

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año X

Febrero de 1934

Núm. 110

El precontrato

El contrato sobre celebración de un contrato futuro.—La promesa de contratar.—Naturaleza específica de la prestación precontractual.—Dificultades para la fijación de un concepto.—Razón del término «precontrato» y breve examen crítico de otras denominaciones propuestas.—Lugar del precontrato en la sistemática del Derecho civil.—Su posición al frente de los contratos en especie.—Ataques sobre la posibilidad de la obligación de querer algo en lo futuro.—Admisión lógica del precontrato.—Utilidad del mismo.—El precontrato, pura construcción teórica.—La posibilidad jurídica del precontrato.

¿QUÉ ES EL PRECONTRATO?

El «*pactum de contrahendum*», precontrato (*Vorvertrag*), según Töhl, ha sido estudiado más detenidamente por los juristas antiguos que por los de la época actual, fué objeto de preocupación para los estudiosos, desde los glosadores hasta los jurisconsultos de los siglos XVII y XVIII. Formaba parte de la doctrina tan debatida de los *pacta preparatoria* y del problema incluido en ella de los pactos nudos. Se contrapuso el sistema de los contratos formales romanos, que negaba virtud obligatoria legal a los pactos sin forma, y el principio que se había desenvuelto en el Derecho germánico, canónico y natural: respeto fiel a la palabra dada.

Degenkolb (1), en un trabajo que reputamos fundamental sobre la materia, nos enseña que por su contenido el pacto de contrahendo se dirige a un «*contrahere*», es decir, a un «*facere*».

(1) Der Begriff des Vorvertrags. *Archiv für Civilistische Praxis*. Tomo 71, página 2.

Podemos afirmar, por el estudio de los distintos tratados y monografías consultadas, que de un modo unánime se atribuye a Töhl haber acuñado el término *Vorvertrag*, que nosotros denominamos precontrato, para definir «un contrato que obliga a celebrar otro contrato; por tanto, un contrato presente que promete la conclusión de otro contrato futuro. Aquel cuya conclusión es prometida se designa por los autores contrato principal o definitivo. Esa definición ha sido criticada (1) porque se ha objetado que es contradictorio con la naturaleza de las cosas atribuir a un contrato que pueda prometer algo, por no ser el contrato una persona, sino un resultado que requiere la cooperación o acuerdo de voluntades entre varias personas.

Solamente por las partes contratantes podrá prometerse, pero además debe observarse que por su naturaleza específica, el contrato no podrá prometerse porque precisa normalmente la cooperación de dos personas por lo menos.

El compromiso de celebrar un contrato puede tener una doble fuente: el negocio jurídico o la ley. Este último supuesto se encuentra reconocido en la doctrina (2) y se citan como casos típicos la obligación de las empresas ferroviarias, y de las oficinas de Correos, de aceptar y transportar las mercancías y paquetes postales. Para Tuhr (3), ambos casos son consecuencia del monopolio que ejercen esas instituciones. Pero a nosotros nos interesa la primera de tales causas.

En el precontrato hay un negocio jurídico, un contrato obliga-

(1) Véase Hans Kaubes: *Zur Geschichte und rechtlichen natur der Vorvertrag*. 1911. Pág. 15.

(2) Véase Stolfi (M.): *L'obbligo legale a contrattare*. *Riv. Dir. Civ.* Año 1932. Pág. 105.

(3) No cree Thur que exista obligación legal de contratar en los contratos de utilización de gas, agua, electricidad, admisión en un hospital. (Este último, según la jurisprudencia suiza, no nace de un contrato, sino del Derecho público en materia de previsión y asistencia.) Llama la atención el mismo autor sobre una convención frecuente en Derecho moderno, aquella en que uno de los contratantes adquiere facultad de formar por su propia voluntad una relación obligatoria cuyo objeto se ha convenido por otra parte. Ejemplo: el derecho de opción, el derecho de retracto, un contratante puede conferir al otro derecho de prolongar una relación jurídica y el arriendo. Estas facultades son deformadores (*Begründende Gestaltungsrecht*). Véase: *Allgemeiner Teil des Schw. Ob. Recht*. Vol. 1, pág. 238 y sig.

cional que da lugar a una relación jurídica personal entre dos partes, facultando a una para exigir de la otra una contraprestación. Esta consiste, para Geller (1), en la conclusión de un contrato, es decir, en realizar una nueva declaración de voluntad. La conclusión del segundo contrato es un acto de ejecución del precontrato. Ha de tenerse en cuenta que la celebración del llamado contrato principal operará en dos direcciones, extingue de una parte las obligaciones del precontrato, y, de otra, trae a la vida las que son propias del contrato principal, es decir, simultáneamente, extingue y crea.

De manera análoga a las afirmaciones de Degenkolb perfila Coviello (2) la figura jurídica objeto de consideración, advirtiendo que su análisis nos ofrece una voluntad que promete y otra que acepta, esto es, constitución de un vínculo jurídico. Estamos en presencia, dice, de un contrato que tiene por objeto la celebración de otro contrato futuro (3).

Como el objeto del contrato, la prestación puede consistir en un dare, facere o non facere, y en ese «facere» puede situarse la celebración del contrato futuro.

Se trata, según el autor citado, de un contrato innominado, especial, que difiere de los de tal naturaleza porque cada uno tiene un contenido determinado, y no así el precontrato, cuyo contenido variable e indeterminado sólo podrá establecerse caso por caso. Delinease, por tanto, el pactum de contrahendo como el contrato que tiene por objeto un contrato obligatorio futuro.

El término «obligatorio», mejor dicho, obligacional, se emplea en contraposición al «Realvertrang» de la técnica germánica. Kohler dice que el negocio principal ha de representar una promesa, como el precontrato mismo (4). Nosotros hemos admitido como concepto

(1) Véase *Der Vorvertrag*. Eslinger, 1908. Pág. 3.

(2) Véase *ob. cit.*, pág. 69.

(3) El concepto lo había precisado Töhl: *Ein Vertrags des Inhalts, dass ein Vertrag geschlossen werden solle, also ein gegenwertigen Vertrag welchen ein künftigen Vertrag verspreche*. *Handelsrecht*. Vol. I, pág. 777.

(4) Igualmente Geller, *ob. cit.*, pág. 2, rechaza la concepción que ha creído que el precontrato era un concepto aplicable a toda clase de contratos que han de celebrarse en lo futuro, pues en ese sentido tenían a los de los negocios jurídicos primordiales, como la compraventa, la sociedad, los espasales, que no son precontratos propiamente hablando.

del contrato el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear, modificar o extinguir una relación jurídica obligatoria, y al acomodarse a estos requisitos, reconocemos en el precontrato un contrato.

Gierke, en su obra magistral «*Deutsches Privatrechts*» (1) también precisa certeramente que el precontrato puede preceder a un contrato obligacional (*Schuldvertrag*). Sólo entonces es aplicable el precontrato, pues no existirá cuando el contrato obligacional obliga a cerrar un contrato real, porque entonces todo contrato de aquella clase, los contratos para enajenación o gravamen de propiedad, o sobre constitución, modificación o extinción de los derechos reales, serían precontratos (2).

Aquel contrato que tiene por objeto la recíproca promesa de estipular otro entre las partes es un precontrato o pacto de contrahendo, según Ruggiero (3). Su función consiste en ligar a las partes sometiéndolas a celebrar el contrato futuro que de momento no se quiere o no se puede celebrar.

La conclusión de un negocio jurídico descansa a menudo en un precontrato que las partes han concluido de antemano. Pero frente a los escritores a quienes hemos hecho referencia, que consideran el precontrato como un acto jurídico acabado, completo, Demogue (4), en su *Tratado sobre las obligaciones*, formula otra concepción. Según él, ha de verse en el precontrato una teoría especial. Los elementos de un acto jurídico se agrupan en moldes tradicionales: contrato, testamento, etc. El precontrato forma una situación básica de un acto por acabar. Con esto, la forma adquiere trascendental importancia, ya no es la vestidura de un acto, sino un molde en que podrá cuajar aquello que se quiera, como en la antigua estipulación.

Resulta que en la doctrina francesa moderna, el precontrato, llamado también promesa de contratar, es un contrato preliminar en virtud del cual una de las partes ha de celebrar el contrato definitivo

(1) *Schuldrecht* III. Band., p. 355. Dunker Comp.^a München und Leipzig.

(2) También Siber (H.): *Grundriss des deutschen bürgerlichen Recht*. *Sulldrecht*, pág. 179. Leipzig, 1931.

(3) *Istituzione di Dir Civ.* Vol. II, pág. 258.

(4) *Traité des obligations en général*. Tomo II, págs. 108 y siguientes. París, 1923.

en las condiciones enunciadas el día en que la otra parte manifieste su voluntad, según declaran Planiol y Ripert (1). Se ha extendido así el campo de la promesa de contrato considerando que los elementos del contrato se hallan en ella como en espera de que nuevos elementos vengan a completarlos, llegándose a una formación sucesiva.

En el Derecho suizo, siguiendo a Tuhr (2), cabe designar como promesa de contrato el contrato en que una de las partes o varias se obligan a cumplir otro contrato, el contrato principal.

Podemos sostener con Geller que la naturaleza especial de la prestación precontractual, concluir un contrato, constituye la diferencia esencial entre el precontrato y los restantes contratos obligacionales. En relación con el contrato principal se nos presenta el precontrato como preparación de aquél. Entonces se plantea el problema de cuál es la fuerza jurídica que le confiere la voluntad de las partes. ¿Se trata de un contrato obligacional o de una mera *assertio*? ¿De un acto generador de obligaciones o de una sencilla declaración de opiniones coincidentes, como inquiere Degenkolb?

Es verdaderamente difícil recoger en una definición del precontrato todas las modalidades del mismo. Quizás ello ha contribuido a las vacilaciones que se observan en la literatura jurídico-civil. Nosotros no somos partidarios de las definiciones; no obstante, aceptaremos como concepto del precontrato que es un contrato que obliga a emitir una declaración de voluntad a una persona, que juntamente con la declaración que emita la otra parte integrarán los elementos del contrato obligacional principal que se proyecta (3).

EXPLICACIÓN Y CRÍTICA DEL TÉRMINO «PRECONTRATO» Y DE LAS DENOMINACIONES PROPUESTAS

La palabra «precontrato» nos dice tan sólo que estamos ante un negocio jurídico que precede a otro. Sin embargo, desde Töhl, la expresión ha venido empleándose, y hoy es frecuente, traduce la utilizada en Alemania «*Vorvertrag*». Designa el «*contratto preliminare*» de la técnica italiana y el «*avant-contrat*» del Derecho fran-

(1) *Traité de Droit Civil*. Vol. VI, núm. 144, pág. 189.

(2) *Ob. cit.*, pág. 235.

(3) En tal sentido comprenden también el precontrato Kaubes. *Ob. citada*, página 17, y Nelte. *Ob. cit.*, pág. 10.

cés; los escritores suizos, unos aceptan la expresión alemana, como Roth, y otros le califican de promesa de contratar, Tuhhr (1).

Pero si la denominación de un contrato debe permitir que nos representemos cuál sea el contenido típico del mismo, habría que recusar el término propuesto, porque en el concepto fijado del precontrato era característica esencial la de que servía de base para un contrato principal futuro, y de esto apenas nada si nos anticipa la expresión indicada. Más expresiva es, en cuanto a aquella obligación, la designación generalmente empleada antiguamente, *pactum de contrahendo*, porque sirve para poner de relieve que en el acto celebrado se contiene un futuro «contrahere».

Se han hecho tentativas para buscar una expresión más adecuada con la finalidad propia de esta institución, y en ese sentido se ha propuesto la calificación de negociación contractual o trato (*Vertragsberedung*), propuesta por Beseler (2). Esta denominación, que logró al principio cierta boga, es, a decir verdad, poco afortunada, y con ella se desvanece algo que debe afirmarse como un rasgo de importancia del precontrato, a saber: que constituye un contrato. Afecta a la esencia de aquél y debe proclamarse que tiene un alcance superior al propio de las negociaciones preliminares, pues deja de ser simple trato, cual son las apuntaciones, para convertirse en verdadero contrato. Lo reconocía ya Degenkolb, que al precisar el concepto lo distingue con claridad de los meros tratos, y lo mismo hizo Töhl. Quizás por todo ello Geller (3) muestra la conveniencia de mantener la designación común de «*pactum de contrahendo*».

Más apropiada parece la propuesta moderna de Deiter, de llamar a esta figura jurídica contrato obligatorio (*Verpflichtungsvertrag*), pero este nombre es incoloro, y tampoco nos parece que deba aceptarse, pues ciertamente, en todo contrato existen deberes a cargo de las partes y pueden calificarse de contratos obligatorios.

Kaubes (4) muestra cierta predilección por la designación «promesa de contrato», ya que, según el mismo Código civil alemán, al pacto de mutuo dando debe llamársele promesa de dar un préstamo. Al repasar las distintas denominaciones catalogadas en el

(1) Véase ob. cit., pág. 235.

(2) *Erbvertrag*. Parte 2.^a, vol. I, pág. 56.

(3) Ob. cit., pág. 3.

(4) Ob. cit., pág. 15, nota 2.

Código, resulta que las relaciones jurídicas se han designado especialmente por la frecuencia con que los derechos y obligaciones que les son propios aparecen en la vida. Y puede preguntarse si el precontrato responde de igual manera a una determinada formación contractual. Se habla de un contrato de arrendamiento de cosas, porque en él una de las partes viene obligada a entregar en arriendo una cosa determinada (1). Es curioso, en este respecto, ver cómo el lenguaje vulgar llama censo indistintamente al gravamen o carga que pesa sobre nosotros, al canon o pensión que tenemos que pagar a alguien y al derecho a percibirla, e incluso también al contrato en que se origina. Y lo mismo puede decirse de la prenda (2); por tanto, de aquel contrato obligatorio o de compromiso debería surgir para una o para ambas partes la obligación de obligarse, y si esto puede admitirse a primera vista, un estudio detenido revela que el precontrato obliga a una acción de la cual, según los casos, ha de resultar la conclusión de un contrato. Por lo que más que reflejar el verdadero contenido de nuestra institución, la denominación de referencia indica consecuencias secundarias de su contenido y no puede identificarse con el «pactum de contrahendo», que se refiere a un contrato dirigido a un «contrahere».

Deberán rechazarse, asimismo, los términos de «contrato imperfecto» en contraposición a contrato principal, por ser perfectamente inútil; en el Derecho civil no reconocemos la posibilidad de esa categoría, pues los requisitos necesarios para la perfección de un contrato han de existir para que éste sea perfecto y obligatorio, o, si faltan, el contrato no existe. Igualmente parece poco afortunada la calificación de contrato provisional (Vorläufigenvertrag), merecedora de iguales críticas que las dedicadas a los contratos imperfectos.

Stintzing (3) publicó un trabajo sobre el precontrato, en el que, lo que era materia preferente para Adler, es decir, la obligación de celebrar un contrato con otra persona cuando ésta lo quiera, aparece también estudiado por aquél, pretendiendo sustituir el

(1) Véase más ampliamente Nelte. Ob. cit., pág. 4.

(2) Véase De Diego en *Instituciones de Derecho civil*. Vol. 1, pág. 435.

(3) Die Vorverpflichtung in Gebiet der Schuldverhältnisse. 1903.

término adoptado por el de compromiso preliminar o «Vorverpflichtung»).

Y Töhl, a quien se atribuye haber formulado la teoría del precontrato, en una de las ediciones de su Derecho mercantil advierte la conveniencia de utilizar, en vez de la expresión pesada y poco germana «pactum de contrahendo», la de «precontrato» (Vorvertrag). Con ello se evidencia, con claridad, que la aspiración básica de Töhl no fué otra que la de hallar, en alemán correcto, una expresión para el pactum de contrahendo, sin pensar si con ella se expresaba el contenido de la relación jurídica, porque tan sólo servía para denotar que un negocio precedía a otro.

Roth (1) emplea en su trabajo la denominación de «contrato para celebrar un negocio jurídico» (Geschäftsrichtungsvertrag), muy semejante, también, a la propuesta por Nelte (2), contrato para cerrar un contrato (Vertragschliessungsvertrag), como adecuadas para reflejar el contenido de la relación estudiada.

¿Al cerrar un precontrato se somete uno a concluir un contrato? Literalmente, la obligación de celebrar un contrato es, en definitiva, imposible; podrá uno obligarse a entregar cierta cosa que nos pertenezca, en virtud de un contrato de compraventa, pero no a cerrar un contrato, que precisa, para su nacimiento, de dos personas por lo menos en quienes han de recaer los elementos básicos del mismo: oferta y aceptación. Podremos obligarnos a cooperar en la conclusión de un contrato del que, según su naturaleza, resultará quien tenga el papel de aceptante u oferente. Degenkolb llama la atención sobre cómo el precontrato dirigido en cada caso a un contrahere no decide aún sobre el papel que compete al obligado en el contrato principal (3). Ha de tenerse siempre en cuenta que el contenido y la clase de la declaración de voluntad que el precontrato obliga a emitir dependen de la naturaleza del contrato principal correspondiente.

Considerado el precontrato—agrega—en abstracto, sólo podemos determinar la obligación que surge de él como dirigida a

(1) Der Vorvertrag. Abhandlungen zum schweizerischen Recht. 37 Heft Bern, Stämpfli & 1928.

(2) Ob. cit., pág. 5.

(3) Loc. cit., pág. 17.

cooperar a la conclusión del contrato correspondiente. Sagazmente advierte que hay contratos, como el matrimonio (1), en que no es posible distinguir aceptación y oferta; si se piensa en la forma canónica de su celebración, se ve la imposibilidad de atribuir claramente uno u otro papel a los esposos. No cabe tampoco ver dos ofertas combinadas y cruzadas con dos aceptaciones. Más bien habría que atribuir la oferta, según el ritual observado, al párroco, y más que como representante de una de las partes o como persona encargada de dar fe del acto, en calidad de servidor de la Iglesia, en interés de la comunidad religiosa interesada por el matrimonio.

Aparte de los términos que ya hemos indicado, y no encontrando otros adecuados, puede limitarse la elección entre promesa de contratar y precontrato. Mas el deseo de lograr la máxima sencillez, claridad y elegancia posible, así como por la conveniencia de destacar, respecto de la relación jurídica a estudiar, el carácter de contrato independiente frente a los actos preparatorios del contrato, nos inducen a preferir la última. Empleamos, además, el término «precontrato» para designar la relación cuyos límites hemos precisado, pues las palabras tienen también derecho a una naturalización (2), y sin olvidar que esta cuestión no debe traspasar los límites apropiados para las de carácter puramente terminológico.

LUGAR QUE LE CORRESPONDE EN EL SISTEMA DEL DERECHO CIVIL

Quienes han estudiado el precontrato han sentido ya la dificultad de determinar qué lugar le corresponde en la sistemática del Derecho civil. El problema, para Degenkolb (3), requiere

(1) Nuestra doctrina civil no reconoce el carácter contractual del matrimonio; entre otros lo niega De Diego, para quien sólo tiene la forma de contrato, faltando en él objeto y causa, requisitos esenciales del contrato. Véase *Curso de Derecho civil*. Tomo VI, pág. 32. Y Valverde: *Tratado de Derecho civil español*. Apéndice tomo IV, pág. 22.

(2) Entre nosotros aceptan recientemente el mismo calificativo los señores Blas Pérez y Algüer, en la traducción de la obra de Ennecerus, Kipp y Wolff. Tomo II, vol. I del *Derecho de obligaciones*, pág. 145. Nota 12.

(3) Véase ob. cit., pág. 51.

determinar, de una parte, la naturaleza jurídica del precontrato, y de otra, fijar la posición que debe atribuirse a la institución en la doctrina general del contrato. Ambas cuestiones, para él, sólo pueden encontrar una solución negativa. Sea el precontrato un contrato innominado, un contrato consensual innominado, o un contrato bilateral que ha de determinarse «según su fin y naturaleza», en opinión del mismo autor, la teoría de los precontratos corresponde, en su parte general, a la doctrina del objeto del contrato, y acentuando el «contrahere» a la teoría general de las clases de prestaciones obligatorias, pues en su objeto, el contrahere está lo único que diferencia el precontrato de otros contratos.

Por su naturaleza esencialmente preparatoria, se ha estimado que no tiene razón para existir con independencia y encuentra su lugar apropiado en el capítulo dedicado a la celebración de los contratos. Así Carrara (1) enfoca el estudio del precontrato relacionándolo íntimamente con la formación de los contratos, afirmando que, cuando menos, ha de servir para iluminar el proceso de formación de los mismos.

