

El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil

(Historia y Derecho comparado)

I

INTRODUCCION

1. Etimología.—2. Concepto jurídico. El elemento de la custodia.—3. Breve idea de los caracteres del depósito.—4. Concepto legal civil del contrato de depósito.—5. Concepto legal mercantil de este contrato.—6. Cómo aparece la figura del depósito irregular.

Proponiéndonos tratar del depósito en su figura irregular, desde el punto de vista preferente de sus aplicaciones mercantiles, una exigencia de método nos obliga a presentar antes el depósito en su forma regular. Mas, claro está que, atendida su mera finalidad isagógica o preliminar, estas ideas sobre la institución del depósito en general han de reducirse a un esquema de la amplitud estrictamente indispensable a la mejor percepción del tránsito de la figura regular a la irregular.

Bastará a este objeto, con el concepto jurídico general del depósito y una brevísima idea de sus caracteres, indicando después cuál sea el concepto del contrato de depósito, según el Código civil, y en qué casos este depósito se transforma en mercantil, según el Código de comercio, y el moderno proyecto para su reforma. Con estos antecedentes el tipo especial de contrato que representa el depósito irregular se dibujará con facilidad en la última parte de la Introducción.

I. La etimología de la voz «depositum» nos pone en camino para llegar a su concepto jurídico.

«Depositum» se deriva del verbo *pono, is, ere, possui, possitum*, que significa poner, establecer, colocar, fijar, y que, unido a la preposición de ablativo *de*, forma del verbo *depono, is, sui, situm, nere, depositar*. Esta partícula *de* tiene muchos significados (*de, desde, fuera, sobre, bajo, abajo*); pero en el verbo *deponere* (y, por tanto, en la voz *depositum*) expresa, en nuestro sentir, una relación de arriba abajo (1). Por eso, *deponere*, en latín,

(1) Este sentido de la preposición *de*, tanto en latín como en castellano, no es difícil encontrarlo en multitud de palabras en las que la partícula prepositiva *de* viene a modificar el sentido de la voz principal, imprimiendo en ella la significación especial indicada en el texto. Tal ocurre en el latín con las siguientes palabras:

Decido, is, cidi, cisum, dere: caer (*ex equo in terram, Caesar—arbore glaudes, Ovidio*). *Declivis, e*: lo que está cuesta abajo (*declivia flumina, Lucrecio*). *Decoque, is, xi, ctum, quere*: disminuir, descender, bajar por «a evaporación (se dice del agua cuando cuece). *Decresco, is, crevi, cretum, scire*: menguar, disminuir. *Decurro, is, cursi o cucurri, cursum, rere*: descender, bajar corriendo, correr hacia abajo. *Decursio, onis*: curso o corriente de agua que naturalmente va hacia abajo. *Decutio, is, cussi, cussum, ere*: abatir, derribar. *Deduco, is, xi, ctum, cere*: hacer bajar (*aliquem de rostris, César*). *Defigo, is, xi, xum, gere*: hincar, clavar. *Deflagro, as, are*: arder de arriba abajo, abrasarse enteramente. *Deflecto, is, xi, xum, ctere*: doblar hacia abajo, encorvar. *Defundo, is, dere*: derramar, vaciar. *Degredior, eris, gres, sus, sum, di*: bajar de lo alto, descender, marchar hacia abajo. *Dejectus, us*: la caída. *Demeo, as, are*: descender, bajar. *Demergo, is, si, sum, gere*: sumergir, sepultar. *Deminuo, is, ere*: disminuir, rebajar. *Demisse*: bajamente, por abajo. *Demitto, is, ere*: enviar de alto en bajo, dejar caer, hacer bajar (*demitti de coelo, Liv.*). *Demolior, iris, itus, sum, iri*: demoler, echar por tierra. *Denato, as, are*: bajar nadando. *Deorsum*: abajo, hacia abajo. *Dependeo, es, di, sum, dere*: estar colgado. *Deprimo, is, pressi, pressum, ere*: bajar, inclinar hacia abajo. *Derepo, is, psi, ptum, pere*: bajar gateando. *Descendo, is, di, sum, dere* (de *de* y *scando*: subir): descender, bajar. *Desido, is, ere*: rebajarse, quedar sedimentado, depositado. *Desilio, is, lui, sultum, hre*: saltar abajo, bajar saltando. *Despicio, is, pexi, pectum, piscere*: mirar de arriba abajo, despreciar. *Desudo, as, are*: destilar, caer gota a gota. *Devoco, as, are*: llamar, hacer bajar. *Devolvo, as, are*: bajar volando. *Devolvere, is, vi, volutum, vere*: rodar hacia abajo.

Con el mismo sentido—relación de arriba abajo—se encuentra la preposición *de* sin formar palabra en las siguientes frases: *De muro se dejecerunt, César* (se precipitaron de lo alto del muro). *Parera de arbore, Ovidio* (parir bajo un árbol).

significa poner abajo, dejar en tierra, descargar (*deponere onus*, Lucrecio).

Y no sólo en latín y en las lenguas que de él se derivan encontramos esta significación, sino también en lenguas de formación completamente independiente del latín. Tal ocurre, por ejemplo, con el alemán, donde «depositar» (entre otros significados) es *niederlegen*, *niederstellen*, que significa también poner abajo, colocar debajo.

Esta explicación etimológica de la palabra *depositum* se concilia perfectamente con la forma en que originariamente tuvo lugar el acto del depósito antes de llegar a ser contrato.

En efecto, el depósito, en su origen, hay que concebirle como una medida de seguridad que adopta la persona que por cualquier motivo, generalmente calamitoso, se ve compelida a abandonar su casa. En un trance de esa naturaleza, ante la imposibilidad de llevar consigo todas las cosas de su propiedad, es lógico pensar que esa persona buscaba un sitio adecuado donde enterraba los objetos de más valor, y esta operación, o la hacía en un lugar sólo por él conocido o la realizaba en casa del amigo dispuesto a favorecerle, y a quien confiaba, pues, este *depósito* (1). Esta primitiva idea de esconder, enterrar, poner debajo de algo seguro, a que alude tan expresivamente la etimología de la palabra *depositum*, aparece con firmeza en el conocido texto del Digesto (I, 41, 1, De A. R. D., 31, 1), que define el tesoro diciendo que es:

Vetus quaedam depositio pecuniae cujus non existat memoria ut jam dominum non habeat. Aquí se emplea la palabra *depositum* en el sentido de contenido de un depósito de esta especie abandonado por su dueño, es decir, como suma de dinero oculta largo tiempo de la que no se tiene memoria ni se sabe quién es su dueño. Análoga idea expresa Carolo Du Fresne en su *Glossarium mediae et infimae latinitatis* (2), al dar el siguiente significado del depósito: «Arca—dice—in *cua pecunia depositum, vel locus ubi alia quoevis bona deposita asservatur, praecipue in monasteriis. Reg. visitat. Odonis Archier. Rotamag, ex Cod. Reg.*,

(1) Aparece así bien claramente explicado el carácter de contrato de confianza del depósito y la enérgica protección concedida por las leyes de todos los tiempos contra la deslealtad en la custodia.

(2) Niort. L. Favre, 1884, tomo III, pág. 70.

1245, fol. 406: *Habebant (moniales monasterii (Villarís) in Deposito seu thesauro, solutis debitis omnibus quoe debebant, vj. libras.*» En este texto, por sinécdoque, se da el significado de depósito al arca que contiene la cosa depositada o el lugar en que se deposita y se equiparan las palabras *depósito* y *thesauro* (1).

2. «El depósito—dice Pothier—es un contrato por el cual uno de los contratantes da una cosa a guardar a otro, el cual se encarga de ello gratuitamente y se obliga a devolverla cuando fuere requerido» (2).

La sola enunciación del concepto de depósito da idea de la *utilidad* enorme de este contrato, que nos permite, en circunstancias normales, desligarnos de nuestras cosas durante el tiempo en que otras ocupaciones nos impidan vigilarlas debidamente, sin perder nuestro derecho sobre ellas, y en circunstancias normales (incendio, inundación, ruina, etc.), librarlas del peligro de ser destruidas. Unase a esto el que el depósito nos garantiza la custodia de las cosas que por necesidad hemos de llevar con nosotros en los viajes, y que es preciso abandonar a veces en la casa donde nos hospedamos, y se comprenderá que no existe pueblo «en el cual haya apenas nacido las primeras nociones de justicia y de buena fe que no tenga en práctica este contrato y no le reconozca su gran utilidad» (3). En los tiempos actuales el aumento, siempre creciente, del tráfico mercantil y la constante movilidad de las personas han dado ocasión para innumerables aplicaciones del depósito, como hemos de comprobar en la última parte de este trabajo.

La característica del depósito es la buena fe que supone por parte del que recibe la cosa—depositario—. *Totius fidei ejus esse commissum quod ad custodiam rei pertinet*, dice Ulpiano (4). De

(1) Para hacer un estudio detenido sobre la etimología y significación de la voz *depositum*, pueden consultarse: *Thesaurus linguae latinae*, volumen V, fasc. III, columnas 584 y 585, por Jachmenn. A Walde: *Latin. etym. Wörterbuch*, 2 Auflage, p. 598. *Heinisches lateinisches Schulwörterbuch*, 1 Teil, p. 226. *Ausführliches lateinisch deutsches Handwörterbuch*. Ausg. v. K. E. Georges Erster Band, columnas 2.059 y 60. Friedrich Lübker: *Reallexikon des Klassischen Altertums*, herausg. v. J. Geffcken und E. Ziebarth, pp. 284-85.

(2) Pothier: *Traité du dépôt* (tomo VI de las Obras completas), página 1.

(3) *Dig. ital.*, vol. IX, parte segunda, pág. 99.

(4) L. I. D., *depositi*.

aquí que este contrato se llame sagrado (1) y que su infracción suponga un hecho delictivo desde las más antiguas legislaciones hasta nuestros días (2).

El fin principal del contrato es la custodia de la cosa depositada. La definición de Ulpiano—*quod custodiendum alicui datum est*—expresa bien claramente la finalidad del depósito, y a partir de este texto romano todas las definiciones de los autores coinciden en señalar de un modo preferente el elemento de la guarda. El Derecho alemán, coincidiendo con la definición de Ulpiano, llama al depósito «contrato de guarda» (*Verwahrungsvertrag*), y los autores alemanes, realizando la obligación de custodia que pesa sobre el depositario, incluyen el depósito entre los contratos de servicios o de trabajo (*Anbeitsverträge*). Así, Gierke (*Deutsches Privatrecht*, III, pág. 412), Cosack (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, pág. 11), Enneccerus (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, parte 2.^a, pág. 293), Endemann (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, pág. 1.161), etc.

El contenido obligacional del depósito se concreta en una doble obligación del depositario: custodiar la cosa y restituirla al depositante. Pero esta obligación de custodia no es la genérica obligación de conservar la cosa, que es aneja de la de entregar o devolver esa cosa, y que como tal aparece en otras muchas relaciones contractuales, como la compraventa, arrendamiento de cosas, préstamo comodato, prenda, mandato, etc. (v. artículo 1.094 del Código civil). Aquí la obligación de guarda, de obligación accesoria a la de restitución, pasa a ser obligación específica y característica del contrato celebrado (*custodiae causa duntaxat*).

Gierke (ob. cit., pág. 730), refiriéndose al Derecho alemán, supone que en el contenido obligacional del depósito la primitiva obligación fundamental, que era la de restituir la cosa, se ha convertido más tarde en la de guardarla. «Como contenido esencial de la obligación jurídica del depositario—dice—aparece en el antiguo Derecho alemán la íntegra restitución de la cosa. Del mismo modo, en el Derecho romano la *actio depositi directa* se ende-

(1) «Haec actio depositi summam fidei exigit. Contractus depositi est sacer contractus, ut Juvenalis dixit: *Sacrum depositi*.» Cujas, *quoest. papin.*, sobre la l. 24 Dig., *depositi*.

(2) V. Código penal español, núm. 5 del art. 548.

rezaba a la devolución. Al lado de ella se destacó, no obstante, en el Derecho alemán, como obligación sustantiva, la permanente guarda debida por el depositario, y en el curso del desenvolvimiento llegó a ser la guarda, como tal, el contenido obligatorio propio. El contrato de depósito se muestra hoy como fuente de una obligación duradera (*dauernden*) que no se ejecuta, sino que se extingue mediante la devolución.» «Por esta razón—añade—se incluye el contrato de depósito entre los contratos de servicios o trabajo. Su esencia jurídicoobligatoria está constituida por la actividad, encaminada a la guarda de la cosa, que debe prestar el depositario. Esta es la prestación que se tiene en cuenta en el contrato de depósito remunerado.»

Por esta obligación específica el depósito se distingue con facilidad de aquellos otros contratos, antes mencionados, en los que, aun mediando una obligación de guardar cosa mueble, no tienen como finalidad esencial ésta de la custodia.

Tal doctrina, que ha sido y es la corriente entre los autores, encuentra un contradictor en Windscheid, para quien el contenido esencial del depósito no radica en la custodia a que se compromete el depositario, sino en la concesión gratuita de un determinado espacio por el depositario al deponente. Por ello sale al paso de la interpretación, generalmente en uso, del texto de Ulpiano citado, diciendo que no debe entenderse en el sentido de que el depositario asuma la obligación de custodiar la cosa, de una especial actividad de custodia: él se obliga sólo a conceder un sitio, con el fin de que la cosa sea guardada en él. Ampara su opinión en la L. I, § 12, D., que dice: «*Quod si rem tibi dedi, ut... tu custodiris... videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit. Et Pomponius dubitat. Puto tamen, mandati esse actione: quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem*» (1).

Gierke (2) estima completamente equivocada esta opinión de Windscheid no sólo respecto al Derecho común, sino también para el Derecho romano. Para él, la concesión del espacio necesario va unida a la custodia de la cosa, y queda reducida a la categoría del simple medio para que la guarda—objeto esencial

(1) Pand. (trad. Fadda y Bensa), vol. II, parte segunda, § 377, número 1.

(2) Ob. cit., pág. 731.

del depósito—pueda tener lugar. Y cuando se establece, por estipulación, el espacio para el acomodo o alojamiento de la cosa, sin que se asuma ninguna obligación de custodia, entonces no se trata de contrato alguno de depósito, sino de un comodato o de un alquiler, según que la concesión sea gratuita o remunerada.

Este concepto de la custodia negativa, defendido por Windscheid, ha tenido ciertamente pocos partidarios. Entre éstos se cuenta Coppa-Zuccari (1), cuando dice, refiriéndose al Código civil italiano, que no impone al depositario una especial actividad dirigida a la conservación de la cosa, y que donde estuviese obligado a tal actividad, se tendría no un depósito, sino una *locatio conductio operis*, encaminada a la conservación de la cosa. «El custodio, el arrendador de la propia obra, con fines de custodia—añade este autor—, debe vigilar la cosa por custodiar, no puede alejarse de ella, debe defenderla contra el hurto, debe desplegar una actividad positiva y especial, que sustrae a la vigilancia de sus cosas. Responde a la diligencia de un buen padre de familia, independientemente de la que desarrolla en la gestión ordinaria de su vida económica y jurídica. Por el contrario, el depositario, en la custodia de las cosas recibidas en depósito, debe desplegar la diligencia, *quam suis rebus adhibere solet*. Y esta diligencia, dirigida a la conservación de las cosas propias, la desenvuelve el depositario, en relación a las cosas no fungibles, impidiendo que se pierdan o se deterioren...»

Estas últimas palabras de Coppa-Zuccari denotan que él mismo reconoce una actividad propia de la custodia, que se traduce en el hecho de impedir que la cosa dada en custodia se pierda o se deteriore. Es, pues, una obligación la del depositario que excede, sin duda—y vemos que así lo reconocen los mismos contradictores de la custodia positiva—, a la que se concreta en una actividad meramente pasiva respecto de los acontecimientos que puedan relacionarse con la cosa depositada. «Custodia de una cosa—decía Hassc (2)—es defensa de la cosa misma contra acontecimientos extraños al hecho del custodio que de cualquier modo

(1) *Il deposito irregolare*. Módena, 1901, pág. 94.

(2) *Die culpa des römischen Rechts*, pág. 282 (cit. por La Lumia: *I depositi bancari*, pág. 98, núm. 1).

la depreciación o la sustraigan a aquel para el cual deba conservarse.»

Hay que distinguir en el depósito, como hace La Lumia (1), la actividad del depositario, que se exterioriza en la diligencia *quam suis rebus* y constituye el *objeto* del contrato, y la *conservación* de la cosa, que es, por el contrario, el fin inmediato o *causa*. En rigor, el concepto de custodia se agotaría en el primer término, la actividad; pero teniendo presentes las relaciones inescindibles entre medio y fin, abraza también el segundo, es decir, la *conservación*.

El signo distintivo del depósito es, por tanto, la *custodia*, empleando esta palabra en el sentido indicado de actividad de guarda, no en el sentido técnico, que también se encuentra en el Derecho romano cuando significa no tanto esa actividad como su valoración jurídica. Según Girard, el término *custodia* se emplea a menudo en las compilaciones de Justiniano para designar la diligencia que debe aplicar a la guarda de una cosa el individuo responsable de su culpa. Pero, al lado de este sentido general, tiene otro restringido, en el que expresa una responsabilidad especial, impuesta al deudor, y que implica para él la garantía de ciertos casos fortuitos, tales como el robo y la deterioración de la cosa, en oposición a los casos de fuerza mayor propiamente dicha (2).

Más adelante veremos de qué manera subsiste el elemento de la custodia en el depósito irregular.

3. Dejemos a un lado la cuestión relativa a si el depósito es un contrato o simplemente un acto unilateral. Sabido es que el Código de Napoleón lo definió como acto (artículo 1.915), y que este concepto fué defendido por Domat (3) y Guillaouard (4), argumentando que dentro del depósito está el secuestro o depósito judicial, y en él no hay contrato, sino una orden de justicia dada a una persona para constituir la guardián de objetos pertenecientes a otros. El ejemplo del Código francés lo siguió el italia-

(1) Ob. cit. en la nota anterior, pág. 98.

(2) V. también Pétit, *Traité élémentaire de Droit romain*. París, 1925, página 485, núm. 3.

(3) *Les lois civiles. Du dépôt et du sequestre. Introduction*.

(4) *Traité du dépôt et du sequestre*, pág. 286.

no (artículo 1.835); pero esta dirección no ha tenido continuades ni en la legislación ni en la doctrina (1).

a) *El depósito es un contrato real.*—En el Derecho romano justiniano figura entre los cuatro contratos que se perfeccionaban *re* (Inst., 3, 14: *Quibus modis re contrahitur obligatio*), y la razón de este requisito de la entrega de la cosa es la de que no se puede obligar a nadie a devolver una cosa que todavía no ha recibido. De aquí que la obligación de restituir que al depositario incumbe tenga como presupuesto la precedente entrega de la cosa.

No podemos desarrollar aquí la discusión sobre el problema de la subsistencia en el Derecho romano de los contratos reales, ni siquiera circunscribiéndolo al Derecho positivo español, con la interpretación del artículo 1.258, concebido en unos términos de generalidad que el propio Código contradice en varios de sus artículos (v., respecto de los contratos llamados formales, los artículos 633, 1.280, 1.628, 1.667 y 1.875, y respecto de los reales, los artículos 1.740, 1.758 y 1.863). El tema ha sido ampliamente tratado por los civilistas y frente a un pequeño grupo que niegan—si se permite la expresión—la realidad jurídica del contrato real (Toullier (2), Vigié y Combescure (3), entre los franceses; Schneider (4), entre los suizos, y Goyena (5) y Falcón (6), entre los españoles), está la gran mayoría de los escritores de Derecho civil, afirmando la persistencia y justificación de los antiguos contratos reales en el Derecho positivo moderno. A este grupo pertenecen Sánchez Román, De Diego, Burón, Valverde, Manresa, etc., entre los españoles; Pothier (7), Poujol, Moulon.

(1) Véase, respecto del Derecho español, la opinión de Sánchez Román (*Estudios de Derecho civil*, IV, pág. 871) y el artículo 1.180 de la ley de Enjuiciamiento civil, que confirma el carácter contractual aun para el caso del secuestro judicial, ya que habla de aceptación por el depositario.

(2) *Le droit civil français*, continuado y completado por Duvergier, sexta edición, vol. III, segunda parte, pág. 10.

