancias de las inscripciones. Pero fuera de este caso, el artículo 43 de la Constitución—fundamental en esta materia—sólo contiene preceptos que, o ellos mismos se remiten a ley futura, o están formulados de una manera tan vaga que apenas

se deduce de ellos una orientación, cuanto más un precepto de Derecho civil concreto.»

El Sr. Castán, en la nota bibliográfica (1) de una obra del señor Batlle y Vázquez, de que luego nos ocuparemos, expone la misma idea: «Sólo cuando se trate de preceptos constitucionales muy concretos y terminantes, que encierren una norma de Derecho privado, se habrá de entender derogada directa e inmediatamente la ley civil que sea contraria. Cuando lo que la Constitución establezca sea, no una *norma*, es decir, una regulación completa e imperativa de una situación de hecho, sino un *principio jurídico*, como el de igualdad ante la ley y proscripción de privilegios, que proclaman los artículos 2.º y 25, o el de igualdad de los sexos en el matrimonio, que preconiza el 43, hay que esperar a que una ley civil complementaria lo traduzca en preceptos concretos, obligatorios para los particulares.»

La opinión en contra acaso más autorizada, por tratarse del Presidente de la Comisión parlamentaria de la Constitución, Sr. Jiménez de Asúa, de lo que se *quiso hacer*, en unión de la del citado Sr. De Buen, se consignan en el siguiente párrafo, que tomamos de la citada obra del último (página 226): «No cabe duda que en una Constitución hay preceptos de diferente especie, y entre ellos algunos que constituyen «meras afirmaciones, expresión de convencimientos, enunciación de programa u orientación futura, promesa de reforma, etc.» (JIMÉNEZ DE ASÚA: *Proceso histórico de la Constitución española*, 1932, página 62); pero también lo es que el momento actual está caracterizado por la tendencia a sustituir las afirmaciones declamatorias por preceptos eficaces, garantidos contra el Poder ejecutivo y aun el judicial, que, no sólo se refieren a la persona individual, sino a la familia, al sindicato, a las asociaciones de toda índole (JIMÉNEZ DE ASÚA: *Obra citada*, páginas 64 y 65). Dentro de la Constitución española, aquellos preceptos sobre Derecho privado que están redactados en forma imperativa, no aplazada y condicionada, deben reputarse vigentes

(1) En *Revista de Derecho Privado*, núm. 237, pág. 191.

de modo inmediato, aunque contradigan todo el sistema de nuestra legislación civil, que, en lo que a ellos se oponga, queda totalmente derogada.»

Párrafo aparte y mención especial merece la obra del Sr. Batlle y Vázquez *Repercusiones de la Constitución en el Derecho privado*, premiada en el Concurso «Alcalá-Zamora», abierto por la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación, porque es, de las que hemos consultado, la que con más extensión y esmero, con un plan completamente moderno, estudia con todo detalle y hace más interesantes observaciones sobre el destino inmediato, mediato y lejano de muchas de las disposiciones del Código civil, que—según su sentir—o quedan derogadas o modificadas o simplemente sin aplicación después de publicada la ley fundamental.

Y así opina que todas aquellas limitaciones impuestas a la mujer no unida por vínculo matrimonial, en atención a su sexo, deben desaparecer, previa la condición de mayoría de edad, reconociéndola plena capacidad para ser testigo en los testamentos, conservando la patria potestad a la madre viuda, igualándola al padre para el nombramiento de tutor para sus hijos, declarándola hábil para el ejercicio de la tutela, admitiendo su concurrencia en la composición del Consejo de familia, etc.

En otro orden de cosas, sostiene teorías que caerán destrozadas al enfrentarse con la realidad. Tal ocurre en la supresión que propugna de la dote, sin tener en cuenta que las regiones forales, ya que no Castilla, donde tiene poco arraigo, se opondrán en masa a que sea proscrito un sistema que tiene tan vivas raíces en aquellas provincias. Y lo mismo puede decirse, incluso con mayor extensión, de la equiparación absoluta de derechos—que también supone—entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales.

Ha sido el derecho familiar—en frase del Sr. De Buen (obra citada, pág. 223)—«el campo de las mayores audacias, desarrolladas en el artículo 43, que, por cierto, más que el precepto de una ley, parece un tratado de Sociología». Forzoso será reconocer, en vista de esta confesión, que no nos parece la audacia, aliada casi siempre de la ignorancia, el camino más adecuado para hacer labor legislativa. Así se explica, por ejemplo, el absurdo, que no

nos es dado concebir, de un matrimonio sin *autoridad marital*, sin transmisión de legitimidad a los hijos, que ya la adquieren sin necesidad de que sus padres estén unidos.

. Y es que ciertas teorías de la Constitución—laicismo, tendencia igualatoria, divorcio, derecho familiar, matrimonio, autoridad marital—, además de la improcedencia con que fueron encajados violentamente en un Código que debe ser sólo y esencialmente político, y tener, por tanto, como único objeto el Estado, su forma de gobierno y la declaración de los derechos de ciudadanía, sin que quepan en él afirmaciones de otra índole, por su origen marcadamente racionalista, por estar orientadas en un criterio socialista, no pueden tener raigambre en España porque chocan con las asperezas que les oponen las costumbres, la tradición varias veces secular, la concepción cristiana de la familia y del matrimonio, los mismos intereses creados que tienen una fuerza incontestable.

Confirma esta última idea Radbruch, en su *Introducción a la ciencia del Derecho*, con las siguientes frases: «Los sujetos particulares suelen sentirse primordialmente esposos, padres, hombres de negocios, etc., y sólo después ciudadanos: por esto, de ordinario, los intereses existentes se oponen, mucho más radical y tenazmente, a una modificación del Derecho privado que a una transformación de orden político.»

Sobre otro asunto, también relativo a la capacidad de la mujer casada, hubo de resolver consulta el Ministerio de Justicia (1), elevada por el Notario de Madrid D. José Luis Díez Pastor. Había éste autorizado una escritura por la que una señora, que contrajo en 1926 segundo matrimonio, concedió la emancipación a un su hijo del primero y le autorizó para enajenar a título de venta ciertos bienes, oponiéndose el Notario al otorgamiento de esta escritura por entender que carecía dicha señora de facultad de emancipar, sin duda teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 168 del Código civil o acaso que el segundo matrimonio

(1) Orden de 4 de Octubre de 1933. (*Gaceta* de 5 de Noviembre.)

se había contraído antes de la vigencia de la Constitución y de la ley de Divorcio, y que, por tanto, no le eran aplicables las disposiciones de estos Cuerpos legales.

Juega en este caso otro elemento que es preciso tener en cuenta: la ley de Divorcio, que en su artículo 21 establece que «el hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado en cuya guarda hubiesen quedado las personas y los bienes de los hijos habidos por él en anterior matrimonio disuelto, no será por sí solo causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole».

Es decir, que en esta materia hay una conversión del precepto constitucional del artículo 43 en norma concreta de Derecho civil, y en su virtud la mujer divorciada que contrae segundas nupcias conserva la patria potestad. Y si ello es así, con mayor razón ha de entenderse que la viuda, después de contraer segundo matrimonio, se halla en el mismo caso. Máxime teniendo en cuenta que el obstáculo que hubiera podido presentarse de haberse constituido al menor el organismo tutelar, no existe en esta ocasión. La madre conservó de hecho la patria potestad.

Esta es la doctrina con que se declara bien extendida la escritura de emancipación de que se trata. Pero en ella, y al fundamentarla, se insiste en la afirmación de no constituir los principios dichos de la Constitución, reglas ejecutivas por sí solas, si bien la aplicación de las leyes civiles deberá hacerse en lo sucesivo con un criterio favorable al desarrollo de los principios constitucionales. Todo nuestro derecho positivo está sujeto a revisión por la fuerza del período constituyente en que se halla España, y mientras tengan vigencia las nuevas disposiciones que contiene el Código fundamental, muy necesitado, a juicio de muchos, de reforma honda y eliminadora de *audacias*.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

VENTA REALIZADA POR HEREDERO FIDUCIARIO. ES TAN SÓLO ANULABLE. NO ES TÍTULO BASTANTE PARA CONSEGUIR LA CANCELACIÓN DEL ASIENTO EXTENDIDO A FAVOR DE TERCERO—COMPRADOR—Y LOGRAR, SIN MÁS, LA INSCRIPCIÓN A SU NOMBRE, LA PRESENTACIÓN DE UN AUTO JUDICIAL POR EL QUE LE SON ADJUDICADOS AL RECURRENTE LOS DERECHOS Y ACCIONES QUE CORRESPONDÍAN A QUIEN SE CREE HEREDERO SUSTITUTO. ES NECESARIO QUE DIRIJA LA ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA EL QUE TENGA INSCRITA LA FINCA, QUE OBTENGA SU CONSENTIMIENTO O LE VENZA EN JUICIO. REFUERZA, EN ESTE CASO, LA POSICIÓN DEL TERCERO LA RENUNCIA HECHA POR EL NIETO DE LOS DERECHOS QUE PUDIERAN CORRESPONDERLE COMO HEREDERO FIDEICOMISARIO DE SU ABUELO Y AFIRMA MÁS LA INSUFICIENCIA DE LOS TÍTULOS PRESENTADOS,

Resolución de 14 de Noviembre de 1933. (Gaceta de 7 Diciembre.)

Falleció D. Joaquín Farguell Caún, nombrando heredero a su hijo D. Manuel Farguell Magarola con facultad de sustitución entre sus hijos, habiendo también fallecido aquél, dejando un hijo único, D. Joaquín Farguell Morera, sin haber hecho uso de sus facultades y previa enajenación de una finca urbana a D. Francisco Porto, y otra, pasando después, por herencia, a doña Carmen Mestres, siempre con la mención en las inscripciones hechas de la sustitución fideicomisaria.