Si lógicamente puede admitirse un precontrato de todo contrato, debe asignársele un lugar en la Parte general, mas recordemos que, al precisar el objeto de este trabajo, le referíamos a los contratos obligacionales, correspondiendo, por tanto, asignarle un puesto en la parte general del Derecho de obligaciones. Nelte, por el contrario, sitúa el precontrato en el objeto de los contratos (2).

Endemann rechaza su colocación en la parte general del Derecho civil, que, como observa Puchta, con acierto, constituye el ambiente espiritual en que viven y se mueven las instituciones jurídicas, y fundamenta su negativa por tratarse de preceptos de naturaleza obligatoria, que deben exponerse en el tratado del Derecho de obligaciones. Kaubes censura esta posición. Otros, como Göppert, colocan la materia en lo que llaman los modernos Códigos obligación de prestar. Para él corresponde a la sección en que se trata de las obligaciones nacidas de los contratos. Como Degenkolb indicó, no tiene cabida en la conclusión del contrato,

(1) La formazione dei contratti. Ed. Vallardi. Milano. Pág. 27.

(2) Ob. cit., pág. 7.

porque constituye uno tan independiente y completo como cualquier otro (ein Vertrag so selbständig und vollendet als euer anderer).

El Código suizo trata de la promesa de contratar en la primera parte, dedicada a las disposiciones generales, Título 1, capítulo 1.º de la formación de las obligaciones. En cambio, el proyecto francoitaliano trata del contrato preliminar en las disposiciones sobre el objeto, pareciendo seguir el criterio de Dengkolb.

Nosotros disentimos de la solución dada por Coviello, que sitúa el tema en la teoría general de los contratos por creer que, concurren en el precontrato características bastante precisas para formar una categoría especial de contratos, procede encajarle dentro del sistema del Derecho civil, a la cabeza de los contratos en especie, en razón de su función preparatoria, y agrupando bajo la rúbrica general de precontratos las normas que las leyes civiles dediquen a su estudio.

POSIBILIDAD LÓGICA Y JURÍDICA DEL PRECONTRATO

La crítica ha dirigido con preferencia sus ataques contra el precontrato de los contratos consensuales, cuya posibilidad lógica se ha puesto en duda.

Se ha alegado que, concluir un contrato sobre la conclusión de otro futuro, es tanto como obligarse a querer obligar, o vincular la voluntad de tal modo que ésta deba ser más tarde vinculada.

En el año 1878 publicó Storch (1) una monografía sobre el contrato de préstamo en el Derecho territorial, y en ella expuso «querer algo en lo futuro, es necesariamente un mero trato; el llamado precontrato como contrato efectivo, implica la expresión de una voluntad presente; es, por tanto, el contrato principal mismo». Se ha suspendido sólo la ejecución, pero no la conclusión del contrato principal.

Más atentamente examinado el pasaje indicado, puede verse

(1) Der heutige insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag und die Bedeutung d. l. 20 D. 12, 5. Ob. cit., pág. 14.

que se declara objeto del precontrato un proceso espiritual, abstracto. Es necesario indicar que no puede pensarse seriamente imponer a un hombre aceptar una conducta interna. Pero si nadie puede obligarse a «querer» algo en lo futuro, es posible que uno pueda obligarse a la acción sensible en que ha de traducirse un futuro proceso espiritual, es decir, a emitir una declaración con contenido determinado. La contraposición entre precontrato y contrato principal no está en un querer presente o futuro, podemos decir con Nelte, sino en que el obligado por un precontrato declara que hará más tarde una declaración de voluntad de contenido predeterminado. Existirá una oposición, ciertamente, entre la declaración de voluntad semejante y la declaración presente.

Más que la voluntad, interesa al Derecho la declaración de la voluntad. Tuhr (1) ha hecho constar que si el hombre no puede aceptar el compromiso de querer más tarde, ni tampoco puede por la ley imponérsele, es debido a lo que nosotros llamamos la facultad de decisión libre. Puede el hombre obligarse a obrar y esta acción puede ser una declaración de voluntad.

Se ha expuesto desde hace varios siglos que la voluntad declarada de deber y de querer concluir un contrato en lo futuro niega la voluntad contractual presente, y más aún, su declaración. El contrato se estima como la fuente más destacada de las obligaciones; obsérvese, sin embargo, que el contrato puede celebrarse en cumplimiento de determinadas normas que se imponen a la voluntad de las partes. Modernamente se ha desenvuelto el llamado contrato obligatorio o coactivo (2) (*Erzwungene Vertrag*). Y este concepto, que parece contradecir, en parte, la exposición tradicional del consentimiento, que consideraba defectuosa la voluntad, falta de espontaneidad y de libertad, se regula ahora como causa determinante de la celebración de los contratos. Aquí nos basta con afirmar que el precontrato no puede incluirse entre los contratos coactivos, como ya hemos indicado, porque la obligación de celebrar un negocio futuro, idea común a ambos, tiene por fuente la voluntad de las partes en el precontrato, en tanto que, en los contratos coactivos, es ajena a esa voluntad.

En suma, puede sostenerse que la doctrina civil reconoce uná-

(1) *Allgemeinerteil d. deutschen bürgerlichen Rechts*. Vol. II, pág. 5.

(2) Véase el estimable trabajo de Stolfi en *Riv. Dir. Civ.*, ya citada.

nimemente que no existe una imposibilidad lógica para el precontrato. Ahora nos interesa demostrar la posibilidad jurídica de aquél. Escasos preceptos se podrán allegar en las leyes civiles sobre la regulación del precontrato, y, sin embargo, no creemos que ello sea bastante para negar la existencia jurídica del mismo, pues conteniendo una finalidad, es muy sensible que no se haya estimado necesario reglamentarlo una vez admitida su existencia (parágrafo 610 del Código civil alemán, 22 del Código de las obligaciones suizo).

Por ello los contradictores del precontrato argumentan que pertenece a su contenido el del contrato principal, y si se consiente tal cosa por la necesidad de determinar ese contenido, se reduce extraordinariamente el área de aplicación de los precontratos. Siguiendo a Kaubes (1), y especialmente a Nelte (2), podemos destacar el precontrato como un negocio de seguridad frente al contrato principal, por lo que no se requiere que se establezcan en él todos los puntos del contrato principal, sino sólo aquellos que le permitan cumplir su fin, que es garantizar la celebración del contrato futuro. Quizás no sea favorable señalar «a priori» un mínimo. Lo que sí puede reconocerse es que, en todo caso, el máximo de los requisitos de determinación podrá siempre ser inferior al mínimo requerido para el contrato principal.

A las objeciones formuladas por Storch y Geller, contestó Degenkolb (en sus *Neue Beiträge zur Lehre von Vorvertrag*) (3), sin haber obtenido réplica posterior adecuada. Para él existe el precontrato cuando ha sido celebrado con intención de obligarse. Su relación con el llamado contrato principal se agota por la conclusión de este último, que puede representarse como acto de ejecución de la obligación creada por el primero. En realidad, depende la necesidad del precontrato en la vida práctica de como reconozca el Derecho la acción emanada del mismo dirigida a un «contrahere» exigiendo la conclusión del contrato, o limitándose a una indemnización.

Conviene analizar si el precontrato es una institución impues-

(1) Véase ob. cit., pág. 50.

(2) Véase ob. cit., pág. 17.

(3) Véase *Archiv für die Civilistische Praxis*. Vol. 71, pág. 51 y sig.

ta por las necesidades de la vida, o integra una de tantas construcciones de valor teórico indudable, destinada sólo a la exposición doctrinal. Evidentemente, no se trata de una figura propia de aquellas épocas de la humanidad que nos revelan como formas usuales del tráfico la permuta o la compraventa en sus aplicaciones más elementales, es más propio de la vida económica moderna, de tiempos en que la economía del crédito ha superado a la economía del dinero; se trata, en fin, de un negocio jurídico que pone de relieve la perspicacia del hombre de negocios de hoy y que revela la pretensión de influir en la incertidumbre del futuro.

La finalidad de las partes que concluyen un contrato de compraventa es adquirir el goce de la cosa y del precio, respectivamente; en tal sentido, la celebración del precontrato se presenta como un rodeo, como un camino más largo para llegar al mismo resultado. ¿Por qué no celebrarán las partes el contrato definitivo desde el primer instante? En la práctica, y quizás a causa del principio que aflora en el Derecho contractual moderno, «libertad de contratación» (1), se advierten, por el contrario, gran número de precontratos. Leduc (2) intenta determinar los casos en que parece útil la celebración de un precontrato. Así, cuando las partes no puedan, o no quieran, celebrar el contrato principal. Cuando uno de los contratantes, disconforme con asumir de modo definitivo los compromisos inherentes al negocio principal, cree conveniente al mismo tiempo utilizar las condiciones y facilidades que se le brindan para la celebración del contrato para que si sus negocios mejorasen le sea posible realizar una ampliación o una modificación en los mismos. Entonces el precontrato se ofrece como medio excelente para cumplir el deseo de los particulares.

Incluso los menos simpatizantes con la institución estudiada, Tuhr, entre ellos (3), admiten su existencia en casos como los siguientes: A promete a B celebrar con X un contrato de prés-

(1) Con su acostumbrada claridad y precisión, el profesor Castán afirma: «las restricciones que las leyes y teorías modernas introducen o pretenden introducir en la libertad contractual o en la rigidez de la fuerza obligatoria de las convenciones no logran destruir el principio básico de la contratación ni aminoran la importancia económica y social de ésta». Véase *Hacia un nuevo Derecho civil*. Madrid. 1933. Pág. 19.

(2) Véase ob. cit., pág. 6.

(3) Véase ob. cit., pág. 235.

tamó o de venta de cosa determinada. Sólo cree posible justificar la promesa de celebrar un contrato en casos concretos, así en los contratos sobre transferencias inmobiliarias, en que han de precisarse las fincas objeto de aquéllos, de manera clara y precisa para que su identidad se pueda establecer de conformidad con las exigencias del Registro, lo cual no se logra cuando se venden por una persona «todos los inmuebles que posee en término de Z» o aquellos que hayan de corresponderle en una herencia que se expresa. Estos contratos no pueden valer más que como promesa de contratar (1), por la que las partes se obligan a cooperar a la conclusión de un contrato susceptible de ser inscrito.

Opuestos a la utilidad de los precontratos se mostraron los redactores del Código civil alemán (2), porque entendieron que los resultados prácticos que permitía obtener podían alcanzarse por caminos más sencillos y breves. El precontrato hemos visto que asegura a una persona el ejercicio de un derecho sin obligarle a usar de él, y ese mismo resultado puede lograrse con una oferta mantenida durante cierto plazo, bastando que el interesado a quien se dirija preste su aceptación en tiempo hábil, para que tengamos realizado el contrato principal.

Las críticas se enderezaban primeramente contra los contratos unilaterales, pero se extendieron a los bilaterales. Y en este punto creemos certeras las razones de Carrara (3), según el cual las partes que se encuentran en la situación ya descrita, que aspiran a celebrar un contrato que no pueden ejecutar en seguida, raramente lo celebran y aplazan su ejecución. Buscan un medio que, obligándoles en cierto sentido, les permita, por otra parte, quedar en libertad hasta que puedan cerrar el contrato. Pretenden madurar las condiciones y circunstancias en que ha de celebrarse el contrato futuro; el precontrato no pone fin al período de formación del contrato, señala tan sólo una etapa del mismo, pero nos interesa destacar que constituye un estadio con valor especialísimo, generador de obligaciones. A las fases normales para la

(1) Otro de los casos que para Tuhr deben ser objeto de una promesa de contratar es la entrega de un reconocimiento de deuda abstracto.

(2) Véase Schlossman: Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte in Ihering Jahrbücher. Tomo XLV, pág. 1.

(3) Véase ob. cit., pág. 43.

celebración de un negocio jurídico se agrega otra extraordinaria. con el precontrato, cuyo interés especial estriba en que señala el límite en el que desaparece la potestad libérrima de los contratantes para volverse atrás en las negociaciones entabladas, porque con el precontrato las partes han quedado ya obligadas; es un medio para la producción del negocio principal a que se aspira.

Responde a un interés común para ambos contratantes conservar la libertad de decidir hasta el momento preciso en que necesitan obligarse de manera definitiva, pudiendo meditar y examinar mejor el contrato futuro. Aquí centra Carrara la función económica del precontrato, una misión de *seguridad* que no cumple ni el negocio a plazo ni otro sustitutivo propuesto, la oferta obligatoria durante cierto tiempo. Sin considerar que el Derecho positivo deba sancionar los caprichos de la voluntad privada, creemos que ha de imponer su imperio frente a la voluntad de las partes, que ha de completar o corregir, según los casos. En este sentido, la ley, por ciertos mecanismos técnicos, como la ficción, podría prescindir de ciertos rodeos de los particulares y convertir el precontrato en contrato principal.

Como síntesis de lo expuesto, cabe afirmar la posibilidad lógica y jurídica del precontrato. Las tendencias que suponemos han de preponderar en Derecho, nos indican que la misión de las leyes y de la técnica se encamina a auxiliar a los hombres, y el valor e interés precioso de la Ciencia jurídica lo vemos precisamente en esa misión, por todo lo que cabe reconocer el precontrato útil y necesario.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.

El "jus ad rem" en el Derecho civil moderno (*)

III

¿EXISTE EL «JUS AD REM» EN EL DERECHO CIVIL ACTUAL?

Toda sistematización jurídica debe tener por fin facilitar el comercio de los hombres, y ahora vamos a resumir las conclusiones que mejor puedan servir a ello.

De otra parte, por las necesidades y proyectos de esta Revista, y en justa y compensadora restricción a la desmesurada extensión que esta exposición ha alcanzado, me veré obligado a aludir, nada más que ligeramente, al problema que estamos investigando dentro del terreno del Derecho español, aspectos del mismo, que tal vez explanaré en trabajo posterior e independiente.

Acabamos de ver que en Derecho suizo el tercero cómplice de la inejecución de su obligación está obligado a reparar el daño causado al primer acreedor. Si esta hipótesis se presenta en el caso de transferencia de un derecho real, la reparación consistirá en la constitución de un derecho real en favor del primer adquirente. Si se trata de la adquisición de la propiedad de una cosa, el primer adquirente devendrá propietario.

Parece que los efectos prácticos de esta solución la aproximan a aquellos que se obtenían con la antigua teoría del *jus ad rem*.

En los dos casos, un tercero que ha tenido conocimiento de un contrato de enajenación entre su deudor y un primer acreedor

(*) Véanse los números 100 a 109 de esta Revista.

está obligado, aunque se haya realizado la tradición de la cosa, a transmitirla al primer adquirente.

Pero existen diferencias importantes entre las soluciones modernas y la del *jus ad rem*. Nos referimos a los dos artículos del Código civil prusiano, que han formulado de manera más precisa los principios del *jus ad rem*, Pr. Ld. R. I, 10, 25: «Aquel que en el momento de la inscripción o de la tradición *tuviese conocimiento* de un título anterior de otro no puede prevaleerse, en perjuicio de éste, de la inscripción o de la tradición ejecutada»; 19, 5: «Si se puede probar que el adquirente *ha tenido conocimiento en el momento* de la toma de posesión del derecho personal de un tercero a la misma cosa, no puede prevaleerse frente a él de su derecho real, constituido por la tradición.»

La diferencia es evidente entre las dos teorías. En la del *jus ad rem* el tercer adquirente *no deviene propietario* de la cosa, a pesar de la tradición o de la inscripción, en todos los casos, respecto al primer adquirente. En el Derecho civil suizo actual *deviene propietario desde el momento de la inscripción o de la tradición*; pero queda obligado a transmitir la cosa adquirida al primer acreedor.

Esta diferencia no cambia en nada el resultado práctico definitivo, pues en los dos casos, efectivamente, es el primer adquirente quien al final gana la propiedad de la cosa.

Otra divergencia resulta de esas dos concepciones: el *jus ad rem* obliga al segundo adquirente a devolver la cosa por *haber tenido conocimiento* del derecho anterior de otro, y esto no se puede practicar, según la legislación actual suiza. Si Bartin, para el Derecho francés, se ha colocado en este punto de vista (1), es que no ha tenido en cuenta las ideas sostenidas por la jurisprudencia.

Ni en Derecho francés, ni en Derecho alemán, se puede declarar tampoco con certeza que el simple conocimiento de un contrato anterior haga al tercero responsable del daño causado, al concertar una convención con el mismo deudor, relativa a la misma prestación. Mas especialmente en la hipótesis de una enajenación, el caso del simple conocimiento no ha sido jamás juzgado ante el Tribunal alemán, y los Tribunales franceses, sobre todo en la *Cour de Casation*, han hecho siempre la distinción entre el

(1) Aubry et Rau, quinta ed., VI, pág. 338.

simple conocimiento y un hecho más reprehensible que se ha denominado fraude, connivencia o ya concierto fraudulento. El delito civil, a cargo de un tercero, no se basa en el simple conocimiento, el cual no le impide hacer uso de su derecho a contratar, sino más bien en una cierta actividad desplegada por él, y que implica un atentado contra el derecho al respecto del lazo contractual del primer acreedor; pero, además de esta actividad, se precisa también el elemento del conocimiento del contrato; si falta uno de estos dos, no hay delito, y no cabe plantear la cuestión de protección al interés legítimo de concertar los contratos como se quiera y con quien sea.

El resultado de la teoría contemporánea no es, pues, idéntico con el del *jus ad rem* prusiano. Si para el *jus ad rem* basta establecer el conocimiento del primer contrato, ahora, en cambio, es preciso probar que el tercero ha tomado medidas adecuadas para facilitar la conclusión de un segundo compromiso, incompatible con el primero.

Sin embargo, las dos ideas no difieren mucho la una de la otra; si los autores encontraban en la regla del Código civil prusiano dificultades para explicar los elementos de este principio sintético, porque parecía imposible reprochar a los terceros un delito concreto y definido, este obstáculo ha desaparecido ahora. El principio de la protección del lazo contractual por un derecho inherente a la personalidad circunscribe exactamente el delito civil perpetrado. Ciertos autores del siglo XVIII, como, por ejemplo, Leysser, se han aproximado a esta idea en las soluciones que propusieron. Veían en el *jus ad rem* un derecho protector del acreedor contra el acto de un tercero, que hace imposible la ejecución del primer contrato. Como Hugueney lo hace en la época actual, ellos se esforzaron también en basar este derecho sobre la *responsabilidad del vendedor*, del cual el segundo adquirente sería el cómplice. Pero ya hemos visto que en Derecho francés esta explicación no abarca todos los aspectos del problema. El adquirente de una cosa, que tiene conocimiento de un contrato existente entre el difunto, propietario (precedente) de la cosa, y un primer adquirente, está obligado, según las reglas del *jus ad rem*, a transferir la cosa al primer adquirente, en tanto que la teoría de Leysser no lo resuelve así. Además, la idea que se tiene actualmente de

la separación de la responsabilidad delictual y de la responsabilidad contractual no había sido formulada con el mismo rigor en el siglo XVIII, y, en todo caso, es lo cierto que los autores de esta época se abstienen de precisar en qué consiste el delito cometido por el deudor.

La teoría contemporánea aporta, pues, nueva luz sobre este punto, y es tanto más de notar puesto que el interés, protegido por este derecho, no es uno de aquellos que nacen solamente en virtud de una regla expresa del derecho positivo. Es evidente que el derecho positivo puede admitirlo, suprimirlo o modificarlo; pero ello es que un interés existe, necesariamente, desde el momento que dos contratos pueden ser concertados entre el mismo deudor y dos contratantes sucesivos, siendo el objeto idéntico; hay un interés ciertamente protegido jurídicamente; luego el derecho existe.

Si ciertos adversarios de la teoría del *jus ad rem*, como Lenz y Gruchot, le han reprochado el basarse meramente en sentimientos de equidad, la construcción análoga contemporánea escapa a esta crítica.