(3) Artículos de la *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* (1903, XXXII, págs. 477-491), con el título: *Existe-t-il des contrats réels en Droit français?*

(4) *Commentaire du Code fédéral des obligations*, tomo I, núm. 19.

(5) *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*.

(6) *Derecho civil español, común y foral*, IV, pág. 72.

(7) *Oeuvres complètes. Prêt à usage* núm. 6.

Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Demolombe, Larombière, Laurent, Thyri, Bufnoir, Troplong, Baudry-Lacantinerie, Planiol, etc., entre los escritores de Derecho francés; Ruggiero, Gianturco, Pacifici-Masconi (1), entre los italianos; Gierke (2), Endemann, Dernburg, Crome, Ennecerus, Planc k, Staudinger, Regelsberger, Windscheid y Brinz, entre los alemanes, y entre los suizos, Eisele (3). En la legislación positiva, el único Código que se mantiene afirmado al principio de que hoy todos los contratos son consensuales es el Código de las obligaciones suizo, como se deduce de las definiciones de los contratos de préstamo y de depósito (artículos 305 y 472).

Conforme a la opinión dominante, el depósito exige, pues, a más del consentimiento y los demás requisitos fundamentales de todo contrato, la efectiva entrega de la cosa. Pero nótese bien que—como ya apunta Gierke (4)—la puesta en posesión de la cosa no se requiere aquí como exigencia formal, como sospechan, equivocadamente, los que ven en los contratos reales una reminiscencia del sistema formulario romano, sino como supuesto imprescindible del contrato mismo. La tradición tiene, pues, no una significación formal, sino una significación material, impuesta por la naturaleza del vínculo jurídico que se crea.

Por estas consideraciones, el precepto del artículo 1.258 del Código civil español no tiene más alcance que el de establecer,

(1) En la quinta edición de sus *Istituzioni* reconoce el carácter real del depósito, de acuerdo con el artículo 1.837 del Código civil italiano, rectificando así la opinión inserta en las anteriores ediciones (véase nota 2, página 414, vol. V, parte segunda).

(2) *Deutsches Privatrecht*, III, págs. 344, 571, 577 y 728.

(3) *Über Realkontrakte mit besonderer Rücksicht auf das schweizerische Obligationrecht*, en la *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, XXV, página 1.ª y siguientes.

(4) Dice Gierke (*Deutsches Privatrecht*, III, pág. 344): «Desde el siglo XVII estaba establecido como derecho común consuetudinario que todo contrato obligatorio (*Schuldvertrag*) pudiera con toda eficacia ser concluído como contrato consensual.» Pero añade a continuación: «Claro es que al mismo tiempo el concepto del contrato real en los contratos reales nominados del Derecho romano conservaba una significación material, quedando pendiente de la entrega al deudor el fundamento de tal relación obligatoria, designada por las denominaciones de estos contratos y regulada por peculiares normas jurídicas.»

como principio general de la contratación, el espiritualista, cumpliendo de este modo lo que establecía la base 20 de la ley de 11 de Mayo de 1888, que mandaba que los contratos continuaran sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura. No hace más que extender a todos los contratos, en general, la declaración que el Derecho romano hacía sólo respecto de cuatro contratos (los llamados consensuales), pero sin que ello signifique que tal regla no admita excepciones, que el mismo Código se encarga de patentizar en los lugares correspondientes antes citados. A este respecto es bien significativa la comparación del léxico que el Código emplea, al caracterizar el contrato de depósito, con el que utiliza al hablar de la compraventa, permuta, arrendamiento, sociedad y mandato. Así como en estos últimos tiempos, supuesta la existencia del contrato por la simple coincidencia de voluntades (ya que el contrato existe—como dice de un modo general el artículo 1.254—desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio), se limita el Código a indicar las obligaciones características que se producen por ese acuerdo (1), en el primero—contrato real del Derecho romano—se advierte que el Código no estima suficiente que se haya producido el simple acuerdo de voluntades, sino que exige, además, para que se «constituya» el contrato en cuestión, que la cosa haya sido entregada (artículo 1.758).

En suma: el contrato de depósito, como al principio dijimos, es un contrato real en el puro sentido romano (2).

(1) En la compraventa, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, y el otro a pagar por ella un precio cierto (artículo 1.445). En el arrendamiento, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto, o a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto (artículos 1.543 y 1.544). En la sociedad, dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias (artículo 1.665). En el mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra (artículo 1.709).

(2) Para evitar confusiones, importa insistir en que aquí empleamos la expresión *contrato real* en el puro sentido romano—contrato que se perfec-

b) *La unilateralidad y la gratuidad del depósito.*—El depósito no engendra para el depositante más que derechos—el de reclamar la devolución de la cosa y los que sean consecuencia de éste—, y para el depositario, sólo obligaciones—la de custodiar la cosa depositada y devolverla cuando el depositante la reclame—. Encaja, pues, perfectamente este contrato en el concepto de contrato unilateral (1).

Cuestión íntimamente enlazada con ésta es la de si la gratuidad será o no esencial al concepto del depósito. En Derecho romano parece indudable que el contrato del depósito fué esencialmente gratuito, como contrato de beneficencia hecho en vista de la utilidad exclusiva del deponente. De un texto de Ulpiano se

ciona por la entrega de la cosa—y no en el sentido de los autores alemanes, como contrato enderezado a la transmisión del dominio o de un derecho real (*dingliche Verträge*). En este sentido es real el contrato consensual de compraventa.

Según advertimos antes en el texto, la índole tan específica de este trabajo no nos permite hacer más que indicaciones sumarisimas sobre el problema del contrato real. El que pretenda hacer una monografía—que sería muy interesante—sobre este punto, debe consultar: Brinz, *Pandekten*, II, § 228; Bülow, *Der Realvertrag*, Rostock, 1906; Cosack, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, págs. 572, 575 y 619; Demelius, *Realkontrakt in heutigen Rechte, Jahrbucher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, vol. VIII, número 5; Kohler, *Archiv für bürgerliche Rechts*, II, p. 217 (sobre comodato), y 211 (sobre mutuo), XXXIII, p. 1 y sig.; Kraemer, *Der Darlehensbegriff*, u. s. w., Halle, 1900; Lubbert, *Jahr. f. D.* LII, p. 313 y sig.; Plesinla, *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, París, 1902; Regelsberger, *Jahr. f. D.* LII, p. 410 y sig.; Schlossmann, *Realkontrakt und Ververtrag*, *Jahr. f. D.* XLV, pág. 1 y sig.; Schey, *Schulderhältnisse*, p. 36; Storch, *Der heutige Darlehensvertrag*, 1878; Unger, *Jahr. f. D.* XIII, p. 16 y sig.

(1) No nos detenemos en el examen de la tesis de los contratos sinalmáticos imperfectos, categoría especial en la que suele incluirse el depósito cuando la custodia ha originado gastos o perjuicios para el depositario. La doctrina moderna rechaza esta especie híbrida en la clasificación de los contratos, afirmando que esa ulterior obligación del deponente, como no nacida en el momento de la perfección del contrato, sino más tarde, a virtud de un hecho eventual e incidental, no entra en el ámbito de las relaciones contractuales. Véase en este sentido Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, II, pág. 950; De Diego, *Apuntes de Derecho civil*, segundo curso, I, pág. 112, y *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. IV, parte primera, pág. 985.

deduce, por otra parte, que este carácter de la gratuidad era la que servía para diferenciar el depósito del arrendamiento (1). Domat y Pothier, siguiendo fielmente al Derecho romano, consideraron incompatible con el concepto del depósito la estipulación de un salario, y, de acuerdo con estos principios, el Código civil francés afirma que el depósito es un contrato esencialmente gratuito (artículo 1.917).

Mas lo cierto es que si indagamos el *initium at causa* de este contrato, como Ulpiano aconseja, en general (2); si buscamos el fin que las partes se proponen al contratar, comprobaremos que la retribución en nada altera esa finalidad, ni se opone, por tanto, a la esencia del contrato. Siendo el fin del depósito la custodia de una cosa por parte del depositario, como luego veremos, lo que importa es que este fin quede siempre respetado para que pueda hablarse de tal contrato. El salario, que no impide ni estorba esta custodia de la cosa, es, pues, una estipulación más entre las muchas que los contratantes pueden pactar dentro de una amplia libertad, tan sólo limitada por la necesidad de que quede intacta la relación jurídica que da nombre al contrato.

Por otra parte, hay que tener presente la influencia, cada día mayor, de la contratación mercantil en la contratación civil, que amenaza absorberla por completo, convirtiendo en contratos onerosos todos los que tradicionalmente fueron gratuitos: es una imposición de la realidad a la que el legislador no puede volver la espalda. Los redactores del Código francés no supieron apreciarla —cosa disculpable en una época de escaso tráfico mercantil, comparado con el actual—; mas los códigos posteriores tuvieron que aceptar la modificación del concepto (3). Así, en nuestro Código

(1) «Si vestimenta servanda balneari data perierint, siquidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi cum teneri, et dolum duntaxat proestare debere puto, quod si accepit, ex conducto.» L. 1, § 8, D. depositi.

(2) «Uniuscuiusque contractus initium spectandum et causam.» V. *Enc. giur. it.*, vol. IV, parte primera, pág. 982.

(3) Esto aparte de que en el propio Derecho romano no faltan indicios para suponer que el depósito no dejaba de ser depósito aun cuando hubiera «merces». Véase, si no, el siguiente texto de Ulpiano: «Nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur merito dolus proestatur solus, nisi forte et merces accessit.»

civil, el depósito es un contrato por naturaleza gratuito, mas no por esencia, puesto que se admite el pacto de una retribución (artículo 1.760). (1).

En cambio, el Código de comercio, en armonía a las necesidades a que responde su especialidad, configura el depósito mercantil como contrato en que la retribución al depositario va aneja a la naturaleza del convenio, admitiendo el pacto en contrario (artículo 304). La posición del Código mercantil es, pues, la inversa a la del civil, el cual, fiel a la tradición romana, se mantiene en este punto muy rezagado. Si seguimos la trayectoria del concepto legal de depósito, hasta los códigos más modernos y prácticos, observaremos, en efecto, que la remuneración al depositario se admite y se sanciona no sólo si se ha convenido expresamente, sino también cuando, faltando esa estipulación, sea procedente el salario, atendidas las circunstancias del caso. Tal es la posición del Código civil alemán (2) y del Código civil suizo (3).

El depósito es, pues, un contrato unilateral, cuando es gratuito, y bilateral, cuando es remunerado, y la remuneración se pacta como contraprestación a la prestación del depositario (4).

4. Nuestro Código civil, a más de este elemento clásico de la gratuidad, que recoge en el artículo 1.760, reproduce en la definición del artículo 1.768 el concepto tradicional del depósito tal como acabamos de caracterizarlo.

«Se constituye el depósito—dice el Código civil—desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla.»

El Código apunta como obligación primordial la de custodiar

(1) El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario—dice ese artículo.

(2) § 689. Debe considerarse convenido tácitamente un salario en el depósito cuando, según las circunstancias del caso, deba considerarse que sólo se realizaría la custodia mediante salario.

(3) Art. 472, § segundo: El depositario no puede exigir una remuneración más que cuando haya sido expresamente estipulada, o si, teniendo en cuenta las circunstancias, confiara en ser remunerado.

(4) Gierke, ob. cit., pág. 730. Cosack, *Lehrbuch des burg. Rechts*, tomo I, p. 619. Endemann, por el contrario, opina (*Lehrbuch des burg. Rechts*, tomo I, p. 1.160) que el depósito es siempre unilateral, pues aun concedido el salario, éste no tiene carácter de contraprestación.

la cosa («guardarla»), obligación que vincula—como hemos visto—la esencia del depósito, la finalidad determinante del contrato (*quod custodiendum alicui datum est*). Con excelente criterio antepone el Código esta obligación a la de restituir, por donde se ve que no es la custodia una consecuencia no más de aquella otra obligación, sino más bien la obligación típica del depositario, la que da nombre en algunos idiomas al contrato mismo (*Verwahrungsvertrag* de los alemanes).

Alrededor de este núcleo fundamental, y en rigurosa sumisión a él, se dibujan los caracteres del depósito.

a) Como para que una persona pueda custodiar una cosa es preciso que la cosa pase a poder de esa persona, el Código no tiene por *constituido*, es decir, por *perfecto*, el contrato hasta tanto que se recibe la cosa misma (artículo 1.758), sancionando de este modo explícito la naturaleza *real* del depósito.

b) La guarda o custodia que el depositario se obliga a prestar suele ser—sin duda, lo fué en el origen del contrato—oficio de amistad y benevolencia. De aquí su gratuidad, apuntada en el artículo 1.760, como tipo normal y legal del contrato. Pero como a la finalidad esencial de la custodia—*in ius et causam* del contrato—no se opone el que se pacte una retribución, al lado de la figura clásica del depósito admite el Código la figura moderna y mercantilista del depósito retribuido por el cauce del pacto en contrario o pacto derogatorio del tipo legal.

5. Nuestro Código de comercio, fiel al sistema de «clasificación por partida doble», que reclama su propia existencia, independiente frente al Código civil, dibuja un tipo especial de contrato de depósito, al que denomina «mercantil», para oponerle a su correlativo el depósito civil (artículo 303, Código de comercio).

Cabría plantear en este punto la cuestión de la oportunidad de esas notas características del depósito mercantil, que el Código menciona en el artículo 303, teniendo en cuenta el criterio de calificación automática de los actos mercantiles, expresado en el artículo 2.º del propio Código. Si el depósito es acto de comercio por el solo hecho de estar incluido en el Código (artículo 2.º, § 2.º), parece que no había necesidad de puntualizar los casos en que este contrato es mercantil.

Pero es preciso reconocer que, supuesta la existencia de un de-

pósito regulado por las leyes civiles, no bastaría, para deslindar el depósito mercantil, con establecer una regulación distinta en el Código de comercio, porque siempre habría de quedar sin resolver la duda acerca de cuál de los dos ordenamientos, el civil o el mercantil, era el aplicable a un contrato dado.

¿Qué criterio seguir entonces para la distinción? (El Código de comercio italiano no define un tipo general de depósito mercantil, como hace nuestro Código, sino que limita la calificación de mercantil al depósito de mercancías y frutos realizado en los almacenes generales, es decir, a una especie concreta entre los depósitos, caracterizada por el objeto del contrato y el lugar donde la cosa se custodia.)

Nuestro Código, en cambio, salva la dificultad apuntada, señalando tres requisitos para que el depósito se convierta en depósito mercantil. De este sistema se deduce que el depósito no será mercantil porque esté incluido en el Código de comercio—criterio general suministrado por el artículo 2.º—, sino porque reúna las tres condiciones que vamos a comentar brevísimamente (1).

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,
Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central.

(Continuará en el número siguiente.)

(1) V. sobre este tema de la distinción entre actos civiles y mercantiles en nuestro Derecho positivo, mi *Prólogo* a la traducción española de *Principios de Derecho mercantil* del profesor Rocco. Madrid, *Rev. de Derecho privado*, 1931.

LA "USUCAPIO PRO HEREDE" (1)

(Conclusión.)

Para sostener que la usucapión con buena fe y justo título está sometida a la condición de que el heredero no haya tomado posesión todavía de las cosas hereditarias, se toma base de un texto (2), de Pomponio (L. 29, D., De usucap.) así concebido: «*Cuum solus heres essem, existimarem autem te quoque parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi; propius est, ut ussueas capere non possis, quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est, neque etiam habes causam possidendi: ita tamen hoc verum est, si non ex transactione id factum. Item dicimus si tu quoque existimes te heredem esse; nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi.*»

El caso previsto es el siguiente: Primus, heredero real, cree a Secundus su coheredero y le hace tradición de la mitad de las cosas hereditarias. Pomponio se pregunta si Secundus podrá usucapir.

Una objeción nace por de pronto: ¿cómo puede hablarse de usucapión en una hipótesis en que Secundus deviene propietario por la tradición misma, que es, como se sabe, uno de los modos romanos de transferir la propiedad? La objeción, que tendría algún valor si el texto emanara de un jurisconsulto del derecho nuevo, donde la tradición era siempre un efecto o modo legal de transferir la propiedad, no tiene cabida si se piensa que este texto emana de un jurisconsulto de la época clásica: en la época del derecho clásico la tradición de las *res mancipie*, aunque hecha a *domino*, no transfería la propiedad hereditaria, sino solamente el do-

(1) Véanse los cuatro números anteriores.

(2) Arndts: «Civ. Schrift. I, t. 127-128; Fitting: «Archs. für die Civ. prax., 52, p. 274; Wening-Ingenheim: «Lehrbuch des gemeinen civilrechts», 4.ª edit., § 132, nota; Unterholzner: «Verjahungslehre», § 107, I, p. 372; Huschke: loc. cit., 193-192.

minio bonitario; la usucapión sólo hacía adquirir el *dominium ex jure ilibitum*; este fin de transformar el dominio bonitario en dominio quiritarario había sido, en su origen, el único caso de aplicación de la usucapión (Gayo, II, § 41) (1). La cuestión planteada por Pomponio es saber si sobre el fundamento de esta tradición de las *res mancipi* hereditarias, Secundus podía, por medio de la usucapión, transformar su dominio bonitario en quiritarario, y la respuesta es negativa; en efecto, dice el jurisconsulto, Secundus no puede usucapir *pro herede*, ni de ninguna otra manera, puesto que le falta el título; sin embargo, aquí Pomponio abre una especie de paréntesis si la tradición intervenía en ejecución de una transacción, y había tenido lugar a la usucapión, pues una transacción es una base suficiente para ésta. Por último, si Secundus es de buena fe y cree ser heredero, la usucapión no tendrá lugar por el obstáculo de la anterioridad de la posesión del verdadero heredero, y es aquí, según Arndts, donde se ve la prueba de que el principio admitido, en materia de usucapión lucrativa, se extiende también a la usucapión de buena fe, y con justo título.

¿Únicamente puede interpretarse el texto como hace Arndts? No lo creemos. Sin duda, Pomponio dice bien en la última frase (*Item dicimus*, etc.) que Secundus, aun siendo de buena fe, no podría usucapir. Supone que Secundus tiene la buena fe, pero no supone que tenga justo título, y, por consecuencia, careciendo de éste no puede hacer cuestión de la usucapión ordinaria, sino solamente de la usucapión lucrativa. Lo que prueba ciertamente que Pomponio supone que aquí no hay justo título es la relación que establece entre la última frase y la primera; la frase intermedia, relativa a la transacción, no era, como hemos dicho, más que un paréntesis, y esta relación está impuesta por las palabras *Item dicimus*, cuyo sentido es bien significativo. En la primera frase el jurisconsulto supone, ciertamente, que no hay justo título, y es preciso admitir que la última no lo supone tampoco; pero seguirá: ¿Cómo admitir que Primus y Secundus hayan sido igualmente engañados, sin que tengan el justo título? Y la respuesta es fácil, pues podía haber un título aparente suficiente para inducir a error, pero no suficiente para constituir el fundamento de

(1) Accarias: «Précis de Droit Rom.», t. I, p. 554. Soheure: «Beitrag», II, p. 31 y sig.

una usucapión: el verdadero heredero ha podido creer, por ejemplo, a Secundus su coheredero sobre la base de un testamento nulo por defecto de forma, o bien todavía sobre el fundamento de un testamento que creía existir y no había existido nunca (1).

Es claro que en este caso el justo título falta y que, por consecuencia, no se puede hablar de usucapión ordinaria, y no cabe cuestión más que sobre la *usucapio* lucrativa *pro herede*, que es la que pretendía, sin duda, invocar Secundus; pero Pomponio advierte que esta usucapión no es posible en la hipótesis, puesto que su posesión era posterior a la del verdadero heredero, y tal es, creemos nosotros, la verdadera interpretación de la ley 29 D. De usur. Este fragmento no tiene ningún sentido en el derecho nuevo de Justiniano, en que la distinción de *res mancipi* y *res nec mancipi* no existía, y la tradición era siempre traslativa de propiedad (2).

Muchos autores pretenden igualmente que las disposiciones del Senado consulto Adriano, indicado por Gayo, se aplicaban también a la *usucapio pro herede* con buena fe y justo título, y, por consecuencia, está privada de eficacia frente al heredero que intenta la petición de herencia (3).