Don Salvador Lluch obtuvo auto del Juzgado de instrucción del distrito del Oeste, de Barcelona, en el que le fueron adjudicados los derechos y acciones que correspondían al primer causante de la sucesión antes mencionada, y con instancia, dicho

auto y otros documentos solicitó la inscripción a su favor de la propiedad de la referida finca urbana, como adjudicatario de los derechos que tenía el Sr. Morera como heredero sustituto en la herencia de su abuelo el Sr. Caún.

El Registrador de la Propiedad del Norte, de Barcelona, suspendió la inscripción «porque la finca a que se refiere se halla inscrita a nombre de tercera persona, y si bien en dicho asiento se hace constar que se halla afecta a una sustitución la misma que pretende inscribir el solicitante, no se justifica que haya llegado el caso alegado por el suscribiente de la instancia con documentos y resolución judicial adecuados para anular los asientos que impiden extender el que se pretende, y que una vez consignados en el Registro de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia».

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota recurrida, y la Dirección general confirma el auto apelado con las siguientes consideraciones, y con vista, entre otras, de la Resolución de 3 de Noviembre de 1932 (página 53 del número 97 de esta Revista).

Aunque el señor Farguell Caún declaró en el testamento regulador de su sucesión que no dejaba establecido vínculo ni fideicomiso de ninguna clase, es indudable, como acertadamente expresa el auto presidencial, que las ventas realizadas por el heredero fiduciario en un fideicomiso sujeto a condición resolutoria, no son nulas, sino tan sólo anulables.

Establecida así en principio la validez de la venta realizada por el señor Farguell de Magarola, y no pudiendo confundirse la sustitución fideicomisaria con la descomposición del dominio en usufructo y nuda propiedad, al título que se trata de inscribir deberá atenderse principalmente para la resolución de este recurso.

Tal título—si bien con causa eficiente en otros—es el auto de 4 de Enero de 1932, por el que se adjudican al recurrente los derechos y acciones que puedan corresponder al Sr. Farguell Morera, como heredero fideicomisario de su difunto abuelo, o que le correspondan por el concepto que fuere, para *reclamar o reivindicar* los derechos de la herencia, título a todas luces insuficiente para producir la inscripción pretendida, con efectos cancelatorios respecto a la dueña actual de la finca.

Si sería peligrosa dicha inscripción, dados los términos del auto referido, en orden al desenvolvimiento normal de derecho que el Registro protege, la renuncia hecha por el Sr. Farguell Morera de los derechos que pudieran corresponderle sobre los bienes de la herencia del Sr. Farguell Caún, al robustecer la posición del adquirente, titular, según el Registro, en relación con las contingencias que puedan derivarse de la cláusula testamentaria, afirman más la insuficiencia de los títulos referidos.

Cualquiera que sea la virtualidad de la expresada renuncia, la atribución de lo vendido a los derechos legítimos y el alcance de la cláusula testamentaria, los sencillos trámites hipotecarios, basados en los títulos y en los datos del Registro, impiden que se concedan a los Registradores facultades para decidir por sí cuestiones que, dadas las variadas contingencias de las relaciones jurídicas producidas, son propias de resoluciones adecuadas de los Tribunales de justicia.

EXPROPIACIÓN SIN INDEMNIZACIÓN. ES ANOTABLE EL EMBARGO PRACTICADO EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO PARA LA EFECTIVIDAD DEL CRÉDITO HIPOTECARIO CONSTITUIDO SOBRE LA FINCA EMBARGADA, NO OBSTANTE HABER SIDO ÉSTA INCLUIDA EN EL ESTADO PREVENIDO POR EL ARTÍCULO 3.º DE LA LEY DE 24 DE AGOSTO DE 1932.

Resolución de 16 de Noviembre de 1933. (Gaceta de 10 de Diciembre.)

Despachado en autos de juicio ejecutivo mandamiento de ejecución contra los bienes del demandado, se hizo traba sobre una finca de la propiedad del ejecutado que se hallaba hipotecada en garantía del préstamo reclamado por el ejecutante.

Presentado en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaira el oportuno mandamiento para la anotación del embargo practicado, el Registrador denegó la anotación ordenada porque, según nota puesta al margen de la inscripción de dominio de la finca embargada, ésta había sido comprendida en el estado formado conforme al artículo 3.º de la Ley de 24 de Agosto de 1932, «cuya nota, mientras subsista, impide toda nueva inscripción de dominio y constitución de cargas y derechos reales».

Interpuesto recurso gubernativo por el acreedor ejecutante, el

Presidente de la Audiencia, de conformidad con el informe del Registrador y el del Juez que conoció de los autos, confirmó la nota denegatoria recurrida. Apelado el auto presidencial, la Dirección general de los Registros, en atención a las cuestiones que en el recurso se plantean y a la personalidad del Instituto de Reforma Agraria, acordó para mejor proveer remitir el expediente para informe a este Centro, el cual lo evacuó haciendo las consideraciones siguientes :

Cuáles sean el alcance y la naturaleza de la nota extendida en cumplimiento del artículo 4.º de la Ley de 24 de Agosto de 1932, al margen de la inscripción de la finca embargada, los tiene determinados la Orden del Ministerio de Agricultura, de fecha 31 de Mayo de 1933, dictada de acuerdo con lo resuelto por el Consejo Ejecutivo del mismo Instituto, por cuanto declara que «la referida nota, ni por los términos en que debe ser extendida ni por la circunstancia a que se refiere, tiene apropiado encaje en precepto alguno de la ley Hipotecaria ni de su Reglamento, ni en los contenidos en la ley de Enjuiciamiento civil, por lo que es necesario acudir al terreno de las analogías para encontrarle alguna similitud con figuras comprendidas dentro de la técnica hipotecaria, y, en tal sentido, pudiera estimarse como una anotación *sui generis* o como la advertencia provocada por la nota expresiva de haberse expedido la oportuna certificación en el procedimiento judicial sumario para hacer efectiva la responsabilidad hipotecaria de una finca, o como la ordenada extender por el artículo 201 del Reglamento hipotecario para hacer constar haberse iniciado el procedimiento extrajudicial para la efectividad del crédito, con la advertencia de que tal procedimiento no se entenderá con los que con posterioridad a la extensión de la nota anoten o inscriban algún derecho sobre la misma finca, pero sin que ni una ni otra impliquen ni produzcan, *ipso facto*, el cierre absoluto del Registro»; que como la citada Ley de 24 de Agosto de 1932 atribuyó a la nota de referencia el efecto de cerrar el Registro a toda nueva inscripción de traslación de dominio o de constitución y extinción de cargas y derechos reales, la expresada Orden ministerial hubo de considerar que, «tratándose de una disposición prohibitiva, ha de interpretarse restrictivamente, sin ampliarla a más casos que los estrictamente necesarios para que se cumpla el propósito del legis-

llador, que no fué otro que el de evitar que por actos dimanantes de la exclusiva voluntad de los encartados por los sucesos del mes de Agosto, las fincas de su pertenencia salieran de su dominio, haciendo así ineficaz la sanción que el Estado quiso imponerles, por cuya razón, cuando tal hecho no proviene de un acto originado por la voluntad del encartado, sino que se produce por imperativo de la ley, la existencia de la mencionada nota ni puede ni debe ser obstáculo para que la enajenación se inscriba».

La prohibición de inscribir transmisiones de dominio durante la vigencia de la nota a que se refiere el artículo 4.º de la citada Ley es tan sólo para las originadas por las relaciones jurídicas nacidas por la sola voluntad de las partes después del 10 de Agosto de 1932, pero no para las que fueron engendradas antes, que no se hallan comprendidas en el espíritu ni en la letra de la ley, sin que el hecho circunstancial de que la fecha en que la transmisión se realiza sea posterior a la extensión de la nota pueda influir en la validez de ella, siempre que deba su origen a un derecho nacido con anterioridad; y aun cuando la Orden ministerial de 31 de Mayo último resolvió un caso de adjudicación judicial de una finca en ejecución de sentencia, la doctrina en ella sentada para la enajenación es igualmente aplicable a la constitución y extinción de cargas y derechos reales, quedando claramente determinado por ella que la prohibición de extender nuevas inscripciones no es aplicable a las que hayan de consignar actos voluntarios anteriores al 10 de Agosto de 1932, ni a las que sean consecuencia de actos no voluntarios causados después, siempre que deban su origen a un imperativo legal o a un derecho nacido antes del día a que alcanza la retroactividad de la Ley.

Tanto técnica como gramaticalmente son conceptos distintos los de anotación e inscripción; si la disposición prohibitiva no comprende más que a uno de ellos, hay que estimar que el otro está excluido, según las más elementales reglas de hermenéutica; pero aun suponiendo que en el precepto prohibitivo entrase también la anotación, sería tan sólo en cuanto en ella se comprendiese uno de los actos a que se refiere el artículo 4.º de la Ley de 24 de Agosto, y siempre que éste se halle afectado de las circunstancias de origen y tiempo a que se refiere la Orden ministerial antes citada, y como las anotaciones preventivas de embargo de fincas

especialmente hipotecadas, ordenadas en el juicio ejecutivo seguido para la efectividad de la hipoteca, ni son constitutivas de carga ni de derecho real de especie alguna, de aquí que no pueda alcanzarse la prohibición consignada en la nota marginal correspondiente. Tales anotaciones ni crean el crédito reclamado ni la responsabilidad de la finca embargada, ni la garantía real de ésta frente a tercero. Crédito, responsabilidad y garantía nacieron en el Registro con la inscripción de constitución de hipoteca y el embargo de estas fincas nada nuevo constituye ni nada nuevo les agrega sobre lo ya comprendido en la inscripción de hipoteca. La finalidad de la inscripción no es otra que la de publicar, *erga omnes*, estarse persiguiendo el crédito hipotecario, de igual modo que en el procedimiento judicial sumario se hace público tal hecho mediante la extensión de la nota acreditativa de haberse expedido la certificación prevenida en el artículo 131 de la ley Hipotecaria.