Otros autores han estimado que era atribuir demasiada importancia al hecho de conocer el contrato anterior, al fundar el derecho del acreedor sobre esta base; pero esta objeción no se justifica para el derecho actual del acreedor, el cual nace solamente si el deudor se hace responsable de un acto más grave. Otro punto hay que destacar todavía. En tanto que en la teoría del Derecho común y del Derecho prusiano el primer acreedor estaba seguro de recibir la cosa, esta solución será también, por *regla general*, la del Derecho suizo. Sin embargo, no hay que confundir los resultados obtenidos en la legislación suiza y en el Derecho alemán. En este último el Juez estará siempre en condiciones de declarar que, en virtud de una circunstancia especial, el segundo adquirente, responsable en principio de la gravedad de su acto, no ha actuado de manera contraria a las buenas costumbres, y, por consecuencia, no está obligado a reparar el daño. Parece que falta en Derecho alemán un principio claro y estable a este respecto y que el Juez será guiado, ante todo, por un sentimiento de equidad. En Derecho suizo, por el contrario, la existencia de derechos inherentes a la personalidad permite establecer una regla segura y

fácil a seguir por el Juez, y, a la vez, bastante flexible para no ir contra la equidad. Se debe sentar el principio de que el segundo adquirente ataca el derecho del primer acreedor a realizar su comercio jurídico si, conociendo la existencia del contrato anterior, interviene activamente para devenir propietario de la cosa, y esta regla protege eficazmente el interés del primer acreedor para la ejecución de su contrato.

Ahora bien: si el deudor mismo inicia las tentativas conducentes a romper el lazo obligatorio primitivo, el tercero no podrá ser obligado a transferir la cosa, y el primer acreedor, que ha puesto su confianza en el deudor, debe culparse a sí mismo del engaño de que éste le ha hecho objeto, sin perjuicio de que tenga siempre el derecho de pedir daños y perjuicios en razón de la inejecución del contrato. De esta manera queda salvaguardado el interés que tiene el tercero de concertar libremente los contratos; derecho del que se le privaría, si el simple conocimiento de la convención primaria le obligara a renunciar la aceptación de una oferta hecha por el deudor.

Pero es en el momento de la aplicación del principio de la reparación *en natura* cuando las divergencias entre el *jus ad rem* y la construcción del Derecho suizo, a la que hemos hecho alusión, podrá manifestarse. En principio, esta regla se aplica. Sin embargo, si esta orden del Juez tenía consecuencias poco conformes a la equidad, como, por ejemplo, si la restitución al estado anterior causaba gastos exagerados al segundo adquirente, competiría al Juez condenarlo a una indemnización pecuniaria.

Después de haber constatado algunas divergencias entre el *jus ad rem* y la teoría contemporánea, volvemos a la cuestión de la existencia del *jus ad rem* en el Derecho moderno. Es imposible, como acabamos de ver, el asimilar en todo esa construcción y efectos logrados en el Derecho moderno al *Recht zur Sache* prusiano. Sin embargo, el mismo principio esencial se encuentra en la base de los dos Derechos.

Se trata de proteger el interés que tiene el primer acreedor de conservar intacto el crédito que tiene contra el vendedor. Si se han aportado modificaciones a la manera de conceder esta protección será preciso atribuir las, ante todo, a las dificultades experimentadas en todo tiempo para encontrar una fórmula adecuada.

Como en principio las diferencias apuntadas no tocan a la idea de retransmitir la cosa al primer comprador, nos parece admisible continuar llamando a esta relación del Derecho *jus ad rem*. Esta es, de otro lado, la opinión de varios autores contemporáneos, y no debe creerse que la idea de la existencia del *jus ad rem* tenga nada absolutamente de revolucionaria. Aunque todos los autores alemanes que han comentado el nuevo Código, a fines del siglo último y primeros de éste, se hallan de acuerdo para decir que el *jus ad rem* ha desaparecido definitivamente, al menos bajo la forma de figura independiente, los juristas, que se han ocupado más especialmente de nuestro problema, se han dado cuenta pronto de que tal declaración era, por lo menos, exagerada. Así Fischer (1) reconoce la supervivencia del *jus ad rem*, el cual se manifiesta precisamente por la combinación de los artículos 826 y 249 del Código civil alemán. Para el Derecho suizo es Gelpke quien en su tesis (2) recoge esta idea, sustituyendo el artículo 41, párrafo segundo del C. O. al párrafo 826 alemán, y estimando que, con respecto a la reparación en natura, el Juez suizo seguirá el ejemplo dado por la disposición más rígida del Código alemán.

La noción del *jus ad rem* actual no nos permite explicar la naturaleza del derecho anotado. Si no se admite que el simple conocimiento del contrato anterior hace al segundo adquirente responsable, no es tampoco posible tomar la idea del *jus ad rem* como base del derecho anotado, ni declarar que la anotación no hace más que hacer pública la existencia del primer compromiso. Este resultado, aunque negativo, tiene, cuando menos, la ventaja de suprimir las dudas concernientes a la admisibilidad de la teoría del *jus ad rem* en esta materia.

La cuestión de la existencia del *jus ad rem* ha sido invocada también en otra hipótesis.

Una controversia se ha promovido respecto a la hipótesis legal, constituida por el artículo 837 del Código civil suizo (3).

(1) «Die Verletzung des Gläubigerrechtes als unerlaubte Handlung», 1905, página 161.

(2) «Die Verletzung eines vertraglichen Rechtes durch einen Nicht-Vertragsbeteiligten», pág. 30.

(3) Art. 837. Peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque légale :

1. Le vendeur d'un immeuble, sur cet immeuble, en garantie de sa créance ;.

Según la opinión del Tribunal federal y de algunos autores, como Wieland, el acreedor hipotecario, antes de la inscripción del derecho de hipoteca, no tiene más que el derecho personal de obtener la inscripción. Si se inscribe otra hipoteca después del nacimiento de su derecho de obligación, pero antes de la inscripción de su derecho de hipoteca, éste toma rango después de la primera hipoteca inscrita.

Algunos comentaristas, como Huber y Leemann, se han colocado en otro punto de vista. El derecho del acreedor cualificado de hipoteca legal contiene un elemento real y es oponible a toda hipoteca inscrita después de su nacimiento.

La cuestión se plantea, pues, en saber si el derecho del acreedor es de orden personal o si tiene efectos más amplios, y de la misma manera los autores del siglo XIX se han preguntado qué carácter hay que atribuir al *jus ad rem*.

Esta similitud en la manera cómo se ha planteado la cuestión es lo que ha aproximado las dos ideas.

Sin embargo, el *jus ad rem*, construido sobre las bases de los principios del Derecho suizo, no permite explicar el carácter de la hipoteca legal, puesto que el hecho de haber tenido conocimiento de un contrato anterior no basta para hacerlo nacer. No es, pues, apto para resolver la controversia, pero puede, sin embargo, contribuir a relacionar las soluciones dadas por las dos teorías. Incluso si se adopta el punto de vista de Wieland y no se admite el carácter *quasi real* del titular de la hipoteca legal, se debe reconocer que en ciertos casos el acreedor hipotecario puede exigir al segundo acreedor hipotecario que le transfiera el derecho real o que pueda oponer su hipoteca al adquirente del inmueble. El *jus ad rem* del Derecho civil suizo no despliega sus efectos más que si el segundo adquirente de la hipoteca de primer rango o del inmueble ha determinado al constituyente a concederle su derecho

2. Les coheritiers et autres indivis, sur les immeubles ayant appartenu a la communauté, en garantie des créances résultant du partage ;

3. Les artisans et entrepreneurs employés a des bâtimens ou autres ouvrages, sur l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement, en garantie de leurs créances contre le propriétaire ou un entrepreneur.

L'ayant droit ne peut renoncer d'avance a ces hypothèques légales.

o si ha aportado su concurso a la inejecución de la obligación de inscribir la hipoteca a nombre del titular legal.

Liquidados estos dos puntos accesorios, podemos ahora formular nuestra conclusión final. Si en Derecho suizo se puede admitir la existencia del *jus ad rem*, es preciso, sin embargo, atribuir a este término un sentido más restringido que en Derecho prusiano. La acción del primer acreedor se basa sobre el acto ilícito cometido por el tercero, constituido por el atentado realizado al derecho de la personalidad del primer comprador de poder ejercer libremente su comercio sin ingerencias de tercero, derecho lesionado por las negociaciones del segundo adquirente, pero que no se viola mediante la aceptación por parte de éste de una oferta del deudor tendente a la conclusión de un contrato incompatible con el primer compromiso, aunque tuviera conocimiento de su existencia. La reparación a que viene obligado el segundo acreedor responsable se hará en natura por la transferencia de la cosa adquirida por él, al primer adquirente.

Por tanto, este derecho a la cosa del primer adquirente nos parece sólidamente establecido.

Esta idea, que se basa sobre el acto ilícito cometido por el tercero, no permite, por contra, zanjar la cuestión de saber si entre los derechos reales y los personales se debe reconocer todavía una tercera categoría de derecho. La doctrina de la mitad del siglo XIX se ha extraviado identificando esta cuestión con la del *jus ad rem*. Tal concepción no constituye más que una tentativa de interpretar esta relación de derecho. Pero, incluso, sin lanzarse por este camino, los antiguos autores estaban inclinados a abandonar la teoría del *jus ad rem*, imposible de explicar claramente sobre la base de su sistema por la razón, sobre todo, de que el estado de hecho constitutivo de este *jus ad rem* no estaba bastante circunscrito. Habiendo desaparecido estos obstáculos, se debe reconocer en el Derecho suizo la existencia de una relación de derecho análoga que, llámese *jus ad rem* o de otra manera, permite al primer adquirente de una cosa determinada reivindicarla en las manos de un segundo adquirente, que, conocedor del primer contrato, ha contribuido, no obstante, a su inejecución.

¿Existe el *jus ad rem* en Derecho español? Recientemente, el ilustre profesor don Calixto Valverde lo ha negado en una nota

erudita sobre el origen del *jus ad rem* (1), pues para ello, afirma, sería preciso que la Ley lo reconociera, y mientras esto no ocurra, vencerá la tradición efectiva sobre la simbólica y, por consiguiente, será del que primero inscriba, y el comprador primero de la cosa no tendrá el derecho de reivindicarla si el segundo tuvo la posesión real sobre ella.

La necesidad del reconocimiento legislativo es fácil de refutar, puesto que el *numerus apertus* de nuestro Derecho positivo consiente la creación de nuevos tipos de derechos reales.

Las afirmaciones posteriores son de acuerdo con el articulado y principios de nuestro Derecho hipotecario, al menos por lo que se refiere a la doble venta de inmuebles en el caso previsto en el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código civil: como dicen los modernos correctores de los comentarios al Código civil de Manresa y Navarro (2): «Ya los autores de la ley Hipotecaria consignaron en la exposición de motivos que una de las bases del nuevo sistema es el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero. Derivación de este principio es el artículo 17 de la misma Ley, que afirma que inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo del dominio o de la posesión de los inmuebles, o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble, o derecho real, y los 23 y 25, que dicen que los títulos que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero, surtiendo, en cambio, efecto los inscritos aun contra los acreedores singularmente privilegiados. A su vez, el párrafo cuarto del artículo 38 expresa que las acciones rescisorias o resolutorias no se dan contra tercero que haya inscrito su derecho, por la doble venta de una misma cosa, cuando no haya sido inscrita alguna de ellas. Por su parte, el Código confirma este sistema en el artículo 606, al decir, casi con las mismas palabras de la ley Hipotecaria, que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no están debida-

(1) «Tratado de Derecho civil español». Tomo Apéndice. Valladolid, 1932. Apéndice del tomo II, página 1.^a

(2) «Comentarios al Código civil español». Manresa. Tomo X. Madrid, 1931, pág. 156.

mente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero.»

Por ello, tratándose de la doble venta de inmuebles, había que dar la preferencia al que primeramente hubiese inscrito su derecho.

Mas lo que no expresó la ley, lo encontramos en la jurisprudencia, y así la sentencia de 13 de Mayo de 1908, «en donde el desprecio de los principios hipotecarios se exterioriza con cierto escándalo» (1), se dijo que el precepto del artículo 1.473 del Código civil, relativo a bienes inmuebles, ha de entenderse siempre sobre la base de la buena fe prescrita en el párrafo primero, por no poderse entender que el legislador haya querido horrar y sancionar *la mala* sólo por el cumplimiento de una *mera formalidad*, que ni en las verdaderas cuestiones sobre terceros prevalece en determinados casos.

¿ Hay posibilidad en esa dirección de que triunfe el primer comprador que no inscribió sobre el segundo que había adquirido el *jus in rem* conociendo la primera venta?

Así triunfaría también el *jus ad rem*, pero «aun forzados a dar cartas de naturaleza en el Derecho hipotecario español al principio de buena fe», no creemos pueda prosperar ese empeño.

No es que la buena fe se halle ausente de los Registros de la Propiedad, porque de «igual modo que la contratación sobre mueble gira alrededor de la posesión con buena fe, la protección hipotecaria se desenvuelve sobre la inscripción y la buena fe» también.

Ahora bien, la buena fe en sentido hipotecario hay que restringirla a los supuestos de *inexactitud o deficiencia* del Registro y no bastará para que haya *la mala* «el conocimiento de tratos en curso y ni aun de pactos o promesas de carácter meramente obligatorios, sino que deberá alegarse por el perjudicado y probarse contra la legitimidad presuntiva del acto inscrito la existencia de un *estado real* contradictorio o modificativo de la inscripción vigente».

Por ello ya Morell decía que en el caso cuarto del artículo 38 de la ley Hipotecaria no se podría tratar siquiera de acción resolutoria ni rescisoria ni aun propiamente de nulidad, porque en el sistema hipotecario vigente rige el principio cardinal *prior tempore*

(1) Ver «Principios hipotecarios». Jerónimo González. Madrid, 1931, página 197.

potior jure, resultando, por tanto, impropia la inclusión de esta causa en dicho artículo 38. Ahora bien, el mismo Morell decía que todo ello era sin perjuicio de la competencia de los Tribunales para dirimir el litigio que ulteriormente pudiera suscitarse si se pretendiera hacer valer el otro contrato o exigir cualquiera otra responsabilidad que pudiera existir.

¿Quid de la responsabilidad autónoma del segundo adquirente que inscribe y es cómplice del vendedor que realiza dos ventas sucesivas del mismo inmueble? (1).

Por ahora no podemos entrar en ninguna cuestión nueva.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario

(1) Sobre responsabilidad del tercero cómplice del deudor, ved Valverde, obra citada. Nota en el Apéndice del tomo III, pág. 11.

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.

La inscripción forzosa

El tema tiene ya la suficiente madurez para que se pueda discutir algo nuevo acerca de él, pues la vida, de mutaciones incasantes, no descansa y hace viejo lo que ayer parecía una novedad y crea la posibilidad de lo que en otra fecha parecería irrealizable. Queremos decir con esto que, si el tema se aborda, no con el estrecho límite de una labor teórica, sino cara a cara a la realidad, necesariamente sugiere nuevas ideas y abre horizontes insospechados para el menos avezado en lides inmobiliarias.

Pretender a estas alturas desglosar el tema del ancho campo de la transformación social y económica, que en forcejeo con el presente se esboza en el horizonte, es como pretender estudiar los efectos de una vacuna nueva, inyectándola en una momia de las tumbas de los Faraones.

Empecemos por decir que, aunque de aparente forma externa y mera cuestión no técnica, conviene distinguir claramente la inscripción *obligatoria* de la inscripción *forzosa*. La primera supone necesariamente la exigencia de un vínculo de derecho que constriña a la inscripción, y, por ende, la existencia de una fuerza que lleve al cumplimiento de ese deber, cuando voluntariamente no fuere cumplido, pero no parece *tan fuerte* la obligación como en la inscripción forzosa, en la que la coacción para el cumplimiento de la formalidad registral no se puede limitar a medios indirectos que atraigan la inscripción al registro, sino que puede llegar a suplir la actividad individual mediante la inscripción de *oficio*, en último resultado.

No vamos aquí a repetir lo que acerca del tema han dicho in-

signes comentaristas (1), que con prolijidad lo han estudiado, ni menos a glosar aquellas palabras de la exposición de motivos de la ley de 8 de Febrero de 1861: «No es menos grave (decían) que las cuestiones hasta aquí expuestas, la de la extensión que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el Registro. ¿Deberá limitarse a los terceros interesados o comprender también en su rigor a los mismos contratantes?» Y la Comisión de Códigos se decidió por la negativa, creando el concepto del tercero hipotecario y dejando las relaciones entre contratantes, reguladas por el Derecho civil, con lo que el Registro nació, si no muerto, sí herido de tal forma que, hoy, después de setenta años, hay regiones españolas donde no puede decirse que haya llegado a implantarse, en realidad, la ley Hipotecaria.

Indudablemente ha de impresionar nuestro ánimo el hecho de que legislaciones tan adelantadas como la alemana no lleguen, sino cuando se trata de intereses de un carácter público oficialmente reconocido, a verificar la inscripción de oficio (2); pero a este efecto nadie, a nuestro modo de ver, como el ilustre profesor Jerónimo González, ha plasmado la enorme diferencia que existe entre nuestro pobre derecho inmobiliario y la legislación alemana de registro: «A primera vista—dice—parece que, si el principio de *rogación* ha sido admitido por el Código civil alemán, no debe presentar grandes inconvenientes que nuestro sistema arranque de la voluntariedad de los asientos. Las diferencias entre uno y otro régimen son, sin embargo, tan esenciales, por lo que se refiere a los efectos de la no inscripción, que el principio resulta lógico y congruente con el germánico, mientras que en España ha puesto en peligro los desenvolvimientos hipotecarios. En efecto, el que intenta adquirir por actos *intervivos* una finca o servidumbre en Alemania, no se halla obligado a inscribir el título correspondiente, pero *no adquiere*, en realidad, el dominio o el derecho real mientras la inscripción no se lleve a cabo. Como si dijéramos, el matrimonio *es voluntario*, nadie

(1) Ved Morell y Terry. «Legislación hipotecaria». Tomo I, pág. 78.

(2) Véase Alfonso Falkenstein: «El procedimiento registral en la legislación alemana» (REVISTA CRÍTICA, 1932); y Arthur Nussbaum: «Derecho hipotecario alemán». 1929.

está obligado a casarse, pero el que quiera contraer matrimonio debe celebrarlo con arreglo a la ley» (1).

No podemos silenciar, a este respecto, el notable trabajo de Julián Abejón sobre «Inscripción obligatoria» (2), en el que, con desusada sinceridad entre los que se ocupan de la materia, plantea el problema. Nosotros también, ya hace tiempo, nos ocupamos, sin éxito, del mismo problema (3). También hay que citar la valiosa opinión del Notario Arturo Ventura Sola y la del Registrador Manuel Villares Picó, por lo que representan para conseguir la fácil inmatriculación. Y hecho este, a manera de prólogo, entramos en materia.

DIFICULTADES Y VENTAJAS QUE IMPLICARÍA

Una experiencia ininterrumpida de años de ejercicio registral ha robustecido, de modo indudable, una firme convicción nuestra: La inscripción forzosa no tiene más que un enemigo: el coste de la inscripción. Puede afirmarse que si la inscripción (y, como es natural, toda la tramitación que precede a la inscripción) fuere gratuita y sin exacción de impuestos, ni derechos de clase alguna, rara sería la finca no inscrita a nombre de su actual propietario.

El problema, pues, en punto a las dificultades que se presentan para la implantación de la inscripción forzosa, abarca tres puntos: a) Realidad innegable de la existencia de una posesión de facto, en la inmensa mayoría del suelo español, sin título alguno de dominio escrito ni inscrito. b) Simplificación de trámites para el logro de la inscripción; y c) Economía en el coste de aquélla.

En cuanto a las ventajas que llevaría consigo la inscripción forzosa, son innumerables. Podrá argüirse la mayor o menor facilidad o posibilidad de lograrla; pero resulta inocente ponerse a enumerar las ventajas de lo que *per se* sería perfecto. ¿Que

(1) Jerónimo González: «Principios hipotecarios». Pág. 317. 1931.

(2) REVISTA CRÍTICA, 1933. Pág. 659.

(3) Antonio Ventura: «Base para un proyecto de reformas». *Boletín de la Asociación de Registradores*. Año 1924, números 17, 19 y 20.

constituiría un *desideratum irrealizable*? Bien; pero la inscripción forzosa sería el Registro *bien llevado*; la inscripción voluntaria es el Registro llevado *medianamente* o *mal*.