Esta concepción está en contradicción manifiesta con la íntima esencia de la usucapión. Aquel que, en efecto, ha adquirido por usucapión el derecho de propiedad, derecho absoluto, puede hacerlo valer contra todos, incluso contra aquel que ha sido despojado, y ésta es la regla general. El Senado consulto Adriano abrió una brecha en este principio, decidiendo la revocabilidad en provecho del heredero de la usucapión lucrativa solamente. Aplicar este Senado consulto a la usucapión ordinaria de buena fe con justo título es olvidar completamente su origen histórico y su carácter especial. En el edicto Adriano quiso evitar los inconvenientes prácticos derivados de la *improba usucapio pro herede*, y no

(1) Sobre la teoría del título putativo del derecho romano, ver a Accarias: «Précis», t. I, p. 559.

(2) Gans: «Scholien», p. 262; Ascoli: «Studii sull'usucapio pro herede» en «Archivio Giuridico», 1887, t. 38, p. 326.

(3) Arndts: «Civ. Schrift.», I, p. 131 y 11, p. 358; Wangerow: «Pand.» § 320, nota 1; Thibault: «Pand.», § 1.013; Unterholzner: «Zuz lehre von der usucapio pro herede Rhein, mus. für Juris», vol. 5, p. 26-32; Mainz: «Droit romain», III, § 409 y 411, p. 512.

habría podido, por consecuencia, sin ponerse en contradicción con el fin mismo que perseguía, sancionar así la revocabilidad de la usucapición con buena fe y justo título, puesto que habría introducido una injusticia para evitar otra.

¿Qué objeciones se han hecho a estas razones sacadas del origen histórico y de la teoría general de la usucapición romana?

Primera objeción. Se pretende que el texto de Gayo está concebido de una manera muy general y que no excluye expresamente la revocabilidad de la *usucapio ordinaria pro herede*. Pero del hecho de que Gayo no diga nada a este respecto no se puede concluir que la admite. Sin duda, si el poseedor de buena fe se limita a invocar como medio de defensa la *usucapio lucrativa*, podría serle opuesto el Senado-consulto para aplicarlo a toda *usucapio lucrativa*, fuera de buena o de mala fe; pero, al contrario, si el heredero aparente suministra la prueba de su buena fe o de su justo título, en una palabra, se defiende por la vía de la usucapición ordinaria, nosotros no vemos cómo podría oponérsele una medida legislativa dictada para una situación jurídica completamente diferente.

Segunda objeción. Se saca un argumento de las disposiciones del Senado-consulto Juventio, el cual había resuelto que en ningún caso el poseedor de la herencia no debía enriquecerse en detrimento del verdadero heredero, y que, por consecuencia, debía restituir a éste, accionando por la petición de herencia o, a lo menos, todo lo que se hubiera enriquecido (L. 28, D. V, 3). Sería, por tanto, una inconsecuencia admitir que por el medio de la usucapición pueda tener lugar un enriquecimiento semejante.

Este razonamiento, por ingenioso que parezca, no es más que una petición de principio. El Senado-consulto Juventio fijaba las restituciones a hacer por el poseedor de buena o mala fe; pero supone, necesariamente, que la petición de herencia puede ser válidamente intentada. La cuestión que nosotros investigamos, para resolverla, es la de saber si el heredero real puede ejercer la petición de herencia contra aquel que invoca la usucapición ordinaria a título *pro herede*; antes, pues, que no se haya demostrado este punto no se puede pensar en aplicar los principios del Senado-consulto Juventio.

Arndts insiste, sin embargo, y pretende que si se descarta la

petición del Senado consulto se llega a verdaderas inconsecuencias e incluso a injusticias chocantes, pues en tanto que aquel que ha usucapido la cosa hereditaria no está obligado a nada, aquel que, encontrándose en las mismas condiciones de buena fe sin justo título la vende antes del cumplimiento de la usucapición, está obligado, a lo menos, en los límites de su enriquecimiento.

Que hay desigualdad entre los dos casos es indudable; pero, como observa muy bien Fritz (1), esta desigualdad obedece a la desigualdad misma de dos situaciones jurídicas. En el primer caso, cuando la cosa hereditaria no ha sido enajenada, es la cosa misma la que es restituible, en tanto que la usucapición no se ha consumado, obligación que cesa el día del cumplimiento de la usucapición; en el segundo caso, por el contrario, cuando la cosa ha sido enajenada antes del cumplimiento de la usucapición, desde el día mismo de esta enajenación el poseedor está obligado personalmente a la restitución del precio de venta, obligación personal que no puede extinguirse por ningún lapso de tiempo en el derecho clásico, y solamente por la prescripción trentenaria, después de Teodosio el Joven. Las pretendidas inconsecuencias y las pretendidas injusticias a las cuales conduciría, según Arndts, nuestra opinión no es más que el resultado de ideas romanas en materia de usucapición adquisitiva y de prescripción extintiva de acción: en tanto que se favorecía siempre la primera de una manera excesiva, se rechaza, al contrario, durante algún tiempo, la segunda como contraria a la idea de perpetuidad de la obligación.

Tercera objeción. Llegamos ahora a uno de los más sólidos argumentos de la doctrina contraria, que se apoya sobre dos rescriptos de los emperadores Diocleciano y Maximiano, concebidos así:

L. 7, Code III, 31: «*Hereditatis petitione, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentem exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri nemini incognitum, quum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus exploravit.*»

(1) Fritz: «Erläuterungen und Zussätze zu Wennig.» «Ingenheim's Lehrbuch», vol. I, p. 335.

L. 4. Code VII, 34: «*Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. Verum his quaecumque pro herede nec pro possessore, sed pro empto vel donato seu alio titulo res quae hereditariae sunt vel fuerunt possident, cum ab his successio vindicari non possit, nihil haec juris definitio noceat.*»

Estos dos textos parecen negar todo valor a la *praescriptio longi temporis* opuesta a la petición de herencia, y puesto que no hay diferencia sustancial práctica en derecho nuevo entre aquella y la usucapión, parecen contrarias a nuestra opinión y prueban que en el derecho clásico no se podía poner la usucapión ordinaria al heredero intentando la petición de herencia.

Notemos por de pronto que los dos textos se colocan en el caso de una petición de herencia que tiene por objeto la reivindicación de una herencia entera. Las palabras *hereditatem petentibus* de la ley 4, no pueden dejar ninguna duda a este respecto a pesar de lo que dice Arndts (1); en cuanto a la primera ley, la cosa es no menos cierta como lo demostraremos muy pronto.

La petición de herencia total era, pues, intentada contra un poseedor *pro herede* que había poseído toda la herencia y pretendía detener la acción oponiendo la *praescriptio longi temporis* cumplida en su provecho sobre los bienes corporales de la sucesión. ¿Era admisible esta pretensión? No; pues la *praescriptio longi temporis* cumplida sobre ciertos bienes temporales puede ser opuesta a una *actio in rem specialis*, teniendo precisamente por objeto la restitución de estos bienes, como, por ejemplo, la acción en reivindicación; pero ella no puede serlo a una acción que, como la petición de herencia, tiene por objeto no solamente la reivindicación de bienes corporales, sino también el cumplimiento de prestaciones personales no sometidas a la *praescriptio*. Esto es precisamente lo que nos dice la ley 7, de una sola palabra: La *praescriptio* no puede ser opuesta a la petición de herencia porque ésta es una acción mixta personal (*quum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat*) (2).

Se sabe lo que es preciso entender por esta expresión de *mixtae personalis* aplicada a la petición de herencia.

Sin duda ésta es, ante todo, una acción real: por definición,

(1) Arndts: «Civil Schrift.», I, p. 135.

(2) Machelard: «Théorie générale des interdits», p. 93.

ella es la acción en defensa de un derecho oponible a todos y que no desciende nunca de una relación personal de obligación; de otra parte, los epítetos de *vindicatio successionis* y de *actio in rem* con que los textos la califican, no deja lugar a ninguna duda. Sin embargo, difiere de las *actionis in rem specialis* en un punto muy importante, pues en tanto que éstas tienden solamente a obtener la restitución de cosas particulares, aquélla, al contrario, tiene por objeto los derechos reales y las prestaciones personales a la vez. Por consecuencia, el juez que tiene que resolver una cuestión de herencia está en una posición bien diferente de aquel que debe resolver un litigio de propiedad o de otro derecho real. Este sí que no tiene más que una cuestión en que fijarse. ¿El demandante es el propietario del derecho real? Y según que se responda afirmativa o negativamente, condena o absuelve.

El juez de la cuestión hereditaria, por el contrario, tiene una cuestión más difícil. Hay dos puntos igualmente graves a examinar: primeramente ¿el demandante es el heredero? Segundo. Suponiendo que se haya resuelto este punto afirmativamente, ¿cuál será el montante de la condena que deberá restituir el demandado? *Quid restituendo sit?*, dicen los textos. Y sobre este segundo punto el juez tiene que resolver una multitud de cuestiones de hecho y de derecho. ¿El demandado ha sido de buena o de mala fe? ¿Ha enajenado algún objeto hereditario? ¿Ha sacado algún provecho?

He aquí en qué sentido la petición de herencia está calificada de mixta personal por la ley 7 y este desenvolvimiento viene en apoyo de lo que hemos dicho hace poco. En el pensamiento de los autores de los rescriptos no se podía admitir que el curso de una acción mixta general, teniendo por objeto derechos reales y derechos personales, fuera decretada de una manera perentoria por la *praescriptio longi temporis*, insertada bajo forma de *exceptio* en la fórmula, es decir, por un medio de defensa restringido, limitado no, mirando más que los derechos reales: toda respuesta debe ser en relación en concordancia con la demanda.

Si a la petición de herencia no se había podido oponer la *praescriptio longi temporis* ello habría tenido por efecto la exclusión total de la acción, puesto que el carácter de las excepciones es el de ser verdaderas condiciones negativas de la condena de tal

suerte que basta que el juez sea convencido que el hecho invocado en la excepción existe para que deba necesariamente absolver (1).

Es decir, que aquel en provecho del cual se ha cumplido la *praescriptio longi temporis* por todo, o en parte, de los bienes corporales hereditarios y que no puede oponer esta *praescriptio* por vía de excepción a la demanda en petición de herencia, ¿se verá despojado necesariamente de estos objetos hereditarios? ¿La *praescriptio* no tendrá para él ninguna ventaja práctica? Este resultado parece muy extraordinario para que se le pueda aceptar. Pero entonces, ¿cómo al demandado se le podrá dispensar de la obligación de restituir lo que ha adquirido por *longum tempus*? La cuestión es muy difícil de resolver mirando la rareza de los textos que nos son conocidos sobre el procedimiento romano, la concepción de las fórmulas y el papel del *judex*. No se puede hacer más que lanzar conjeturas.

Rosshirt (2) admite que cuando el demandado condenado en la sentencia de petición de herencia no restituye las cosas hereditarias, el heredero debe para cada cosa emplear la reivindicación y que entonces, en este segundo *judicium*, el demandado puede oponer la *praescriptio longi temporis*. No creemos que esta explicación sea satisfactoria. La condena en la sentencia de petición de herencia es de restituir las cosas o su precio, y si el demandado no ejecuta la sentencia, es por una *actio judicati* no por una acción en reivindicación que se ejercite contra él.

En otro sistema (3) más verosímil se razona del modo siguiente: la *praescriptio longi temporis* no puede oponerse al heredero que intenta la *hereditatis petitio*, puesto que su efecto sería la total exclusión de la acción; pero si esto no puede hacerlo bajo la forma de una verdadera excepción, esto puede y debe tener su influencia en el examen de *quid restituendum*, examen al cual se entrega el juez después de haber reconocido en principio la cualidad de heredero del demandado: en este momento él examina

(1) Ver sobre el carácter de las excepciones en derecho romano: Savigny: «System», V. ap. XIII; Arndts-Serafini: «Pandts.», § 100; Carle: «De Exceptionibus in jure Romano», ch. II.

(2) Rosshirt: «Zuz lehren», etc. («Archs. für die Civ. Praxis», IX, p. 32.)

(3) Ascoli: Ob. cit., 342.

cuáles son las restituciones que debe hacer el demandado y, por consecuencia, en este momento es cuando aquél deberá hacer valer los derechos resultantes para él de la *praescriptio longi temporis* y el juez no le condenará más que a la restitución de los bienes no adquiridos *per longum tempus*.

Sin duda, de la misma manera ocurren las cosas si habiendo lugar a invocar la *praescriptio longi temporis* el demandado invoca la usucapión; es éste un modo civil de adquirir la propiedad y no podía ser cuestión de oponerla bajo forma de excepción a la petición de herencia y ésta sigue su curso sin obstáculos. Es solamente en el examen del *quid restituendus* hecho por el juez cuando el demandado hace valer la usucapión adquirida en su provecho sobre tales o tales objetos corporales de la herencia y el juez no condena más que a la restitución de los objetos no usucapidos.

Cuarta objeción. El último y el más sólido argumento sostenido por la tesis adversa se deduce de la L. I, pr. D. *quorum bonorum*, XLIII, 2:

«Ulpianus, lib. 47 ad. edictum. Ait pretor: *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possidesi, possiderestve, si nihil usucapitum esset, quodque dolo malo fecisti uti desinerestve possidere: id illi restituas.*»

Parece que este texto concede el interdicto *quorum bonorum* contra el que ya ha usucapido las cosas hereditarias, de lo que se deduce que la petición de herencia debe tener plena fuerza contra el *usucapto pro herede*; deducción extremadamente lógica como se ve.

Notemos, por de pronto, que si se interpreta así el texto, la teoría de la revocabilidad establecida por el Senado consulto Adriano sería excedida como lo reconocen nuestros adversarios mismos y no sería solamente en provecho del *heres* de derecho civil que la usucapión sería revocada, sino en provecho de todo heredero pretorio de todo *bonorum possesso* cualquiera que fuese. En presencia de estas consecuencias, que están en contradicción con todos los principios admitidos en materias de usucapión, se hacen toda clase de tentativas para explicar de otra manera el fragmento de Ulpiano.

La glosa (1) comparando si *nihil usucaptum esset* con *quodque dolo malo fecisti*, interpreta el texto en el sentido que un tercero y no el demandado hubiera usucapido. El demandado había enajenado la cosa con dolo para sustraerse a la acción del heredero: la usucapición cumplida en provecho del adquirente no le liberaría. Tal interpretación no puede satisfacer, pues el demandado está obligado siempre porque ha enajenado con dolo, haya o no usucapido el tercer adquirente.

Según Rogge (2) he aquí cómo es preciso comprender el texto: él hace nacer una duda a propósito de este interdicto *quorum bonorum* sobre el punto de saber si aquel que había usucapido *pro herede* algunas cosas hereditarias, solamente podía por las no usucapidas ser atacado por el interdicto, puesto que las poseía, no a título de *universitas bonorum*, sino a título de cosas individuales. El pretor admite que, contra el *usucaptor*, el interdicto será aplicable, pero bien entendido, solamente para las cosas no usucapidas y esto es lo que afirma en las palabras *possiderestve si nihil usucaptum esset*. La base de esta interpretación es completamente falsa. La duda de que habla Rogge no puede nacer, puesto que está admitido sin controversia que la petición de herencia y, por consecuencia, el *interdictum quorum bonorum* puede ser ejercido incluso sobre cosas individuales, poseídas *pro herede* o *pro possessore*, y parece también que el interdicto no podía darse más que contra los *possessores rei* (L. II, D. quor. bon.). El texto, por otra parte, es absolutamente contrario a esta interpretación y en él no hay ni indicios siquiera de la pretendida duda.

Savigny (3) propone relacionar a las palabras *possiderestve* las palabras *pro possessore* e interpreta el fragmento como si dijera: *quod pro herede aut pro possessore possiderestve pro possessore possidere, si nihil usucaptum esset*. El interdicto estaría concebido así contra el poseedor *pro herede* o *pro possessore* y solamente

(1) Ad hanc legem, Vo usucaptum. Voët, ad Pand., liv. 43, t. II, § 1: Ver una segunda conjetura de la glosa emitida por Bartolo, Ad hanc leg. in I, D., novi partem, f. 145.

(2) Rogge: «Dissertatio inauguralis proponens interpretationem», L. I, D. quor. bon.

(3) Savigny: *Interdictum quorum bonorum* en la «Werm-Schrift.»; volumen 2, p. 263. En el mismo sentido Gans y Fritz citados por Savigny. En contra, Arndts: «Civil. Schrift.», I, p. 132; II, p. 368.

contra el *proedo* que ha usucapido y no se hará así más que aplicar al interdicto *quorum bonorum* las disposiciones del Senado consulto Adriano sobre la *usucapio lucrativa pro herede*. Dos objeciones principales han sido hechas a este sistema de Savigny. La primera es que no se puede relacionar con las palabras *possiderestve* la expresión *pro possessore* con exclusión de las palabras *pro herede* que se relacionan también como resulta con evidencia del conjunto de la frase. La segunda es que en el derecho de Justiniano el fragmento estaría privado de sentido en parte, cuando menos, puesto que la *usucapio lucrativa* había caído en desuso y no se sabe a qué podría aplicarse la frase incidental *possiderestve si nihil usucaptum esset*.

Otra interpretación que nos parece mucho más conforme con las ideas generalmente aceptadas sobre la naturaleza y el origen del interdicto *quorum bonorum* ha sido propuesta por Zimmern y Ruggiero. El principio especial establecido por el edicto no sería nunca la consecuencia de la idea de revocabilidad de la *usucapio lucrativa pro herede* sancionada por el Senado consulto Adriano, sino que derivaba de la esencia misma del interdicto *quorum bonorum*, y jamás antes del Senado consulto Adriano la usucapición no pudo ser invocada contra el interdicto, que en su origen, cuando menos, fué una acción posesoria y en frente del cual no se podía, por consecuencia, plantear la cuestión petitoria. El medio de defensa sacado del cumplimiento de la usucapición no podía encontrar su lugar en un *judicium* posesorio, y era solamente en el *judicium* petitorio cuando el juez quería resolver el punto de si la usucapición se había o no adquirido. Ruggiero invoca a favor de su tesis la ley 3 (C. *quorum bonor.*, VIII, 2): parece bien resaltar de las últimas palabras de este texto (*secundâ actiones proprietatis non exclusâ*) que la petición de herencia podía ser intentada después del interdicto *quorum bonorum*, es decir, la vía petitoria después de la vía posesoria (L. únic. C. Teod., *Quorum bon.*, IV, 21) (1).

Tales eran los principales sistemas de interpretación que habían

(1) Ruggiero: «Il possesso in diritto romano.» Firenze, 1880, vol. 2, páginas 100 y 229. Zimmern: «Progr. quo sensu summarium vocari possit interdictorum Romanorum judicium.»

Ver sobre la naturaleza posesoria del *interdictum quorum bonorum* Accarias

corrido hasta estos últimos años. Ultimamente, una nueva explicación, extremadamente ingeniosa, ha sido propuesta en Italia por Ascoli (1), el que propone simplemente en la frase incidental *si nihil usucaptum esset* la corrección de *esset* en *est*, y así, corregido el texto, viene a decir que el interdicto *quorum bonorum* está concedido contra el poseedor *pro herede* o *pro possessore*, pero solamente cuando no ha usucapido; las cosas no deben ser nunca restituidas; la frase *si nihil usucaptum est* se refiere a *restituas*.

Para proponer esta corrección de *esset* en *est* Ascoli se apoya en la autoridad de las Basílicas: He aquí la versión latina del fragmento, según Fabrotus y Heimbah *Ait proetor*: *Si ex his bonis quorum alicui possessionem dedi quid pro herede aut pro possessore possides, Nec Usucepisti, aut si dolo desieris possidere id illi restituas.*

«Es evidente—dice Ascoli—que el autor de las Basílicas tuvo delante un texto con *est* y no *esset*. Lo cierto es que esta compilación legislativa en lengua griega es, especialmente en la parte que trata del Digesto, la obra de jurisconsultos poco alejados de la época de Justiniano, que debieron tener ante sus ojos el manuscrito original de las Pandectas; se comprende, por consecuencia, toda la autoridad que ellos podían tener en materia de interpretación.» Habría sido imposible de traducir por *usucepisti* si hubiese sido *esset* en lugar de *est*, y saltar el *possideresse* si había tenido la significación que hoy se ha querido darle. El párrafo de las Basílicas es, pues, una prueba cierta de que en los tiempos contemporáneos de Justiniano había una lectura, al menos, con *est*, pues es imposible admitir un error de lectura de la parte del que lee y más del que traduce. Pero ¿cómo explicar que todas las ediciones del Digesto y todos los manuscritos que nos son conocidos lleven *esset*? De tres lecturas completas del Digesto que nos son conocidas, la Alejandrina no deriva de ningún manuscrito especial; la Vulgata proviene de un manuscrito de Bolonia, y la Flo-

«Précis», t. 2, p. 1.360; Ruggiero: Ob. cit. Ver también Arndts: Ob. cit. En contra, Savigny: Ob. cit.