Por último, como la anotación denegada es consecuencia de un derecho nacido (exigibilidad de crédito hipotecario) en 16 de Junio de 1932, aun cuando la acción se haya ejercitado después de 10 de Agosto de dicho año, ya que el derecho que le da vida nació con anterioridad, es de aplicar la doctrina sentada por la Orden del Ministerio de Agricultura de 31 de Mayo último.

La Dirección general de los Registros, por considerar que es el Instituto de Reforma Agraria la entidad que representa al Estado, titular en definitiva de los derechos que le atribuye la Ley de 24 de Agosto de 1932, y tiene además especial competencia en las cuestiones sobre retroactividad, creyó obligado resolver de conformidad a lo informado y a cuanto dispone la Orden del Ministerio de Agricultura que en el informe se menciona, ya que su doctrina, lejos de oponerse, coincide con los fundamentales principios que regulan el régimen hipotecario; y, en su consecuencia, de acuerdo con lo informado por dicho Instituto y por sus mismos fundamentos, declaró procedente la anotación preventiva cuya denegación motivó el recurso.

Se manifiestan en el recurso origen de esta resolución dos posiciones claramente antitéticas: una, la defendida por los informes del Registrador y del Juez que conoció de los autos ejecutivos y por el auto presidencial; otra, la mantenida por la Dirección del Instituto de Reforma Agraria y por la de los Registros. Tal vez

la primera sea más estrictamente ajustada a la letra de la Ley de 24 de Agosto de 1932, sobre todo en el régimen de excepción existente al tiempo de emitirse y dictarse aquellos informes y auto. Pero indudablemente la segunda posición está inspirada por un sereno espíritu de justicia y equidad más necesario que en ningún otro caso para interpretar aquella Ley dictada por la circunstancial conveniencia de la defensa del Poder público. De todas suertes, es digno de elogio el proceder de la Dirección de los Registros al respetar cuidadosamente la jurisdicción del Instituto de Reforma Agraria con el reconocimiento de la exclusiva competencia de éste—como sostenían el Registrador y el Presidente de la Audiencia—para resolver las cuestiones planteadas en el recurso.

VENTA POR PERSONA VIUDA DE FINCA QUE ADQUIRIÓ EN ESTADO DE CASADA POR TÍTULO DE HERENCIA. NO PROCEDE SUSPENDER SU INSCRIPCIÓN, SEGÚN REITERADAMENTE LO TIENE DECLARADO LA DIRECCIÓN EN DIVERSAS RESOLUCIONES, PORQUE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL NO MODIFICA LA CAPACIDAD DE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES EN ORDEN A LA DISPOSICIÓN DE BIENES QUE COMO EL QUE NOS OCUPA NO ENTRARON NUNCA A FORMAR PARTE DEL CAPITAL DE AQUÉLLA.

Resolución de 13 de Noviembre de 1933. (Gaceta de 12 de Diciembre.)

El Registrador de la Propiedad de Trujillo suspendió la inscripción de una escritura autorizada por el Notario del mismo sitio, D. Manuel M.^a Muro Galán, de venta por persona viuda de finca adquirida constante matrimonio por herencia, fundándose en «no constar en el Registro la disolución de la sociedad conyugal, mediante la cual pudieran llegar a ostentar algún derecho sobre el objeto que se transmite los herederos de la mujer».

Confirmó el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador y la Dirección general declara inscribible la escritura, con la misma doctrina a que hace referencia la resolución de 30 de Mayo de 1933, que puede verse en la página 754, número 106, de esta REVISTA.

NOTARIO. RECURSO. TIENE PERSONALIDAD PARA INTERPONERLO NO

SÓLO CUANDO LA NOTA CALIFICADORA ESTÉ FUNDADA EN DEFECTOS DE LA ESCRITURA, SINO TAMBIÉN CUANDO LA CALIFICACIÓN SE APOYA EN MOTIVOS QUE, POR HABER SIDO CONOCIDOS Y TENIDOS EN CUENTA AL REDACTAR LA ESCRITURA, PUDIERAN DAR LUGAR A LA CREENCIA DE QUE NO SABÍA APRECIAR EL ALCANCE DE LAS RELACIONES O PARTICULARIDADES JURÍDICAS DEL CASO EN RELACIÓN CON LA VOLUNTAD DE LOS OTORGANTES. PERO CARECE DE TAL PERSONALIDAD CUANDO DEL DOCUMENTO NO APAREZCA QUE EL NOTARIO TIENE QUE TENER PRESENTES LOS TÉRMINOS EN QUE EL PROBLEMA HA DE PLANTEARSE.

Resolución de 27 de Noviembre de 1933. (Gaceta de 20 de Diciembre de 1933.)

Suspendió el Registrador de la Propiedad de Guadix la inscripción de una escritura otorgada por el Notario D. Luis Rodríguez y Ponce de León, de venta de fincas segregadas, por entender no ser inscribible el exceso de cabida al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la ley Hipotecaria y por falta de identidad de las segregadas y de donde se segregaron.

En el recurso interpuesto por el Notario, el Registrador alegó, como cuestión previa, la de falta de personalidad de aquél, excepción que admitió el Presidente de la Audiencia, confirmando la Dirección general el auto apelado, razonándolo así:

Considerando que según constante doctrina de esta Dirección, basada en el artículo 121 del Reglamento Hipotecario citado, no sólo se concede al Notario autorizante de un instrumento público la facultad de entablar recurso gubernativo cuando la suspensión o denegación esté fundada en defectos del mismo, sino también cuando la calificación se apoya en motivos que, por haber sido conocidos y tenidos en cuenta al redactar la escritura, pudieran dar lugar a la creencia de que no sabía apreciar el alcance de las relaciones o particularidades jurídicas del caso en relación con la voluntad de los otorgantes.

Considerando que de tal doctrina se deduce claramente que para apreciar las repercusiones que la cuestión planteada pudiera producir en el prestigio del Notario recurrente es preciso examinar si éste redactó el instrumento en contemplación a la hipótesis

de la inscripción de los excesos de cabida de las fincas al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la ley Hipotecaria.

Considerando que no apareciendo dato alguno en el documento por el que se pueda presumir que el Notario, al autorizar la escritura, tuviera presentes los términos en que el problema iba a ser planteado, tanto más dada la fecha de la misma, y teniendo en cuenta que las manifestaciones de los interesados pudieron tener fines diversos, es notorio que no puede padecer el prestigio profesional del fedatario por la calificación recurrida.

Considerando que siendo difícil determinar si el exceso de cabida de una finca está o no inscrito en el Registro a favor de otra persona, como requisito necesario para su inscripción, mucho más cuando se producen segregaciones, tampoco pueden afectar al Notario las últimas palabras de la nota del Registrador.

CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA. SE REITERA LA DOCTRINA DE LA POSIBLE ANULACIÓN, NO NULIDAD, DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR MUJER CASADA SIN LICENCIA MARITAL, POR LO QUE SE DECLARAN INSCRIBIBLES SIN MÁS QUE HACER CONSTAR EN LA INSCRIPCIÓN DICHA FALTA, QUE LLEVA CONSIGO EL ANUNCIO DE LA POSIBILIDAD DEL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN DE NULIDAD. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL—ARTÍCULO 43—DE FUNDARSE EL MATRIMONIO EN LA IGUALDAD DE DERECHOS PARA AMBOS CÓNYUGES, SI BIEN DEBE SER ORIENTADOR Y GUÍA EN LA APLICACIÓN QUE HAYA DE HACERSE DE LAS LEYES CIVILES, YA QUE NOS ENCONTRAMOS EN UN NUEVO PERÍODO LEGISLATIVO, NO CONSTITUYE, EN OPINIÓN DE LOS COMENTARISTAS DEL CÓDIGO FUNDAMENTAL, UNA REGLA DE EJECUCIÓN POR SÍ MISMA, CREYENDO SEA MENESTER UN DESARROLLO COMPLEMENTARIO QUE PUEDA DARLE EFICACIA (1).

Resolución de 15 Diciembre 1933. (Gaceta de 1.º Enero 1934.)

El Registrador de la Propiedad de Pontevedra denegó la inscripción de una escritura de venta autorizada por el Notario de Madrid D. Ramón Díaz Ponte, porque compareciendo la compradora sin licencia marital, «con arreglo a la legislación contenida en el Código civil y jurisprudencia derivada del mismo, el acto carece de eficacia registral».

(1) Véase como comentario el artículo «La Constitución y el Código civil», que va en este número.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota recurrida y la Dirección general revoca el auto apelado, con los siguientes fundamentos :

Como insinúa la Orden de este Ministerio de 4 de Octubre último; en el período legislativo en que nos encontramos la aplicación de las leyes civiles debe hacerse con un criterio favorable al desarrollo de los nuevos principios constitucionales, y si bien parecè necesario para ello que haya una base legal, ya que prestigiosos comentaristas de la Constitución no estiman que los principios que ésta establece constituyan reglas ejecutivas por sí solas, creyendo sea menester un desarrollo complementario que pueda darlas verdadera efectividad, es lo cierto que para la inscripción que se pretende, el asentimiento tácito del marido, con el cual, alega la recurrente, viene rigiendo de hecho su vida y la de su familia, no puede, desde luego, sustituir la autorización o licencia indispensable a la mujer para adquirir y obligarse según los principios de nuestra legislación civil, pero lo mismo la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la de este Centro directivo tienen repetidísimamente declarado, en relación con los artículos del Código civil citados, que la falta de licencia del marido en los actos y contratos llevados a cabo por la mujer casada, no supone en modo alguno la nulidad, sino su posible anulación, ya que solamente aquél o sus herederos, nunca los extraños, podrán reclamarla en los plazos y condiciones establecidos por la ley; y que, en consecuencia, no pudiendo calificarse el defecto ni de insubsanable ni de subsanable, no autoriza al Registrador a suspender ni a denegar, sino que debe inscribir, si bien cuidando de que en el asiento aparezca claramente la falta de licencia marital a fin de prevenir a terceros de que hay pendiente una acción de nulidad.