No se trata ya de aquel *censo de la propiedad* de que nos hablaban los autores de la Ley de 1861, sino del carácter eminentemente social que, cada vez más, adquiere con mayor empuje la propiedad territorial y que hace que su *estado legal* interese a *todos*, no sólo al propietario, sino a la sociedad, llegando hasta las doctrinas de Carlos Marx, que, basándose en que la propiedad reposa, en último resultado, sobre la violencia y la conquista, afirma que es preciso aniquilarla y reemplazarla por la propiedad colectiva. En un sistema socialista puro la distribución del aprovechamiento de los bienes inmuebles de una nación exige un registro *total* de las fincas de la misma, para que el único propietario, el Estado, pueda saber en todo momento quiénes y cómo aprovechan y trabajan *sus* tierras los trabajadores. Cuanto más nos acerquemos al socialismo, más habremos de reconocer la necesidad de la inscripción forzosa, y sabido es que los principios sociales forman hoy uno de los postulados unánimemente admitidos por todos, aun por las escuelas más conservadoras.

Tratar de las dificultades que llevaría consigo la inscripción forzosa en su implantación es tratar de los procedimientos para conseguirla, puesto que somos enemigos de diagnosticar la enfermedad sin señalar inmediatamente la terapéutica que haya de curarla.

PROCEDIMIENTO Y PLAZOS MÁS ADECUADOS PARA SU IMPLANTACIÓN EN NUESTRO DERECHO INMOBILIARIO

Decíamos en 1924 en el trabajo que antes queda citado y hoy recordamos, con referencia a los tres extremos que hemos señalado, que la reforma radical de nuestro sistema hipotecario tendría que basarse, entre otros particulares, en los siguientes: a) Inscripción obligatoria; b) Simplificación de los trámites necesarios para inscribir.

Recogiendo en forma de proyecto de ley de Bases la opinión

que sustentamos, decantada por el transcurso del tiempo, podrían establecerse las siguientes :

Base 1.^a Será obligatorio, siempre que se trate de transmitir o gravar inmuebles o derechos reales sobre ellos, la escritura pública ; la protocolización del documento privado o el acta posesoria notarial. También será obligatoria la inscripción en el Registro, que se verificará en virtud de los documentos antes mencionados o de los demás comprendidos en el artículo 3.º de la ley Hipotecaria.

Base 2.^a No se admitirá en ninguna oficina ni Tribunal o Juzgado documentos referentes a inmuebles o derechos reales si no es de los comprendidos en la base anterior e inscrito en el Registro de la Propiedad. Tampoco se verificará cambio alguno en los amillaramientos, registros fiscales y Catastro sino en virtud de dichos documentos debidamente registrados.

Base 3.^a El plazo para solicitar la inscripción será : a) En los actos y contratos *intervivos*, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de su otorgamiento ; y b) En las transmisiones *mortis causa*, dentro del año siguiente al fallecimiento del causante. Transcurridos dichos plazos sin solicitarse la inscripción, los derechos de los Registradores se aumentarán en una cantidad igual a la fijada por el Arancel por cada plazo igual o fracción a los señalados, que transcurra sin haberse solicitado.

Base 4.^a La inscripción en el Registro será : A) De dominio, que se verificará en virtud de los títulos que establece el artículo 3.º de la ley Hipotecaria ; y B) De posesión, que se verificará en virtud de los títulos antes citados, cuando estén en contradicción con algún derecho inscrito, o en virtud de documentos privados protocolizados o de acta posesoria notarial, ya estén o no en contradicción con derechos previamente registrados.

Base 5.^a Los documentos privados protocolizados y las actas posesorias notariales sólo acreditarán la posesión del adquirente, con presunción *juris tantum*.

Base 6.^a Los documentos comprendidos en el artículo 3.º de la ley Hipotecaria que se anoten en contradicción con otros títulos ya inscritos no acreditarán más que la posesión del adquirente, en la forma prevista en la base anterior.

Base 7.^a La posesión puede ser registrada aun en contradic-

ción con el dominio o la posesión ya inscritos; pero en este caso motivará una anotación, que subsistirá hasta que se cancele por sentencia firme o a instancia del mismo poseedor o a petición del titular del dominio o posesión previamente inscritos. La posesión así anotada podrá transmitirse; pero no conferirá más derecho que fijar el día desde que empieza a contarse la prescripción adquisitiva, a tenor del artículo 35 de la ley Hipotecaria. Tampoco dicha posesión contradictoria dará derecho a interdictos si no va seguida de una posesión de hecho, que se acreditará ante los Tribunales.

A los diez años, sin haberse formulado oposición, la posesión se convertirá en dominio, cancelándose el asiento contradictorio anterior.

Base 8.^a Las actas posesorias, la protocolización de documentos privados y la anotación de ambos devengará la mitad de los honorarios y derechos que por todos conceptos devengan actualmente.

Base 9.^a En lo demás continuará rigiendo la legislación vigente en cuanto no se oponga.

Como fundamento de nuestra opinión decíamos textualmente en 1924:

«La contratación por documento público no sufre transformación en nuestro proyecto y motivaría en el Registro inscripciones de dominio.

»Como fundamento de la admisión de la protocolización de documentos privados y de las actas posesorias notariales está el siguiente hecho, que nadie puede negar: hoy, el 90 por 100 de la propiedad rústica está tenida en mera posesión, sin título alguno, y afirmo, sin que se me pueda contradecir, que esta gran masa de fincas circula, se hereda, se transmite, se grava, es objeto de litigios, de embargos, de expedientes y se admite esta posesión en Juzgados, en oficinas; y esta posesión es respetada y temida, a pesar de vivir fuera del Registro, sin inscripción y aun contra inscripciones que yacen olvidadas en un folio de un libro del Registro, y que estarán todo lo vigentes que se quiera, pero de las que nadie hace caso y son una rémora para la inscripción del derecho del poseedor actual, cien veces más dueño que el titular del Registro.

»Aparte de esta posesión sin título alguno hay otra, sostenida por documentos privados que pagan sus derechos a la Hacienda y motivan sólo un cambio en el amillaramiento.

»¿Es que los labradores tienen el mal gusto de no tener fundamentado su dominio en virtud de documentos perfectos y se contentan con una mera posesión que les confiere menos derechos? No. Es que acreditar su dominio es caro, y la posesión es barata. Si, pues, de hecho existe esta distinción entre lo que podríamos llamar titulación del rico (dominio) y la del pobre (posesión), ¿por qué no dar cabida a ésta en Registros y Notarías, devengando la mitad de los derechos y sirviendo de antecedente a la prescripción adquisitiva? De este modo el pobre conseguiría, por el transcurso del tiempo, lo que por dinero no puede conseguir, o sea el dominio. ¡Justa compensación a sus años de trabajo!

»Los documentos privados existen en una proporción aterradora; se les tolera, conviven con nosotros y en nuestras oficinas. No parezca, pues, extraña la pretensión de nuestro proyecto de que sólo sean válidos los que se incorporen a un protocolo notarial, con lo cual, sin negar la facilidad de otorgar contratos en pueblos alejados de una Notaría, se conseguiría hacer indubitada la fecha y su conservación bajo la custodia de un funcionario. Testimonio de estos documentos, expedido por el Notario en cuyo archivo obrasen, motivaría en el Registro anotación, que no surtiría más efecto que la de posesión. Parecerá que con ello pretendamos innovar las piedras angulares de nuestro sistema hipotecario. Pues bien: ¿tiene más base la inscripción de una escritura en que el transmitente acredita, con arreglo al párrafo tercero del artículo 20 de la ley Hipotecaria y artículo 87 del Reglamento, que adquirió su derecho en virtud de un documento privado fehaciente anterior a 1.º de Enero de 1922 (hoy 1932)?

»Se crean también las actas posesorias notariales, en las que se simplificaría toda la actuación inútil de los expedientes posesorios. Por las razones expuestas entendemos debieran devengarse la mitad de los derechos.

»Otra novedad que seguramente motivará diversidad de opiniones es la de permitir la anotación de los documentos privados protocolizados y de las actas posesorias notariales en contradic-

ción con el dominio o la posesión inscritos. Actualmente quien tiene una finca en contradicción con un asiento del Registro sólo tiene dos caminos: uno, el juicio contradictorio, el expediente de dominio, el embargo administrativo o la simulación de un juicio ejecutivo contra el titular del Registro. Todos procedimientos caros, y los últimos, de simulación. Pues bien: son contados los que se deciden a emprender este derrotero. El segundo camino a seguir es poseer tranquilamente la finca y prescindir del Registro, sin que nadie moleste al poseedor; y esta posesión, este hecho consumado y de todos respetado, ¿no es absurdo que no pueda exteriorizarse en el Registro, al solo efecto de la prescripción adquisitiva? Quédense juicios contradictorios y expedientes de dominio para los ricos y permítase al pobre lograr a fuerza de años lo que no puede alcanzar su dinero.

»Y no se nos diga que esto se prestaría a sorpresas o despojos, puesto que treinta años (hoy diez) es plazo suficiente para reclamar contra cualquier detentador; y en nuestro proyecto admitimos, como medio de cancelar cualquier anotación de posesión contradictoria, una sencilla instancia, dirigida al Registrador, solicitando la cancelación del asiento posterior, que intentaba apoderarse de nuestro derecho preferente.

»Se hace la inscripción obligatoria en el Registro, con lo que se sientan los jalones para reformas posteriores de más trascendencia, y entendemos la obligatoriedad de la inscripción en el sentido de no ser admitido en ningún Juzgado, Tribunal ni oficina reclamación alguna sobre inmuebles ni derechos reales que no fuera basada en documento inscrito, sin hacer distinciones ni excepciones, que serían la corrupción del sistema. Pero conste que entendemos la reforma así como paso para la inscripción forzosa y aun de oficio, porque estamos convencidos que, dado el atraso de nuestras costumbres jurídicas, la función de los Registradores es eminentemente tuitiva, y que debe llegarse a la inscripción forzosa, económica, rápida y sencilla, para no hacerla odiosa; pero en último extremo, de oficio, como sanción a la negligencia o ignorancia de un gran número de propietarios que desconocen el carácter social de la propiedad inmueble» (1).

Han transcurrido diez años desde que escribimos las anterio-

(1) *Boletín de la Asociación de Registradores*, de 15 de julio de 1924.

res líneas, que, por cierto, no obtuvieron eco, y sí, acaso, la injusta crítica de algunos tenaces en mantener el error de oponerse sistemáticamente a toda innovación.

Después el Registrador Julián Abejón ha vuelto a dar la voz de alarma en su trabajo «La inscripción obligatoria», antes citado, y hoy nos cabe la interior satisfacción de habernos adelantado diez años a la propuesta del tema que la Dirección General de los Registros, con clara visión del problema, plantea.

Ya no resulta osado pensar en la posibilidad de implantar la inscripción forzosa. La sola enunciación del tema es la condena más elocuente del absurdo sistema actual.

Para completar el tema con aquellas lecciones que la experiencia nos ha proporcionado, hemos de volver a insistir acerca de tres puntos que antes hemos sentido como fundamentales para la implantación de la inscripción forzosa. Son éstos:

A) *Realidad de la posesión de hecho.*

El profesor Jerónimo González, cuyas orientaciones hipotecarias tanta luz podrían dar para fundamentar futuras reformas en este orden, en su trabajo «La reforma de la ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400» (1), dice, con gran razón, que conceder a la inscripción de golpe y porrazo no sólo la *juerza legitimadora del derecho real*, sino la energía de un título posesorio incontrovertible, es buscar por senderos peligrosos el vigor de un cuerpo que no necesita otros reconstituyentes que el juego natural de sus articulaciones y el empleo normal de sus actividades.

Ni en el moderno Código civil alemán ni en el Código civil suizo se prescinde de la *posesión extrarregistral*.

A ello—decimos nosotros—tiende nuestro proyecto: a llevar al Registro esa *posesión extrarregistral*, ese *hecho*, ese antecedente de *derecho*, aun en contradicción con lo que del Registro resulte, pero siempre con tendencia a fijar de modo, el más exacto posible, esa posesión de *facto*, que se empeña en huir de la institu-

(1) REVISTA CRÍTICA. Año 1927, pág. 425.

ción. Y nada más necesario para atraer a los libros hipotecarios esa posesión *extrarregistral* que prescindir en absoluto de la legalidad del título del que la invoca y del tracto sucesivo, para que, al aligerarlo de requisitos, le haga más grato su ingreso, único medio de que pueda servir de antecedente *reunido* en una sola oficina, y cuya principal energía, podríamos decir con Gierke, *se desenvuelve en el derecho procesal*, mediante la presunción del que tenga inscrito el dominio y la contraprueba del poseedor de hecho. A ello hay que agregar el papel no despreciable que la prescripción juega en el problema.

B) *Simplificación de trámites.*

Como secuela de lo expuesto está la necesidad de aligerar el bagaje de requisitos para la entrada de esa posesión en el Registro. El posesorio actual es largo, molesto y caro. Hay que simplificarlo más aún. En el posesorio lo esencial es la descripción de la finca a fines de identificación con las registradas, la declaración de posesión hecha por el interesado y la prueba de testigos. Fúndase todo en una sencilla acta, de corto espacio, y autorícenla los Notarios sin más intervención que la de dar fe de la declaración de que ante ellos se formula.

Los documentos privados, pese a sus múltiples defectos, también son la explosión del sentir popular y la más clara expresión de esa posesión de hecho. Admitámoslos como sola expresión de ese sentir y de esa exteriorización de posesión. Protocolícense por acta en las Notarías y librense copia de ellas. Pueden ser un eficaz antecedente del futuro dominio, y en cambio lograríamos la custodia de ellos para posteriores exámenes procesales que hicieran falta. La intervención notarial también se limitaría aquí a dar fe de la entrega del documento (no de su contenido), entrega que podría hacer cualquier persona, fuera o no interesado.

No estaría de más conferir a los Registradores la facultad de practicar las diligencias necesarias para la identificación de fincas en vez de remitirse los asientos contradictorios al Juzgado,

como hoy establecen los artículos 29 y 88 del Reglamento Hipotecario.

C) *Economía en la inscripción.*

Hablar de economía en la inscripción no es hablar sólo de la reducción de honorarios de los Registradores.

Mientras no se armonice el juego de los derechos del Estado y el de todos los funcionarios que intervienen en la titulación desde que ésta tiene su origen, el problema no podrá decirse que tiene solución.

En las anotaciones de posesión que proponemos, la misma simplicidad de las operaciones (acta posesoria o de protocolización de documentos privados) e inscripción en el Registro y la reducción de los aranceles a la mitad haría que se hubiese llegado al límite de las concesiones, en esta materia, en el orden económico.

Con respecto a la inscripción del dominio, el problema es más arduo: se trata de lograr que el tracto sucesivo se conserve, pese a la balumba de certificaciones precisas de nacimiento, matrimonio, defunciones, catastro, amillaramiento, registro de actos de últimas voluntades, declaraciones de herederos, copias de testamentos, consejos de familia, defensores judiciales, aprobaciones judiciales de partición, poderes, etc., etc.

Muchos de esos trámites son de inexcusable cumplimiento para que el dominio quede justificado; pero otros, en honor a la verdad, son tan innecesarios y superfluos, que no tienen otro objeto que recargar innecesariamente los gastos; punto éste de difícil resolución en la práctica por los intereses creados a la sombra de la actual legislación. Hablar de reformar todos estos intereses creados es lo mismo que relegar al olvido la inscripción obligatoria, y nosotros somos más amigos de realidades que de literaturas.

Déjese, pues, todo como está, que reformarlo es difícil; pero créese la titulación de la posesión, que lo demás vendría ello sólo por sus pasos contados.

Concluimos: tenemos la convicción de que nuestra propuesta tendría en la práctica un éxito y de que al cabo de cierto tiempo de su implantación habríamos logrado, en gran parte, que el Registro cumpliera, según frase de Jerónimo González, el *juego natural de sus articulaciones y normal empleo de sus actividades*.

ANTONIO VENTURA,

Registrador de la Propiedad.

A P E N D I C E I . °

MODELOS

Modelo 1.º—Acta de posesión.

En la ciudad de Villajoyosa, a veinte de Febrero de mil novecientos treinta y cuatro, ante mí Don....., Notario del Ilustre Colegio de Valencia, con residencia en esta ciudad, comparece don Antonio García García, mayor de edad, casado con María Pérez Pérez, marinero, de esta vecindad, con cédula personal corriente, expedida con el número 120, tarifa 2.ª, clase 10.ª, domiciliado en Barberes, 345, y dice: Que se halla en quieta y pacífica posesión de la siguiente finca: Una casa en la partida de Les Barberes, de este término municipal, señalada con el número 345, de planta baja y piso alto, de 32 metros cuadrados de superficie y lindante: derecha entrando José Rodrigo, izquierda Manuel Santamaría y espaldas playa. Vale dos mil pesetas y no tiene cargas. La posee desde el 24 de Junio de 1930, en que la adquirió por herencia de su difunto padre, D. Manuel García Rodríguez, a cuyo favor consta inscrita en el Registro de la Propiedad al folio 34 del libro 200 del Ayuntamiento de Villajoyosa, tomo 345 del Archivo, finca 4.567, inscripción 3.ª

Presentes a este acto D. Romualdo de Pedro Rojo y don Rigoberto Jalón Ruero, ambos mayores de edad, vecinos y propietarios de este término, declaran: Que les consta de ciencia cierta la posesión alegada por el señor García.

Y para que conste, yo, el Notario, extendiendo la presente acta que firmo con el declarante y testigos. Doy fe. (Siguen las firmas.)

Modelo 2.º—Anotación en el Registro del acta anterior.

Anotación letra B.—Urbana.—Una casa en la partida de Les Barberes, cuya descripción consta en la inscripción 3.ª anterior, conforme con el documento presentado. Sin cargas vale dos mil pesetas. Don Antonio García García, mayor de edad, casado con María Pérez Pérez, marinero de esta vecindad, acudió ante el Notario de esta ciudad don..... y por acta que extendió el día veinte de Febrero actual declaró: que posee esta finca desde el 24 de Junio de 1930, en que la heredó de su padre, Manuel García Rodríguez, dueño según la inscripción anterior. Los testigos Romualdo de Pedro Rojo y Rigoberto Jalón Ruero, mayores de edad, propietarios y de esta vecindad, declararon ser cierta tal posesión. En su virtud y constando inscrito el dominio a favor de otra persona, tomo anotación preventiva a favor de DON ANTONIO GARCÍA GARCÍA de su declaración de posesión de esta finca, sin perjuicio de tercero de mejor derecho y con las limitaciones legales durante diez años. Así resulta de una copia de la referida acta que se presentó en este Registro a las diez de hoy según asiento de presentación número..... etc. Pagadas a la Hacienda..... etc. Y siendo conforme..... etc.

Modelo 3.º—Acta de protocolización de documento privado.

En la ciudad de Segorbe a cuatro de Agosto de mil novecientos treinta y cuatro, ante mí don..... Notario del Ilustre Colegio de Valencia con residencia en esta capital, comparece: Don Rosendo del Toro Gómez, mayor de edad, soltero, labrador, vecino de Navajas, con cédula personal..... etc. El compareciente me entrega para su protocolización un documento privado, que delante de mí firma en todas sus hojas, de venta de una casa en Navajas, calle del Calvario, 13, a favor de su madre, María Gómez Gómez. En su virtud incorporo a mi protocolo el expresado documento.

Quedan hechas las reservas y advertencias legales.

Y para que conste extendiendo la presente, que firma el compareciente conmigo. Doy fe. (Siguen las firmas.)

Documento unido.—En la villa de Navajas a uno de Enero de mil novecientos veinte, ante los testigos, que se expresan, yo, Mariano de Gracia Santamaría, mayor de edad, labrador de esta vecindad, veíndo a María Gómez Gómez, casada con Lamberto Romero Sanz, labrador, por precio de mil pesetas, una casa en este pueblo, calle del Calvario, 13, que linda derecha acequia, izquierda senda y espaldas azagador de las eras. Son testigos José Pérez y Manuel Javaloyes, y no firma el vendedor ni la compradora por no saber.—José Pérez.—Manuel Javaloyes.—Rubricados.

Modelo 4.º—Anotación del documento anterior.