Vér también sobre la teoría general de los Interdictos en Derecho romano Machelard: *Théorie générale des Int.*, que admite igualmente el carácter posesorio del interdicto *quorum bonorum*.

(1) Ascoli: Ob. cit., p. 350.

rentina, de un manuscrito de Florencia. Parece probado, después de los recientes trabajos de Momsen, Arndts, Serafini, Brinz y Dernburg, que el manuscrito de Bolonia, del que derivaron alrededor de 500 ejemplares de la Vulgata, no fué más que una copia, en algunos puntos corregida, del manuscrito Florentino. La concordancia de todas las lecturas sobre este punto no es, pues, sorprendente, si se piensa que el error de un solo manuscrito fué la causa.

¿Cómo puede producirse este error material? Ascoli lo explica haciendo notar que muy a menudo *esset* se encuentra abreviado en *eet*. Entre *eet* y *est* la diferencia es tan pequeña que un copista ha podido equivocarse y cambiar una *s* en *e*, tanto más desde el punto de vista simplemente gramatical y eufónico, *esset* parece mejor ir con el conjunto del texto que *est*.

Ascoli ha previsto y querido refutar de antemano algunas objeciones que podrían hacerse a su tesis.

La principal objeción es que las palabras *possideresse*, que parecían tan naturales con la lectura antigua, quedan privadas de sentido con la nueva lectura *si nihil usucaptum est*. Ascoli responde a esta objeción de la manera siguiente: «La petición de herencia, en muchos casos, está dirigida contra aquel que no posee más que de hecho las cosas hereditarias: así ella está dada contra aquel que no poseyendo nunca, *liti se obtulit*» (L. 13, § 13; D. V, 3). Ella está dada contra aquel que ha enajenado las cosas hereditarias y da lugar a la restitución incluso de los frutos consumidos. Ninguno duda que en este caso y en otros semejantes podía darse el interdicto *quorum bonorum*. El pretor se ingenió para encontrar una forma breve que indicar a todos estos casos en los cuales el interdicto se daba contra aquellos que no poseían y la encuentra en las palabras *possiderestve*. El pretor decía: «Yo concedo el interdicto para la restitución de esto que tú poseías o poseerías *pro herede* o *pro possessore*: esto que tú poseerías si no hubieses enajenado, si fueras el verdadero poseedor», etc. En cuanto a una segunda objeción, que la generalidad del texto así modificado, la haría aplicar incluso a la *usucapio lucrativa* de mala fe, lo que sería una contradicción con el Senado consulto Adriano, Ascoli la descarta, admitiendo que el edicto es anterior a este Senado consulto, y que él no ha sido, por consecuencia, corregido

ni por Ulpiano ni por Justiniano, puesto que en su tiempo la *usucapio lucrativa* no existía, y que, por consecuencia, las palabras *usucapio est* no podían referirse más que a un poseedor de buena fe.

A pesar del talento con que esta tesis ha sido defendida por su autor, nos parece reposa sobre argumentos poco serios. La autoridad de las Basílicas, en materia de interpretación, es más que mediocre, como acabamos de demostrar, y no puede servir de fundamento a una corrección tan radical; de otra parte, las palabras *possiderestve*, que se enlazan también con *si nihil usucapio esset* son difíciles de explicar con la lectura nueva, y no pueden tener el sentido singular y sutil que se les ha querido atribuir.

Creemos, pues, como ya hemos dicho, que la mejor manera de interpretar el texto del edicto es admitir que el interdicto *quorum bonorum* no daba lugar más que a un *judicium possessori*, en el cual las cuestiones de usucapión no se debatían nunca: ellas no eran solamente en el *judicium petitori*, que podía tener lugar a continuación.

Tales son las respuestas que se pueden dar a las objeciones de los que pretenden, con Ardnts, que la usucapión ordinaria de buena fe a título *pro herede* sucumbió ante el Senado consulto Adriano y que era revocable respecto del heredero. Algunas de estas objeciones nos parecen bastante serias, y su reputación parece difícil; pero entre dos vías, consistente una en aplicar los principios generales, a menos que no hubiesen sido derogados explícitamente por textos precisos, y la otra en abandonar estos mismos principios en presencia de algunos textos dudosos, la primera nos parece más prudente y más segura, y es la que nosotros hemos seguido.

JOSÉ M.^a FONCILLAS,

Notario.

La sucesión intestada en Aragón después del Apéndice foral ⁽¹⁾

b) *Bienes de procedencia materna.*—El orden de suceder en esta clase de bienes es análogo al que se ha señalado para los de origen paterno, con sólo las diferencias lineales que impone el principio de troncalidad.

Los heredan, en primer término, los hermanos germanos del finado, sin distinción de sexos, si concurren solos.

Si concurren con medio hermanos, y éstos son uterinos, heredarán en concurrencia con los germanos y por cabezas; si son consanguíneos, no tienen derecho a la herencia.

Si sólo hay medio hermanos, y son uterinos, heredarán la totalidad de estos bienes *in capita*; si son consanguíneos, únicamente los heredarán en el caso de no haber otros colaterales hasta el cuarto grado que pertenezcan a la línea materna del causante, ni ascendientes o hijos naturales reconocidos o legitimados por concesión.

Tanto a los hermanos germanos como a los medio hermanos que tengan derecho a heredar y hayan fallecido antes que el causante, o sean incapaces, los sustituirán, en virtud del derecho de representación, sus hijos, o sean los sobrinos carnales del causante. Concurriendo en estos casos tíos con sobrinos, aquéllos heredarán por cabezas; éstos, por estirpes.

No existiendo hermanos germanos ni uterinos, los bienes de este segundo subgrupo recaerán en los colaterales de parentesco más próximo con el causante por la línea materna, concurriendo

(1) Véanse los números 83 y 85 de esta Revista.

cuantos tengan, dentro de esta línea, grado igual de parentesco. Estos parientes pueden ser: en el tercer grado, tíos carnales hermanos de la madre del causante; sobrinos carnales, hijos de hermano germano o de hermano uterino del finado; en el cuarto grado, sobrino segundo, hijo de sobrino carnal que a su vez lo sea de hermano germano o uterino del causante; tío abuelo, por parte de madre, y primo hermano, hijo de un hermano germano o uterino del causante.

Los que concurran dentro del mismo grado heredarán por partes iguales, o sea por cabezas, por las mismas razones anteriormente indicadas.

Si tampoco existen colaterales, dentro del cuarto grado, que pertenezcan a la línea materna, estos bienes se deferirán con arreglo a las prescripciones del Código, o sea, según los casos: a los hijos naturales reconocidos o legitimados por concesión; a los ascendientes; a los hermanos consanguíneos y a los sobrinos, hijos de hermano consanguíneo del causante, al cónyuge viudo, a los restantes colaterales, hasta el cuarto grado, por línea paterna; y en defecto de todos ellos, al Estado, salvo el caso especial regulado por el artículo 42 antes aludido.

c) *Bienes que, sin ser de procedencia paterna ni materna, proceden de otros parientes del causante hasta el sexto grado.*— Plantéase, respecto a estos bienes, un problema previo antes de fijar el orden de los llamamientos. ¿Cuáles son estos bienes?

Para determinarlos hay que fijar el alcance que se da a la expresión «procedencia paterna» y «procedencia materna» que emplea el Apéndice. Si la interpretación reduce tal alcance a los que deriven directa e inmediatamente del padre o de la madre, entonces se amplía mucho el contenido de este subgrupo, pues en él entrarán todos aquellos que deriven de abuelos, bisabuelos, tíos, etcétera, etc., o sea de todos los parientes, hasta el sexto grado, que pertenezcan a una y otra línea. Si se entiende, por el contrario, que la procedencia paterna o materna no significa exclusivamente adquisición directa del padre o de la madre, sino también los que derivan de cualquier ascendiente más remoto, o de tíos, tíos abuelos, etc., de una o de otra línea, entonces el subgrupo se reduce considerablemente, pues solamente figurarán en él los bienes que el causante haya adquirido de los parientes, has-

ta el sexto grado, que sean, por decirlo así, de línea colateral descendente paterno-materna. Es decir, de un sobrino hijo de hermano germano del causante, de un sobrino nieto, hijo del anterior sobrino, y así, sucesivamente, hasta el sexto grado.

Creo, por los precedentes doctrinales e históricos, que la interpretación acertada es esta última, y que, por tanto, bienes de procedencia paterna son los derivados del padre y de todos los parientes de esa línea, y de procedencia materna, los procedentes de la madre y de los parientes de su misma línea (1).

(1) Para el caso de aceptarse la interpretación opuesta cabe hacer la siguiente sistematización del artículo 39, que difiere muy poco de la que se expone en el texto, a saber: Para determinar la sucesión en los bienes a que dicho artículo se refiere hay que distinguir cuatro casos: 1.º Que concurren hermanos de doble vínculo, solos o con los hijos de otro u otros hermanos de igual clase, premuertos o incapaces. 2.º Que concurren los mismos con hermanos de vínculo sencillo, solos o con hijos de hermanos de la misma clase, premuertos o incapaces. 3.º Que concurren hermanos de vínculo sencillo, solos o con hijos de otros hermanos de la misma clase, premuertos o incapaces. 4.º Que no existan hermanos germanos ni de vínculo sencillo. La sucesión en tales bienes se deferirá del modo siguiente:

Caso primero. Los hermanos, solos o con los sobrinos, heredarán los bienes procedentes del padre y de la madre, así como todos los demás que provengan de cualquiera ascendiente o de un pariente hasta el sexto grado.

Caso segundo. Los hermanos y sobrinos de doble vínculo heredarán los bienes procedentes del padre en concurrencia con los hermanos consanguíneos y los sobrinos que representen a hermanos de la misma clase, premuertos o incapaces. Los mismos heredarán los demás bienes procedentes de ascendientes paternos o de parientes hasta el sexto grado, pertenecientes a la línea paterna.

Los hermanos y sobrinos de doble vínculo heredarán los bienes procedentes de la madre en concurrencia con los hermanos uterinos y los sobrinos que representen a hermanos de la misma clase, premuertos o incapaces. Los mismos heredarán también los demás bienes procedentes de ascendientes maternos o de parientes hasta el sexto grado, pertenecientes a la línea materna.

En cuanto a los bienes que procedan de parientes hasta el sexto grado, y que no pertenezcan exclusivamente a la línea paterna ni a la materna, sino a ambas (ejemplo: sobrino carnal del causante, que sea hijo de hermano germano del mismo), los heredarán, desde luego, los hermanos germanos del causante y sus hijos que los representen, así como los hermanos de vínculo sencillo o sus hijos que los representen, en virtud de ser los colaterales más próximos del causante y pertenecer también a la línea de procedencia de los bienes.

Caso tercero. Los hermanos uterinos y los sobrinos de la misma clase

Hay otra procedencia, bien corriente en la práctica, sobre la cual nada dice el Apéndice, y es la correspondiente al cónyuge. ¿En qué grupo incluir los bienes que un causante intestado, viudo y sin hijos, ha adquirido del cónyuge premuerto, sin condición de reversión—caso el más frecuente—, o llamamiento a título de herencia, legado o donación? Es una incógnita. Tales bienes no están incluidos en la letra ni en el espíritu del artículo 39 —bienes de procedencia paterna, materna o de parientes hasta el sexto grado—, pues sabido es que el cónyuge no es pariente sino por afinidad, y además porque si estuvieren incluidos no habría herederos posibles, pues los parientes de la línea del cónyuge premuerto no son parientes con derecho a heredar abintestato al supérstite, y tampoco están incluidos en el artículo 40, que se refiere a los adquiridos de parientes más lejanos del sexto grado o extraños, de procedencia desconocida o granjeados por el causante, y en ninguno de estos casos se hallan los procedentes del cónyuge premuerto. Opino que estos bienes se deferirán con estricta sujeción a las comunes normas del Código, por analogía con lo establecido en el artículo 40 y por no ser posible la aplicación del principio de troncalidad.

Volvamos a los bienes de este tercer subgrupo.

Los heredarán, en primer término, los hermanos germanos del causante si concurren solos, pues en tal caso la regla primera del

heredarán los bienes procedentes de la madre y de los ascendientes o parientes hasta el sexto grado de la línea materna. Los hermanos consanguíneos y los sobrinos de la misma clase heredarán los bienes procedentes del padre y de los ascendientes o parientes hasta el sexto grado de la línea paterna. Unos y otros participarán en los bienes que haya adquirido el causante de parientes colaterales descendentes de doble vínculo—ejemplo: sobrino carnal—, por ser los colaterales de grado más próximo.

Los bienes que no puedan asignarse conforme a esta regla—ejemplo: los de procedencia materna, si sólo hay hermanos consanguíneos—se adjudicarán como los del caso cuarto, en atención al principio de troncalidad, para suplir el silencio del Apéndice.

Caso cuarto. La totalidad de los bienes a que se refiere el encabezamiento del artículo 39 los heredarán los colaterales que tengan parentesco más próximo con el causante de la sucesión por la línea de la persona de quien el causante mismo hubo los bienes.

Si no hay colaterales con derecho a heredarlos, se deferirá la sucesión con arreglo a las normas del Código civil.

artículo 39 les atribuye la totalidad de los bienes comprendidos en el encabezamiento de dicho artículo, a pesar de la contradicción, más aparente que real, que contiene la regla tercera del mismo artículo, al atribuir tales bienes, aunque existan *hermanos* del finado, a los colaterales de parentesco más próximo de la línea de procedencia de dichos bienes, pues esta palabra debe entenderse solamente en el sentido de *medio hermanos*, a quienes por el principio de troncalidad no puedan adjudicarse semejantes bienes (1) y porque, en todo caso, siempre los hermanos germanos resultarían los colaterales de más próximo parentesco a que se refiere la expresada regla tercera.

Con los hermanos germanos podrán concurrir los sobrinos en la forma y en los casos anteriormente expuestos.

Si concurren medio hermanos, heredarán o no en estos bienes, según que pertenezcan a la línea parental de donde éstos procedan, y lo mismo si sólo hay medio hermanos.

No habiendo hermanos de doble vínculo ni de vínculo sencillo, o aun habiéndolos de esta última clase, pero no pudiendo corresponderles los bienes, por ser de distinta línea de donde éstos vinieron al causante, heredarán los demás colaterales, hasta el cuarto grado, que tengan parentesco más próximo con el causante y pertenezcan a dicha línea de procedencia. Estos parientes son los mismos que se han detallado en los otros dos subgrupos, y heredan en la misma forma. No en la *totalidad de la herencia*, como, con notoria ligereza y evidente antinomia e incongruencia, dice el Apéndice, sino en la totalidad de dichos bienes, procedentes de cualquier ascendiente o de otro pariente hasta el sexto grado,

(1) Ejemplo: El causante ha adquirido bienes de un sobrino, hijo de un hermano uterino de aquél. Al fallecer deja un hermano consanguíneo. Pues bien: este medio hermano será postergado por parientes colaterales de tercero o cuarto grado que pertenezcan a la línea materna del causante. A casos como éste se refiere, indudablemente, la regla tercera del artículo 39 del Apéndice, al decir «aunque existan hermanos del finado», pues si aludiese a hermanos de doble vínculo, en la totalidad de estos bienes de procedencia familiar, hasta el sexto grado, han de heredar los hermanos germanos por disposición terminante y categórica de la regla primera, y el conflicto sería irresoluble. La contradicción, por tanto, es más aparente que real y obedece a que en el sentido genérico de hermandad tanto entran los hermanos de vínculo doble como los de vínculo sencillo.

que son a los que únicamente se refiere el cabalístico artículo 39 (1).

Finalmente, a falta de colaterales con derecho a suceder en los bienes de este tercer subgrupo, heredarán los otros parientes que señala el Código civil—ascendientes hijos naturales o legitimados, cónyuge, etc.—; y, en defecto de todos ellos, el Estado, dejando a salvo, naturalmente, el caso especial del artículo 42.

B) *Grupo segundo*.—Dice el artículo 40 del Apéndice tantas veces citado que, por lo tocante a bienes que el causante haya adquirido de parientes más lejanos del sexto grado o de extraños, así como a bienes de procedencia desconocida o granjeados por el causante mismo, la sucesión intestada se deferirá con arreglo a las comunes normas del Código civil. No precisa especificar cuáles son éstas, pues de sobra son conocidos y han sido interpretados por autores y Tribunales los artículos 935 a 958 del Código en los que tales normas se explican.

Sí conviene aclarar el concepto de *bienes granjeados* y relacionarlo con la interpretación del párrafo inicial del artículo 39. Este párrafo inicial alude a los bienes *adquiridos* por el causante que provengan de cualquier ascendiente o de otro pariente hasta el sexto grado; pero no distingue claramente de clases o títulos de adquisición; pues las palabras «a título de herencia, legado o donación» no se sabe si se refieren a la condición de reversión o llamamiento o a la índole de la adquisición hecha por el causante. ¿Es que todos los bienes adquiridos por el causante de un ascendiente o de un pariente hasta el sexto grado se rigen, en caso de sucesión intestada, por las normas del artículo 39? ¿Se registrarán por dicho texto los bienes adquiridos por compra, por adjudicación en pago, por permuta, etc., otorgada por uno de esos ascendientes o parientes? Creo indudable que no, porque tales tí-

(1) Hay antinomia, porque la frase «totalidad de la herencia» contradice al artículo 40, que, al referirse al Código civil, da preferencia a ascendientes, hijos naturales, etc., sobre los colaterales, respecto a determinados bienes; hay incongruencia porque dicha frase de «totalidad de la herencia» no se aviene con el párrafo primero del mismo artículo 39, que se limita a establecer el orden de sucesión *por lo tocante* a los bienes que provengan de cualquier ascendiente o de otro pariente hasta el sexto grado y *no por lo tocante* a la «totalidad de la herencia». Y habiendo antinomia e incongruencia, es indudable que hubo ligereza o, por lo menos, redacción precipitada por parte de los autores del apéndice.

tulos onerosos implican el concepto de granjeamiento por parte del causante. Gramaticalmente se confirma esta opinión.

Si los bienes provienen de esos ascendientes o parientes, pero los adquirió el causante a título oneroso, se regirán por el artículo 40 y no por el 39, pues están entre los granjeados por el causante (1).

¿Y los bienes adquiridos por permuta de los que procediesen de un ascendiente o pariente hasta el sexto grado? ¿Se regirán por el artículo 39? Precisa contestar negativamente, teniendo en cuenta que la regla cuarta del artículo 39 declara que, para aplicación de las reglas precedentes, hay que atender tan sólo a la adquisición inmediata que de los bienes hiciera el causante, prescindiendo de transmisiones anteriores. Así es que, en el caso de permuta, ésta es el título inmediato de la adquisición, y no hay que investigar si los bienes permutados por el causante procedían de parientes o de extraños, teniendo, por consiguiente, que aplicarse el artículo 40.

Finalmente, otro problema se presenta relativo a la aplicación de las normas del Código, debido a la dualidad de reglas que en una misma sucesión pueden coexistir y al distinto espíritu que informa, en esta materia, al Código y al Apéndice. Nos referimos a la cuota viudal usufructuaria.

Supongamos un causante casado, sin hijos, con bienes inmuebles heredados de su padre y con bienes de toda clase granjeados. La viuda tiene la viudedad foral de los primeros. En cuanto a los segundos, que han de deferirse con arreglo al Código, tiene una cuota usufructuaria. ¿Son compatibles ambos derechos? Entiendo que sí, aunque no se me ocultan las dificultades prácticas que la determinación de la cuota puede presentar. Lo más claro, para su fijación, es prescindir de los bienes inmuebles de proceden-

(1) No se me oculta que en contra de esta opinión podría invocarse, por razón de analogía, que en cuanto a los recobros, el artículo 37 incluye los bienes procedentes de ascendientes o de hermanos, sea por título lucrativo, sea por título oneroso. Pero la opinión que he expuesto se apoya en la confrontación del artículo 39 con el artículo 40, el cual no se opone ni contradice a los recobros del 37, pues este derecho especial tiene carácter preferente y privilegiado.

cia familiar, y determinar la cuota viudal que corresponda, teniendo solamente en cuenta los restantes bienes granjeados.