Las Resoluciones de 29 de Marzo de 1901 y 21 de Abril de 1908, alegadas por el Registrador en su informe, no sentaron, como afirma, doctrina contraria, puesto que, cual en ellas se advierte, fueron dictadas desde un punto de vista diferente; esto es, el de no hallarse redactadas, según se pretendía, las escrituras que motivaron los recursos, con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, como otorgadas con infracción de lo que dispone el artículo 61 del Código civil; cuestión que no se plantea en este

Recurso, no interpuesto por el Notario autorizante de la escritura y sí por la adquirente de la finca, a los efectos de su inscripción.

Además, tal infracción, lo mismo que la de lo dispuesto en el artículo 243 del Reglamento notarial, y otras prohibiciones en el mismo contenidas para los Notarios, no pueden trascender a la validez del título ni ser origen de defectos que impidan su inscripción, según también tiene declarado este Centro directivo.

La sentencia de 4 de Abril de 1911 en que se apoya el auto presidencial, tampoco es de tener en cuenta a los efectos de la inscripción que ahora se intenta, como recaída aquélla en un caso totalmente diferente, esto es, el de pretenderse obligado el marido a pagar conjuntamente con su mujer un préstamo contraído por ésta, por él excepcionado de nulidad—que acertadamente declaró el Alto Tribunal—en el curso del pleito, en razón, primeramente, de no haber dado su consentimiento y por ser contraria, además, la pretensión al principio de nuestro derecho civil de que los contratos sólo producen efecto entre las partes y sus herederos y opuesta a la prescripción de que la mujer no podrá, sin aquel consentimiento, obligar los bienes de la sociedad de gananciales.

Tampoco la doctrina de las Resoluciones de 6 de Mayo de 1904 y 13 de Mayo de 1911 autoriza la conclusión a que llega el Registrador en su informe de la necesidad de extender la inscripción de las fincas así adquiridas a nombre del marido por razón de corresponder indiscutiblemente a éste la facultad de enajenarlas llegado el caso constante matrimonio, ya que dichas Resoluciones se limitan a reputar, para los efectos del Registro, tales fincas como pertenecientes a la sociedad de gananciales en fuerza de la presunción legal que establece el artículo 1.407 del Código civil, por no probar ni indicar siquiera la inscripción de la procedencia del dinero con que se compraron, pero nada dicen ni insinúan en contra de la posibilidad de inscribir a nombre de la mujer casada los inmuebles por ella así adquiridos, puesto que el mismo Código civil, en su artículo 1.401, prevé la posibilidad de adquisición para cualquiera de los esposos, aun respecto de los bienes adquiridos a costa del caudal común, y la doctrina de esta Dirección—Resoluciones de 9 de Febrero de 1917 y 15 de Julio de 1918, entre otras—así lo tienen repetidamente declarado.

BIENES GANANCIALES. CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA. NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA EN QUE SE HIPOTECAN DOS FINCAS INSCRITAS A NOMBRE DEL MARIDO COMO GANANCIALES POR LA MUJER CON LA SOLA Y SIMPLE LICENCIA DE AQUEL, QUE CONCURRE AL OTORGAMIENTO A CONCEDER A SU ESPOSA AUTORIZACIÓN PARA HIPOTECAR, ADEMÁS, FINCAS DE LA PROPIEDAD DE ELLA, POR NO SER JURÍDICAMENTE SINÓNIMAS LAS PALABRAS LICENCIA, AUTORIZACIÓN Y CONSENTIMIENTO, NI PODERSE APOYAR LA VALIDEZ DEL ACTO EN LA PRESUNCIÓN DE HABER INTERVENIDO EL MARIDO EN LA ESCRITURA.

Resolución de 19 Diciembre 1933. (Gaceta de 4 Enero 1934.)

El Notario de Guadix, D. Luis Rodríguez y Ponce de León, autorizó escritura en la que comparecieron los esposos D. Amador Sánchez y D.^a Clara Valverde, a reconocer un préstamo que les había hecho otra persona, hipotecando D.^a Clara seis fincas, de ellas cuatro adquiridas por ella por donación y dos pertenecientes al matrimonio por compra, denegando el Registrador de la Propiedad del mismo pueblo la inscripción en cuanto a las dos últimas por no aparecer inscritas a nombre de la hipotecante y sí al de su esposo.

El Presidente de la Audiencia, en el recurso interpuesto, acordó confirmar la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado con las siguientes consideraciones:

No existiendo discusión en cuanto a que las fincas señaladas en la escritura con las letras a) y b) pertenecen a la sociedad de gananciales constituida por los esposos Sánchez Valverde, en fuerza al sistema adoptado por nuestro Código civil, es evidente que el marido es el único autorizado para disponer de las mismas a título oneroso durante el matrimonio.

En este supuesto, D. Amador Sánchez era el único que podía gravar con la hipoteca las dos fincas referidas, prestando su consentimiento del modo claro y preciso que exigía la naturaleza del contrato, ya directamente, siendo él quien hipotecaba, o indirectamente, dando el consentimiento a su mujer para obligar los bienes de la sociedad de gananciales.

La licencia concedida por el marido no equivale al consentimiento, porque no siendo sinónimos ni teniendo igual alcance tales palabras en la técnica jurídica, si la mujer es quien contrata

y se obliga, la licencia del marido sólo supone la intervención exigida por la Ley al jefe de la sociedad conyugal.

BIENES GANANCIALES. LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL, QUE CONSIDERA COMO TALES A TODOS LOS DEL MATRIMONIO, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO, NO PUEDE TENER UNA INTERPRETACIÓN EXTENSA, COMO REGLA SUPLETORIA QUE ES, DE TAL MODO QUE REBASE LA PRUEBA QUE DE CONTRARIO PUEDA ADUCIRSE, PORQUE EL TRANSCURSO DEL DOBLE DEL PLAZO HÁBIL PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA, QUE SÓLO PUEDEN EJERCITAR LOS PERJUDICADOS, Y LA APROBACIÓN JUDICIAL DE LA PARTICIÓN SON ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CONCEDERLES FUERZA ADVERSATIVA Y TRASCENDENCIA SUPERIORES A LA PRESUNCIÓN DEL CITADO ARTÍCULO. DIFICULTAD DE LA PRUEBA TRATÁNDOSE DE METÁLICO O BIENES FUNGIBLES, Y NECESIDAD DE ELLA SÓLO CUANDO HAYA TERCEROS INTERESADOS.

Resolución de 22 Diciembre 1933. (Gaceta de 4 Enero 1934.)

En partición practicada entre el viudo y el defensor judicial de tres hijos menores de edad se adjudicaron a éstos bienes suficientes a cubrir las aportaciones de la madre, y el resto del capital, al padre para el pago de las suyas, que habían consistido en metálico y muebles, cuya aportación no se justificaba, al parecer, y en inmuebles. Aprobada judicialmente dicha partición y acompañada de las certificaciones acreditativas de que la última de las hijas era mayor de edad desde hacía más de cuatro años de hecha la partición, se presentó en el Registro de la Propiedad de Jerez de los Caballeros, y por el Registrador se puso nota en ella de suspensión por el defecto de «haberse realizado la liquidación de la sociedad conyugal por el viudo de la causante y el defensor judicial de las tres herederas menores de edad, contraviniendo la presunción legal del artículo 1.407 del Código civil, y por tanto, con perjuicio para las expresadas menores, toda vez que del documento calificado resulta adjudicarse al expresado viudo, además de todos los inmuebles privativos suyos, adquiridos por diferentes títulos lucrativos, todos los adquiridos a título oneroso durante su matrimonio con la causante, en pago de supuestas aportaciones en metálico y otros bienes muebles, cuyas aportaciones no se prueban, por lo que

con arreglo a la presunción del referido artículo 1.407 del Código civil tienen dichos inmuebles la consideración legal de gananciales».

Interpuesto recurso por el interesado, el Presidente de la Audiencia, si bien declaró la competencia calificador del Registrador, revocó su nota, auto que confirma la Dirección general, con los siguientes fundamentos:

Mirando a la adquisición es indudable la cualidad de gananciales de los bienes discutidos, si bien debe tenerse en cuenta que en las verificadas a título oneroso durante el matrimonio es muy difícil la prueba contraria a la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código civil, sobre todo cuando las aportaciones fueron en metálico o en bienes fungibles, resolviéndose las dudas por los interesados con el conocimiento que tienen de la masa hereditaria.

Tal prueba sólo debe ser completa y concluyente para destruir la presunción, cuando haya terceros interesados, por lo cual, el problema que la nota plantea no tiene virtualidad bastante para la discusión, después iniciada, con miras a la determinación de las facultades del padre y del defensor de las menores en la partición.

Por ello no tiene gran interés el discutir si el defensor judicial asume accidentalmente las funciones protectoras del padre, si se acerca a los antiguos curadores, o es más bien un tutor «ad hoc», debiendo partirse de las facultades que se atribuyen a los herederos para hacer las declaraciones correspondientes, siempre que no estén en abierta contradicción con los preceptos que regulan la materia, o no sean impugnados por los interesados ante los Tribunales de justicia.