Anotación letra A.—Urbana.—Casa en el pueblo de Navajas, calle del Calvario, número 13. No expresa su superficie y linda derecha acequia, izquierda senda y espaldas azagador de las eras. Sin cargas. Vale mil pesetas. Rosendo del Toro Gómez, mayor de edad, soltero, labrador, vecino de Navajas, ha presentado para su protocolización al Notario de esta residencia don..... un documento privado suscrito en uno de Enero de mil novecientos veinte por los testigos José Pérez y Manuel Javaloyes, por el que Mariano de Gracia Santamaría, mayor de edad, labrador, vecino de Navajas, vende a María Gómez Gómez, casada con Lamberto Romero Sanz, labrador, esta finca, por precio de mil pesetas, sin que se diga si al contado, ni conste la entrega del precio. En su virtud y no constando inscrita esta finca tomo anotación preventiva a favor de MARÍA GÓMEZ GÓMEZ del contrato privado a su favor, que surtirá los efectos de la posesión, sin perjuicio de tercero de mejor derecho y con las limitaciones legales durante diez años. Así resulta de una copia del acta de protocolización de tal documento privado, extendida el cuatro de Agosto de mil novecientos treinta y cuatro, por el nombrado Notario, que se presentó..... etcétera. Pagadas a la Hacienda..... etc. Y siendo conformes..... etcétera.

A P E N D I C E 2 . °

Artículo 311 Código penal. El que, con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo, cometiere en documento privado algunas de las falsedades designadas en el artículo 307, será castigado con las penas de arresto mayor en su grado máximo y presidio menor en su grado mínimo.

Art. 312. El que, sin haber tomado parte en la falsificación, presentare en juicio o hiciere uso, con intención de lucro o con perjuicio de tercero, de un documento falso de los comprendidos en el artículo anterior, a sabiendas de su falsedad, incurrirá en la pena inferior en un grado a la señalada a los falsificadores.

Art. 308. El particular que cometiere en documento público u oficial ... alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior, será castigado con las penas de presidio menor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.

La inscripción de la posesión y la inmatriculación registral ^(*)

1. Preliminar.—2. La función legitimadora de la posesión; posesión e inscripción en la publicidad inmobiliaria: doctrina e historia.—3. Conclusiones teóricas.

1.—Es el de la posesión un concepto tan difuso, tan impreciso, tan escurridizo, que Ihering, con su peculiar gracejo, pudo compararlo a una anguila (1).

Para explicar la posesión se han formulado múltiples doctrinas—a base de los textos de los jurisconsultos romanos, verdaderos creadores de la teoría posesoria—y se han consumido montañas de papel y ríos de tinta. Mas no puede decirse que esta ingente labor haya resultado estéril. Los trabajos de Savigny, de Ihering y de Saleilles, principalmente, al ponderar, medir y destilar hasta la quintaesencia los textos romanos, han ido concretando y perfilando la idea de la posesión y permitieron encerrarla en los moldes de la doctrina objetiva, consagrada por el B. G. B. y recogida también por los Códigos suizo, húngaro, brasileño y mejicano.

Acaso las complejidades de la teoría de la posesión obedezcan, más que a otra cosa, a su carácter mudable y a las variadas funciones de la misma en el orden jurídico. De una parte, en efecto, acusa la influencia de las ideas dominantes en cada momento his-

(*) Como la Redacción no está conforme con las radicales afirmaciones a que, en algunos momentos, llega nuestro cultísimo colaborador, se reserva la facultad de precisar sus opiniones en el momento oportuno.

(1) *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de Román Ríaza. Madrid, 1933, pág. 284.

tórico, por lo mismo que la posesión es una resultante de los hábitos sociales; y, de otra parte, la posesión, no sólo determina una protección jurídica provisional de las relaciones normales del hombre con las cosas, sino que puede servir de medio para adquirir los derechos sobre las mismas y sirve, también, para legitimarlos, por su función presuntiva, en cuanto ella es apariencia, reflejo o exteriorización de los tales derechos reales.

2.—Ahora bien: esta última función—que es en la que ahora queremos insistir—la desempeña la posesión de muy diversa manera según que se refiera a bienes muebles o a bienes inmuebles (1).

En cuanto a los bienes muebles, la posesión legitima a la propiedad, porque se estima que aquélla es suficiente (y necesaria) para hacer visible, para exteriorizar, para publicar el dominio. Como dice el apotegma germánico, *Hand wahre hand*; es decir, «la mano protege a la mano»; el que entrega una cosa a otro le otorga confianza bastante para que se pueda entender que si éste llega a transferirla (aunque no tenga facultad para ello) transmite su propiedad a quien la haya adquirido de buena fe (2).

Este pensamiento resplandece igualmente en la regla francesa *En fait de meubles possession vaut titre* y—con las conocidas excepciones—aparece recogido en nuestro Código (artículo 464) y en otros muchos (italiano, alemán, suizo, brasileño, etc.).

Al contrario, en materia de inmuebles no puede atribuirse a la posesión la misma función legitimadora, por la razón fundamental de resultar inadecuada para exteriorizar el dominio de aquéllos.

Esta diferente manera de considerar a la posesión no es, en modo alguno, una posición caprichosa de los legisladores, sino que viene impuesta por la realidad, porque dimana de la naturale-

(1) Vamos a referirnos a la propiedad, mas no porque entendamos que la posesión es siempre la exteriorización de la propiedad (punto de vista unilateral, de Ihering, brillantemente rectificado por Saleilles), sino tan sólo para prestar mayor claridad a la exposición. Admitimos, por lo demás, con el B. G. B. la posesión (la cuasiposesión, si se quiere) de algunos derechos reales limitados: en general, de los que afectan a la sustancia de la cosa, incluso—como cree Planiol, en contra de la opinión dominante y de nuestros Código y ley Hipotecaria—la de las servidumbres discontinuas y las no aparentes, y excluyendo los relativos al valor (*Wertrechts*).

(2) D. Jerónimo González: Explicaciones en cátedra, 1933.

za misma de las cosas, como expresa la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código suizo. «Surge—dice—una distinción inevitable, según la naturaleza misma de las cosas, entre las reglas adecuadas a los muebles y las que están destinadas a los inmuebles. En materia de transacciones mobiliarias puede uno contentarse con admitir el poder de hecho, la potestad exterior sobre la cosa, la posesión, como la forma única de la manifestación de un derecho real. Siendo el poseedor el dueño de la cosa, está autorizado para obrar como tal respecto de cualquier tercero de buena fe, sin que éste último pueda sufrir ningún daño. La posesión basta para legitimar a su autor, de suerte que es la forma reveladora de los derechos reales sobre los muebles. No pasa lo mismo con los bienes inmuebles, en los que la posesión no puede tener la misma importancia, porque su ejercicio, exteriormente, no representa más que una parte mínima de la potestad de hecho que se puede adquirir sobre un predio. ¿Qué significa ocupar un inmueble, habitar una casa, en comparación con la omnipotencia del poseedor de una cosa mueble? Este puede enajenarla, abandonarla, transformarla, destruirla, mientras que el poseedor del inmueble puede tan sólo gozarlo o excluir a otro o quizá modificar la superficie de la finca poseída. Así, tiene distinto valor, según se trate de inmuebles o muebles, la circunstancia de que la posesión o el goce virtual no puede ser expresado completamente por medio de una ficción, y si la idea de la manifestación exterior de los derechos reales ha de ser consagrada, esto no es realizable más que instituyendo formas especiales por las cuales los derechos reales sobre los inmuebles pueden ser percibidos por los sentidos. Dichas formas son entonces constitutivas del derecho. Quien se aprovecha de ellas puede ser considerado por cualquier tercero de buena fe como titular verdadero del derecho. Las formas inmobiliarias consistirán en actos emanados de una autoridad pública, en signos colocados en el inmueble mismo o en una inscripción sobre los Registros oficiales. Tendrán siempre una doble finalidad; por de pronto, la constitución del derecho real sobre el inmueble; después, su manifestación general y cierta» (1).

(1) Transcripción de D. Jerónimo González en *Estudios de Derecho hipotecario*. Madrid, 1924, págs. 261 y siguientes.

Al comentar los artículos del Código que recogieron las referidas ideas de la Exposición de Motivos, dice Wieland (1) que, respecto de los muebles la posesión crea una *presunción del derecho de propiedad* que despliega sus efectos desde dos puntos de vista diferentes. Existe, en primer lugar, en provecho del poseedor mismo. Al poseedor se le considera propietario (artículo 930). Si, por consecuencia, se reclama la cosa al poseedor, le incumbe al demandante probar que el poseedor no es propietario. Además, aquel a quien se roba una cosa o a quien se desposesiona sin su consentimiento no tiene necesidad para restablecer su propiedad sino de probar que tenía antes la posesión. La reclamación judicial y la prueba del derecho de propiedad están, así, sensiblemente facilitadas. Frecuentemente bastará con invocar la posesión.

En el mismo orden de ideas—sigue Wieland—la presunción de que el poseedor es propietario existe en provecho de terceros. Aquel que de buena fe adquiere una cosa del poseedor está en el derecho de creer que el que enajena estaba autorizado para transferirla. Se convierte en titular del derecho de propiedad o del derecho de garantía, etc., aunque el enajenante o constituyente no fuera propietario o no tuviera poder para enajenar. La Ley no pone excepción a esta regla más que con respecto a las cosas robadas o a aquellas de las que el poseedor ha sido desposesionado sin su voluntad (artículo 934).

«*En materia de inmuebles*—añade, con palabras que tienen para nuestra tesis un valor inapreciable—*no es la posesión, sino la inscripción en el Registro territorial la que manifiesta exteriormente el derecho*. Es ella, y no la posesión, la que hace visible el derecho de propiedad, de garantía inmobiliaria, etc. Por eso, los derechos reales se adquieren mediante la inscripción en el Registro territorial y no por la transferencia de la posesión. Los efectos señalados a la posesión en materia de muebles derivan de la inscripción en materia inmobiliaria. Solamente el titular de la inscripción es presunto propietario o beneficiario del derecho real de que se trate. La adquisición de buena fe por aquel que está inscrito es solamente la que entraña el derecho de propiedad o de garan-

(1) *Les droits réels dans le Code civil suisse*, trad. de Henry Bovay. París, 1914, págs. 357 y siguientes del tomo II.

tía (artículo 973). Cuando se trata de inmuebles inmatriculados en el Registro territorial, *la presunción del derecho* y las acciones posesorias tan sólo pertenecen a la persona inscrita, si bien el que tenga el señorío efectivo del inmueble puede, no obstante, accionar por causa de usurpación o perturbación (artículo 937, de tan nefasta influencia, que ahora no nos interesa, en nuestros reformadores de 1909). Aquel que está inscrito en el Registro territorial en calidad de propietario, titular de una servidumbre, acreedor hipotecario, etc., se reputa que posee dicha calidad hasta que la inexactitud de la inscripción haya sido demostrada. Y es preciso no confundir la presunción derivada de la inscripción con la fe pública debida al Registro por el principio de publicidad. La presunción se refiere a la inscripción como tal: poco importa que su titular haya procedido o no de buena fe o que la inscripción a título de propietario repose sobre un acto jurídico nulo. Es la inscripción y no la transferencia de la posesión la que realiza la adquisición de los derechos reales. Se puede, en consecuencia, admitir, como regla general, que el titular de la inscripción lo es también del derecho real. *Vicerversa, la posesión en materia de inmuebles no es un indicio del derecho del poseedor, porque la transferencia de la propiedad no necesita el traspaso de la posesión*» (1). Sabido es que para el Código suizo la posesión es el señorío de hecho sobre la cosa (artículo 919) y se opone al señorío jurídico. Lo que quiere decir Wieland en las palabras subrayadas es, pues, que en materia de inmuebles la posesión no induce la propiedad, que no tiene virtud suficiente para hacer presumir la propiedad o, en general, la titularidad del derecho real poseído.

Acabamos de ver las aplicaciones que el diferente papel de la posesión respecto a muebles y a inmuebles determina en el ordenamiento suizo, que, en este respecto, coincide con el alemán y, en general, con el de todos los países que han adoptado el régimen de publicidad registral. Pero acaso haya sido Saleilles quien llegó más a la entraña de la diferenciación que nos preocupa. «Trátase, por consiguiente—dice, refiriéndose al concepto de *corpus* de Ihering» (2)—de una situación de hecho perceptible para todo el

(1) Op. cit. II, pág. 430.

(2) *La posesión*, trad. de Navarro de Palencia, págs. 73 y siguientes.

mundo y de un estado de hecho que no se traduce necesariamente en una potestad de dominación, sino en una cierta manera de obrar análoga a la costumbre de los propietarios y, por consiguiente, conforme con los usos de la vida diaria, con las prácticas económicas. Sin embargo, conviene observar que, *al tratarse de inmuebles, tienen frecuentemente un carácter ambiguo e incierto los actos externos y visibles de los cuales puede derivarse la manifestación del derecho de propiedad*, a causa precisamente de que no es lo general que el propietario esté en contacto perpetuo con su fundo. Por eso hemos visto que por la ausencia momentánea no pierde la posesión el propietario (alude al caso del *saltus*); de modo que el instalarse una persona cualquiera en un predio no prueba que el inmueble carezca de otro poseedor: no puede haber dos poseedores del mismo inmueble; por consiguiente, el hecho sólo de instalarse en un predio no basta para revelarnos al propietario, porque puede haber otro individuo que, aun ausente, obre, sin embargo, como propietario, revelándose también él como propietario en forma visible y, por consiguiente, como poseedor. He ahí por qué hay que buscar esta exteriorización del derecho de propiedad en las circunstancias que acompañaron a la toma de posesión. Hay que remontarse al origen de la posesión y tener en cuenta aquellos actos cuya índole revela al propietario. La tradición ante el inmueble no tiene por objeto, como quería Savigny, el proporcionar la posibilidad de una aprehensión inmediata; supuesto absurdo, porque tratándose de un inmueble nunca sería más que una toma de posesión simbólica, sino que tiene por objeto *hacer pública la transmisión de la propiedad*, poner de manifiesto al propietario y dar en cierto modo significación y valor jurídico a la relación de hecho del poseedor con el inmueble, pues, como acabamos de decir, *el simple contacto con el inmueble no es bastante por sí solo para descubrir la propiedad.*»

«En el caso de la ocupación, no basta ésta para adquirir la posesión, porque el propietario puede estar ausente y continuar poseyendo, sino que es necesario un acto del anterior poseedor, que puede ser bien el hecho de conocer la usurpación y no haber intentado acabar con ella, caso de abandono tácito de la posesión, o bien el acto de intentar la expulsión del intruso sin éxito, lo cual constituye un abandono ante la fuerza material. De modo que,

de todas suertes, hay que agregar a la ocupación del intruso un *acto de abandono* real o tácito del anterior poseedor. Se trata, por consiguiente, de un acto externo y público, mediante el cual el poseedor antiguo cede el puesto al recién llegado; este abandono es el que descubre y revela como único dueño del inmueble al nuevo poseedor. En otros términos: lo que en el orden posesorio da verdadera significación a la relación de hecho existente entre el detentador actual y el inmueble es este *acto, dimanado del antiguo poseedor*. En materia de muebles—sigue Saleilles—lo primero que hay que establecer es que, para que exista el *corpus posesorio*, siempre y en todo caso basta la detentación material. Todo el que tenga en sus manos un mueble tendrá el *corpus* requerido para adquirir la posesión, sin que sea preciso distinguir, como en materia de inmuebles, si hubo o no de su parte ocupación clandestina. Y es que, *en materia de muebles*, los propietarios no acostumbran a abandonar, siquiera momentáneamente, la cosa; de modo que *la detención material es el signo más claro y visible de la propiedad*. Al poseedor que se ha apoderado de un bien mueble no puede replicársele que éste puede tener otro poseedor actual, porque contestaría que no teniendo este pretendido poseedor en sus manos la cosa, no hay apariencias de propiedad mobiliaria y que, a causa de la detentación, únicamente él es el que puede ser considerado como propietario y, por consiguiente, único poseedor.»

En diferentes pasajes de su citada obra—incluso al ocuparse de la teoría objetiva cristalizada en el B. G. B.—insiste Saleilles, muy reiteradamente, en las ideas expuestas, que nos parecen capitales para nuestro objeto. Externamente, sensiblemente, se comportan respecto a los inmuebles de la misma manera el propietario y el usurpador y el precarista y el usufructuario y el anticresista y aun el arrendatario. Para valorar jurídicamente la relación de contacto material del hombre con las fincas, a fin de que ella pueda ser estimada como una apariencia de propiedad (que es el aspecto que ahora nos interesa) se hace indispensable relacionarla con la *causa possessionis*; es preciso atender a su origen, aunque éste no haya de ser apreciado en su intrínseca significación estrictamente jurídica, sino considerado como un elemento de hecho que sirva para cualificar, para «matizar» el referido vínculo material. Esta es, sin duda, la razón de que tanto en la *traditio* sobre el inmue-

ble como en todas las formas medievales de investidura (*gewere*, *salunga*, *saisine*) lo que se quiere patentizar, lo que se procura exteriorizar, de manera bien ostensible (casi pudiéramos decir escandalosamente) es el acto inicial de apoderamiento, *el acto de la transferencia*, que se manifiesta por el abandono (*Auflassung*), por la *resignatio* del señorío que el transferente realiza frente al adquirente. Así se explican, naturalmente, los efectos legitimadores de la *gewere* y que ésta, más que como la forma externa de la propiedad, fuese considerada como la propiedad misma, corporizada, hecha carne y vida. Pero notemos bien que es en el Derecho germánico (preocupado por centrar el tráfico de los derechos reales sobre la idea—justa y humana—de la buena fe apoyada en la apariencia) en el que nos hallamos con este contraste formidable: para los muebles, el apotegma *Hand wahre hand*; para los inmuebles, todo aquel complicado y hasta cruento aparato de los veinticuatro testigos (grandes y chicos), las bofetadas y tirones de orejas a los «parvolis», la entrega de la tierra o del guante y *el salto de la tapia por el transferente* (1).

De lo que antes decíamos infiérese que en materia de inmuebles la posesión nada significa, en cuanto apariencia de propiedad, si se prescinde del origen de la misma. Por ello, pudo aquélla surtir efectos legitimadores mientras tuvo carácter ostensible, real, el acto de transferencia (carácter que era, en puridad, el que legitimaba); pero hubo de perderlos, necesariamente, cuando las exigencias del incremento del tráfico determinaron la gradual simplificación de dicho acto de transferencia, que llegó a adquirir carácter formal, simulado, y aun (derechos francés e italiano) meramente intencional, y quedó desprovisto, por tanto, de perceptibilidad sensorial, de cor-

(1) Notemos, finalmente, que, como ha hecho apreciar D. Jerónimo González (Explicaciones en cátedra citadas), parece que actualmente se trata de rectificar por los escritores alemanes el empeño—que quizá obedecía a una preocupación nacionalista—de establecer una absoluta y radical diferencia entre la *gewere* y la posesión del Derecho romano, según revela la comparación entre las ediciones de Hübner de 1919 y 1930. En todo caso, es lo cierto que la teoría posesoria del B. G. B. (*possessio ad interdicta* y *ad usucapionem*) sigue las normas inspiradoras del Derecho romano sin perjuicio de que, como dice Gierke (citado por Díez Pastor en notas inéditas) «en el derecho de muebles la posesión asume las funciones de publicidad propias de las investiduras; en el de inmuebles esas funciones competen a la inscripción».

poseidad exteriorizante. Desde este momento, el hecho de poseer un inmueble resultaba ya absolutamente anodino para inducir racionalmente la propiedad del mismo; porque, es claro, que investigar el origen de esa posesión, a fin de poderla atribuir valor legitimador (valor que, como hemos demostrado, no puede reconocerse a la posesión actual por sí sola), sería tanto como investigar el título de adquisición, lo cual equivaldría precisamente a desconocer, *a priori*, las funciones de publicidad de tal posesión. He aquí por qué hubieron de negarse estas funciones a la posesión y por qué hubo de buscarse otro medio más adecuado para la exteriorización y consiguiente legitimación de los derechos reales sobre los bienes inmuebles. Este medio fué la inscripción en los *libros de auflassung* (*liber resignationum*), en los cuales se tomaba razón precisamente del acto que, dentro del fenómeno complejo de la transferencia entre los germanos (acuerdo real de transmisión—ligado al contrato obligacional—: *salá*, investidura y abandono), vino a ser estimado como el principal, por ser el más significativo a los efectos de la trascendencia: el *acto de abandono*, el acto de abdicación del transferente frente al adquirente. Y esos libros fueron, como es sabido, los abuelos del moderno Registro de la Propiedad, cuya misión característica es la de realizar la publicidad de los derechos reales inmobiliarios con los dos conocidos efectos o manifestaciones de la misma, a saber: 1.º Presunción de existencia del derecho real inscrito (o de no existencia del cancelado) mientras no se demuestre la inexactitud de la inscripción o, más ampliamente, mientras no se acredite que el contenido del Registro no concuerda con la realidad jurídica (*legitimación*). 2.º Ficción de exactitud del Registro en beneficio de quien adquiera de buena fe el derecho inscrito, basándose en los pronunciamientos de la inscripción, y consiguiente inmunidad del mismo (*fe pública registral*).