6.º *Hospital Provincial de Zaragoza*.—Confirmando una facultad concedida por acto de Cortes del año 1626 al Hospital de Nuestra Señora de Gracia, el artículo 42 del Apéndice concede a dicha benéfica institución el derecho de suceder abintestato en toda clase de bienes muebles o inmuebles que no estén sujetos a recobro o reversión a los enfermos y a los dementes que fallezcan en el establecimiento o en las casas de alienados que de él dependan cuando no dejen descendientes, hermanos, ni otros parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Hállase abonado este privilegio por un motivo histórico sentimental que lo hace simpático a primera vista. Conocido es el hermoso lema que el Hospital ostenta en sus puertas: *Domus infirmorum urbis et orbis*. E igualmente son conocidas las razones de necesidad económica que aconsejaron al Rey y a las Cortes en el siglo XVII conceder a tan benemérito establecimiento el aludido privilegio, a la vez que la facultad de tener un Monte de Piedad con que aumentar sus recursos, exiguos ya ante las necesidades crecientes.

Pero ahondando en la superficie, adviértese en seguida que en los tiempos modernos la asistencia social es uno de los deberes primordiales de todo Estado bien organizado, y que para subvenir a las necesidades de hospitales y manicomios deben dedicarse preferentemente los fondos de las corporaciones públicas—Estado, Provincias, Municipios—sin recurrir al arbitrio de privilegios, cuya subsistencia es incompatible con los dictados de igualdad y equidad del Derecho de nuestros días.

Por otra parte, el artículo 42 plantea un problema importante, debido a que su redacción, a semejanza de los demás artículos de esta parte del Apéndice, no es todo lo clara que debiera ser. ¿Cuándo hereda abintestato el Hospital a sus enfermos y alienados?

«Cuando no dejen descendientes...» Y aquí se ofrece la primera duda. ¿Qué clase de descendientes? Porque aquí el texto no añade, como hace en los artículos 35, 36 y 39, el adjetivo *legítimos*, y no se sabe, por tanto, con certeza si existiendo hijos naturales o legitimados del enfermo o loco, corresponderá el de-

recho de herencia a estos descendientes naturales o legitimados o al Hospital.

El espíritu de la antigua legislación aragonesa, idéntico en este particular al que informa al Apéndice,—obra de un Gobierno dictatorial y una Comisión reaccionaria—, se caracteriza por una manifiesta animadversión a los hijos que no procedan de justas nupcias, como si éstos tuviesen la culpa de las flaquezas de sus progenitores. Ateniéndose a este espíritu habría que interpretar el artículo 42 en el sentido de que los hijos naturales y legitimados por concesión son pospuestos al Hospital Provincial.

Pero atendiendo a principios de equidad y justicia y al axioma jurídico universal—*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*—, me inclino a creer que, al no distinguir el Apéndice entre descendientes legítimos y naturales, no es lícito distinguir a los Tribunales, y que, llegado el caso, éstos habrían de reconocer la preferencia del hijo natural o legitimado para heredar abintestato a su padre sobre el Hospital Provincial. Aparte de que si los redactores del artículo 42 hubiesen querido decir «descendientes legítimos», es de suponer que lo habrían dicho.

Otra duda. Cuando el Apéndice se redactó y promulgó, el derecho de suceder abintestato se extinguía en el sexto grado de la línea colateral, y después de este grado tenía lugar la sucesión a favor del Estado. Por reforma posterior, el derecho de los colaterales termina en el cuarto grado (1), y cabe preguntar: ¿Sucede el Estado o sucede el Hospital? Indudablemente, hay colisión o incompatibilidad de derechos, máxime teniendo en cuenta los fines en que el Estado ha de invertir los bienes que adquiera por esta clase de herencias intestadas (2), que son, justamente, del mismo tipo social que los que cumple realizar al Hospital.

Creo que heredará el Hospital, y no el Estado, por el carácter de privilegiada que tiene la sucesión a favor de aquél; privile-

(1) Por Real decreto-ley de 13 de Enero de 1928, declarado subsistente por el Gobierno provisional de la República en 5 de Mayo de 1931.

(2) Nueva redacción del artículo 956 del Código dada por el Real decreto-ley citado en la nota anterior. Véase, además, el Real decreto-ley de 23 de Junio de 1928, que establece normas reglamentarias para la distribución de los bienes que herede el Estado. Téngase en cuenta que hoy no existe la Caja de Amortización de la Deuda pública.

gio comprobado con observar que antes de la reforma del artículo 954 del Código civil se anteponeía el Hospital a los parientes de quinto y sexto grado. Reemplazados hoy éstos por el Estado, también a éste debe anteponerse el derecho del Hospital Provincial.

Finalmente, el artículo 42 se refiere a *toda clase de bienes* del causante, o sea que incluye también a los expresados en el artículo 40—granjeados, etc.—, que habrían de deferirse, con arreglo a las normas del Código común. Resulta de esta consideración—que en cuanto a su interpretación y eficacia no permite dudas—que el Hospital de Zaragoza hereda a sus enfermos antes que el cónyuge y que los ascendientes de los mismos.

Ya hemos visto cómo, aplicando el Código en las lagunas del Apéndice, pueden suceder, y suceden *de hecho* en la práctica, los ascendientes y el cónyuge, cuando no existan colaterales a quienes asignar bienes de procedencia familiar y cuando se trata de bienes de otras procedencias—artículo 40—; pero tratándose de los infelices enfermos y alienados que concluyen sus días en el Hospital de Zaragoza, sus no menos infelices viudos o viudas y padre o madre son cruelmente excluidos de la herencia de sus respectivos esposa, esposo e hijo o hija. Es de suponer que los acogidos al Hospital pertenezcan a las clases sociales más infortunadas económicamente; también es de presumir que sus cónyuges y progenitores compartan su situación aflictiva; pues bien: en nombre de un principio de caridad se empieza por negarles a ellos la caridad de que hereden los modestos ahorros, las miserables tierras y pegujares o los escasos ganados que puedan constituir el exiguo caudal de su cónyuge o descendiente. Llama la atención que en este punto no hayan tenido en cuenta los redactores del Apéndice, cuando menos, el artículo 78 del proyecto de Código civil de Aragón formado por la Comisión de 1899, que decía: «A falta de parientes dentro del cuarto grado y del cónyuge, heredará el Hospital de Nuestra Señora de Gracia los bienes de los acogidos que fallecieron intestados en él.» Con esta redacción no eran preteridos ni los ascendientes ni los cónyuges; y adoptada por el Apéndice, se evitaría que haya que pensar de sus redactores que entendían las normas de la asistencia benéfico-

sanitaria a la manera del afamado doctor don Juan de Robres, que antes que el hospital «hizo los pobres».

7.º *El Estado*.—Otra laguna del Apéndice que hay que suplir por los preceptos del Código.

Nada dice el Apéndice respecto a la sucesión del Estado, ni, en rigor, hacía falta, porque cuando el Estado establece los casos en que él ha de ser heredero abintestato, se sobreentiende que se refiere a todo el territorio, pues en todo él no hay más que un Estado soberano, y así los preceptos del Código, que vinieron en esta materia a sustituir a la ley de Mostrencos de 1835, son de observancia general en toda la nación, lo mismo que el Real decreto de 1928, que los ha reformado.

Sin embargo, para evitar polémicas forenses y posibles interpretaciones, el proyecto de Apéndice o Código aragonés de 1899, en el citado artículo 78, establecía que «en defecto de todos los llamados, heredará el Estado en la manera que se dispone en la sección respectiva del Código civil general»; y el proyecto de 29 de Febrero de 1904, en su artículo 283, después de afirmar que el derecho de heredar abintestato no se extiende en Aragón en línea colateral más allá del grado de parentesco que señala el Código general, determina que, «salva la preferencia a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, y siempre que por falta de personas que tendrían derecho a heredar dentro del límite expresado, resulte vacante una sucesión o una porción de sucesión, en cualquiera de las líneas llamadas, heredará el Estado, dándose a los bienes el destino marcado en el mismo Código».

¿Cuándo hereda el Estado? Únicamente cuando no hay descendientes, ascendientes, hermanos, hijos de hermanos, cónyuge supérstite, ni colaterales hasta el cuarto grado del causante intestado. Y esta sucesión se regirá en todo por las prescripciones del Código civil.

CASO ESPECIAL DEL ABINTESTATO DEL HIJO NATURAL

Sobre este caso singular de la sucesión intestada de las personas de filiación natural, nada dice el Apéndice, fiel a su norma de ignorar la existencia de los hijos extramatrimoniales.

Ni dice nada, ni es posible inferir preceptos aplicables de sus textos literales, ni menos aplicar el espíritu de sus normas; rigen íntegramente en Aragón los artículos que el Código dedica a la materia, o sean los 944 y 945 y el 943, cuya doctrina expone en perfecta sistematización el ilustre civilista Sánchez Román en su magistral obra (1).

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL,

Doctor en Derecho y Registrador de la Propiedad.

(Continuará.)

(1) SÁNCHEZ ROMÁN: «Estudios», tomo VI, página 1.676.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas
 Capital desembolsado 51.355.500 —
 Reservas 59.727.756,67 —

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 25.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo

Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

Un mes	3	por 100
Tres meses	3 1/2	por 100
Seis meses	4	por 100
Un año	4 1/2	por 100

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de CAJAS DE ALQUILER con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. Horas de Caja: de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.

La prescripción extintiva en el Código civil de Egipto

Hace falta el Derecho comparado, científico y práctico para llegar al llamado derecho internacional privado, que sigue siendo un derecho nacional.

RABEL.

I. Modos de extinción de las obligaciones.

Apartándose de su modelo napoleónico, el Código egipcio reduce a siete los modos de extinción de las obligaciones :

Cumplimiento.

Disolución (en el sentido de extinción por imposibilidad de cumplimiento).

Novación.

Remisión.

Compensación.

Confusión y

Prescripción (1).

(1) De los nueve modos extintivos que admite el Código francés, siete de ellos coinciden con los del Código egipcio, ya que la pérdida de la cosa en el primero y la disolución en el segundo sólo implican una diferente terminología: ambos modos operan cuando la prestación prometida resulta legal o físicamente imposible. Comprende, además, el Código francés la nulidad o la rescisión y el efecto de la condición resolutoria.

El Código civil de Quebec—otro filial del francés—procura una más completa enumeración, añadiendo a los modos extintivos de éste, el transcurso del tiempo fijado por la ley o por las partes para el cumplimiento de la obligación, la muerte del acreedor o del deudor en ciertos casos y causas especiales aplicables a determinados contratos, si bien esta agregación no se refiere a modos normales y regulares de extinción, sino a modos especiales que tienen la virtud de extinguir ciertas obligaciones.

II. *Construcción separada de la usucapión y de la prescripción (2).*

Quizá sea en la estructuración de la prescripción donde, cediendo a corrientes doctrinales y legislativas, se distancie más el Código egipcio del ordenamiento legal que le informa.

Prescindiendo de la construcción unitaria de la prescripción, iniciada por los glosadores y aceptada por el Código napoleónico y por nuestro legislador del 89 tan dado a la formación arbitraria de conglomerados jurídicos (3), considera a la prescripción adquisitiva como uno de los modos de adquirir el dominio y los derechos reales, tratando de la extintiva en sección especial dentro de los modos de extinción de las obligaciones (4). Establece, por otra parte, que «las reglas de la prescripción adquisitiva referentes a la interrupción y suspensión son también aplicables a la extintiva», con lo que reconoce lo que de común existe entre ambos institutos, si bien olvida que las concernientes a la renuncia de la prescripción y al modo de computar el período prescriptivo son aplicables también a ambas figuras.

III. *Prescripción.*

PLAZOS.

La influencia del Derecho mahometano, además de la tendencia general, se traduce en la abreviación de los períodos prescriptivos, reducidos a los siguientes :

a) *Prescripción larga*.—«Salvo las excepciones expresadas en la ley—dice el artículo 208—el término para la prescripción de las obligaciones es el de quince años.»

(2) Sería de desear que en lugar de los términos de prescripción adquisitiva o positiva y prescripción extintiva o negativa, la palabra prescripción se circunscribiera a esta última, denominando a la primera usucapión. No habría, pues, que hablar de prescripción extintiva, como hacen Alas, De Buen y Ramos en su conocida monografía, sino simplemente de prescripción.

(3) Así, los arrendamientos, censos, contratos aleatorios, préstamos y donaciones por razón de matrimonio

(4) Pothier, Aubry et Rau y Colin y Capitant tratan también por separado de ambas clases de prescripción. El Código alemán ha dado realidad legislativa a esta tendencia doctrinal.

Estas excepciones, que constituyen los únicos casos en que el período prescriptivo se amplía a treinta años, se refieren a los *wakfs* y a las sucesiones.

Se muestra, pues, progresivo el legislador egipcio al reducir a mitad el término correspondiente del Código francés para que la prescripción pueda operar (5).

b) *Prescripción de cinco años*.—«El término de la prescripción por rentas, pensiones alimenticias, pagos por arrendamientos e intereses y, en general, por sumas pagaderas por años o por plazos más cortos, es de cinco años, computados según el calendario arábigo» (artículo 211).

Esta prescripción de cinco años está tomada del Derecho francés. Coincidiendo con esta jurisprudencia, los Tribunales egipcios han declarado que se aplica únicamente a los pagos regulares de una cantidad fijada por intervalos periódicos, insistiendo en los requisitos de regularidad y periodicidad: que es aplicable a los intereses moratorios que la ley o las partes estipulen como daños por el no cumplimiento de una obligación, y que no protege al poseedor de mala fe, para el que rige el plazo de quince años.

c) *Prescripción de trescientos sesenta días*.—Prescriben por este plazo las acciones para exigir «las sumas debidas a los médicos, abogados e ingenieros por sus honorarios, para los comerciantes por los géneros suministrados a particulares, para los maestros e instructores por lo que sus discípulos le adeuden, y para los criados domésticos por sus salarios, aunque en este período de trescientos sesenta días se hayan creado nuevas deudas de la misma naturaleza. Para los oficiales judiciales y registradores, por los gastos de los documentos legales, este plazo se comenzará a contar desde la redacción de los documentos o desde la terminación del procedimiento para el cual se hubiesen aquéllos extendido» (artículos 209 y 210).

Se corresponde, en términos generales, con algunas de las prescripciones cortas del Código francés, pero los plazos de éste no son los mismos en todos los casos.

(5) Coincide en esto con el nuestro. El Código suizo de obligaciones exige sólo diez años. En cambio, el alemán y el italiano requieren, como el francés, treinta.

COMIENZO.

El plazo prescriptivo no comienza hasta que la deuda es exigible (6). Pero la aplicación práctica de esta regla presenta dificultades que la jurisprudencia resuelve según las circunstancias particulares de cada caso. La duda suscitada en otros países respecto al momento en que se consideran accionables las cuentas de los médicos, abogados, ingenieros, etc., opinando unos que la deuda se fracciona por visitas o trabajos, lo que equivale a estimarla como deuda independiente, cual acontece con los envíos de géneros en el comercio, o que la prescripción no comienza hasta la terminación de los servicios, se resuelve en favor de este último criterio, solución tradicional patrocinada por Pothier (7), Planiol (8), Tissier (9), Guillouard (10) y Colin y Capitant (11). El Código mixto de Egipto se refiere exclusivamente a los médicos; pero la jurisprudencia lo aplica extensivamente a los demás profesionales.

RENUNCIA.

Fundada la prescripción en el interés público, en la protección social, como dice la jurisprudencia egipcia, los códigos prohíben su renuncia anticipada; pero este interés no impide que el acreedor pueda comprometerse a ejercitar su acción en un período más breve al plazo prescriptivo legal, como estiman Tissier, Guillouard y Planiol. Este precepto, consignado en el artículo 225 del Código alemán, es aceptado por el Tribunal de Apelación de Alejandría en sentencia de 22 de Febrero de 1905. La abreviación convencional del plazo usual de prescripción es, sin embargo, poco frecuente, salvo en aquellos contratos que los autores franceses denominan de *adhesión* (12), o sea aquellos en que una de las partes dicta las condiciones y la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas sin discutir las. En las pólizas de seguro, por ejemplo, se

(6) Es más absoluto que el artículo 1.969 de nuestro Código.

(7) *Obligations*.

(8) *Traité Élémentaire de Droit Civil*.

(9) *Prescription*.

(10) *Prescription*.

(11) *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*.

(12) Saleilles: *Declaration de Volonté*; y Planiol: obra citada.

suele establecer que si no se entabla acción en un año o en otro plazo breve, cesará el derecho para ejercitarla. Estas condiciones, válidas, según la jurisprudencia, son a veces abusivas.

No obstante la prohibición de renunciar la prescripción, existen ciertos casos en los cuales los Tribunales admiten la validez de los convenios en que se prolonga el plazo prescriptivo de las prescripciones cortas de cierta naturaleza. Como dice Guillouard, refiriéndose al Derecho francés, el convenio por el que se amplía el término de ocho días que la ley concede al comprador para proceder por los defectos latentes de la cosa vendida, desde que tuviese conocimiento de los mismos, no daña al interés público. El Consejo de Estado de Francia ha estimado que no infringe el interés o el orden público el acuerdo por el que se extiende la responsabilidad del arquitecto y del contratista. Si el constructor, por ejemplo, conviene en responder por veinte años, en lugar de diez, de los defectos del edificio, favorece seguramente el interés público, y la ley, prohibiendo la renuncia anticipada de la prescripción, no se refiere, indudablemente, a estos convenios.

El Código egipcio permite la renuncia de la prescripción adquirida, pero guarda silencio sobre la facultad del prescribente, reconocida en los Códigos de Francia y Quebec, para renunciar parte del período prescriptivo ya pasado.

Esta clase de renuncia durante el período prescriptivo equivale, en la prescripción de las acciones, a la interrupción por reconocimiento del derecho de la otra parte.

Aun cuando nada dice acerca de la renuncia tácita, admitida por el Código francés y sus derivados, parece admisible, siempre que resulte clara la intención del prescribente, por aplicación de los principios generales.

Con más claridad que en el francés aparece expuesto en el Código egipcio el principio de que la renuncia de la prescripción no equivale a una enajenación, ya que, tanto en la adquisitiva como en la extintiva, el prescribente no adquiere su derecho mientras no invoca la prescripción, o, lo que es lo mismo, la prescripción no opera *ipso jure*. «La renuncia tácita—dice el artículo 2.221 del Código francés—resulta de un hecho que supone el abandono del derecho adquirido.» Se ha dicho que este «derecho adquirido» implica un derecho de propiedad; mas lo que se adquiere, como dice

Planiol, no es la propiedad, sino el derecho a invocar la prescripción. Pues bien: el Código egipcio, con mayor precisión, habla de «un derecho a reclamar por prescripción» en la usucapión, y de que la obligación se extingue en la liberatoria «si el deudor invoca la prescripción» (13).

La importancia práctica de la distinción entre renuncia y enajenación estriba en el carácter unilateral de la primera, que no exige aceptación (14). Pero los códigos requieren en ambos la capacidad para enajenar, pues aunque la renuncia no es una enajenación en sentido estricto, aunque no empobrece al prescribente, sí impide su enriquecimiento. De aquí que el legislador francés niegue el derecho de renunciar la prescripción ganada a los menores e interdicados y a sus tutores, si actúan por sí, discutiéndose en la doctrina francesa (15) si será válida cuando el tutor o administrador observa las formalidades requeridas para enajenar. El punto debatido es el de la enajenación gratuita, estimándose que aquellas formalidades ofrecen, en realidad, suficiente protección.

La duda suscitada por el artículo 2.225 del Código francés, acerca de la extensión del derecho de los acreedores y otras personas obligadas a oponer la prescripción renunciada por el deudor, se halla resuelta adecuadamente en el artículo 206 del Código egipcio: «Los acreedores—dice—pueden invocar la prescripción extintiva que corresponda al deudor, aun cuando éste haya renunciado a ella, si la renuncia se hizo en fraude de sus derechos.»