Sin negar ni afirmar la procedencia de una impugnación en tiempo, en el supuesto de haber sido realizadas las operaciones particionales «in fraudem legis», sin descansar en meras conjeturas siempre será indispensable reconocer algún valor a la aprobación judicial y a las demás circunstancias que, recogidas por el auto presidencial, se dan en este recurso.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

13. *Derecho foral navarro.—Pastos de facería.—Las facerías contractuales sólo pueden ser disueltas por mutuo consentimiento de los pueblos limítrofes obligados y no por la sola voluntad de ellos.—¿Son aplicables a las facerías contractuales las normas reguladoras de la comunidad de bienes?* Sentencia de 20 de Enero de 1934.

El Supremo admite el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ayuntamiento de Areso, y, en su consecuencia, casa y anula la sentencia de la Audiencia de Pamplona en méritos de lo siguiente: en escritura otorgada en 1718 entre los pueblos de Areso y Gorriti, aparece declarado que los términos de ambos confinan unos con otros y tienen cada uno los suyos distintos y separados, así en propiedad como en posesión y que hasta aquella fecha habían tenido facería sin escritura ni formalidad alguna; pero, para evitar perjuicios y por desear la paz y quietud de ambos pueblos, determinan hacer y otorgar en razón de lo dicho una escritura de convenio para, perpetuamente, observar y guardar, en la que se concreta: que el alcalde, regidores y vecinos del lugar de Gorriti dieron permiso a los de la villa de Areso que haya al presente, y en adelante hubiere, para que, así concejil como particularmente, puedan gozar y gocen con todos sus ganados mayores y menores perpetuamente todas las hierbas y aguas de los términos de Gorriti, que señalan y limitan y las mismas declaraciones en cuanto a los de Gorriti, para el aprovechamiento en término de Areso.

Por lo expuesto se ve claramente que se trata de una facería contractual ratificadora de la que, por antiguos usos y costumbres, existía entre los pueblos citados, facería que por estas características procede calificar de una *pecoris pascendi* recíproca constitutiva de una *mutuas servitus* sobre los pastos y aguas de los términos deslindados, por lo cual es inadecuada la aplicación al caso de las normas que regulan la comunidad de bienes y la consiguiente estimación de la acción *comuni dividundo*, que siempre sería ineficaz en su ejecución, pues su realidad no se muestra sino en el caso de indivisión de los términos de los pueblos, ya que éstos los poseerían como condueños, circunstancia que no se da en el caso de autos.

Las facerías contractuales del tipo de la contenida en la escritura de 1717, sólo por mutuo consentimiento de los pueblos limítrofes que se obligaron pueden ser disueltas y no por la sola voluntad de uno de ellos, que no por esto está privado del ejercicio de otras acciones que pudieran poner término a esos recíprocos aprovechamientos, tan profundamente arraigados en Navarra, siempre que la acción se apoyara en causas suficientes a justificar el rompimiento de pactos que tanto armonizan con las necesidades socialagrarias del presente.

* * *

Para un estudio de los pastos de facería en Navarra, pueden consultarse: Castán: «Derecho civil español común y foral», tomo I, vol. I, pág. 435. Lacarra: «Instituciones de Derecho civil navarro», I, pág. 424. «Derecho civil vigente en Navarra», de la Biblioteca judicial, II, pág. 24. Mouton y Ocampo: «Diccionario de Derecho civil foral», II, pág. 480. «Enciclopedia Seix», artículo de D. Víctor Covián sobre pastos de facería. Véase la Sentencia de 22 de Febrero de 1894 acerca de la procedencia de la división de montes comunales entre los pueblos coparticipes.

14. *Partición hecha por Comisario.*—El Comisario representa al testador.—¿Tienen la consideración de gananciales los aumentos de valor de los bienes propios de uno de los cónyuges?—*Pretensión.*—Prelegado.—Naturaleza de la comunidad de gananciales. Sentencia de 10 de Enero de 1934.

El Tribunal Supremo rechaza los recursos de casación, por infracción de Ley, interpuestos por doña Julia C. y por doña Julia de Goicoechea, en méritos de los considerandos siguientes, que por su importancia e interés transcribimos casi íntegramente:

El artículo 1.075 del Código civil en cuanto prescribe que la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos, o de que aparezca o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador, autoriza a los Tribunales para rescindir las particiones otorgadas por Comisarios, siempre que aparezca la voluntad del testador en tal sentido, o racionalmente se deduzca de los términos por el mismo empleados, o porque no ajustándose aquéllos a las reglas de igualdad en el reparto, sentadas o admitidas por el testamento, resulte evidente la infracción del mismo; y, en consecuencia, al establecerlo así, la sentencia recurrida, que parte de la igualdad en la distribución como base primordial pronunciando la rescisión de las operaciones litigiosas en determinados extremos, no sólo no infringe los artículos 1.056 y 1.075 del Código civil y la doctrina legal de las sentencias de 17 de Mayo, 24 de Septiembre de 1910 y 22 de Enero de 1913, sino que, por el contrario, se ajusta con acierto a la recta interpretación de dichas normas y a la naturaleza de la partición por Comisario, según viene definiéndola esta Sala, incluso en resolución tan reciente como la pronunciada en 18 de Mayo de 1933.

Considerando que la mera facultad de hacer la partición que el testador puede conferir a otra persona, según autoriza el artículo 1.057 del Código civil, atribuye al comisario, según reiterada jurisprudencia, la representación del *de cujus* para practicar con el otro cónyuge o los herederos de éste la liquidación de la sociedad conyugal, como supuesto indispensable de la división hereditaria, cuando el causante fallece en estado matrimonial o sin haber liquidado la sociedad conyugal antes disuelta; y esto sentado, no cabe duda de que las acciones que impugnan la partición practicada por Comisario, y entre ellas cuando proceda la rescisoria de los artículos 1.074 y 1.075 del Código civil, son puestas a disposición del heredero para defenderse del perjuicio que haya podido sufrir en la partición, cualquiera que sea el acto *mortis causa* de

donde arranque su lesión jurídica; y al entenderlo así la Sala sentenciadora y pronunciar rectificaciones atinentes a la liquidación de la sociedad conyugal, no ha infringido los artículos 1.428, 1.074 y 1.077 del Código civil, que señala el motivo tercero del mismo recurso, toda vez que la rescisión concedida, en cuanto a lo principal, debe alcanzar a las operaciones previas o complementarias que en el mismo testamento encuentren su apoyo.

Considerando que el motivo quinto de este recurso plantea en casación una cuestión nueva, que no se corresponde con la posición adoptada por los litigantes en el debate de instancia, pues, en efecto, habiendo solicitado la parte actora que si las señoras demandadas optaban por indemnizar perjuicios, en lugar de proceder a nueva partición, se establecería aquella responsabilidad en proporción de sus respectivos haberes; y resultando que ambas demandadas declararon en el trámite de contestar su opción en aquel sentido, sin oponer ningún reparo a dicha distribución de responsabilidad, es visto que contra el pronunciamiento que así la sanciona no cabe que la misma parte demandada impugne en el presente recurso lo que pudieron combatir y no combatieron oportunamente en trámite de instancia.

Considerando que la sentencia recurrida no otorga más de lo pedido, al conceder a la parte demandante los frutos y rentas de los bienes hereditarios, en la proporción correspondiente a aquélla y a contar desde el fallecimiento del causante, pues, al contrario, en dicho pronunciamiento se concede menos de lo suplicado a este respecto en la petición séptima de la demanda, como lo demuestra un examen comparativo de ambos textos, y en especial la circunstancia de que no ha lugar a ninguna otra indemnización por concepto de frutos, a que se refiere la petición séptima de la demanda; de donde resulta improcedente también el sexto motivo del recurso.

Considerando que tampoco es procedente el noveno y último motivo de este recurso, encaminado a impugnar el pronunciamiento que desestimó la pretensión reconvencional, en el sentido de que se reputen ganancias en la liquidación de la sociedad de este nombre los aumentos de valor que hayan experimentado los bienes propios del marido, en cuanto no procedieren de la acción espontánea de la naturaleza o del tiempo, pues es obvio que esta

pretensión, aun sin conceder valor a la particularidad de que la señora viuda va contra sus propios actos, en cuanto ella aprobó y consintió la liquidación practicada, sin que aparecieran computados tales bienes gananciales, resulta de ambos fallos, coincidentes en este extremo, que, lejos de haber probado gastos, expensas o aumentos realizados a costa de la sociedad conyugal, tan sólo se alegan las diferencias de valoración de los bienes entre documentos de fechas distanciadas por largos intervalos, en los que el precio de la propiedad territorial ha experimentado radicales alteraciones.

Considerando que el pronunciamiento de la sentencia recurrida condenando a la viuda y demás herederos del Sr. Goicoechea a abonar al actor Sr. Aguila la tercera parte del valor de los estudios y gastos realizados por éste para obtener determinada concesión, cuya tercera parte pro indiviso se declara propiedad del referido causante, corresponde a la petición subsidiariamente deducida por dicho demandante, en el sentido de que se le reconociera su derecho a ser reembolsado en la parte proporcional que sobre la concesión se atribuía al testador; y si en virtud de ese pronunciamiento resulta declarada la corresponsabilidad también de la heredera, doña Julia Goicoechea Cadenas, que es en este pleito demandante, con su marido, Sr. Aguila, el cual no pidió la condena de su mujer, es indudable que esta sola circunstancia no aparece suficiente para tachar de incongruencia el fallo, si se tiene en cuenta que la declaración suplicada en la demanda y otorgada en la sentencia se limita a fijar acertadamente que la responsabilidad de aquella deuda de la sociedad de gananciales ha de ser soportada por el cónyuge viudo y los herederos del premuerto; siendo evidente que por hacer esta declaración y la correlativa del derecho del acreedor a reembolsarse contra la herencia, o en su caso los herederos, no se infringe el artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, citado en este primer motivo, que por las razones dichas debe ser desestimado.