3.—La legitimación por la inscripción (1) no es, naturalmente, un producto del arbitrio legislativo, sino que tiene un sólido fundamento racional, ético y, por lo mismo, perfectamente jurídico. Se apoya en la serie de garantías que acompañan a la inscripción

(1) Al hablar, en general, de legitimación, queremos significar la realización de la publicidad en sus dos antes explicadas manifestaciones: legitimación *strictu sensu* y *fides pública*.

(legalidad). Por lo mismo que sólo se inscriben aquellos derechos en los que concurren cuantos requisitos sustanciales y formales son exigidos por el ordenamiento como garantías de su nacimiento y viabilidad, es lógico que el ánimo se incline de buen grado a aceptar que los derechos inscritos son derechos justos y perfectos y a considerar a la inscripción como la exteriorización, como la *apariciencia* más patente y clara de los mismos. Lo cual no puede decirse de la posesión en materia de inmuebles, como hemos visto.

La posesión carece aquí de fuerza legitimante. La tiene la inscripción, no, naturalmente, por su mera significación formal, sino en cuanto exterioriza un derecho que ella proclama perfecto y que, por lo mismo, debe ser tenido como existente en los términos en que la inscripción lo manifiesta. El buen sentido no tolera que se vea en la inscripción más que lo que la propia inscripción proclama, porque otra cosa equivaldría a contradecir el papel exteriorizante de la misma: como diría Perogrullo, la inscripción exterioriza... lo que exterioriza; en otros términos, la inscripción legitima su propio contenido. Síguese de aquí que si la inscripción acogiese un derecho imperfecto, revelándolo, no como perfecto (entonces habríamos de estar a los términos de la inscripción, precisamente por el valor legitimador de la misma), sino con su auténtica imperfección, resultaría una inscripción absurda, monstruosa, porque, devorándose a sí misma, exteriorizaría su contenido imperfecto y, por lo mismo, se inhabilitaría para legitimarlo como perfecto, que es su finalidad propia. Es claro que teóricamente (todo cabe dentro de las «construcciones» teóricas) cabría suponer que la inscripción desempeña una función aceptable cuando exterioriza derechos imperfectos, que no deben ser tenidos por derechos, es decir, cuando «legitima la no legitimación»; pero no nos gusta jugar con las palabras ni nos entretiene la acrobacia de los supuestos absurdos. Deliberadamente, conscientemente, el Registro no debe acoger sino derechos perfectos, sanos, fuertes y bien conformados, capaces de soportar los vaivenes del comercio jurídico y de resistir el choque de la *fides publica* registral. El Registro es una palestra y no un gabinete de anatomía patológica.

Pues bien: si (refiriéndonos solamente al dominio) sentamos que la posesión no sirve para legitimar a la propiedad y afirmamos que, precisamente, para subsanar esta inutilidad de la posesión se

ideó la inscripción del dominio en el Registro, comprenderemos que ningún resultado puede producir, desde este punto de vista, la inscripción de la posesión. No puede esta inscripción servir para legitimar la propiedad, porque lo que ella contiene, lo que ella exterioriza, no es el derecho de propiedad, sino solamente el hecho de la posesión, que, por su parte, es insuficiente, como hemos demostrado, para exteriorizar y, consiguientemente, para legitimar la propiedad del inmueble poseído. Ofrece, en efecto, esta inscripción de la posesión aquella íntima contradicción esterilizante entre la función de la inscripción y la naturaleza de su contenido, a la que antes nos hemos referido; contradicción, que la hace enteramente inútil para el referido fin. Si la posesión no legitima, tampoco puede legitimar una inscripción, que, según sus propios términos, con arreglo a sus mismos pronunciamientos, lo es solamente de la posesión. Esto nos lleva, lógicamente, a proscribir la inscripción de la posesión en el Registro de la Propiedad, porque si la posesión nada cuenta para la publicidad de los derechos reales inmobiliarios, lo razonable es inscribir esos derechos reales —que han de resultár legitimados por la inscripción—, pero no ciertamente la posesión de los mismos, que reconocemos nada puede significar a los efectos de dicha legitimación. En este respecto, la inscripción de la posesión no puede servir sino para originar oscuridades y complicaciones perfectamente evitables. Así lo han entendido, sin duda, los Derechos alemán y suizo y la generalidad de las legislaciones, pues acaso sea la española la única en que la inscripción de la posesión, como tal, fué expresamente admitida y reglamentada (1). Lo que ya resulta muy dudoso es que la

(1) Por haber seguido la pauta de la Ley española, admiten también la inscripción de la posesión el Código civil portugués (de 1867, revisado en 1930) y algunos hispanoamericanos, como el de Guatemala de 1877 y el novísimo de Méjico (1928).

Sin embargo, el Código de Portugal adopta un criterio más racional que el de nuestra Ley, pues para la inscripción de la posesión exige (artículo 524) que haya recaído una sentencia firme—lo cual parece presuponer un procedimiento contradictorio—y que se haya acreditado, no meramente el hecho actual de poseer, sino un estado posesorio de cierta permanencia (una posesión pacífica, pública y continuada por tiempo de cinco años). Además, esta inscripción de posesión no implica la existencia de título y buena fe para los efectos de la usucapión ordinaria (de cinco años), pues en el caso de no

inscripción de la posesión haya sido admitida en España para el fin inmediato de legitimar la propiedad. Nosotros creemos, resueltamente, que no.

ANGEL ROMERO CERDEIRIÑA,

Notario.

conurrencia de estos requisitos (exigidos en términos generales por el artículo 517), el artículo 527 señala un mayor plazo (de quince años) para que quien tenga registrada la posesión del inmueble pueda adquirir por prescripción el dominio del mismo; y, desde luego, no admite el Código portugués la conversión automática de la inscripción de posesión en inscripción de dominio, conversión que—como intentaremos demostrar—constituye el aspecto menos defendible de la ordenación que en España hemos venido a dar a la materia.

El Código mejicano, por su parte, ha reglamentado la inscripción de la posesión en forma insuperable, corrigiendo, en la medida posible, los más fundamentales defectos de que adolece nuestro expediente posesorio. En efecto: según el autorizado testimonio de uno de los miembros de la Comisión redactora (Ignacio García Tévez: *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código civil mexicano*, 1932, pág. 168), el artículo 3.024 (que regula las informaciones de posesión) está inspirado en el 392 de la ley Hipotecaria española; pero lo cierto es que el antecedente vino a quedar reducido a la posibilidad de registrar la posesión mediante información de testigos, porque en lo que afecta a la forma y alcance de la tal información, el artículo 3.024 abandonó el modelo español, a consecuencia de las sugerencias hechas por el Licenciado Miguel S. Macedo en su informe sobre el Anteproyecto, que fueron acogidas por la Comisión revisora para reformar en el texto primitivo lo referente al registro de las informaciones de posesión «con el objeto de evitar que por el abuso de ellas sufriera injustificados ataques la propiedad». «Las reformas—sigue diciendo la Exposición de Motivos—consistieron principalmente en dar la más amplia publicidad a las solicitudes de informaciones de dominio o de posesión, a fin de que fácilmente llegaran a conocimiento de las personas a quienes pudieran perjudicar; en que los testigos que en ellas declararan fueran de notorio arraigo y honorabilidad; en que en esas diligencias intervinieran el Ministerio Público, el Registrador y los colindantes, y en que las declaraciones de los testigos versaran sobre el hecho de la posesión, sobre los requisitos que debe tener para servir de base a la prescripción adquisitiva y sobre el origen de la posesión.» Prescindiendo de la efectiva publicidad y de la concurrencia de los colindantes, el contraste con la legislación española aparecerá bien acusado con sólo recordar que en España a los testigos (que pueden ser hasta vecinos de otros Municipios: artículo 492 R. H.) solamente se les pregunta sobre el «hecho de poseer» los bienes el solicitante «en nombre propio» (que es menos que poseer en concepto de dueño, ya que posesión «en nombre propio» cabe también en la posesión

derivada: artículo 393, regla 4.^a L. H.), sin que se pueda intentar investigación alguna acerca del origen de la posesión (artículo 490 R. H.).

Las apuntadas excelencias de reglamentación no bastan, sin embargo—a nuestros ojos—, para justificar la inscripción de la posesión, y aun nos afirman en nuestra tesis abolicionista:

1.º Porque aquella inscripción solamente tendrá clara utilidad cuando se trate de una posesión de mala fe sin título (supuesto un tanto difícil, ya que la posesión «apta para prescribir»—que es la que se inscribe—no puede ser violenta ni clandestina), pues en dicha hipótesis el registro de la posesión producirá la ventaja de reducir el plazo de la usucapión extraordinaria (diez años) a cinco años, que es el plazo de la prescripción con buena fe y de la prescripción con posesión inscrita.

2.º Porque, fuera de la anterior excepcional hipótesis, la inscripción posesoria será utilizada tan sólo con el designio de acogerse el inscribente a la ficción de publicidad y continuidad de la posesión real y ponerse a cubierto de los recargos de tiempo que para el caso de negligencia en la productividad establece el artículo 1.152, convirtiéndose así la referida inscripción en un instrumento utilizable para fines antisociales, circunstancia ésta que no debiera pasar inadvertida en un Cuerpo legal aspirante a ser—según declaración de sus autores—un Código de *Derecho Privado-Social*, sobre todo teniendo presente que el mismo Código (espiritualista todavía en materia de forma) permite acreditar *a posteriori* la usucapión, no solamente para inmatricular el dominio de finca no inscrita (artículo 3.023), sino aun para obtener la cancelación de la propiedad contradictoria inscrita en todos los casos y sin trabas de especie alguna (prescripción *contra tabulas*: artículo 1.156); y

3.º Porque muy raro será el caso de una posesión inscribible (en concepto de propietario, pacífica, continua y pública: artículos 1.151 y 3.024) que no signifique un dominio resultante de un título más o menos perfecto, y cuando la causa de la propiedad exista—aunque no aparezca bajo la forma de una adquisición regular—, lo que procede es utilizar la información testifical (supuesta la ausencia de toda otra prueba) para acreditar e inscribir, no ya la posesión en concepto de dueño, sino el dominio. No se explica por qué esta misión está excluida del ámbito de la información de dominio (reducida por el artículo 3.023 al único fin de probar la prescripción consumada) en un Código que, si bien comenzó (anteproyecto) por pretender la inscripción constitutiva, vino, en definitiva, a aceptar la libertad de forma para las transferencias de inmuebles y a declarar, modestamente, que la inscripción es solamente necesaria para dar a éstas efectos contra terceros (artículo 3.003). La prueba de la adquisición de una posesión en concepto de propietario debe normalmente conducirnos (a través de la información correspondiente) a la inscripción de la propiedad, sin perjuicio de que los posibles vicios internos (como la adquisición *a non domino*) del dominio así inscrito hayan de resultar purificados *inter partes* mediante la usucapión tabular, que entonces sí será una verdadera usucapión, «según las tablas» (supuesto asimilable al de los artículos 900 del B. G. B. y 661 del C. C. S.).

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

COMPRAVENTA. CAPACIDAD. EL CONTRATO POR EL CUAL LOS DOS ÚNICOS MIEMBROS DE UNA SOCIEDAD FACULTADOS POR LOS ESTATUTOS DE LA MISMA VENDEN UNA FINCA, DEBE INSCRIBIRSE SIN NECESIDAD DE LA PRESENTACIÓN EN EL REGISTRO DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN, TODA VEZ QUE ADEMÁS DE ESTAR ASEVERADA LA CAPACIDAD DE LOS VENEDORES POR EL NOTARIO AUTORIZANTE, EL QUE HABLA CON LA EXHIBICIÓN QUE SE LE HA HECHO DE DICHA ESCRITURA, SE ACOMPAÑA CERTIFICACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE LA ENTIDAD SOCIAL EN EL RÉGISTRO MERCANTIL.

Resolución de 20 de Octubre de 1933. (Gaceta de 28 de Noviembre.)

Por escritura autorizada por el Notario que fué de Granada, don Antonio Pavés y Gómez, don Antonio Martínez García y don José González Castro, como únicos socios e interesados en la Sociedad mercantil regular colectiva en liquidación «González y Martínez», constituida por escritura de 27 de Febrero de 1905 y reformada y reconstituida por otra de 2 de Abril de 1908, vendieron a doña Inocencia Castro, por precio de 500 pesetas, una casa, exhibiendo al Notario autorizante la última escritura de reforma y reconstitución citada.

Presentada la primera copia de dicha escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad de Alcalá la Real, se puso en la misma por el Registrador la siguiente nota: «Suspendida la inscripción a que se refiere este documento por el defecto subsanable de no acompañarse la escritura de constitución de Sociedad y la

de reconstitución de la misma, y que en esta escritura se expresan sin tomar anotación preventiva por no solicitarse.»

Presentada nuevamente en el Registro la referida primera copia de la escritura con instancia en la que se hacía constar por la recurrente no haberle sido posible obtener las referentes a la constitución y reconstitución de la Sociedad, cuyo importe duplicaría el coste de adquisición del inmueble; y acompañando certificación literal del Registro mercantil, de la que aparece ser los vendedores los únicos socios, con uso indistinto de la firma social, se puso en la misma escritura y por el propio Registrador la nota siguiente: «Suspendida de nuevo la inscripción de este título por subsistir los mismos defectos indicados en la precedente nota y además por no acompañarse la carta de pago del impuesto de Derechos reales.»

El Presidente de la Audiencia confirmó las notas del Registrador, y la Dirección general declaró inscribible la escritura, una vez acompañada de la carta de pago y sin necesidad de la presentación de los otros documentos exigidos, con los siguientes razonamientos:

La reclamación por el Registrador de las escrituras de constitución y reconstitución de la Sociedad mercantil regular colectiva «González y Martínez», para juzgar, según alegó en defensa de la nota, de la capacidad de los vendedores como representantes de dicha Sociedad—carácter que también el auto les atribuye—, así como la cita de la jurisprudencia de esta Dirección, referente toda a calificación de la capacidad de mandatarios, lleva a la necesidad de distinguir, ante todo, entre «capacidad jurídica» y «capacidad de obrar».

En efecto, sólo en esta última se da el fenómeno de la representación, que supone actuación en nombre ajeno y requiere imprescindiblemente, tratándose de representación voluntaria, un elemento de hecho—apoderamiento, mandato—que haga aparecer justificada la intervención en el patrimonio ajeno que la representación implica.

Supuesta la capacidad jurídica esencial para la celebración de actos y contratos de la Sociedad mercantil regular colectiva «González y Martínez»—debidamente constituida o reconstituida e inscrita en el Registro mercantil, según prueba, adecuadamente,

la certificación del mismo—, integrada, como se halla, por los dos únicos socios que figuran en su razón social, y habiendo concurrido ambos conjuntamente al otorgamiento de la escritura de venta objeto de la calificación, no son racionalmente posibles dudas, ni respecto a representación de la Sociedad, que nadie sino ellos podría ostentar, ni en cuanto a extralimitaciones del mandato conferido en los Estatutos o no acordado en la Junta general, que sólo con otros socios, de existir, pudiera debatirse.

Además, en cuanto a la capacidad jurídica o cualidad inherente a la persona física o corporativa, en cuya virtud puede aparecer como sujeto en la relación contractual, ya la doctrina de este Centro directivo reconoce que no se apoya en las Sociedades, según el Derecho mercantil español, exclusivamente en el contrato social como ley, que rige las relaciones entre los socios, ni sigue a la letra sus pactos por vía de interpretación restrictiva; pero, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que tampoco sería lógico poner trabas a las operaciones de una Sociedad en liquidación, cual la de que se trata, fundadas en posibles extralimitaciones de unos liquidadores que, integrando al propio tiempo, como únicos socios, el ente colectivo, son los llamados, sin posible contradicción, a apreciar la conveniencia de la venta para la liquidación del haber social.

RECURSO GUBERNATIVO. SE ACUERDA DECLARAR BIEN DENEGADA LA APELACIÓN INTERPUESTA CONTRA AUTO DE LA PRESIDENCIA DE AUDIENCIA, POR EL QUE SE RECHAZA LA ADMISIÓN DE APELACIÓN ENTABLADA PARA ANTE EL CENTRO DIRECTIVO EN RECURSO GUBERNATIVO CONTRA NOTA DE REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD, AUTO FUNDADO EN QUE EL ESCRITO SE FIRMA POR AUTORIZACIÓN DEL RECURRENTE SIN ACREDITARSE TAL REPRESENTACIÓN.

Resolución de 31 de Octubre de 1933. (Gaceta de 29 de Noviembre.)

El Registrador de la Propiedad de Andújar denegó por nota una cancelación de oficio de determinadas cargas, solicitada a instancia de D. Florentino Sotomayor Moreno. Contra tal resolución se interpuso recurso, que el Presidente de la Audiencia no

admitió, por aparecer el escrito firmado por autorización no justificada de aquél, y contra este auto se entabló otro de reposición, que el Presidente no admitió.

La Dirección general declara bien denegada la apelación, toda vez que la presentación de títulos en el Registro, a los efectos de solicitar la inscripción, siempre materializada en una persona, en la que se da por supuesta la capacidad, no puede tener analogía con la interposición y apelación del recurso gubernativo contra la calificación de los Registradores, cuyas actuaciones tienen un carácter preferentemente judicial.

Sin duda por ello y por los intereses patrimoniales contradictorios que se ventilan, cuando no lo entablan los que adquieren o transmiten el derecho que se trate de inscribir o tengan interés en asegurarlo, las personas que los representen acreditarán «en forma auténtica» tal representación; regla que debe extenderse a la apelación, cuando no sea interpuesta por los interesados.

Como se dice acertadamente en el auto presidencial de 23 de Septiembre último, la interposición de una apelación autorizada por persona que no acredita la representación de los interesados, sin la salvedad en la antefirma, de que se encuentra impedido para firmarlo, va contra la presunción racional de que puede firmar quien sabe hacerlo, por lo cual, constituyendo la autorización en tales términos un verdadero apoderamiento, sólo puede hacerse acreditando en forma auténtica la voluntad del mandante.

PROCEDIMIENTO SUMARIO DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA. CANCELACIÓN DE CARGAS Y GRAVÁMENES POSTERIORES AL CRÉDITO EJECUTADO. EXTENDIDA LA NOTA ACREDITATIVA DE HABERSE EXPEDIDO LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS, LAS INSCRIPCIONES POSTERIORES HAN DE SER CANCELADAS, SIN AVISAR NI OIR A LOS EN ELLAS INTERESADOS, NO PUDIENDO QUEDAR EXCLUIDA DE ESTA REGLA GENERAL UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO A FAVOR DE LA HACIENDA POR DÉBITOS DE UTILIDADES.

Resolución de 3 de Diciembre de 1933. (Gaceta de 3 de Diciembre.)

El Registrador de la Propiedad de Morón de la Frontera, en auto obtenido en juicio ejecutivo en que se adjudicaron las fincas

al acreedor hipotecario y se mandaba cancelar las hipotecas del actor y todas las anotaciones e inscripciones posteriores, inscribió las fincas y canceló todas las anteriores a la fecha de la nota de expedición de certificación de cargas, y denegó en cuanto a una anotación posterior en favor de la Hacienda, «en atención a estimarse carga preferente a la del actor».

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia declaró haber lugar a la cancelación de la anotación y la Dirección general confirma el auto apelado con los siguientes fundamentos:

La naturaleza del procedimiento sumario introducido por la Ley de 21 de Abril de 1909 e incluído en los artículos 131 y siguientes de la vigente ley Hipotecaria impone la liquidación forzosa de cargas y gravámenes a los titulares que aparezcan inscritos con posterioridad al crédito ejecutado, sin permitir que sus reclamaciones suspendan ni entorpezcan la marcha de las actuaciones.