Este derecho de los acreedores plantea dos cuestiones: ¿Pueden utilizar la prescripción ganada y no opuesta por el deudor? ¿Les corresponde invocar la prescripción expresa o tácitamente renunciada por el deudor, mediante la acción pauliana?

El primero de estos problemas se resuelve afirmativamente por los Códigos y la doctrina, negando carácter personal al derecho del deudor.

El segundo se plantea en la siguiente forma: ¿necesita probar el acreedor que la renuncia del deudor se hizo en fraude de su derecho, o le basta demostrar que ha sufrido algún perjuicio? La regla general de la acción pauliana faculta a los acreedores para

(13) Art. 204.

(14) Bufnoir: *Propriété et Contrat*.

(15) Guillouard: *Prescription*; Aubry et Rau: *Cours de droit civil français*.

procurar la revocación del abandono de un derecho que le suponga algún perjuicio, aunque no se haya realizado fraudulentamente (16). El precepto ya enunciado del Código egipcio exige la prueba del perjuicio y del fraude; y, en consecuencia, si la renuncia se hace de buena fe, los acreedores carecerán de todo derecho.

Este principio se muestra conforme con la orientación de los autores franceses más significados y de la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* (17).

Por lo que se refiere al derecho de otras personas para utilizar la prescripción, no obstante la renuncia del deudor, el Código de Egipto se muestra más restringido, pero al mismo tiempo más explícito, que el francés. Se refiere a los codeudores y fiadores; pero parece no excluir a los demás interesados (18).

INTERRUPCIÓN.

Sigue en este punto muy de cerca a su modelo francés, omitiendo algunos de sus preceptos, aceptados no obstante, por los Tribunales egipcios. En cambio, la jurisprudencia, siguiendo a Planiol, establece una regla opuesta a la del derecho francés y sus derivados (19): la citación interrumpe la prescripción aun cuando carezca de las formalidades legales (20).

SUSPENSIÓN.

El silencio del Código, la influencia del Derecho mahometano

(16) Cuando la acción pauliana se dirige contra un acto gratuito del deudor, basta probar la insolvencia del mismo y el perjuicio irrogado al acreedor (hecho de fácil prueba); pero cuando se trata de revocar un acto oneroso, es necesario probar, además, la conspiración fraudulenta (*consilium fraudis*) entre el deudor y la otra parte para causar el perjuicio al acreedor. Se presume el fraude en las enajenaciones gratuitas cuando el deudor era insolvente o quedó insolvente por el acto cuya revocación se solicita, bien que la otra parte conociera o no su insolvencia. Si el acto es oneroso, se presume sólo cuando se pruebe que la otra parte la conocía y el perjuicio se realizó. A diferencia del Derecho romano, el Código napoleónico no distingue, a este efecto, entre actos gratuitos y onerosos; pero la jurisprudencia francesa acepta esta discriminación, expresamente consignada en los Códigos de Egipto y Quebec.

(17) S. 23 Julio 1912.

(18) De Hults: *Prescription*.

(19) Art. 1.946 de nuestro Código.

(20) Tribunal de Apelación de Alejandría: S. 12 Enero 1911.

y el divorcio entre el Código napoleónico y la jurisprudencia francesa, en este punto, se traducen en una visible indecisión de la jurisprudencia egipcia.

Se suspende cuando por causas especiales o para proteger cierta clase de personas el plazo prescriptivo no cuenta por un cierto tiempo. El período prescriptivo corre antes de la suspensión y después que ésta ha cesado, pero no durante la misma. La interrupción, por el contrario, afecta al pasado y no al futuro: el plazo transcurrido antes del acto que la interrumpe no es computable en la prescripción.

Según el antiguo Derecho francés (21), los Tribunales podían aplicar la regla *contra non valentem agere non currit prescriptio* cuando una persona probaba que, por circunstancias especiales, le había sido imposible ejercitar su derecho. La práctica abusiva de este principio dió lugar al artículo 2.251 del Código civil francés: «La prescripción corre contra todas las personas, al menos, que se hallen comprendidas en alguna excepción establecida por la ley.» Pero quedaron fuera de la previsión del legislador algunos casos en que la equidad demandaba la suspensión; y la jurisprudencia estableció que el citado precepto no era aplicable a causas de suspensión que no dependieran de la capacidad del demandante.

Laurent y Planiol censuran esta jurisprudencia. «Los Tribunales—dicen—aplican la máxima *contra non valentem agere non currit prescriptio*, como si estuviese adoptada por el Código, cuando el legislador limitó la aplicación de esta regla a los casos expresamente determinados en el Código», o, como dice Aubry y Rau, la prescripción se suspende sólo cuando existe un obstáculo legal al ejercicio de la acción. Cuando es sólo de hecho, como la prisión, la dificultad de comunicaciones, etc., no existe suspensión de la prescripción (22).

El Código egipcio establece que «la prescripción cuyo plazo excede de cinco años no corre contra los incapacitados», pero no contiene precepto alguno correspondiente al citado del napoleónico; y, según la jurisprudencia, si una persona prueba que por

(21) Brissaud: *History of the French Private Law*.

(22) La misma tesis sustenta la S. 8 Mayo 1908 de nuestro Tribunal Supremo.

imposibilidad absoluta no pudo ejercitar su derecho, se considerará suspendida la prescripción. En el caso de la viuda de un soldado muerto en el Sudán en 1883, retenida como prisionera en Khartum hasta 1898 en que se recobró la ciudad, se la reconoció el derecho a las pensiones devengadas desde 1883, desestimándose la prescripción de cinco años aplicable a dichos pagos.

El Tribunal de Apelación de Alejandría tiene establecido que la imposibilidad absoluta de actuar constituye un caso de suspensión de toda prescripción, y que no corre contra los menores hasta que lleguen a la mayor edad (23).

La jurisprudencia se muestra contradictoria al tratar de la ausencia como causa de suspensión, cual ocurre en el Derecho mahometano. Como el antiguo Derecho francés, concede este beneficio a todo aquel que presente buena excusa para su inacción. No parece estimarlo así el Código civil de Egipto en cuanto que circunscribe el beneficio a los incapacitados.

RETROACTIVIDAD

La prescripción tiene efecto retroactivo en favor del prescribente, que queda liberado de pagar no sólo el capital, sino también los intereses.

No ofrece particularidad alguna esta regla tomada de la doctrina francesa (24), y que algunos autores aplican a nuestro derecho (25).

JURISPRUDENCIA.

Ya hemos visto algunos casos en que la jurisprudencia, ante las omisiones del Código nativo (26), declara aplicables varios de los principios establecidos por el legislador francés. Aun hay otros. Así, la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, puede oponerse en cualquier momento del procedimiento y aun alegarse por primera vez en el Tribunal de Apelación. También ad-

(23) S. 3 Junio 1909.

(24) Laurent, Tissier y Guillouard.

(25) Alas, De Buen y Ramos: *De la prescripción extintiva*.

(26) En Egipto coexisten dos Códigos civiles: el Mixto y el Nativo. En el presente trabajo nos referimos a este último.

mite la prohibición que el artículo 2.223 del Código civil francés impone al Juez de declarar de oficio la prescripción, respetando los escrúpulos del deudor que no quiere evadir el pago acogiéndose a esta excusa legal, o del poseedor que no hace valer su condición de tal frente al dueño en la usucapión. Igualmente ha incorporado la regla según la cual la prescripción se cuenta por días, y no por horas, desde el siguiente a aquel en que se adquirió la posesión en la usucapión, o desde que nació la acción en la liberatoria. Los tres elementos de esta prescripción: acción que se puede ejercitar, no ejercicio de la misma y transcurso del tiempo fijado por la ley, son igualmente exigidos por la jurisprudencia egipcia.

JUAN E. RAMÍREZ DE LA TORRE,

Doctor en Derecho —Madrid.
Barrister at Law.—Londres.

Notas sobre la reforma agraria en Asturias

Quizá no haya para el legislador problema más complejo y delicado que el del campo, nervio de la riqueza nacional, por su triple aspecto jurídico, económico y social.

Lo prueba bien concluyentemente la historia, al narrar las profundas conmociones políticas y pavorosos conflictos sociales que se sucedieron hasta nuestros días en todos los países, desde Grecia y Roma, en que ya se tomaron medidas para conjurarlos, si bien el proceso evolutivo, a través del tiempo, por su poderosa influencia en la vida, haya alterado las condiciones de la litis; no la materia o fondo ni los sujetos de ella, que aun perduran y perdurarán mientras no sobrevenga el aplastamiento de uno de los contendientes con la victoria definitiva del adversario.

Es sensible que la reforma agraria se haga ahora de modo precipitado, porque esa impaciencia, quizá debida a la crítica y desesperada situación o actitud airada de algunos elementos, principalmente del Centro y Mediodía de España, impedirá o retrasará la formación, de que tan necesitados estamos, de un código rural o constitución agraria, de un cuerpo legal en el que se refundan, aclaren, adicionen y armonicen de manera orgánica y sistemática todo ese maremágnum de disposiciones civiles, administrativas, penales y tributarias, amén de las especialidades forales y de los usos y costumbres generales y locales.

Partimos de la firme creencia, por ser incontestable postulado, de que el proyecto que se está elaborando, base de la futura discusión parlamentaria, recogerá las características singulares de cada región: medio geográfico, genio peculiar de la raza, riqueza

más importante, vías de comunicación y muy destacadamente la constitución y organización secular de la propiedad agrícola. Un principio de biología jurídica—dice el genial Costa—confirmado por la experiencia de todos los siglos, declara cómo la realidad es anterior y superior a la ley; cómo, por consiguiente, el molde de aquélla no es el de ésta, sino al revés; y por qué, cuando la ley se ha vaciado en troqueles distintos y existe incongruencia entre ella y las manifestaciones de la vida para quienes se está dada, y no coinciden, al superponerse, como coinciden el calco con su original, semejante ley no se cumple, porque es racionalmente imposible que se cumpla, y tiene de ley únicamente el nombre, usurpado por ella a aquellas otras normas prácticas que brotan espontáneamente de las entrañas de la realidad misma, y que ella soberbiamente condena y persigue, supliendo su falta de razón con el aparato de oficinas, empleados y tribunales.

Esto presente, formularé, no exento de vacilación, varias observaciones de carácter predominantemente civil, limitadas a este hermoso y fértil pedazo de España, por si fueran dignas de ser escuchadas; con la previa advertencia de que aquí no existe, hoy por hoy, en esa materia cuestión alguna grave, ni menos de urgente solución, ora porque en mayor medida los frutos se deben más a la acción de las fuerzas naturales que al trabajo humano—hierba, frutas, crías, leche, huevos y demás productos de los animales—, ora porque es proverbial la cordialidad de relaciones entre el terrateniente y el llevador, asentadas, como están, en una firme, amplia y sana democracia, causas ambas que imposibilitan el paro y aseguran un *mínimum* de subsistencia, miserable, sí, pero que apaga los apremios del hambre.

Coincidentes todos en que la riqueza semoviente—el vacuno, casi por exclusión, es la que sustenta a la población astur—, todo intento de reforma agraria debe ir encaminado a conservar y fomentar el tipo de propiedad colectiva, restaurando el *ager publicus* en cuanto a las que hayan perdido ese carácter, única que, por su gran extensión, permite el sostenimiento de ganados en abundancia, con sus aprovechamientos comunales de pastos, aguas, leñas y maderas, inconciliables en ese respecto con la propiedad individual. Para el mejor uso y disfrute de esos montes inalienables, no susceptibles, en general, de cultivo, verdaderos pulmones de los pue-

blos en donde están enclavados, nada más acertado y prudente que respetar y recapitular las prácticas observadas desde tiempo inmemorial, hijas de la tradición y del derecho consuetudinario, concretadas en las ordenanzas que, para su régimen, posee cada parroquia o lugar.

Otra forma de aprovechamiento colectivo, parejo del anterior, que la ley debe amparar y proteger y no contrariar, como hasta ahora se hizo, es el de las tierras de labor, radicantes, ordinariamente, en los términos de los núcleos de la población rural, que, poco a poco, fueron desapareciendo, y del cual aún superviven vestigios curiosísimos en el pueblo de Bezanes, concejo de Caso, en este partido judicial de Pola de Laviana, que intuitivamente conozco.

La distribución de las expresadas heredades, de muy reducida superficie, propiedad del pueblo, no del Municipio, se hace mediante sorteo de los lotes entre los vecinos para que lo siembren y cultiven durante su vida, percibiendo los productos con entera independencia y libertad. Cuando muere o se ausenta alguno, la suerte vacante la recibe el que primero contraiga matrimonio; en su defecto, el casado más antiguo, aunque tenga otra parcela, sin que pueda exceder de dos, y a falta de éste, las viudas, y nunca sus hijos, según el turno, que cuidadosamente lleva la Junta vecinal o parroquial; no siendo embargables, enajenables o hipotecables, pues tan sólo corresponde a los poseedores el derecho de usufructo, el cual, a su vez, tampoco cabe ceder, traspasar o arrendar, a diferencia de otras formas semejantes existentes en algunas provincias, que el Sr. Azcárate describe en su *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad*.

Importa repetir que la mejor originalidad de los Poderes públicos sobre reglamentación de estas especies jurídicas sería no tener ninguna, dejando en vigor, con toda su pureza, las costumbres locales.

En el orden meramente familiar, que no cabe desligar de las demás instituciones jurídicociviles, por la íntima conexión que entre ellas hay, considero muy conveniente se preste extraordinaria atención al mantenimiento y desarrollo de la sociedad o compañía familiar, gemela de la gallega y congénere de las comunidades domésticas vivientes de Navarra, Cataluña, Alto Aragón y provin-

cias vascas, por la concentración parcelaria que persigue y el vehemente empeño que tiene en conservar íntegra la casería que lleva en arrendamiento o el pequeño patrimonio del agricultor propietario. Tampoco soy partidario de modificar la naturaleza, funcionamiento, efectos y elementos personales o reales de esa figura contractual o institución familiar, aunque, en lo concerniente a su constitución, debe exigirse siempre la forma documental pública, para facilitar la liquidación, propensa a disgustos y desavenencias, que suelen tener su epílogo en los estrados de los Juzgados, lo que bien puede hacerse en la escritura de capitulaciones matrimoniales, muy corriente en la zona occidental, en donde simultáneamente a la creación de la compañía, se mejora en dos tercios al hijo que se casa, al primogénito o al más apto para las faenas del campo, fijando, por vía de dote o legítima, la cantidad que se ha de entregar a cada uno de los hermanos. Afirma Gide, eminente economista, que la tierra, por el doble carácter de inmovilidad y de perpetuidad que la naturaleza le ha impreso, no puede dar buenos frutos sino estando asociada a la perpetuidad de la familia, a la estabilidad de las empresas y a largas esperanzas, y, por eso, todo lo que tienda a que permanezca incólume la base o explotación agraria equivale a dar arraigo y consistencia a la familia.

En el arrendamiento de predios rústicos se requiere un tacto finísimo para concertar justa y ponderadamente los derechos y obligaciones de las dos partes.

Es preciso dar satisfacción cuanto antes a los reiterados y vibrantes anhelos de la opinión pública, para que se reconozca al arrendatario el derecho al reintegro de toda clase de mejoras, pero sólo cuando hayan sido realizadas con el consentimiento expreso o tácito del propietario, es decir, por lo menos, a su vista, ciencia y paciencia, y sin perjuicio de su facultad para fiscalizarlas. Bien está que el dueño no se enriquezca injustamente, a costa del colono; mas éste no debe ser el árbitro de la finca o del bolsillo del otro.

Gana mucho el interés general agropecuario con una mayor estabilidad en la posesión o tenencia arrendaticia, razón que abona el favorecer la larga duración de los arrendamientos, señalándoles un término aproximado de diez años, que habría de obligar al comprador, aun no mediando inscripción, si se justificase que tenía

conocimiento del contrato que pretendiera rescindir; eso en el supuesto de no optar por considerar siempre al arrendamiento como derecho real, oponible *erga omnes*, con las consiguientes cualidades de enajenable, hipotecable y embargable, que proporcionarían al colono un exiguo elemento patrimonial para alcanzar con su garantía algún crédito.

Sin discusión concederíamos al arrendatario los derechos de tanteo y retracto del inmueble arrendado, exactamente igual y con los mismos plazos y condiciones que se prescriben en los artículos 1.637 al 1.639 del Código civil, por ser su posición similar a la del enfiteuta.

Es intolerable la imposición del propietario de los bienes para constreñir a su colono que tenga ganado *a comuña* de su propiedad exclusiva y no de la de un tercero o de la del propio aparcerero. Constituye eso una grave ofensa a la libertad, una humillación al trabajo humano, un monopolio que estorba la libre competencia o concurrencia, un privilegio inicuo y un motivo de despiadada usura.

Únicamente admitiría la *comuña a armun* en que el ganado se entrega tasado al que ha de apacentarlo, dejándole, en compensación, el trabajo de aquél, leches, mantecas, quesos y estiércol, y distribuyendo por igual las crías, el aumento de valor o exceso de precio de venta sobre el de tasación y corriendo exclusivamente de cargo y riesgo del propietario las cabezas que perezcan o sufran menoscabo sin culpa del comuñero; pero jamás la *comuña a la ganancia*, en que el propietario está sólo a los beneficios y no a las pérdidas, aunque éstas sean debidas a fuerza mayor o caso fortuito.

Por último, es de todos sabido la excesiva división de la propiedad territorial en esta región, causa principal del empobrecimiento y decadencia de nuestra producción agropecuaria, a lo que inútilmente intentó poner remedio el artículo 1.523 del Código civil con el establecimiento del retracto legal de aldeaños o asurcanos, a pesar de ser ésa su única finalidad, como puede verse en la exposición de motivos de la edición reformada de dicho cuerpo legal.

El mal subsiste hoy, como antes, por la pequeñez y discontinuidad del objeto de la relación dominical: tierras muy disminu-

tas y muy diseminadas. No es que haya poca superficie para nuestra población ni sobrante de propietarios; es que éstos han de laborar partículas microscópicas, separadas a largas distancias por un suelo quebradísimo de escasas e incómodas comunicaciones.

Las consecuencias son claras y deplorables para el interés social y el particular del cultivador: tiempo malogrado con tantas y tan durables peregrinaciones de una finca a otra; infructuoso consumo de energías físicas por las caminatas; trabajo rudo y penoso por no poder utilizar más fuerza que la muscular propia; riñas con los colindantes para transportar por entre los predios de ellos la yunta, abonos e instrumentos de labranza; más disgustos después con los mismos para la recolección y saca de los frutos o cosecha; y, en fin, litigiosas portillas, servidumbres de paso, sebes y setos vivos del cercado a granel para que a la faja de tierra no le quede más anchura que la de la guadaña.

A todo trance es indispensable acabar con esto.

El retracto de aldaños, aunque insuficiente, hay que extenderlo a todas las adquisiciones hechas por el *extraño* que admitan la subrogación, incluso a la permuta, previa valoración de la finca que se desee retraer, prescindiendo de los accidentes físicos, como arroyos, acequias, barrancos, caminos y servidumbres aparentes, en provecho de otras fincas, que hoy le hacen inaplicable. ¿Quién dijo a los redactores del Código civil que el arroyo, el camino, la acequia y ciertas servidumbres, una vez agrupados los predios, no podían variarse por otro lugar de la finca reunida o total? ¿Quién puede negar que el barranco, en algunos casos, cuando la quiebra no es profunda, o las aguas pueden desviarse, es susceptible de rellenar o cubrir? ¿Quién duda que, autorizado el retracto por la simple proximidad de las heredades, aun habiendo solución de continuidad entre ellas, produciría a la larga un perceptible y provechoso resultado?

No obstante, el mal tiene su preponderante origen en las sucesiones, en el sistema de legítimas, en la manera de partir, adjudicando a todos los herederos una parte en cada cosa en que, al fallecimiento de cualquier persona, la implacable tijera o cuchilla subdivide las finquitas hasta pulverizarlas; y así no se puede continuar.