Considerando que por haberse limitado la representación, un poco ambigua en estas actuaciones, de doña Julia de Goicoechea y Cadenas a solicitar como primer pedimento de su demanda la declaración de que las dos terceras partes de la concesión hidroeléctrica pertenecían a D. Antonio del Aguila, o en otro caso, el

reconocimiento a su favor de una tercera parte y del derecho a que fuera reembolsado por los gastos y estudios, no puede suscitar en casación un problema como el de la necesidad de valorar la partida correspondiente del inventario, que en el fondo y en la forma es completamente nuevo, y puede hallarse, como adjudicación en vacío, íntimamente ligada a supuestos económicos e industriales no discutidos en el pleito, por cuyas razones y por haberse conformado con el fallo de primera instancia, que en este punto no ha sido modificado, procede desestimar el segundo motivo del respectivo recurso.

Considerando que en el motivo siguiente se intenta demostrar la violación de los artículos 881, 883, 885 y 886 del Código civil y de la doctrina sentada por este Tribunal en orden a la limitación impuesta a los Comisarios cuando se trata de legados de cosas determinadas, por crear sus declaraciones un estado de derecho solo, si actúan sobre la herencia como *universum jus* o masa de bienes adquirida a título universal; pero en tales alegaciones olvida la recurrente que en la cláusula octava de su testamento D. José de Goicoechea *dispone*, no *lega* a favor de su esposa e hijas, en forma oscura y con referencia a conceptos de rentas y usufructo viudal que no agotan la sustancia económica de las fincas en cuestión, y que, aun en la hipótesis de que quisiera *legar*, su voluntad quedaría, en cierto modo, mediatizada, por las facultades que a los albaceas confieren la necesidad de distribuir la plena propiedad de las cosas, la primacía de los deudores sobre la herencia, lo incondicionable de los derechos legítimos de la viuda y, en fin, la ambigua naturaleza del *prelegado*, que no puede ser equiparado al legado puro y simple.

Considerando que el cuarto motivo del recurso interpuesto por doña Julia de Goicoechea y fundado en la afirmación de que el *de cujus* vendió varios olivares en 1909 por el precio de 25.270 pesetas, que deben figurar como capital propio en la partición, tampoco puede prosperar, atendido a que el documento invocado para demostrar la evidente equivocación del juzgador y el error de derecho por infracción de los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil es una escritura otorgada en 1.º de Noviembre de 1927 por la viuda y uno de los Comisarios con los señores Rodríguez Osorio; esto es, un acto de ratificación, formalizado por la representación

de la testamentaria, que en la Base tercera del cuaderno particional declara haber tenido en cuenta «los bienes que el causante aportara a su matrimonio, hallándose incluidos entre éstos los diversos olivares que constaban en sus hijuelas y que hoy no existen, por haberlos vendido», para fijar el importe de su aportación; y como al proceder a la liquidación sobre tales bases sienta dos partidas, una por aportaciones del causante, procedentes de la herencia de su hermano, y otra por aportación de diversas haciendas, de un modo global y sin describir los elementos del activo y pasivo, es imposible destacar del cómputo la pequeña cantidad reclamada, que puede hallarse absorbida por las notables diferencias de valoración, y no puede llegarse directa e inmediatamente a la convicción, por la Ley exigida, de que la Sala sentenciadora se haya equivocado en el pronunciamiento discutido, cualquiera que sea el valor del razonamiento que emplea para desestimar la petición del demandante.

Considerando que los motivos quinto y sexto del recurso ahora examinado reproducen, en cierto modo, la antigua discusión sobre el legado hecho por el marido a su esposa de bienes gananciales, a la sombra de los artículos 864, 866, 878 y 1.414 del Código civil, con el conocido argumento de que el testador legó cosa, en parte, ajena a él, y, en cambio, propia de la legataria, como resultado de la liquidación de la sociedad conyugal, y con la finalidad de combatir los argumentos del Tribunal *a quo*, basados en que la voluntad del testador fué hacer a su viuda un legado sumamente amplio, que no es inoficioso, por caber en el tercio de libre disposición.

Considerando que sin necesidad de resolver la cuestión en la actualidad debatida de si la comunidad de gananciales es una sociedad sin personalidad, una mancomunidad familiar o una entidad jurídica autónoma, basta la simple enunciación del problema para demostrar que los preceptos legales relativos a legados de cosa ajena, común o propia del legatario, no son definitivos si se aplican a cosas totalmente dominadas y poseídas por ambos cónyuges, ni los razonamientos que partan de una confusión entre cuotas de copropiedad y cuotas de distribución servirán para decidir si en el momento de la muerte de uno de los cónyuges el dominio de bienes gananciales determinados corresponde al marido

o a la mujer, y, antes bien, ha de centrarse el litigio sobre la interpretación de las cláusulas establecidas a favor de la esposa, en cuanto nadie pone en duda que el testador puede disponer que cierto legado se pague por entero de sus bienes, cualquiera que sea la procedencia de los mismos, siempre que el valor de la cosa legada quepa dentro de la porción disponible.

Considerando que, justificado de este modo el planteamiento del problema, hecho por el Tribunal de instancia, no cabe desconocer que los fundamentos de su fallo: valor gramatical de la palabra *todos*, expresiones de cariño empleadas por el testador, importe de la manda discutida, remanente del tercio de libre disposición, aumento de esta cuota por las nuevas valoraciones, carencia de razón legal para mermar el legado, etc..., no han sido combatidas por la recurrente, que, lejos de citar el artículo 675 y emprender un análisis exegético de la cláusula tercera para subrayar los errores a su juicio cometidos, anota las particularidades de la liquidación, insiste en las anomalías que esta clase de figuras presentan cuando se las aplica una técnica de líneas romanísticas, y confiesa paladinamente que las cuestiones de interpretación e inoficiosidad no han sido las planteadas y discutidas por doña Julia Goicoechea, como si todos estos razonamientos no hubieran sido esgrimidos contra la derogada ley 16 de Toro, aunque genuina inspiración de la práctica castellana, a cuyo tenor: «Si el marido mandase alguna cosa a su mujer al tiempo de su muerte de su testamento, no se le cuente en la parte que la mujer ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio; mas haya la dicha mitad de bienes y la tal manda en lo que de derecho debiese valer.»

Considerando, en lo tocante al último motivo, formulado para evitar se distancie el momento de la liquidación, hasta el cual han de satisfacerse los frutos y rentas hereditarias, del momento de pago o cumplimiento de la obligación, así como para cautelar las consecuencias de la opción concedida a los herederos por el segundo párrafo del artículo 1.077 del Código civil, que la sentencia no ha infringido el artículo 1.156 del mismo texto legal, al señalar un término a las responsabilidades exigibles; en el 1.108 del repetido Código al no prever el supuesto de que las demandadas opten por pagar la indemnización en numerario, puesto que tanto

en uno como en otro caso el Juzgado, a quien está encomendada la ejecución del fallo definitivo y firme, podrá adoptar, a petición de parte, cuantas medidas otorgue la Ley para garantizarlo y determinar, en su caso, la indemnización exigible, con arreglo a los datos y circunstancias del caso.

* * *

Para un estudio de la institución del Comisario, véase «*Revista de Legislación*», tomo 146, pág. 711, y las Sentencias de 3 de Diciembre de 1931, 18 de Mayo de 1932 y 18 de Mayo de 1933 (REVISTA CRÍTICA, tomo 8, pág. 627, y tomo 9, págs. 367 y 631) (1).

En cuanto al aumento de valor de los bienes privativos, puede verse el artículo inserto en el número 29 de «*Gaceta de Tribunales*» (página 81), orientado en el sentido de que corresponde a la sociedad de gananciales; la redacción de «*Gaceta del Notariado*» entiende (tomo 53, pág. 125) que el aumento de valor experimentado por unas acciones mineras cede en beneficio de los hijos el cónyuge que las aportó, no debiendo considerarse el aumento ganancial; De Diego opina en su estudio «*El incremento de valor alcanzado constante matrimonio por las acciones de un Banco, aportadas por el marido, ¿constituye una ampliación de capital o bien ganancial?*» («*Revista de Derecho Privado*», tomo 8, pág. 45) que el sobreprecio de las acciones tiene la consideración de privativo y no es ganancial.

Sobre el concepto de la pretensión véase Enneccerus, «*Derecho civil*», I, parte general primera, pág. 293. Cfr. Núñez Lagos, «*El enriquecimiento sin causa*», pág. 6; Miguel y Romero, «*Antiguo y moderno concepto de la acción procesal*» («*Revista de Legislación*», tomo 153, págs. 31 y 43); Windscheid, «*Diritto delle Pandette*», vol. I (1925), pág. 121.

El prelegado puede estudiarse en De Diego, «*El prelegado en el derecho romano y en el derecho moderno*». Madrid, 1927; Ruggiero, «*Instituciones de derecho civil*», II, pág. 1.171.

Acerca de la comunidad de gananciales, véase Castán: «*Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia a los*

(1) Consideramos de gran interés la Sentencia de 22 de Febrero de 1929, que establece las normas aplicables a los contadores partidores. Puede verse, extractada por Castán, en *Revista de Derecho Privado*, vol. XVIII, pág. 169.

gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», tomo 155, pág. 226; Roca Sastre, «*La comunidad de gananciales*». REVISTA CRÍTICA, vol. 6, pág. 161.