En el citado procedimiento figuran como interesados, abstracción hecha de las partes a quienes corresponde la iniciativa, dirección y defensa, sólo aquellos que al tiempo de extenderse la nota marginal de haberse incoado las actuaciones que dispone el párrafo penúltimo de la regla cuarta del artículo 131, tengan un derecho inscrito o asegurado por un asiento que contradiga la ejecución o haya de quedar extinguido por la misma, y, en consecuencia, la regla cuarta ordena al Juez, como las legislaciones más adelantadas en la materia, que reclame, a instancia del actor, relación de todos los censos, hipotecas y demás gravámenes y derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes.

El artículo 204 del Reglamento preceptúa que la notificación que a tenor de la regla quinta del 131 de la Ley ha de hacerse a estos acreedores no será necesaria, sin embargo, respecto de las personas que hayan inscrito o anotado sus derechos con posterioridad a la extensión de dicha nota marginal y que, por tanto, no *pudieron* ser mencionadas en la certificación.

No obstante, así como la omisión de aquella notificación respecto de las personas mencionadas en la certificación originaría defecto que impediría la inscripción al no poderse afirmar que los acreedores no notificados y ajenos, por tanto, a lo actuado, consientan explícita ni implícitamente en la cancelación de sus res-

pectivas inscripciones o anotaciones, la nota del Registro, acreditativa de haberse expedido la certificación, da a conocer a todo tercer adquirente, posterior de derechos sobre los bienes hipotecados, que existe ya incoado el procedimiento judicial sumario y el Juzgado en que se sigue, a fin de que puedan, como aquéllos, intervenir en el procedimiento para defender tales derechos, aunque, claro está, en el estado en que dicho procedimiento se encuentre, o sea en las diligencias posteriores al momento en que acrediten su derecho ante el Juzgado.

Los efectos atribuidos por los autores a la nota, ya que la Ley no los exprese, explican suficientemente la diferencia, siendo para algunos los correspondientes a los de una anotación de prohibición absoluta de enajenar y gravar, y para otros, los de una verdadera condición resolutoria, puesto que se ordena la cancelación de las inscripciones posteriores, sin oír, ni siquiera hacer saber a los interesados en ella, la cancelación de las mismas, y aunque todo ello tenga excepciones preferentemente marcadas, no pueden éstas extenderse a las anotaciones producidas, como la que dió origen a este recurso, al margen de los elementos personales y reales que para tales efectos la deben caracterizar.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

ANALERS

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.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

9. *Derecho foral de Navarra. Importancia del derecho romano en concurrencia con disposiciones del derecho navarro. Interpretación de cláusula testamentaria. Hijos puestos en condición.* Sentencia de 22 de Diciembre de 1933.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por don J. V. contra sentencia de la Audiencia de Pamplona sobre interpretación de cláusula testamentaria, lo admite el Supremo y casa y anula la sentencia recurrida de acuerdo con la doctrina siguiente :

Considerando que la subsistencia del derecho foral navarro está admitida dentro del ámbito acotado por el artículo 12 del Código civil, cuyos términos respetan sustancialmente el reconocimiento de aquél mediante la ley paccionada de 16 de Agosto de 1841, que a su vez consagra implícitamente el orden de prelación de las fuentes legales en dicho territorio, entre los cuales figura en el lugar correspondiente la Novísima recopilación del antiguo reino de Navarra, y ésta contiene la ley primera, título III, libro primero, expresivas de que las causas y pleitos se habrán de decidir y sentenciar, a falta de fuero u otros preceptos allí de aplicación, por el derecho común, como siempre se ha acostumbrado ; lo que equivale a recibir y mantener el derecho romano con el mero carácter de subsidiario y supletorio, sin más alcance, por lo tanto, que el de cubrir las lagunas de una legislación defectiva, pero inoperante, cuando de las normas idiocratas puede extraerse la solución ju-

trídica del caso dado. En los cuatro primeros motivos de casación el recurrente ataca la versión dada por el Tribunal sentenciador a una cláusula testamentaria, para cuya inteligencia aplicó la interpretación preconizada por ciertos preceptos del Digesto, o sea del derecho supletorio; siendo así que la voluntad del *de cuius* se halla clara y directamente regida por el derecho navarro; y de este planteamiento esquemático de la cuestión propuesta se derivan los siguientes problemas a resolver: a) Principio que domina en Navarra sobre materia de interpretación de normas; b) Determinación gramatical y lógica del texto dubitado para descubrir si encierra la intención del causante de implicar en su contenido una condición tácita sucesoria; y c) Ley aplicable al punto controvertido.

La ley sexta, título III, libro IV de la Novísima Recopilación de Navarra, al sancionar, como nota característica de seguridad jurídica y uniformidad jurisprudencial, el rigor interpretativo de las leyes del reino «conforme a su ser y tenor», y que los Tribunales juzguen «por las leyes de él a la letra, sin darles interpretación», constituyen un ordenamiento, que si en puridad no impide el sistema analógico de traducción legal que analiza la norma y la aquilata en su valor intrínseco para lograr en cada caso dudoso la forma plástica del derecho justo y corregir los resultados irregulares de la mera versión literal, fija, no obstante, un criterio restrictivo de licencias, conducentes a desnaturalizar el propósito del legislador, dado «con tanto acuerdo y deliberación»; y este principio temático, desenvuelto de un modo más preciso en posteriores disposiciones, reguladoras de ciertas instituciones singulares, como la ley 11, título XIII, libro III del mismo cuerpo legal, que luego se examinará, impone al Juez el deber de evitar, en lo posible, la asimilación de procedimientos expansivos, que si tienen razón de ser en otros regímenes jurídicos de distinta orientación, cual el románico, no encajan, sin embargo, sus métodos sino de un modo circunstancial y suplementario en la inervación tradicional del venerable derecho navarro; y es obvio que señalada esta dirección a la sistemática interpretación de sus leyes generales vigentes, resulta indeclinable seguirla en orden al testamento, que es ley sucesoria.

En el otorgado notarialmente por don J. V. el día 22 de Junio de 1903 están insitas dos cláusulas fundamentales: la quinta, por

la que deja a sus hijos, en cita, a sus nietas—entre las que figura la madre de las demandantes—y a las demás personas que pretendieren tener derecho a sus bienes, por legítima foral, cinco sueldos y sendas robadas de tierra en los montes comunes, a cada uno; y la sexta, en lo esencial, por virtud de la que lega la mera propiedad de la casa número 5 de la calle de las Navas de Tolosa a sus cuatro nietos, J. y C. Ayestarán Viñas y María Inés y José María Viñas Peña, legando a la vez el usufructo vitalicio del expresado inmueble a su hija, Benita Viñas, y si alguno de los legatarios en la mera propiedad, antes de llegar todos ellos a la mayor edad, o aunque hayan llegado, fallece antes que su tía, doña Benita Viñas, la parte del que o de los que fallezcan en esas condiciones acrecerá a los sobrevivientes; y ambas cláusulas, de estilo literal claro y limpio, enlazadas entre sí por un nexo virtual de voluntad, expresan el pensamiento íntegro del testador, influido por el espíritu de la legislación navarra e inspirado en la desenvuelta libertad de disponer *mortis causa* que concede a los infanzones, para lo cual el causante—y con el fin de asumir esa facultad en grado eminente—valida el testamento mediante la institución simbólica de la legítima foral en favor de los descendientes, que así nombra idealmente *sui heredes*, y luego, en plena autonomía dispositiva legal, manda a algunos de ellos, sin sujeción a imperativo de ley, aunque por razón electiva, cierta porción patrimonial, *re coniuncti*, estableciendo un orden de sucederse en ella, por el que la cuota viril del que falleciere dentro de los dos supuestos que se previnieron pasase a los colegatarios sobrevivientes, lo que no equivale, en verdad, a alguna especie definida de sustitución, sea vulgar, pupilar, ni mucho menos fideicomisaria, sino a una mera presuposición de índole determinativa, para transmitir de un modo directo, sin reservas mentales, que no aparecen, ni siquiera se inducen, la titularidad al legado de una persona a otra, en méritos de delación formal; y no importa a la tesis, ni la desvirtúa, el empleo del verbo *acrecer* para designar el concepto material de sumar, incorporar una cantidad o una cosa a otras, pues tal es el sentido de esa locución en el testamento, ya que no el estricto de la técnica sucesoria.

Las leyes del Digesto, citadas en la sentencia, como fundamento del fallo recurrido, encierran una *condicio iris*, que podría per-

mitir la construcción interpretativa requerida por los demandantes en apoyo de su derecho y ajustarse al cuadro de la transmisión justinianea *humano propósito* allí donde los preceptos de la legislación romana sean de aplicación, cual en los casos resueltos por la doctrina de este alto Tribunal, citadas en el pleito; pero como ni aquéllos ni éstas corresponden al estado vigente del derecho de Navarra, que no es susceptible de estas versiones tácitas, según demuestra la ley 11, título XIII, libro III de la Novísima Recopilación, dada expresamente «por evitar las muchas dudas y variedades de opiniones que hay conforme a derecho común», es decir, al romano, lo que equivale a tanto como negar a éste virtualidad exegética en materia sucesoria de aquel reino cuando las leyes propias de éste provean a la dificultad.

Si la ley referida ordena «que los hijos puestos en condición solamente no se tengan por puestos en disposición, ni llamados a la sucesión de los bienes, aunque haya una o muchas conjeturas en favor, sino cuando expresamente están llamados», es claro que haciendo aplicación analógica, racional y directa de este precepto a la cláusula testamentaria, en que ni se cita a los demandantes en simple condición, ni aun es posible indagar esta presuposición en su texto, resultaría incorrecto acoger la tesis interpretativa anunciada, con notoria aberración de juicio en el campo de la lógica y flagrante vulneración de un precepto sustancial del derecho privado navarro, que sólo consentiría la sustitución del instituido por sus hijos y descendientes, frente al sustituto llamado, cuando la voluntad del *de cuius* lo hubiese establecido así *scriptis verbis*.

Por lo expuesto, es evidente la infracción de la ley 11, título XIII, libro III de la Novísima Recopilación de Navarra, y, en consecuencia, procede casar y anular la sentencia recurrida.

* * *

Véanse, como fuentes de estudio del derecho foral navarro, las citadas en la sentencia de 20 de Enero de 1934, inserta en este mismo número, y el documentado trabajo de don Víctor Covián «El Derecho civil privado de Navarra y su codificación» en «Revista de los Tribunales», tomo 46, pág. 197.

Sobre «hijos puestos en condición», véase la bibliografía que sigue a la sentencia de 7 de Julio de 1932 (REVISTA CRÍTICA, nú-

mero 103, pág. 551); a ella debe agregarse el trabajo recientemente publicado por Ballester, «La Constitución y las sustituciones», en «Revista de Legislación», número de Enero de 1934, pág. 44. en el que analiza el problema con relación a los hijos naturales.

10. *Procedimiento judicial sumario de la ley Hipotecaria.*—¿Es válido el requerimiento de pago hecho a los herederos del deudor que aceptaron la herencia a beneficio de inventario, estando la herencia en concurso de acreedores? Sentencia de 27 de Diciembre de 1933.

Entablado un procedimiento judicial sumario, se hizo la notificación al deudor en la persona de su viúda por sí y como representante legal de sus hijos menores, por haber fallecido aquél; pero estando aceptada la herencia a beneficio de inventario y en concurso de acreedores, por la Sindicatura del concurso se entendió que era ilegal el requerimiento practicado, e interpuesto recurso de casación por infracción de ley, lo rechaza el Supremo.

Considerando que para resolver la cuestión sustancial planteada en este recurso, y en el pleito, sobre si es ilegal el requerimiento de pago de referencia, hay que tener presente que por el número 3.º de la regla 3.ª del artículo 131 de la ley Hipotecaria se exige, entre los requisitos a que ha de ajustarse el procedimiento sumario establecido en dicho artículo, que se acompañe al escrito inicial acta ante Notario justificativa de haberse requerido de pago con diez días de anticipación, cuando menos, al deudor, debiendo practicarse el requerimiento en el domicilio que resulte vigente en el Registro, bien personalmente si se encontrase en él el deudor o bien a las personas que expresa el artículo 268 de la ley de Enjuiciamiento civil, proponiéndose, sin duda, el legislador que lleguen a noticia del deudor los planes del acreedor con la antelación necesaria para que pueda acudir a la defensa de sus derechos, evitando sorpresas, hijas de la buena o mala fe.

Fallecido ya el deudor, D. Alfonso Velasco y Fernández Cantos, cuando se incoó el procedimiento sumario impugnado, y hecho el requerimiento notarial de pago con arreglo a la deuda hipotecaria, instrumento público e inscripción correspondiente, en

el domicilio señalado en la escritura de hipoteca, vigente en el Registro, a la viuda, D.^a Antonia Ubach González, por sí y como representante legal de sus hijos como herederos de D. Alfonso Velasco, contestando aquélla que se daba por requerida, no pagando la suma que se le reclamaba por las razones que expondría en su día ante quien procediera, es indudable que este requerimiento que se atiene a las formalidades dispuestas por el artículo 268 de la ley de Enjuiciamiento civil, no falta a las exigencias del artículo 131 de la ley Hipotecaria respecto a la persona del deudor, pues, aunque la herencia había sido aceptada a beneficio de inventario y estaba en concurso de acreedores, suponiendo ambos extremos apartamiento provisional de la misma, no por eso dejaron de ser sucesores del difunto directamente interesados en todos sus derechos y obligaciones con clara facultad de intervenir en tal acto, ya que los meros administradores no tenían señalado domicilio a los efectos de la ley Hipotecaria; y como no puede dudarse de la buena fe que acompañara a los asistentes al requerimiento al acudir al domicilio señalado en la escritura, que era el único legal, aceptándose la diligencia por la requerida, sin que se haya demostrado la existencia de perjuicios por la forma de proceder, porque indudablemente se enterarían prontamente el administrador o los síndicos, ya que acudieron a vía criminal paralizando el procedimiento hipotecario, resulta de todo ello improcedente declarar la nulidad del requerimiento y de las subsiguientes actuaciones, como se pretende por el primero de los motivos del recurso, que tiene que ser desestimado.

* * *

Para un estudio de los varios problemas que suscita la deficiente regulación del procedimiento judicial sumario de la ley Hipotecaria, pueden consultarse las Sentencias 13 de Febrero de 1933 (REVISTA CRÍTICA, número 101, página 374), 6 de Abril del mismo año (página 548) y la Resolución de 6 de Noviembre de 1933 («Revista de Legislación», 1934). Véase también las consultas en «Revista de Legislación», tomo 138, página 175 y tomo 143, página 415.

11. *Interpretación de cláusula testamentaria.*—*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador.* Sentencia de 29 de Diciembre de 1933.

Interpuesto recurso contra sentencia de la Audiencia de Granada, lo admite el Supremo con arreglo a la doctrina siguiente:

En materia de sucesión testamentaria, es la voluntad del testador la primera y principal regla a que ha de acomodarse el juzgador para decidir los litigios que se susciten entre los que se crean con derecho a determinados bienes hereditarios; y para interpretar y acatar debidamente aquella voluntad, es norma legal de inexcusable observancia el artículo 675 del Código civil por virtud del cual deberá entenderse toda disposición testamentaria en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador; y en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.

Amparándose este recurso en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, el primero por estimar el recurrente que la Sala sentenciadora ha infringido el artículo 675 del Código civil, y el segundo, por atribuirle error de hecho en la apreciación de la voluntad de la causante, contraviniendo lo ordenado por ésta en la cláusula 18 de su testamento, a cuyo efecto se cita el propio testamento como documento auténtico demostrativo de ese evidente error, corresponde a este Tribunal, según la doctrina establecida, entre otras sentencias, en las de 27 de Septiembre de 1930 y 16 de Enero de 1932, examinar si, en efecto, incidió el Tribunal *a quo* en el error que se le atribuye mediante el estudio de esa disposición testamentaria, y ella es tan clara, tan concreta y tan reveladora de la voluntad de la causante, que basta su simple lectura para adquirir pleno convencimiento de cuál fué la intención y la voluntad que con ella se quiso exteriorizar y que con absoluta fidelidad se expresó, dejando determinados bienes en usufructo al esposo para que los disfrutara mientras viviera, y a su fallecimiento pasaran en pleno dominio a los parientes más próximos de la testadora, tanto por línea paterna como materna que a la sazón existieran; y claro está que

calificar, como se hace en la sentencia de instancia, de *confusa* y *difusa* esta cláusula para buscar métodos de interpretación que notoriamente contradicen, lo mismo en su sentido literal que en su espíritu, apartándose para seguir aquel método de la única norma legal apropiada para el caso, que es, como se ha dicho, el artículo 675 del Código civil, conduce a un evidente error de hecho que da como resultado una interpretación contraria en absoluto a lo que fué la voluntad de la testadora, puesto que, deseando ella que los bienes de que se trata pasaran a sus parientes más próximos *que existieran al fallecimiento del usufructuario*, por aquella interpretación errónea se habrían de transmitir a un extraño como derechohabiente de un hermano de la causante que premurió al referido usufructuario; y como para llegar a esa conclusión fué necesario prescindir por completo del repetido artículo 675 del Código civil, acogéndose, en cambio, a otros preceptos de notoria inaplicación a este caso por no referirse a reglas de derecho que guarden relación con la materia de interpretación testamentaria de que ahora se trata, es visto que procede estimar los tres primeros motivos del recurso.

También procede la estimación del cuarto y último motivo fundado en el número 2.º del artículo 1.692 en relación con el 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque siendo un pronunciamiento del fallo recurrido que se practique una rendición de cuentas que por ninguna de las partes se solicitó, es indudable que la resolución adolece del vicio de incongruencia que debe declararse a los efectos de casación.

* * *

Sobre el artículo 675 del Código civil existe una extensa bibliografía que puede examinarse en Calvo Camina: «Legislación, Jurisprudencia y Bibliografía sobre el Código civil», página 333. Véase la Sentencia de 5 de Mayo de 1932, en REVISTA CRÍTICA, número 100.

12. *Desahucio por falta de pago.*—Para alegar la excepción de pago no es bastante acreditar la voluntad de haber querido pa-

gar, es preciso pagar o consignar en forma. Sentencia de 12 de Enero de 1934.

Don E. Murciano interpuso recurso de casación contra sentencia de la Territorial de Madrid que denegó el desahucio de una casa-palacio, de la que era arrendataria doña M. A., revocando la sentencia del inferior, que accedió a él por falta de pago; se dió el caso curioso en el acto de la vista de que el letrado recurrente terminó su informe diciendo que dejaría la toga si la sentencia recurrida no fuese casada. El Supremo *admite el recurso y casa y anula la sentencia recurrida* en atención a los siguientes fundamentos: el primer motivo del recurso, apoyado en el número 1.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, señala la infracción de los artículos 1.555 y 1.569 del Código civil, porque, si aquél impone al arrendatario la obligación de pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos en el contrato y es lógica consecuencia de ello que el segundo conceda al arrendador acción de desahucio contra el arrendatario que incumpla dicha elemental obligación, dejando de satisfacer la merced estipulada, entiende el recurrente que contra lo que afirma el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida, no basta que se acredite por el deudor la mera voluntad de haber querido pagar.

Aunque el Tribunal *a quo* no estimó probada ni pudo afirmar, por tanto, en la resolución recurrida, la existencia de la indicada excepción, la apreció virtualmente, puesto que, revocando la sentencia del Juzgado, no dió lugar al desahucio promovido, fundándose para ello en que lo rotundo del concepto «haberse verificado el pago», contenido, cual es notorio, en el artículo 1.579 de la ley Procesal civil, que con oportunidad y sagaz criterio no admite otra prueba sobre el hecho del pago de la renta pactada que la de confesión o la documental, ha de extenderse, no a la materialidad expresiva que sus vocablos proyectan, y sí en cuanto signifique propósito y resolución del arrendatario de haber querido satisfacer la merced convenida, aunque no lo haya logrado por causas ajenas a él.