Sin llegar al *homestead* norteamericano, decretando la inaliena-

bilidad de la casa u hogar y de la tierra necesaria para la existencia y conservación de la familia, porque eso choca contra nuestro liberal espíritu e individualista idiosincrasia, por la invencible resistencia de nuestro paisano a que le atasen de pies y manos, se puede constituir el *bien de familia*, integrado por los mismos bienes que aquél, declarando su indivisibilidad para causantes, herederos y contadores, en actos inter vivos, *mortis causa* y ejecuciones, con facultad en el poseedor titular de satisfacer en metálico la cuota de los coherederos o de obligar a éstos a que acepten en pago un crédito simple o hipotecario o la percepción de una renta redimible, en defecto de numerario bastante, que es sustancialmente lo propugnado por la escuela de Le Play y practicado en varios Estados alemanes con el nombre de «derecho del heredero» (*anerberecht*).

Si esto no fuera bastante, se podría compeler a los propietarios, cuando el acuerdo amistoso no fuera posible, para que uno se quedase con los minifundios limítrofes, a que los licitasen entre sí, a que uno se expropiase a instancia del dueño contiguo, procedimiento que en el extranjero llaman *remembración*, o que ambos saliesen a pública subasta, repartiéndose el precio proporcionalmente a la cabida, siendo de igual calidad, previo señalamiento, en todo caso, de un límite inferior de medida, v. gr., cincuenta o sesenta áreas, según el uso agrícola a que estuvieran destinados, prado, huerta, etc., etc.

Como el ideal sería la creación de productores *autónomos*, esto es, que reunieran en sí la tierra, el trabajo y el capital, y éste no es fácil que aisladamente lo tengan a su disposición los modestos propietarios, deben asociarse, a fin de obtenerlo mediante la responsabilidad solidaria e ilimitada, fundando fuertes instituciones que sirvan de órganos al crédito, como las sociedades cooperativas tipo *Raiffeisen*, que tan excelentes e incomparables servicios vienen prestando a la humilde clase agrícola.

* * *

Complemento indispensable de lo anteriormente expuesto, con legítimo lugar en el prometido estatuto agrario, son las asociaciones agrícolas o agropecuarias, no limitadas al solo cumplien-

to de los fines que se les asignan en la ley de 28 de Enero de 1906.

Hay que ejecutar y ensanchar ese régimen legal de adquisición de aperos, máquinas, ejemplares reproductores de animales útiles, abonos, plantas, semillas, ventas, exportaciones, conservaciones o mejoras de productos de cultivo o de la ganadería, roturación, explotación y saneamiento de terrenos incultos, etcétera, etcétera.

Va siendo preciso, para remediar tanto mal, la sindicación subjetivoobjetiva de personas e intereses afines, para levantar la producción agropecuaria asturiana de ese estrecho y primitivo marco o estado de industria de familia o doméstica, que sólo aspira a obtener lo que ha de consumir, ya que sin comprometerla en defensa profesional o lucha de clases, a la que es rebelde nuestro apacible campesino, puede impulsársela a seguir en lo posible las distintas etapas evolutivas de la manufacturera o comercial.

Sin soñar en la aplicación de leyes propias de ésta, tales como las de concentración, integración, división del trabajo y especialización, debe ensayarse la *industrialización* en lo que consientan o permitan las condiciones naturales del terreno y el ramo de producción, obligando a los dueños de fincas que forman esas extensas vegas, de ocho o diez hectáreas la que menos, generalmente situadas en las orillas de los ríos, a una explotación integral en común, mediante el empleo de máquinas para ciertas operaciones de todos; verbigracia: abrir la tierra con arado a grandes profundidades, riego de prados, siembra y recolección de maíz y hierba, economizando así gastos y tiempo, junto con un cultivo *intensivo*, a lo que tanto se prestan nuestros pequeños fundos y hasta nuestros usos *policultivos* de querer sacar de una finca todo lo necesario en la casa; y sin perjuicio, claro está, de fomentar por todos los medios la cooperación para los derivados de la leche, arreglo de caminos, liberación forzosa de servidumbres innecesarias, sobre todo las de paso cuando hay acceso a camino público, prevención contra inundaciones, etc., y de resucitar simpáticas y filantrópicas prácticas, como la *andecha*, en el día desgraciadamente en desuso, que tanto aliviaban la suerte de las viudas, enfermos, ausentes y desvalidos.

Digna es nuestra riqueza agropecuaria de una racional y afectiva protección por parte del legislador, disminuyendo las cuotas

tributarias, rebajando las crecidas tarifas del transporte de ganados y aranceles del maíz; creando granjas, campos de demostración experimental y promoviendo concursos; pero contrista el ánimo en pensar que la causa principal de ese hondo malestar que aflige a tan sufrida clase nace de la profunda y crónica ignorancia en que está sumida, no ya por carecer de los conocimientos técnicos agropecuarios más elementales, sino también por la falta de una cultura general, de una enseñanza primaria completa que la capacite para exigir una simple rendición de cuentas, para la gestión y administración de sus peculiares intereses y los de sus compañeros asociados, hoy confiados a manos mercenarias, que van allí con la perspectiva de una fácil e impune rapiña, como lo atestiguan bastantes ejemplos recientes de sindicatos constituidos en esta comarca.

El problema de la regeneración es pedagógico, tanto o más que económico, aquí, en nuestra Asturias, y requiere una radical transformación de la educación del aldeano.

Está visto que hay que ir de la mano de Costa: «Escuela y despensa».

JOSÉ GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ,

Registrador de la Propiedad.

Importancia de la ley de 12 de Enero de 1932 y repercusiones que debe tener en el sistema hipotecario naval

Parece haber pasado casi desapercibida la ley votada en Cortes en 12 de Enero de este año y publicada en la *Gaceta* del día 20 de dicho mes, referente a la creación de la Subsecretaría de la Marina civil, ley que encierra enorme importancia y cuya trascendencia se comprende con solo estudiar su articulado, ya que no se trata sólo de la creación de un organismo burocrático más, sino que trata de coordinar los distintos organismos hasta ahora dispersos para darles unidad de acción, unidad de que tanto precisaban para poder desarrollar esa obra de que hoy carecemos y que se denomina «Sistema hipotecario naval». Digo que carecemos, porque si por sistema ha de entenderse el conjunto ordenado de principios, en España hasta ahora no tenemos más que un fárrago enorme de legislación, dispersa toda ella y obediente de un lado a la subordinación constante en que ha estado viviendo nuestra vida marítima de la Marina militar, y de otro, a la falta de un organismo que unificara toda esa variedad legislativa.

Es preciso reconocer que en nuestro país, en general, no han sido estudiadas las cuestiones jurídicas que la vida del mar plantea, pues, salvo las obras de Estasén, Gay de Montellá y Malagarriga, que en sus respectivas obras, dedicadas al Derecho mercantil en general, estudian con algún detenimiento el Derecho marítimo, puede decirse que la única obra dedicada al estudio del

mismo es el Diccionario del Derecho Marítimo del general García Parreño.

Hemos roto nuestra tradición jurídica naval que encarnaba el documento legislativo marítimo de mayor importancia, o sea la compilación conocida por «Consulat de Mar», y que, según las investigaciones más modernas (1), se publicó en Barcelona en la segunda mitad del siglo XIV, tradición que continúa Alfonso X al dedicar en su Código de las Partidas, la tercera, al estudio del contrato de fletamento.

Fueron los Reyes Católicos los que, al conceder a la llamada Casa de Contratación de las Indias el derecho de dictar reglas y normas sobre el comercio marítimo con las Indias, hicieron dictar la Ordenanza de 21 de Noviembre de 1507 (2), según la cual se tenía que inscribir en los Registros, por orden de fechas, los préstamos que se concedieran para emprender las navegaciones.

Pero dejando estos antecedentes históricos, de sumo interés para poder comprender el puesto de vanguardia que hemos ocupado y que nos enseñan la importancia que en una nación esencialmente marítima como la nuestra deben tener los estudios dedicados a todas las cuestiones jurídicas que ésta nos tiene que plantear, y volviendo a lo que es objeto de nuestro estudio, creo necesario ir a un análisis de esta ley de 12 de Enero para poder ir sacando las consecuencias que de ella pueden deducirse.

En el artículo 1.º de dicha ley se dice: «Dependiente del Ministerio de Marina, pero con *absoluta separación* de los organismos, autoridades y funcionarios de la Marina militar, se crea una Subsecretaría de la Marina civil, en la cual se *centralizarán los diversos servicios* que afectan a la vida marítima nacional, con *excepción* de todo lo relativo a sanidad, aduanas y al proyecto, construcción y reparación de puertos, que seguirán dependiendo de sus respectivos Ministerios.»

Son dignos de señalar en este artículo que acabo de exponer tres puntos: 1.º La absoluta separación que se establece entre la Marina civil y la Marina militar. 2.º La centralización de todos los servicios que afectan a la vida marítima nacional. 3.º La excep-

(1) Salvioli: *El Consolato del mare*.

(2) Navarrete: *Colección de los viajes*.

ción que de esta centralización se hace con lo relativo a sanidad, aduanas y al proyecto, construcción y reparación de puertos.

Proponiéndome estudiar esta ley desde un punto de vista objetivo para poder obtener las conclusiones que indudablemente ha de tener en nuestro sistema hipotecario naval, es necesario observar el panorama actual de lo que constituye lo que sólo impropiamente se puede llamar ahora sistema hipotecario naval.

En la actualidad existe una dualidad de inscripciones para los buques. La primera inscripción es la que se efectúa en el Registro de buques de la Comandancia de Marina, y que constituye, en realidad, lo que en Francia se denomina: «Acte de francisation», y la segunda inscripción es la que se ha de practicar en el Registro mercantil; en realidad, esta dualidad de inscripciones, que a primera vista parece ilógica, tiene su explicación por la especial organización del Registro mercantil, ya que, estando éste a cargo de funcionarios sin los especiales conocimientos que la propiedad naval requiere, tiene que verificarse, primero, la clasificación de la especial navegación a que el buque se va a dedicar; claro que esta dualidad de inscripciones se traduce, en la práctica, en un entorpecimiento de la vida naval por las dilaciones y molestias que cada inscripción supone, pues hay que tener en cuenta la serie de trámites por que cada inscripción ha de pasar, ya que, para efectuar la primera, el propietario del buque ha de acreditar su condición de español con arreglo a lo que determina el artículo 145 del Reglamento de 13 de Junio de 1913, debiendo acreditar además la legítima adquisición del buque, y tiene, por último, que presentar el certificado de arqueo.

Para lograr la inscripción en el Registro mercantil tiene que presentar no sólo el certificado de matrícula de la Comandancia de Marina, como dispone el artículo 15 de la ley de Hipoteca naval, sino también el título de adquisición de la propiedad del buque, es decir, que, en realidad, vuelven casi a repetirse los requisitos de que tuvo necesidad de usar para inscribir el buque en la Comandancia de Marina, y todas estas dificultades no son más que la consecuencia obligada a que conduce la falta de un Registro naval con propia independencia.

La ley que estamos examinando obvia todos estos inconvenientes, pues aunque quizá sea prematuro juzgar de sus resultados,

cuando aun falta por desarrollar el articulado de la misma, que tiene que completarse en los diversos reglamentos que llevarán a la práctica los postulados que la ley establece, sin embargo, no puede por menos de estimarse acertado el espíritu que informa a la misma.

Esa separación que se establece entre la Marina civil y la Marina militar tiene que reportar inmensos beneficios, ya que la unión entre ambas fué la causa de muchos de los males que hasta ahora existían, pues por venirse entendiendo que la Marina civil debía estar subordinada a la militar se la trabó con una intrincada red que impedía a aquélla desarrollarse, y de la que es buena prueba lo que sucedía con la propiedad naval.

La nueva ley da al traste con todos estos obstáculos, ya que, al suprimir las Comandancias de Marina, creando en su lugar las Delegaciones marítimas con carácter completamente civil, da entrada en estas Delegaciones a todos los servicios referentes a la inscripción de buques, suprimiendo, por tanto, la dualidad que hasta ahora existe.

En artículos sucesivos iré desarrollando la forma en que, a mi juicio, se puede llegar a la sencillez y rapidez en la inscripción.

FERNANDO ESCARDÓ PEINADOR,

Del Cuerpo Jurídico de la Armada.

¿Pueden, en los testamentos, ser los testigos instrumentales a la vez de conocimiento?

Un querido amigo mío, Enrique Taulet, ha suscitado en estas prestigiosas páginas (número 82) la cuestión que encabeza estas líneas, a cuyo esclarecimiento quiero contribuir con los modestos medios con que me es dable hacerlo.

A mi juicio, los casos que, respecto a identificación, pueden ocurrir en el artículo 685 del Código civil son éstos :

A) Testador conocido por todos :

1.º El Notario y los testigos instrumentales, o aquél y dos de éstos, conocen al testador. Nada hay que observar especialmente.

B) Testador desconocido por todos :

2.º Precisa dos testigos más que, conociendo al testador, lo sean a su vez por el Notario y *dos* (más adelante, en las *Observaciones*, diré por qué) de los instrumentales.

3.º Testador desconocido por el Notario y dos testigos, sin que sea posible identificarlo por el medio del caso anterior. El Notario, y si éste no interviene en los casos previstos por la ley, los testigos lo expresarán así, consignando las señas personales del otorgante y los documentos que, para darse a conocer, presente. Si el testamento fuere impugnado por ese motivo, la carga de la prueba de la identidad del otorgante pesará sobre el que alegue la validez del instrumento público.

C) Testador no conocido por alguno de los que intervienen :

4.º Que el Notario conozca al testador, pero no dos, al me-

nos, de los testigos instrumentales. Este caso, poco contemplado por los autores, requiere, a mi ver, dos testigos de conocimiento que, conociendo al testador, sean conocidos por dos, al menos, de los instrumentales, pues la identificación que éstos hagan del otorgante la ha de expresar el Notario en el testamento.

5.º Testador conocido por los testigos, pero no por el Notario. Este es el caso álgido del artículo que comento. ¿Pueden los testigos instrumentales ser a la vez de identificación?

Posición racional: afirmativa.—Pueden serlo, por todo lo que ha dicho una inteligente jurisprudencia, y porque el Código parece exigir los dos testigos supletorios cuando nadie de los que intervienen conoce al compareciente; véase el verbo en plural: «y si no lo *conocieren* (el Notario y dos testigos instrumentales)... dos testigos que le conozcan y sean conocidos, etc.».

Lo del secreto entre cinco es una agudeza del señor Taulet que refuerza esta tesis.

Es la posición firmísima en el derecho constituyente, es racional y simplificadora. El señor Castán la calificó de «trascendental... atenta, más que a la letra, al espíritu del precepto legal y a sus concordancias con la legislación notarial». Después ha sido menos indulgente con esta tendencia.

Observaciones.—Entiendo que si los instrumentales han de serlo de conocimiento, con dos testigos está observado cuanto el Código exige.

No creo ajustado al texto del artículo 685 que los testigos de identificación, cuando intervengan, hayan de ser conocidos por los tres instrumentales, porque la ley concede igual fuerza a este conocimiento indirecto que al directo, y parece satisfecha con que el fedante y dos testigos de solemnidad conozcan sin intermediarios al que otorga. Con lo que justifico mi parecer en el caso segundo.

Quando los instrumentales actúen como de conocimiento, ¿han de hacerlo los tres, como el señor Taulet sostiene? Lo creo dudoso. Aquí se aliene este parecer del culto Notario de Valencia demasiado a la letra del precepto, y luego se olvida de ésta unificando en unas mismas personas la solemnidad y la identificación. O la letra o el espíritu de la ley; mitad y mitad, no; hay que ser lógicos.

Es decir, si hay—se afirma—testigos especiales, bastan dos; pero si son los mismos testigos para todo, han de identificar los tres. Esta es la doctrina que respeto, cuya argumentación no me ha persuadido.

Posición legalista: negativa.—No pueden identificar, para el Notario, los testigos instrumentales.

En defensa de ella cabría, a primera vista, sacar un argumento del artículo 699: «El Notario dará fe, al final del testamento... de conocer al testador o a los testigos de conocimiento en su caso», lo que parece reforzar esta corriente, pero sólo lo parece, porque se incurriría, de aceptarla, en una petición de principio.

No es admisible que el legislador haya perseguido una posible validez subsidiaria con la intervención de los testigos especiales: «si acaso—dice el señor Taulet—el Notario *ha patinado* en el testamento, cabría convertir éste en un ante cinco testigos».

Aquí yerra, según lo más probable, el criterio del articulista. No es bastante para ese testamento el mero número de oyentes; es esencial, para su validez, la *inminencia* en el peligro de muerte. Y todo lo que en este extremo se hile delgado por los Tribunales, será poco; la jurisprudencia es plausible en esta institución. Esa inminencia falta muchas veces, y es nulo el acto si no se escribió pudiendo hacerse, dice sabiamente el Supremo, en guardia contra fraudes probabilísimos.

Los colegas que utilizan como identificadores a los testigos instalados, pueden estar tranquilos, pues el Tribunal Supremo les ha dado la razón, y en la práctica esa doctrina, legal ya, es la ley misma.

Nunca he empleado los testigos instrumentales para identificar, porque creo que esa es la posición sólida en el derecho constituido, por mi inclinación a la cautela en defensa de los intereses que se me confían, por ser la posición del Centro directivo, y porque es un remedio que no se ha autorizado expresamente —y estamos en derecho formal—, aunque no tenga nada que reprochar a los que practican una teoría que, como la de enfrente, cuenta con refrendo tan alto y secuaces tan distinguidos.

LUIS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ,

Notario.

La reserva tradicional

EN DEFENSA PROPIA

He sido siempre enemigo de que, por influencia del amor propio, cuestiones doctrinales acaben por personificarse a través de discusiones de críticos y autores, o de éstos entre sí.

Entiendo que, al publicar un trabajo, éste queda sometido a la crítica, y que el autor no debe sentirse lastimado por ser objeto de ella, ni está obligado a defender siempre todo lo que haya escrito, pues la crítica razonada y ecuánime bien puede a él mismo hacerle rectificar, y aunque no llegase ese caso, el trabajo propio, en lo que tenga de acertado, será la mejor respuesta anticipada a las posibles críticas, y en lo que tenga de error no ha de mantenerse éste por ser propio, pues la defensa inoportuna, más bien que de tal, sirve de justificante de la razón de la crítica hecha.

Pero, por otra parte, el silencio sabemos que lo mismo puede interpretarse como asentimiento que, lo que sería peor, como soberbia despreciativa de la crítica, y por ello, por esta sola vez, abusando de la hospitalidad de esta Revista, para, en cierto modo, forzarla a salirse del puro campo doctrinal, en que tan sabiamente se mantiene, voy a hacer unas ligerísimas indicaciones a un trabajo en ella publicado (Noviembre 1931) por el culto Notario don Pascual Lacal, en que critica parte de uno mío sobre «La reserva llamada tradicional u ordinaria: su evolución» (números 68 a 73 de esta Revista).

Mi trabajo, como se dice en su introducción, por ser verdad, no por falsa modestia, es de estudiante-opositor y más sobre la evolución histórica de la reserva que de fijación de la naturaleza jurídica del derecho del reservatario, cuya naturaleza, no su posición,

es piedra angular de la misma. Por ello, al final, casi independiente del trabajo, encabecé así «*Algo sobre naturaleza del derecho de los reservatarios*», y allí digo que «señalaré brevísimamente algunas construcciones teóricas, en que se ha querido encuadrar esta *compleja* figura jurídica, volviendo a repetir que no pretendo resolver el problema, que excede a mis fuerzas, de la naturaleza del derecho del reservatario»; claramente, pues, limité en la introducción el alcance del trabajo total, y más especialmente en la parte final referida.

En ésta, en una subdivisión, que sólo en parte inserta el señor Lacal, se dice sobre la propiedad revocable y expectante «... Ocurrida la revocación, no hay sucesión» (ver en la Reserva al contrario el artículo 973, C. c.), «mi sustitución, sino cambio de la respectiva consideración jurídica, es decir, deja de ser dueño el que lo era, pasa a serlo *él que no lo era*. Pero en la reserva no deja de ser dueño el reservista, sino que deja de existir», y añadía: «*No sé* hasta qué punto puede decirse que mi propiedad es revocable EN MÍ, siendo así que en mi vida no dejo un instante de ser dueño.»

Este párrafo es el que principalmente sirve al Sr. Lacal para tachar de frágil mi argumentación y señalar el *notorio error* en que incurro y hasta combatiéndolo, para resolver, con una sencillez que admiramos, por el simple juego de una sola condición resolutoria, suspensiva en su opuesta, el *complejo* problema de la naturaleza del derecho del reservatario.