15. *Posesión inscrita.—Sus relaciones con la real o física.—Requisitos esenciales de las demandas de tercera.—Alcance de la reforma del artículo 41 de la ley Hipotecaria.* Sentencia de 23 de Enero de 1934.

En una tercera de dominio el demandante presentó como título una escritura de compra de una casa sita en Torrejón, en la que se le transmite por el Fisco, en nombre de un contribuyente moroso, la posesión, sin perjuicio de tercero, que el contribuyente tenía inscrita en el Registro. Tal tercera tenía por objeto evitar que la finca fuera subastada a instancia de un acreedor, que la tenía embargada desde el año 1915, en cuya fecha, conforme pudo comprobar el comprador, el inmueble figuraba inscrito *en pleno dominio* a favor de unos industriales, desaparecidos del pueblo; inscripción de dominio que data de 1872 y sobre la que se anotó el embargo, y de cuyos asientos, por haber variado la descripción de la finca, no se tuvo noticia al inscribir en 1927 la posesión, que el Juzgado reconoció al contribuyente moroso como título supletorio para poder sacar la finca a subasta por los débitos de contribución.

El Juzgado accedió a la demanda; pero la Audiencia, al estimar que el contribuyente apremiado no podía ser tenido como dueño, ni tenía la posesión de la casa, porque de derecho correspondía al titular inscrito, revocó la sentencia del inferior, siendo a su vez esta sentencia *casada* por el Supremo, que admite el recurso.

Considerando que para absolver de la demanda a las dos Sociedades demandadas *se funda la sentencia recurrida* en que siendo requisito esencial en toda demanda de tercera que el demandante ostente un título acreditativo del dominio de la finca que trata de reivindicar, carece de él, en el caso de autos, D. Mariano Coronado Esteban, frente a los que demandó en el oportuno juicio, porque no pudo haber adquirido dicho señor de doña Paz Marchamalo, viuda de Campoamor, el dominio de la finca urbana litigiosa que le vendió por escritura pública de 17 de Septiembre

de 1928 un agente ejecutivo, en virtud de procedimiento de apremio por débitos de contribución contra ella seguido por su propio derecho, por cuanto no se hallaba el inmueble en el patrimonio de la mencionada señora, ni pudo, por tanto, efectuarse a favor del comprador la tradición de la repetida finca que exige el artículo 609 del Código civil, ni de ella obtuvo la posesión el tercerista comprador, porque de hecho la tenía un administrador judicial, y aunque el Sr. Coronado la instó y la obtuvo del Juzgado de primera instancia de Alcalá de Henares, a solicitud, más tarde, del referido Administrador y de doña Paz Marchamalo, que invocó derechos que decía ostentar la Sociedad «Viuda de Campoamor e Hijos», la dejó sin efecto y declaró contencioso el expediente.

Considerando que en oposición al indicado criterio del Tribunal de instancia señala el recurrente, en el primer motivo de su recurso, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, el error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba en que, a juicio suyo, incide la sentencia impugnada, demostrado aquél por los documentos auténticos, conforme a los números 3.º y 7.º del artículo 596 de la ley Procesal, consistentes en la certificación librada por el Secretario judicial del Juzgado de primera instancia de Alcalá de Henares, con relación al expediente de posesión judicial de la finca en cuestión promovido por D. Mariano Coronado, a que alude la resolución recurrida, y en el testimonio librado por el Secretario de la Sala primera de la Audiencia de Madrid, con intervención de ambas partes; y puesto que de la primera aparece que con vista de la escritura de venta de 17 de Septiembre de 1928, antes anotada, el Juez de primera instancia de Alcalá de Henares mandó en su auto de fecha 15 de Enero de 1929 que se pusiera en posesión judicial de la casa descrita en dicha escritura, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, a D. Mariano Coronado Esteban, y que el día 30 siguiente tomó de ella posesión, sin protesta de persona alguna, y fué requerido el inquilino que la ocupaba para que reconociera al mencionado Sr. Coronado como legítimo dueño y poseedor de dicha casa, según se hizo constar en la oportuna diligencia de posesión; y en la mentada escritura de 17 de Septiembre de 1928 se consignaron como antecedentes relativos a la finca por ella vendida, que figuraba catastrada a nombre de doña Paz Marchamalo, viuda de Campoamor, con un líquido imponible de 492 pesetas;

que fué embargada por débitos de contribución de dicha señora, la cual no entregó al Agente los títulos de propiedad; que subastada la finca fué adjudicada en 20 de Diciembre de 1927 al único postor, D. Mariano Coronado Esteban, en 5.468 pesetas, que entregó, notificándose el mismo día la adjudicación hecha a la deudora, doña Paz Marchamalo, y al Sr. Coronado; que por carecer de título dicha señora y no hallarse inscrita la casa a nombre de doña Paz, que la poseía quieta y pacíficamente a título de dueña de ella, previos los trámites legales necesarios, se inscribió a nombre de doña Paz Marchamalo en el Registro de la Propiedad correspondiente, con fecha 31 de Agosto de 1928, según reconoce la sentencia combatida, la posesión de la finca tantas veces indicada en la forma que en la escritura de venta se describe, estipulándose en ella que por virtud de la escritura quedaba transmitida a favor del comprador la posesión de la finca y que el funcionario otorgante obligaba a doña Paz Marchamalo y Recio a la evicción y saneamiento, con arreglo a derecho, la cual escritura fué inscrita en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares el día 10 de Diciembre de 1928, conforme consigna en su sentencia la Audiencia de Madrid; y como cuanto expuesto queda revela, sin duda alguna, que todo el procedimiento de apremio de que queda hecho mérito se entendió con doña Paz Marchamalo, a título de deudora de la contribución a ella repartida, sin que se opusiera al mismo, y de ello es además lógica consecuencia que al celebrarse la venta de la susodicha casa por la escritura pública de 17 de Septiembre de 1928 pudo transmitirse, y se transmitió, en efecto, al comprador, D. Mariano Coronado, la posesión del inmueble, que desde 31 de Agosto anterior se hallaba inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de doña Paz Marchamalo y Recio, por lo que contra la sentencia impugnada sostiene se realizó la tradición del inmueble al adquirente de él, y se halla, por tanto, en posesión del mismo, en concepto de dueño, a los efectos de la tercería por él entablada, D. Mariano Coronado Esteban, procede estimar el motivo primero del recurso que este señor ha formulado y casar la sentencia recurrida, pues aun cuando el Tribunal sentenciador niegue también que la posesión judicial de la casa dada al recurrente en 30 de Enero de 1929 subsistiera, porque fué dejada sin efecto a instancia del Administrador judicial y de doña Paz Marchamalo, viuda de Campoamor, al reponer el Juzgado por su auto de 12 de

Abril siguiente la providencia del 22 de Marzo anterior que recayó a aquellos sendos escritos, por la que no había lugar a las aludidos pretensiones, sobre ser incomprensible que después de terminado el expediente y de conferida la posesión judicial al Sr. Coronado pudiera legalmente declararse aquél contencioso y dejarse ésta sin efecto por el mismo Juzgado a los dos meses y medio de haberla otorgado, es de observar, además, que al solicitar el Sr. Coronado la posesión judicial de la casa por él comprada, mediante escritura pública inscrita en el Registro, hallábanse ya vigentes las modificaciones introducidas en el artículo 41 de la ley Hipotecaria y 100 y 101 de su Reglamento por los Reales decretos-leyes de 13 de Junio y 19 de Julio de 1927, respectivamente, que declaró subsistentes el Decreto de la República de 31 de Mayo de 1931, y, por lo tanto, para que pudiera producir en su día efectos legales la oposición del Administrador judicial y de la señora viuda de Campoamor a la solicitud del Sr. Coronado, debió ajustarse necesariamente, según previene el artículo 100 del referido Reglamento, al procedimiento marcado en los artículos 1.642 al 1.650 de la ley de Enjuiciamiento civil y resolverse aquélla mediante la oportuna sentencia.

Considerando que sentado ya que D. Mariano Coronado se halla provisto de título adecuado para promover la demanda de tercería que ha entablado contra las Sociedades «Viuda de Campoamor e Hijos» y «Barrière Hermanos y Compañía», puesto que el artículo 41 de la ley Hipotecaria ordena que la posesión inscrita producirá mientras subsista iguales efectos que el dominio en favor del poseedor, conforme al artículo 446 del Código civil, y el señor Coronado obtuvo la posesión de la casa discutida por la escritura de compraventa que inscribió en el Registro, y, posteriormente, la posesión judicial de ella no combatida en forma legal, como, por otra parte, la prueba practicada en los autos acreditó cumplidamente que la identidad entre la finca embargada en ejecución de la sentencia ganada por la Sociedad «Viuda de Campoamor e Hijos» contra «Barrière Hermanos y Compañía» en pleito sobre pago de pesetas y la reclamada en el juicio de tercería es perfecta, indudable es la procedencia de estimar la demanda en él entablada, sin que a ello pueda oponerse la subsistencia en el Registro de las inscripciones a favor de Buffamena y Barrière de las dos fincas que, unidas, constituyeron la única litigiosa, según

se demostró en el pleito, porque, con arreglo también a lo probado, dichos señores perdieron su dominio sobre ella al adjudicarse a la Hacienda por débitos de contribución, siendo después contraída en el año 1917 por el Administrador judicial nombrado por la Sociedad «Viuda de Campoamor e Hijos» y catastrada más tarde a nombre de la viuda de Campoamor, doña Paz Marchamalo, que la vino poseyendo; y porque las probanzas practicadas en la litis evidencian que los términos de aquellas antiguas inscripciones relativas a Buffamena y Barrière, desaparecidos del pueblo de Torrejón de Ardoz hace más de veinticinco años, ignorando su paradero, no concuerdan con la realidad jurídica que los autos patentizan.