La naturaleza evidentemente positiva de la obligación de entregar determinada cantidad de dinero en que el pago del precio del arrendamiento consiste, revela que, mientras no se produzca

el hecho material o el acto jurídico equivalente de la dación del numerario en el tiempo, lugar y forma convenidos en el contrato, y a la persona acreedora en el momento de vencer la deuda, o en tanto que la autoridad judicial ante quien se consigne aquel precio por la negativa del acreedor a recibirlo no declare bien hecha la entrega y quede con ello liberado del cumplimiento de su prestación el obligado, es imposible que el arrendatario que prescindida de la prueba de confesión pueda justificar la realidad del pago de la renta debida para oponerla como efectiva excepción a la demanda de desahucio por falta de él con la necesaria prueba documental por la Ley exigida, puesto que, ínterin que el cumplimiento de la obligación de pago no se realice por el arrendatario en la forma procedente para que se produzca el efecto jurídico de exonerarla de ella, ni podrá el deudor conseguir de su acreedor la prueba documental específica del recibo en que conste que verificó el pago para oponérsele al demandante en el juicio de desahucio, ni presentar en él entre la genérica a que alude la Ley el documento legítimo acreditativo del mismo, ni demostrar en su consecuencia, con arreglo a derecho, la certeza de la excepción de pago que pretenda oponer a la demanda de desahucio basada en que dejó de verificarlo conforme a lo convenido en el contrato de arrendamiento.

En el caso de autos, en el procedimiento oportuno y como acreedor hipotecario de doña E. D. se adjudicó la casa, perteneciente a esta señora en la calle del Postigo de San Martín, números 10 y 12, de esta villa, por auto del Juzgado del antiguo distrito de la Latina, de fecha 21 de Abril de 1932, a D. Enrique Murciano y Murciano, que obtuvo la posesión judicial de la finca el 17 de Mayo siguiente, el cual señor, en 27 de Enero anterior, había requerido ya a doña Martina Aranzana, que llevaba en arriendo dicha casa por virtud del contrato de 1.º de Septiembre de 1931 con su antigua propietaria, para que se enterase de que se le había concedido como acreedor ejecutante la administración o posesión interina de la finca hipotecada, a fin de que percibiera las rentas vencidas y no satisfechas y los frutos y rentas posteriores; y como en 7 de Julio de 1932 requiriera igualmente a la indicada arrendataria el señor Murciano para que le satisficiera, conforme al contrato de arrendamiento, el importe de los dos tri-

mestres de renta comprendidos entre las fechas 1.º de Marzo y 31 de Agosto de 1932, que no había abonado, sin conseguirlo, en 18 del mismo mes de Julio de 1932, promovió dicho señor demanda de desahucio por falta de pago de los indicados trimestres contra doña Martina Aranzana, la que, en vez de aducir abiertamente la excepción de pago de la merced correspondiente a dicho lapso al contestar la demanda, se limitó a oponer que, como demostraba el documento que acompañaba, sin precisar cuál fuera, en todo momento había querido pagar y consignado por dos veces la renta debida; mas, aun cuando acerca de su indicado propósito y de las demás alegaciones por ella hechas practicó doña Martina Aranzana la prueba que juzgó oportuna, aun reforzada por la que, para mejor proveer, acordó y practicó la Sala sentenciadora, consistente en la pericial relativa a la autenticidad de la firma de una carta suscrita el 30 de Diciembre de 1931 por el entonces administrador de doña Encarnación Díez de Ulzurrun, y expresiva de una obligación que esta señora contrajo con doña Martina, que por ser de naturaleza personal en nada podía afectar a los derechos del adjudicatario del inmueble en relación con el dominio del mismo, es lo cierto que la señora Aranzana no pudo lograr en la litis que el Tribunal *a quo*, que al conocer de la apelación tenía que ponderar las probanzas aportadas al pleito, las apreciase en el sentido de estimar por ellas justificado el cumplimiento por la demandada de su obligación de pago de los dos trimestres en cuestión, sino que las estimó tan sólo acreditativas de su voluntad de haber querido pagar, como ella alegó; y como sin haber afirmado en ningún momento en su sentencia el Tribunal de instancia que juzgase patentizada en los autos el hecho del pago de los repetidos trimestres, base indeclinable para que pudiera estimar la correspondiente excepción, única e insustituible en un juicio de desahucio por falta de él, es claro que al apreciar de un modo implícito la Audiencia de Madrid la aludida excepción, ni siquiera en forma alegada, para no dar lugar al desahucio entablado, violó el artículo 1.555 del Código civil.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia

Jurisprudencia civil extranjera

COPROPIEDAD. — ADQUISICION POR PRESCRIPCION

El Tribunal civil de Tarbes, el 21 de Marzo de 1933 (*Gaz. Pal.*, 1933, 2, 48), ha sido requerido para pronunciarse sobre una cuestión que no es frecuente ante los Tribunales. Se trataba de saber si un municipio, cuyos habitantes habían recogido arenas y piedras de una cantera particular, desde hacía más de treinta años, adquirieron, mediante esta posesión, la copropiedad de la cantera. Declara el Tribunal que la posesión común durante más de treinta años condujo al municipio a la propiedad común sobre la cantera litigiosa.

Comentando esta decisión, Henry Solus dice que parece natural que se apliquen a la copropiedad los mismos principios referentes a la adquisición de la propiedad, por medio de la prescripción, siempre que concurren en la posesión los elementos necesarios.

Sin embargo, un grave obstáculo surge. ¿Es que los actos de los habitantes del municipio no pueden ser considerados como actos de pura tolerancia, incapaces de servir de fundamento a la prescripción, según el Código civil? ¿No constituye una simple tolerancia del propietario de la cantera el acto de dejar a los habitantes del municipio que cogieran la piedra y arena que necesitasen? Esta tesis se ha sostenido ante el Tribunal civil de Tarbes, quien la rechazó fundándose en consideraciones de hecho derivadas del proceso. (*Revue Tri. Dr. Civil*, 1933, pág. 901.)

ACCION PAULIANA

Ante la Corte de Casación de Roma se presentó el caso siguiente: Un Ticio, que tenía tres acreedores, por 100.000 liras cada uno, sólo poseía un inmueble valorado también en 100.000 liras. En cierto momento, Ticio enajena el inmueble con el fin de aplicar el precio al pago de uno sólo de los acreedores. En efecto, vendió la finca a un tercio, por su justo precio, pero conociendo el comprador la intención del vendedor. Con la cantidad obtenida pagó a uno de sus tres acreedores.

Advertidos del pago los otros dos acreedores, acudieron a los Tribunales en solicitud de que se revocase dicho pago, efectuado con la cosa vendida, por considerar que la enajenación se había verificado en fraude de su *ragioni creditorie*.

La demanda fué desestimada ante el Tribunal de primera instancia y ante la Corte de apelación, pero la Corte Suprema de Roma, en sentencia de 18 de Febrero de 1933 (*Foro della Lombardia*, 1933, con nota de D. Mandriolli), acoge la acción pauliana ejercitada, y después de casar y anular la decisión del juzgador de instancia, declara que el pago hecho al acreedor preferido es inexpugnable, por haberse demostrado que dicho acreedor sólo percibió lo que, real y actualmente, le era debido. No obstante esta solución, todavía declara el Tribunal que la venta es fraudulenta respecto a las relaciones jurídicas entre el vendedor y el tercero comprador. Para llegar a este resultado, la Corte Suprema de Roma considera que es ilícita y fraudulenta la intención del comprador y del vendedor, aunque, objetivamente considerada la operación, no haya disminuído en ningún modo la capacidad satisfactoria del patrimonio del deudor, ya que el precio por que se concluyó la venta fué justo y remunerador.

El deudor, que ha enajenado su propiedad inmobiliaria quedándose insolvente, no puede sustraerse a la acción revocatoria ofreciendo prueba de que, con el precio de la venta, ha pagado otro crédito antes vencido. Esta es, pues, la conclusión derivada de la moderna jurisprudencia italiana, quien así pretende mitigar los defectos de su legislación sobre el procedimiento ejecutivo concursal. Recuérdese que en Italia no hay posibilidad de llegar a concurso de acreedores en el orden civil, reservándose esta si-

tuación concurrente para los acreedores mercantiles (Código de Comercio, artículos 683 a 687 y Ley de 24 de Mayo de 1903 sobre pequeñas quiebras). Los acreedores civiles siempre están expuestos a que otro acreedor más diligente proceda ejecutivamente contra el patrimonio del deudor, agotándolo para satisfacer un crédito. El procedimiento de concurso en el orden civil sólo puede presentarse de un modo voluntario cuando varios acreedores intervienen espontáneamente en el procedimiento ejecutivo individual, con objeto de que se distribuya el patrimonio proporcionalmente, si no hay créditos privilegiados. (Vivante: *Il fallimento civile*, en *Trat. diritto com.*, pág. 451, y Roco: *Il fallimento*, página 96). La doctrina de la Corte Suprema de Roma, en la sentencia expuesta de 18 de Febrero de 1933, tiende a reintegrar al patrimonio del deudor los bienes enajenados, con objeto de hacer posible esta defectuosa y limitada ejecución concursal.

En la *Rivista di Diritto Civile*, que se publica en Milán (1933, pág. 194), el profesor de Derecho civil de aquella Universidad, Giovanni Pacchioni, censura duramente la doctrina jurídica de la Corte Suprema, basándose para ello en los siguientes razonamientos:

1.º *Naturaleza jurídica de la acción pauliana*.—Es un problema muy discutido el relativo a la naturaleza jurídica de la acción pauliana. Al comienzo del Derecho romano, la acción revocatoria, que tenía por objeto procurar a los acreedores la reparación del perjuicio sufrido mediante el fraude del deudor, es una acción *ex delicto*. Luego, al lado de la *actio personalis ex delicto*, en la época clásica, otros dos remedios intentaron combatir el *fraus creditorum*: el *interdictum fraudatorium* y la *in integrum restitutio*. Establecer la sucesión cronológica de estos tres remedios y la relación existente entre ellos, es uno de los problemas más arduos que trata de resolver la ciencia romanística.

Es, pues, inexacto lo que afirma la Corte de Casación de Roma en 18 de Febrero de 1933, que, al fundirse en el Derecho justinianeo, el interdicto y la acción pauliana, prevaleciese el carácter penal de ésta.

A este propósito dice Pacchioni que el jurista y el juez, ante la discordia de los comentaristas del Derecho romano, deben buscar su inspiración en la verdadera esencia del negocio obligatorio,

en su función y en el mejor medio de asegurar y defender al acreedor, y, a través del mismo, al crédito en general. Desde este punto de vista, en seguida se observa que no basta proceder atendiendo exclusivamente a consideraciones de orden histórico; es preciso valuar las diversas medidas escogidas por el Derecho romano, confrontarlas entre sí y decidirse por la que mejor responda al moderno ordenamiento jurídico.

La acción pauliana en el Código italiano (artículos 1.234 y 1.235) tiene por objeto conservar el patrimonio del deudor considerado como una garantía del acreedor. Querer negar este carácter, haciendo de la revocatoria una pura y simple acción de resarcimiento de daños, no puede ser admitido al amparo de un viejo e ilógico tradicionalismo. No es, pues, una acción *ex delicto*, sino una acción de *anulabilidad* del acto ejecutado en fraude del acreedor.

2.º *Requisitos de la acción.*—Además de impugnar Pacchioni la doctrina de la Corte de Casación en el orden puramente técnico, también la combate en el orden práctico.

Según la doctrina y la jurisprudencia, para que prospere la acción pauliana son necesarios dos requisitos: uno objetivo, constituido por el *eventus damni*, o disminución de la capacidad satisfactoria del patrimonio del deudor, y otro subjetivo, consistente en la conciencia de disminuir tal capacidad.

Cuando la cosa ha sido vendida por el deudor en su justo precio, siempre falta el *eventus damni*, porque la suma recibida entra en el patrimonio del deudor, en lugar de la cosa vendida, y sin alterar la entidad patrimonial anterior.

Admitir la eficacia de la acción, sólo en vista de la intención del deudor, en orden al pago preferente de cierto crédito, y en vista de la cooperación prestada para efectuarlo, por parte del comprador, significa abolir el requisito objetivo. No se comprende por qué razón el tercer comprador debe quedar sujeto a la acción revocatoria por el solo acto de haber facilitado el pago a un acreedor, cuando dicho pago no era ilegal, según reconoce la Corte Suprema de Roma al considerarlo en la misma sentencia perfectamente lícito y válido. Si en lugar de un inmueble el deudor hubiera tenido dinero y con el mismo hubiera pagado al mismo acreedor, ¿podría haber prosperado la acción revocatoria? La

Corte responde que no. ¿Por qué es ilícita la venta para procurarse dinero para el expresado pago?

Las atinadas observaciones del profesor de Derecho civil en la Universidad de Milán no pueden aplicarse completamente en el Derecho español, donde se conoce el procedimiento concursal y la prelación de créditos, aplicable en la vida civil.

ARRENDAMIENTO DE COSAS. — LOCALES DESTINADOS A COMERCIO

La Corte de Casación de París, en 24 de Febrero de 1932, estableció la doctrina siguiente:

1.º El artículo 19 de la ley de 30 de Junio de 1926, modificado por ley de 22 de Abril de 1927, dispone que esta ley no podrá ser invocada por los comerciantes o industriales de nacionalidad extranjera, salvo en los casos que enumera, si pertenecen a un país donde no exista, en beneficio de los franceses, una legislación análoga. Los términos categóricos y absolutos de este texto expresan claramente la voluntad, por otra parte manifestada varias veces en el curso de los debates parlamentarios, de crear, en provecho exclusivo de los franceses, un nuevo Derecho civil, del cual los extranjeros no pueden beneficiarse más que bajo la condición de reciprocidad, generalmente especificada en el artículo 11 del Código civil.

2.º Desde luego, una legislación equivalente a la ley de 30 de Junio de 1926 no existe en España. Importa poco que el artículo 1.º de la Convención francoespañola de 7 de Enero de 1862 haya dispuesto que los súbditos de uno de los países contratantes establecidos en el otro país puedan adquirir y poseer toda especie de bienes, ejercer el comercio y la industria y alquilar a este efecto las casas, almacenes y despachos que necesiten, bajo reserva de cumplir las leyes y reglamentos aplicables a los nacionales de cada país. Los Tribunales tienen autoridad para interpretar los Tratados internacionales, y, al efecto, es preciso declarar que el indicado artículo 1.º de la Convención francoespañola de 1862 no implica que los súbditos de cada nación contratante gocen, sobre el territorio de la otra, todos los derechos de

que gozan los nacionales, sino tan sólo que la aptitud que tienen reconocida conforme al derecho de gentes será ejercitada por los españoles en Francia en las mismas condiciones que por los franceses en España.

3.º La ley de 30 de Junio de 1926, en consecuencia, no es aplicable al arrendatario de nacionalidad española. (*Journal du Droit Inter.* París, 1932, pág. 964.)

Esta decisión ratifica completamente otra sentencia de la misma Corte de Casación de París, pronunciada en 22 de Diciembre de 1931, a propósito de un litigio donde era parte un español residente en Argelia. (Idem, pág. 683.)

Efectivamente, en España no existe una ley que, como la francesa, de 30 de Junio de 1926, regule, de un modo particular y sistemático, las relaciones jurídicas entre los propietarios de las fincas y los arrendatarios que establecen en las mismas almacenes de comercio, pero existen desde el año 1920 unos Decretos sobre prórroga del contrato de inquilinato en general, aplicables a los locales de carácter comercial o industrial. Basta leer los artículos 3-5 y concordantes del Decreto de 29 de Diciembre de 1931 (donde se recogen preceptos anteriores), para convencerse de que no sólo se protege la vivienda particular, sino también el local fabril o comercial.

Está, pues, en un grave error la Corte de Casación de París cuando reiteradamente afirma que los franceses comerciantes no encuentran amparados sus derechos derivados de las leyes protectoras del inquilino vigentes en España. Seguramente el error procede de que en Francia las leyes generales sobre inquilinatos de 1 de Abril de 1926 y 29 de Junio de 1929 son aplicables, por razón de los locatarios, sólo a quienes alquilen fincas urbanas para vivienda o usos profesionales, *sin carácter comercial o industrial*, y la jurisdicción francesa debió creer que los preceptos especiales españoles tenían el mismo limitado alcance. (Planiol : *Traité elem.*, II, pág. 631.)

Los Tribunales gozan de amplias atribuciones para interpretar los Tratados internacionales, aplicables en los litigios, según dicen los fallos que examinamos, con el entusiasta aplauso del profesor de la Universidad de Lyon Jean Perroux (*R. Dr. Inter.*, 1932, pág. 713), pero, al hacerlo, han de procurar situar la cuestión en

el verdadero terreno internacional donde está colocada, ya que, de otro modo, la trascendencia de sus decisiones puede ocasionar perjuicios incalculables a los extranjeros y a los propios súbditos sometidos al principio de reciprocidad.

El Tratado hispanofrancés de 7 de Enero de 1862 (C. L., tomo 87, pág. 216), sobre derechos civiles de los súbditos españoles en Francia y franceses en España, para nada alude a la reciprocidad diplomática especificada en el artículo 11 del Código de Napoleón; pero, aunque las cláusulas del Tratado queden subordinadas a dicha reciprocidad, siempre tendremos que los franceses que ejercen el comercio en España gozan de protección para su local comercial en igual medida que los españoles, por cuya razón éstos, en Francia, debieran gozar de los mismos derechos atribuidos a los comerciantes franceses, sean mayores o menores que los establecidos en la ley española.

Si, como hemos visto, la ley española ampara al comerciante inquilino, en términos parecidos a la francesa, el error de la jurisprudencia aun es más patente, con agravio de los comerciantes españoles residentes en Francia y con perjuicio de los comerciantes franceses residentes en España, ya que, desde ahora, y aplicando rectamente el artículo 20 del vigente Decreto de 29 de Diciembre de 1931, no será posible que los Tribunales españoles otorguen la prórroga forzosa del arrendamiento de los locales comerciales pertenecientes a súbditos de la vecina República.

Para evitar esta anómala situación, derivada de un simple error sobre el alcance y significación del Decreto español de 29 de Diciembre de 1931, sería de desear que se hiciese llegar a la Corte de Casación de París el texto íntegro, con un dictamen interpretativo, de la tan repetida disposición especial aplicable a todos los contratos de inquilinato. Así podría ver el Procurador general, Paul Matter, cuán equivocado estaba al afirmar que «la anomalía es la misma que si se considera la situación de un francés que da en arrendamiento un almacén en Saint-Jean-de-Luz a un español, y arrienda un despacho en Irún, porque, de seguir la solución de la decisión atacada, él deberá consentir la renovación del arriendo a su arrendatario español, sin poder demandar el mismo derecho a su propietario en España».

Tiene la cuestión importancia práctica actual, porque las sen-

tencias que examinamos varían la jurisprudencia anterior de la Comisión superior de casación, creada por la ley francesa de 14 de Diciembre de 1920. (Sabido es que el legislador francés, con más acierto que el español, no abandona la interpretación de las leyes especiales sobre inquilinato a la opinión de varios centenares de Tribunales de instancia, sino que estatuyó desde hace tiempo la jurisdicción de casación encargada de encauzar la actuación de los jueces de paz y presidentes de los Tribunales civiles de primera instancia, únicos competentes en esta materia.)

La Comisión superior de Casación adscrita a la Sala de lo civil de la Corte de Casación de París, en 21 de Noviembre de 1929, aun dijo que «es preciso referirse a la declaración interpretativa dada el 22 de Julio de 1929 por el ministro de Asuntos Extranjeros y publicada en el *Journal Officiel* de 13 de Agosto siguiente, según la cual fuera de la conclusión de la Convención consular de 7 de Enero de 1862, las Altas partes contratantes han entendido que, para el goce recíproco de los beneficios que en ella se prevén, hay que asimilar en Francia el ciudadano español al ciudadano francés, y, en España, el ciudadano francés al ciudadano español, sin que las disposiciones del artículo 11 del Código civil (francés) puedan impedir esta asimilación. Dicha interpretación, que forma parte del texto de la Convención consular citada, se impone a la autoridad judicial». (*Gaz. Pal.*, 1929, 2.871.)

En la *Gaceta de Madrid* de 18 de Marzo de 1933 se publican las notas cruzadas entre la diplomacia española y la francesa sobre este interesante asunto. Parece que ambos Gobiernos están conformes en interpretar el acuerdo consular francoespañol de 7 de Enero de 1862 en el sentido de que la legislación protectora del inquilino alcanza también al comerciante, sin perjuicio de la eficacia de las decisiones judiciales anteriores.

Mas teniendo en cuenta que la función de interpretar los Tratados internacionales corresponde a los Tribunales de justicia, según proclama la Corte de Casación de París, sigue en pie la cuestión, ya que las simples notas diplomáticas, sin cristalizar en un Tratado revestido de las solemnidades exigidas por la práctica y las leyes nacionales, no constituye fuente del derecho internacional

FAUSTINO MENÉNDEZ-PIDAL.

Abogado