Veamos tal párrafo desapasionadamente. Ante todo resalta en él la forma no afirmativa de mis palabras, pues siendo tan compleja y difícil la figura jurídica de la reserva, todo cuidado es poco; por eso en forma dubitativa, «no sé», expongo la duda de si estará bien aplicada la figura de dueño con condición resolutoria, al reservista, *mientras los bienes están en su poder*. Precisamente eso es lo que, en buena lógica, quieren indicar las palabras *en mí*, y, de no fijarse en ellas, puede resultar completamente variado el sentido y alcance de la frase.

Cualquiera que lea *íntegro* mi trabajo, en el que, frente a la doctrina antigua, repetidas veces mantengo con energía que el reservista es dueño y puede disponer, comprenderá que en modo alguno, dados los efectos para los terceros adquirentes de que so-

breviva el reservatario, puedo haber afirmado que en la reserva o en las consecuencias de ella, no se deba hablar de condición resolutoria alguna; por eso claramente se dice, o, mejor dicho, se duda, de si, mientras los bienes están en poder del reservista «en mí», se pueda con propiedad decir que es dueño con condición resolutoria.

Por ello, argumentar contra la duda, claramente delimitada por dichas palabras, con la posibilidad, que yo mismo afirmo repetidas veces, de que el reservista deje de ser voluntariamente dueño porque enajene su derecho, no me parece que resuelva concretamente la duda que mis palabras planteaban.

No es tampoco, por error notorio, por lo que en mi trabajo dejo frente a frente reservista y reservatario, sino por dos razones: 1.^a Porque la posición y derechos de los terceros adquirentes de cualquiera de ellos la estudio en la parte del trabajo dedicada a la reforma hipotecaria. 2.^a Porque quise evitar la complejidad a que se llega fatalmente queriendo articular la figura jurídica de los derechos del reservista, reservatario y causante de alguno de ellos y transmisiones de uno a otro de los cuatro, sobre el juego de condiciones, que llevan a una complicación que en mi trabajo se hace resaltar a continuación de lo inserto por el Sr. Lacal. Porque no es tan sencilla, a mi juicio, la construcción, como cree dicho señor cuando dice: «Siendo indiscutible, a nuestro juicio, que el reservista tiene sobre los bienes reservables un dominio sujeto a la indicada condición (resolutoria), nos parece también indudable que los reservatarios ostentan sobre los mismos bienes un dominio sometido, en su efectividad, a una condición suspensiva», pues si consideramos nosotros el caso de terceros adquirentes de los reservatarios, veremos que no sólo penden de dicha condición suspensiva, sino que la vida del reservista, al sobrevivir a los reservatarios, obra como resolutoria (artículo 971), y aun cumpliéndose la suspensiva, los derechos de los terceros pueden haber sido modificados por el reservista que *mejora* (artículo 972) o anulados por el reservista que *deshereda* (artículo 973, párrafo segundo).

Al final de su crítica termina el Sr. Lacal con la simple afirmación de que estima «de una comercialidad indiscutible el derecho de los reservatarios, y que identifica su opinión con la mantenida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de Abril de 1914, por

la que negó a la reserva el carácter de herencia futura («entonces no le será aplicable el artículo 799, copia impremeditada del 1.041 francés y 854 italiano, que se refiere a *día incierto*, pero que ha de llegar») «y a los reservatarios el de posibles legitimarios».

Prueba de que no es tan indiscutible (sin entrar nosotros, pues esta aclaración no es en modo alguno principio de discusión, en si es lógica su figura de derecho *expectante-adquirido*, quizá confundiéndolo con derechos condicionales; ni si el premio de la lotería es comerciable y cotizable antes del sorteo, dado que el décimo, que lo es por su valor, no es más que la representación de la postura hecha y vale lo que ésta hasta el premio o la resolución si toca a otros) la encontrará el lector en nuestro trabajo íntegro, al que le remitimos, creyendo que hallará en él base para sustentar el criterio contrario que antes sostenía el mismo Tribunal Supremo y la Dirección general de los Registros y del Notariado, y en el que sostenemos (página 825) que la reserva es para la doctrina moderna: A), una sucesión; B), una legítima; C), un derecho no adquirido en vida del reservista, motivos por los cuales opinamos que no debía, en nuestro derecho, ser comerciable el derecho fundado en la esperanza de la muerte del padre o madre (página 7 del número 73).

Terminamos remitiendo al paciente lector a mi trabajo y pidiéndole: 1.º Que sólo vea en estas breves líneas el deseo de que quede claro el alcance de las frases tomadas de mi artículo, pues aunque no sea ése el propósito, ni en modo alguno lo suponga yo así en el Sr. Lacal, merecedor de toda mi consideración y respeto, puede inducir a confusión la lectura de un párrafo aislado sin estar engarzado en el trabajo total que le complementa y aclara, máxime si, como creo, mi crítico no se ha fijado lo bastante en la significación que las palabras «en mí» dan al párrafo que inserta; y 2.º Que no olvide que no volveremos a reincidir en escribir en defensa de obra propia, que está libremente sujeta a crítica; y con que el crítico no dude del deseo de acertar de su autor, éste no tiene por qué sentir el que se le muestre cualquier error en que pueda haber incurrido.

ANTONIO MARÍN MONROY,

Notario.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

ANOTACIÓN DE SECUESTRO. LA TOMADA A FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO DE ESPAÑA CREA UN ESTADO DE DERECHO QUE EXCLUYE, POR PARTE DEL DEUDOR, TODO ACTO TRASLATIVO DE DOMINIO, SIN OBTENER EL PREVIO CONSENTIMIENTO DE DICHA SOCIEDAD.

Resolución de 7 de Julio de 1931. (Gaceta de 27 de Agosto de 1931.)

Presentada en el Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina la misma escritura objeto de la Resolución precedente, y teniendo en cuenta que los antecedentes fundamentales, la nota calificadora del Registrador, las alegaciones de los interesados y la decisión del Presidente de la Audiencia son iguales a los que motivaron la Resolución citada, como generativos dichos antecedentes de los actos y contrato consignados en la misma escritura, presentada en los Registros de la Propiedad de Puente del Arzobispo y de Talavera de la Reina por el solo hecho de radicar en los términos municipales de ambos la finca que constituía el objeto de la garantía, procede ratificar la doctrina entonces desenvuelta.

COMPRVENTA CON PACTO DE RETRO. CUANDO EN UNA ESCRITURA SE CONTENGAN DOS CONTRATOS DE COMPRVENTA, CUAL OCURRE AL PERTENECER UNA DE LAS FINCAS ENAJENADAS EXCLUSIVAMENTE A UNO DE LOS VENDEDORES, Y LAS OTRAS A TODOS, NO QUEDA BIEN DETERMINADO EL PRECIO SEÑALÁNDOLO COMO ÚNICO A DISTRIBUIR ENTRE AQUÉLLOS, SINO QUE ES NECESARIO ESTIPULAR POR SEPA-

RADO EL QUE CORRESPONDE A DICHA FINCA DE PROPIEDAD EXCLUSIVA O LA FORMA DE DETERMINARLO. EL EJERCICIO INDISTINTO DEL DERECHO DE RETRAER QUE SE RESERVAN LOS VENDEDORES CONJUNTOS DE VARIAS FINCAS, DE LAS QUE UNA ES DE PROPIEDAD PARTICULAR DE UNO DE ELLOS, SUPONE, EN CUANTO A ESTA ÚLTIMA, Y A LOS EFECTOS DEL TRACTO SUCESIVO, LA NECESIDAD DE INSCRIBIR PREVIAMENTE A FAVOR DE LOS OTROS VENDEDORES ESTA ESPECIE DE CESIÓN QUE LES HACE EL DUEÑO EXCLUSIVO, PARA LO QUE NO SON SUFICIENTES NI LA ESTIPULACIÓN DICHA NI EL TÍTULO EN QUE SE CONSIGNA.

Resolución de 29 de Julio de 1931. (Gaceta de 7 de Septiembre de 1931.)

Ante el Notario de Viso de Alcor, D. Ignacio Jiménez, se otorgó escritura por la que D. Antonio García Sola y D.^a Rosario García González, dueños con distinto derecho y en proindiviso de cuatro fincas, y el primero propietario en pleno dominio de otra, venden las cinco fincas a D. Juan María Román Jiménez, casado con doña Dolores Reyes, por el precio alzado y recibido de 10.000 pesetas, reservándose los vendedores el derecho de retraer, cualquiera de ellos, las cinco fincas juntas, y no separadamente, por plazo de cinco años, y si uno lo hiciere antes de terminar el plazo, podrá pedir al otro le torgue escritura de transmisión, reservándose también los vendedores el derecho de arrendamiento sobre las fincas vendidas.

El Registrador de la Propiedad de Carmona puso en el título nota no admitiendo la inscripción: «1.º Porque siendo su objeto un doble contrato de compraventa con pacto de retro, no se expresa por separado el precio en que cada uno se realiza; y 2.º Porque siendo la finca tercera de la exclusiva propiedad de uno de los vendedores, se le reserva el derecho de retraerla al otro vendedor; y no pareciendo subsanables los expresados defectos, no es admisible la anotación preventiva, aunque se hubiere solicitado.»

Interpuesto recurso por el Notario, el Presidente de la Audiencia confirmó el primer extremo que contiene la nota del Registrador, revocándola en cuanto al segundo, y la Dirección general declara, confirmando en parte el auto apelado y la nota del Re-

gistrador, que la escritura no se halla bien extendida, fundamentándola así :

En la escritura discutida, dos personas venden, cada cual por su respectivo derecho y por un precio único o alzado, que los vendedores distribuirán entre sí—según reza la primera de las estipulaciones—cinco fincas, propiedad exclusiva una de ellas de uno de los vendedores, y propiedad dividida entre ambos las otras cuatro, ya en pleno dominio, ya en nuda propiedad o en usufructo.

Aunque nada se opone a que dos personas a quienes corresponde, respectivamente, el usufructo y la nuda propiedad, y aun el dominio pleno de una participación, pro indiviso de una misma finca, o de varias, puedan transmitir conjuntamente a un tercero el dominio pleno de las mismas y por un precio único a distribuir entre los vendedores, es imprescindible, sin embargo, según esta Dirección tiene declarado, que la escritura en que el contrato se formalice contenga las declaraciones necesarias para esta distribución o división, de conformidad con lo que disponen el artículo 1.447 del Código civil y los artículos 10 y 11 de la ley Hipotecaria.

Tales declaraciones o indicaciones para la posible determinación de la parte del precio total correspondiente a cada una de las fincas vendidas, y, por ende, a los vendedores en proporción a sus respectivos derechos, eran tanto más necesarias en la escritura que motiva este recurso, cuanto que, conteniendo, indiscutiblemente, dos contratos de compraventa, por el hecho de pertenecer una de las fincas enajenadas exclusivamente a uno de los vendedores, al no estipularse por separado el precio de esta finca, o la forma de determinarlo, carece este contrato del requisito del precio cierto de la cosa vendida, exigido por el Código civil e indispensable, desde luego, por un eventual ejercicio de los derechos y obligaciones que, aparte el de retraer, pudieran derivarse del mismo contrato.

La doctrina precisa, clara y terminante, sentada por este Centro directivo en la Resolución de 6 de Octubre de 1925, que acepta, en acatamiento de la orientación de nuestras leyes hacia la propiedad íntegra e indivisa, la posibilidad de estipulación del pacto de retroventa en favor de uno solo de los varios propietarios pro indiviso de una finca que enajenan, puede sin esfuerzo hacerse exten-

siva a la autorización mutua para el ejercicio, por todos o cualquiera de ellos, del derecho de retraer; pero el ejercicio indistinto de esa reserva por los vendedores conjuntos de varias fincas, propiedad exclusiva la una de uno de aquéllos, objeto de la estipulación de la cláusula segunda de la escritura origen de este recurso, aun admitida la voluntad o el ánimo implícitos de una cesión de ese derecho—enajenable, como todo derecho real—haría indispensable, a los efectos del tracto sucesivo, practicar previamente la inscripción de esa cesión, y para ella no son suficientes en absoluto ni la estipulación dicha ni el título presentado, ya que ni la ley Hipotecaria admite que en virtud de una estipulación se practique una inscripción traslativa de dominio, ni existe el contrato, por faltar el requisito esencial de la causa.

COMRAVENTA CON PACTO DE RETRO. NO ES INSCRIBIBLE LA REALIZADA POR DOS VENDEDORES POR PRECIO ÚNICO Y ALZADO DE CINCO FINCAS PROPIAS, CUATRO DE AMBOS Y UNA DE LA EXCLUSIVA PERTENENCIA DE UNO DE LOS VENDEDORES, POR NO ESTABLECERSE REGLAS PARA LA DISTRIBUCIÓN O DIVISIÓN DEL PRECIO. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRAER, INDISTINTAMENTE, POR LOS VENDEDORES CONJUNTOS DE VARIAS FINCAS PROPIAS, UNA DE ÉSTAS DE UNO DE AQUÉLLOS, EXIGE, A LOS EFECTOS DEL TRACTO SUCESIVO, LA PREVIA INSCRIPCIÓN DE LA CESIÓN DE TAL DERECHO, PARA LA QUE NO SON SUFICIENTES NI LA ESTIPULACIÓN DICHA NI EL TÍTULO PRESENTADO.

Resolución de 29 de Julio de 1931. (Gaceta de 7 de Septiembre de 1931.)

En escritura de 29 de Enero de 1930, ante el Notario de Viso de Alcor, D. Ignacio Jiménez, dos personas venden cuatro fincas que les pertenecen en pro indiviso y una de la propiedad exclusiva de uno de ellos en precio alzado de 10.000 pesetas, reservándose los vendedores el derecho de retraer, indistintamente, las cinco juntas y no separadas.

El Registrador de la Propiedad de Carmona puso en tal escri-

tura nota de no admisión a inscripción: «1.º Porque siendo su objeto un doble contrato de compraventa con pacto de retro, no se expresa por separado el precio en que cada uno se realiza; y 2.º Porque siendo la finca tercera de la exclusiva propiedad de uno de los vendedores, se le reserva el derecho de retraerla al otro vendedor; y no pareciendo subsanables los expresados defectos, no es admisible la anotación preventiva, aunque se hubiere solicitado.»

Confirmó el Presidente de la Audiencia de Sevilla el primer extremo de la nota del Registrador, revocándola en cuanto al segundo, y la Dirección General acuerda, confirmando en parte el auto apelado y la nota del Registrador, que la escritura no se halla extendida en forma legal, con las siguientes consideraciones:

En la escritura discutida dos personas venden, cada cual por su respectivo derecho y por un precio único o alzado, que los vendedores distribuirán entre sí—según reza la primera de las estipulaciones—cinco fincas, propiedad exclusiva una de ellas de uno de los vendedores, y propiedad dividida entre ambos las otras cuatro, ya en pleno dominio, ya en nuda propiedad o en usufructo.

Aunque nada se opone a que dos personas a quienes corresponde, respectivamente, el usufructo y la nuda propiedad, y aun el dominio pleno de una participación pro indiviso de una misma finca, o de varias, puedan transmitir conjuntamente a un tercero el dominio pleno de las mismas y por un precio único a distribuir entre los vendedores, es imprescindible, sin embargo, según esta Dirección tiene declarado, que la escritura en que el contrato se formalice contenga las declaraciones necesarias para esta distribución o división, de conformidad con lo que disponen el artículo 1.447 del Código civil y los artículos 10 y 11 de la ley Hipotecaria.

Tales declaraciones o indicaciones, para la posible determinación de la parte del precio total correspondiente a cada una de las fincas vendidas y, por ende, a los vendedores, en proporción a sus respectivos derechos, eran tanto más necesarias en la escritura que motiva este recurso, cuanto que, conteniendo, indiscutiblemente, dos contratos de compraventa, por el hecho de pertenecer una de las fincas enajenadas exclusivamente a uno de los vendedores, al no estipularse por separado el precio de esta finca, o la forma de determinarlo, carece este contrato del requisito del precio cierto de:

la cosa vendida, exigido por el Código civil e indispensable, desde luego, por un eventual ejercicio de los derechos y obligaciones, que, aparte el de retraer, pudieran derivarse del mismo contrato.

La doctrina precisa, clara y terminante, sentada por este Centro directivo en la Resolución de 6 de Octubre de 1925, que acepta, en acatamiento de la orientación de nuestras leyes hacia la propiedad íntegra e indivisa, la posibilidad de estipulación del pacto de retroventa en favor de uno solo de los varios propietarios pro indiviso de una finca que enajenan, puede, sin esfuerzo, hacerse extensiva a la autorización mutua para el ejercicio, por todos o por cualquiera de ellos, del derecho de retraer; pero el ejercicio indistinto de esa reserva por los vendedores conjuntos de varias fincas, propiedad exclusiva la una de uno de aquéllos, objeto de la estipulación de la cláusula segunda de la escritura origen de este recurso, aun admitida la voluntad o el ánimo implícitos de una cesión de ese derecho—enajenable, como todo derecho real—, haría indispensable, a los efectos del tracto sucesivo, practicar previamente la inscripción de esa cesión, y para ella no son suficientes en absoluto ni la estipulación dicha ni el título presentado, ya que ni la ley Hipotecaria admite que, en virtud de una estipulación se practique una inscripción traslativa de dominio, ni existe el contrato, por faltar el requisito esencial de la causa.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

BIBLIOGRAFÍA

PRINCIPIOS DE RÉGIMEN NOTARIAL COMPARADO, por *D. Antonio Bellver Cano*. (Madrid.—Victoriano Suárez.)

Cuanto han seguido, en lo que va de siglo, el desenvolvimiento de la literatura notarial habrán podido distinguir, por encima de las apasionadas luchas sobre el *pan cotidiano*, una poderosa corriente doctrinal representada por los nombres de Costa, Monasterio, Mengual, Vázquez Campo, etc..., que, separándose cada vez más de los raquíticos cauces en que se mueven nuestros estudios jurídicos, se remonta a elevadas zonas de pura investigación científica para entronizar, más que para justificar, las funciones de autenticación, como si buscasen una gloriosa genealogía a los indiscutibles prestigios del fedatario moderno.

Dentro de esta teoría (en el doble sentido, griego y español) figura el autor de los Principios, que en dos títulos de una primera parte, dedicados a la función notarial y al notario, estudia la configuración, facultades, actos y jurisdicción territorial del mismo, así como su organización y régimen, y en una segunda parte pasa revista a las legislaciones agrupadas en cinco tipos: el notariado libre o inglés, el profesionalista o alemán, el funcionalista o latino (extrajudicial en Francia y Bélgica; mediatizado en Italia y Portugal; independiente en España; sujeto a influencias españolas en Cuba, Argentina y Chile, y de mayor originalidad en Méjico y el Uruguay); el judicial, de Baden, Andorra y algunos cantones suizos y el soviético, dedicando el último capítulo al notariado múltiple inclasificado de Suiza.

La obra, escrita con un espíritu neo-escolástico que la aproxima al *modus faciendi* de los juristas alemanes y con un conocimiento

de los textos extranjeros que se echa de menos en los monografías de los autores españoles, arranca de un principio, inspirado en la clásica separación de los Poderes: todas las funciones del Estado son declarativas del Derecho para publicarlo, aplicarlo o imponerlo. La función notarial que lo declara y exterioriza es, al mismo tiempo, una jurisdicción que lo impone. Y como toda imposición de naturaleza judicial se resuelve o en el sometimiento de una voluntad rebelde (procedimiento criminal), o en el mandato a una voluntad insumisa, pero cooperante (*litis*), o en el cumplimiento de lo actuado por la voluntad armónica (*inter volentes*), queda no sólo encuadrada la función notarial en la jurisprudencia voluntaria, sino que parece absorber todo su contenido.

Esta hipertrofia del Notariado español, sólo explicable por la preponderancia y méritos de sus miembros, no responde a los estudios modernos sobre la *legitimación* ni a la evolución histórica de la llamada jurisdicción graciosa, voluntaria o *inter volentes*.

Por otra parte, bueno será recordar a los aficionados a la materia que a fuerza de discutir el alfa y el omega de la institución notarial, o sea sus bases y provechos, nos hemos olvidado un poquito de la técnica propiamente dicha, o sea de la construcción artística del acto escriturado, y que el instrumento público no solamente no ha ganado jurídica y arquitectónicamente en los últimos años, sino que ha perdido parte de la precisión y gracia adquiridas a la sombra de la ley Hipotecaria.

J. G.