Considerando que interesado por D. Mariano Coronado Esteban en su demanda que se declare que son de su pertenencia y dominio las dos casas que forman hoy la número 29 moderno del pueblo de Torrejón de Ardoz y en su escrito se replica que se cancelen las inscripciones de dominio de dichas casas subsistentes en el Registro a favor de sus antiguos dueños, así como la anotación de embargo que sobre ellas se tomó a instancia de la Sociedad «Viuda de Campoamor e Hijos», procede estimar la demanda de tercería promovida por el actor conforme a lo razonado en los precedentes fundamentos y ordenar la cancelación de las indicadas inscripciones y anotación, absolviendo del resto de la demanda a las Sociedades demandadas, sin hacer, por tanto, expresa condena en las costas del pleito.

* * *

Se trata del primer caso, que nosotros sepamos, de aplicación del artículo 41, después de la reforma llevada a cabo por Decretos de 13 de Junio y 19 de Julio de 1927. Duramente combatida esta reforma, remitimos al lector que quiera enterarse de los diversos pareceres emitidos a raíz de la misma a los trabajos de: J. González: «La reforma de la ley Hipotecaria», REVISTA CRÍTICA, 1927, página 425; López de Haro: «La reforma del artículo 41, etc.», «Revista de Derecho Privado», 1927, pág. 267; Mon Pascual: «La nueva reforma de la ley Hipotecaria», REVISTA CRÍTICA, 1927, página 502; Navarro Carbonell: «Reforma del artículo 41», REVISTA CRÍTICA, 1927, pág. 401.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

BIBLIOGRAFÍA

Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil, por Adolfo Reinach. Traducción del alemán, con notas y apéndice, por José Luis Alvarez. Prólogo de José M.^a Alvarez M. Taladriz.

Desde que en la crítica de la razón pura, Kant trató de separar los juicios sintéticos que amalgaman *a priori*, con independencia de todo empirismo, elementos racionales esencialmente distintos, de los juicios analíticos, en que el predicado se relaciona con el sujeto como algo contenido directamente en el mismo y del cual se obtiene por vía de identidad, todas las ciencias, desde la matemática al derecho, buscan escrupulosamente las situaciones iniciales de la sensibilidad y del entendimiento que se nos imponen como formas o condiciones bajo las cuales son dados los objetos o se desenvuelve el pensamiento.

Corrientemente se define la recta como la línea más corta entre dos puntos, y basta pensar unos momentos sobre esta definición para comprender que mezcla dos órdenes de conocimientos perfectamente independientes: el de dirección espacial de una sola dimensión (cualitativo) y el de menor distancia (cuantitativo). Para poner de relieve la dualidad, el lector puede caminar desde esta amalgama, que en el primer momento parece resistirse al análisis, hacia otros casos en que la cualidad y la cantidad se van paulatinamente separando hasta perder todo enlace intuitivo. Así, la distancia mínima entre un punto y una recta es la perpendicular trazada desde aquél a ésta; pero en tal ejemplo ya discriminamos la noción cualitativa (perpendicularidad, formación de ángulos rectos, etc.) de la cuantitativa (distancia menor que cualquier otra). En la actualidad, no se necesita dominar la geometría analítica para percibir en todo momento la relación armónica de figuras y números. Sólo que el profano, para quien la equidistancia del centro a la circunferencia todavía se confunde con la figura redonda y de exquisita simetría, acaso ignore que en la elipse, la suma de las distancias a los focos es constante, y si lo sabe, porque haya visto a un jardinero trazar la curva con dos estacas fijas y una cuerda, seguramente no tiene idea de que los puntos de la línea que describe la piedra lanzada contra un pájaro casi equidistan de un punto y de una recta.

Admitidas aquellas situaciones necesarias del intelecto en las

que radica todo *apriorismo*, el espacio y el tiempo se revelan como formas de la sensibilidad externa o interna, bajo las que un objeto cualquiera ha de aparecer, y como intuiciones puras que contienen *a priori* la condición de posibilidad de los fenómenos.

Por otra parte, las categorías del entendimiento (dentro de las clases: cantidad, cualidad, relación, modalidad) son verdaderos conceptos que prescriben *a priori* las leyes de los fenómenos, es decir, determinan de antemano las relaciones en que han de aparecerse los diversos elementos de la naturaleza.

Mediante un profundo análisis de esta estructura de la sensibilidad y el entendimiento llega el filósofo de Koenisberg a formar una tabla de conceptos indispensables para trazar el plano de conjunto de una ciencia en cuanto repose sobre principios *a priori*.

Discípulo de T. Lipps y de E. Husserl, y siempre estudioso de la filosofía kantiana, a la que dedicó múltiples ensayos, Adolfo Reinach, muerto prematuramente para la ciencia jurídica antes de terminar la gran guerra, aplica con decisión la doctrina fenomenológica en el campo del derecho y encomienda a la intuición pura la misión de ponernos en contacto con los datos inmediatos y originarios de la vida. Las formaciones jurídicas (obligación, propiedad, etc.) tienen un ser tan independiente como los números, los árboles o las casas, no son invenciones del derecho positivo. En lo profundo de su esencia vemos una trabazón tan rigurosa e irreductible como la existente entre el valor de los ángulos que pueden formarse en un plano alrededor de un punto y las cinco especies de poliedros regulares. De aquí el sentido universal de las proposiciones *apriorísticas* y su independencia respecto de toda investigación u ordenamiento jurídico.

Cierto es que el derecho positivo se emancipa a veces de los postulados esenciales que la intuición percibe (por ejemplo: el Código civil regula la transmisibilidad de los créditos sin la participación del deudor, que *a priori* es inadmisibile); pero esta posibilidad también se explica por leyes apriorísticas.

El capítulo primero de la obra que reseñamos abre las puertas del campo apriorístico con un notabilísimo estudio sobre «pretensión, obligación y promesa», en donde acaso lo más sobresaliente sea el análisis de la promesa que resulta centrada, no sobre una anodina declaración de voluntad, sino sobre un específico acto so-

cial del que brota la pretensión por virtud de la misma relación obligatoria.

Ya no nos atrae y convence tanto el segundo capítulo, dedicado a las líneas fundamentales de la doctrina apriorística del derecho, sobre todo en cuanto se refiere a la propiedad, como vinculación estrecha y plenipotente entre persona y cosa, aunque en las sustanciosas líneas de la exposición se encuentren múltiples inspiraciones para desenvolver la teoría de los derechos reales.

En fin, el capítulo tercero pone de relieve las relaciones entre la doctrina apriorística y el derecho positivo y explica por qué la experiencia histórica muestra proposiciones de derecho (transmisión de la propiedad por el no-dueño, prenda sobre cosa propia etcétera...), que están en contradicción con las leyes jurídicas *de esencia* por el autor halladas.

La clave aparece en el concepto fundamental de lo que el traductor llama *determinación*: acto del legislador que impone una modalidad jurídica.

Aquí radica también la debilidad del sistema que puede quedar sepultado entre las producciones de la doctrina general del derecho o los fundamentos modernos del iusnaturalismo, de los que el autor trata de separarle en la conclusión de su trabajo.

Volviendo a la comparación con el *apriorismo* geométrico, yo puedo discutir las leyes de un espacio de cuatro dimensiones, concebir cómo dos hipercubos crecen en relación a la cuarta potencia del lado (a^4), admitir que dos cuerpos simétricos (por ejemplo, dos guantes) pueden ocupar el mismo lugar en virtud de un misterioso giro, hallar las características (aristas, ángulos, caras y volúmenes) de los hiperpoliedros regulares) y dar por cierto que en una esfera cerrada se puede entrar sin tocar la superficie por la cuarta dimensión, como metemos el dedo en un anillo por la tercera; pero en la vida racional práctica el espacio tridimensional me impondrá su rígida estructura y todos mis movimientos se ajustarán a sus inflexibles leyes.

Ahora bien: si el apriorismo jurídico tiene igual trascendencia en la órbita del deber ser, ¿cómo la determinación positiva del Estado salta a diario las llamadas conexiones de esencia y permite en el mecanismo hipotecario, por ejemplo, que se adquiera de quien es dueño, únicamente por la declaración del Registro?

De nada servirá distinguir lo que *es* y lo que *debe ser*, por-

que si calificamos la relación apriorística de ontológica estamos discutiendo un problema de orígenes que pierde todo valor específico, y si negamos a la *determinación* su eficacia normativa caemos en el absurdo. Aun colocando el tema en un plano metajurídico (es decir, en una interferencia del ser con el deber) no conseguimos aclarar la materia. La organización de la familia en los pueblos bárbaros explica la existencia de la venganza de sangre; pero a nadie se le ocurriría elevar este tradicional sentimiento a la categoría de elemento *a priori* inseparable de toda concepción jurídica.

El volumen examinado continúa con un apéndice en que el señor Alvarez hace resaltar con frase precisa los perfiles de las diversas construcciones apriorísticas que se aproximan a la de Reinach y termina con una copiosa bibliografía sobre la materia y el autor.

Por todo, merece la gratitud de cuantos se interesan en la cultura jurídica española. LA REDACCIÓN.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado	100.000.000	de pesetas
Capital desembolsado . .	51.355.500	—
Reservas	65.208.261,45	—

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

Sucursal Urbana: Glorieta de Bilbao, 6
400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

TIPOS DE INTERES

Desde 1.º de Julio de 1933, y a virtud de la norma del Consejo Superior Bancario, de observancia general y obligatoria para toda la Banca operante en España, este Banco no podrá abonar intereses superiores a los siguientes:

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.