

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VI

Noviembre de 1930

Núm. 71

La reserva llamada tradicional u ordinaria.—Su evolución ⁽¹⁾

¿Gozará la reserva, como establecida legalmente, de igual beneficio que el retracto legal? Así lo reconocieron, en la reserva troncal, la Resolución de 5 de Enero de 1893 y Sentencia de 21 de Noviembre de 1902, diciéndose en la primera que no estaba en lo cierto el Registrador al sostener que de igual modo habían de hacerse constar en el Registro las limitaciones de dominio impuestas por la Ley que las derivadas de un contrato, sino que procedía distinguirlas, dado que estas últimas, de no registrarse, no pueden perjudicar a tercero, mientras que aquéllas obligan a todos, ya que aunque la limitación no conste de un modo expreso, nadie puede substraerse al mandato legal.

Criterio prudentemente rectificado (aun fundamentando el nuevo en la base insostenible de la comerciabilidad y renunciabilidad del derecho del reservatario en vida del reservista) en Sentencias de 20 de Diciembre de 1904 y 8 de Octubre de 1910, diciendo la primera que la ley Hipotecaria, en sus principios y desarrollo, tiene por objeto el dar la mayor seguridad y estabilidad a la contratación inmobiliaria, seguridad y estabilidad basadas en la publicidad registral, sin que haya fundamento para separar y diferenciar las causas emanadas de la voluntad de las partes, de las provenientes de la misma Ley, cuando unas y otras pueden hacerse constar en el Registro para los efectos legales. De aquí que, aunque el derecho de reserva sea declarado por la Ley sobre bienes ciertos y a fa-

(1) Véanse los tres números anteriores.

vor de personas claramente determinadas, como es un derecho respecto del cual se puede contratar y transigir, siendo además renunciable, es evidente que si por omisión, negligencia o conscientemente no se ha hecho constar en el Registro que los bienes inscritos son reservables, al tercero que de buena fe los adquiere no puede afectarle la reserva (era la especial del artículo 811) por la sola consideración de que la procedencia más o menos conocida de aquéllos permita sospechar o deducir el carácter de los mismos. De igual modo, de tal omisión se puede también deducir que el interesado reservatario no quiere utilizar su derecho, y sería por completo opuesto a los principios hipotecarios el que cuando el carácter de los bienes puede y debe hacerse constar expresamente, tengan los terceros, para estar seguros de su adquisición, que dedicarse a estudiar jurídicamente la condición de los bienes, y como el artículo 37 de la ley Hipotecaria sólo autoriza que afecten a tercero las acciones rescisorias o resolutorias cuyas causas posibles consten explícitamente en el Registro, no puede estimarse como causa que así consta la posibilidad de una deducción jurídica.

La jurisprudencia protege y mantiene, pues, el espíritu de la Ley, la causa ha de constar «explícitamente» (152). ¿De qué manera se hace constar así para la debida garantía del reservatario? Ya hemos indicado anteriormente que se hace constar de tres modos: A) de un modo principal independiente, en inscripciones en que consta el carácter de reservable del inmueble: así procede cuando el reservista adquiere ya los bienes con tal carácter, según el título mismo, por ser la adquisición posterior al hecho causante de sus deberes como reservista (152 bis); B) de un modo principal dependiente de una inscripción anterior. El hoy reservista había adquirido e inscrito; con posterioridad a su adquisición contrae segundas nupcias; los bienes adquieren el carácter de reservables y entonces, aunque la exposición de motivos y el artículo 191, párrafo segundo, de la Ley dicen se hará constar en la inscripción, y el artículo 977 del Código civil dice se anotará, la cualidad de reservables de los bienes se hace constar por nota marginal puesta a la inscripción de dominio del reservista (153). Tales son las formas registrales que

(152) V. la Res. de 20 de Diciembre de 1929.

(152 bis) Artículo 223 del Reglamento.

(153) Artículos 197 y 193 de la Ley y 225 del Reglamento.

pudiéramos llamar normales ; y C) cuando sin haber procedido en las formas determinadas en los artículos 165 ó 191 de la Ley, el reservista hiciese constar expresamente en cualquier documento auténtico (por ejemplo : en escritura en que vende a un tercero) el carácter reservable de los bienes, se *mencionará* dicha circunstancia así como todas las demás que contribuyan a determinar la extensión y condiciones de los derechos transmitidos (artículo 228 del Reglamento en relación con el 29 de la Ley) que hay que considerar ampliado a este caso en que se menciona la causa posible de una adquisición futura, no un derecho real, sin que sea, sin embargo, aplicable al reservatario el segundo párrafo de dicho artículo, que hace referencia a que la mención y sus efectos no eximen de la obligación de inscribir, pues el reservatario (a pesar de lo que sostenga la jurisprudencia) puede inscribir los derechos de garantía que realmente tiene, pero no ningún derecho inscribible en los bienes, del que carece en vida del reservista.

El carácter de reservables de los bienes ha de constar explícitamente en el Registro, para que la futura adquisición por el reservatario pueda afectar a terceros que hayan adquirido del reservista después de nacida la obligación de reservar, pero el reservatario no tiene en general título especial, pues no adquiere más que una vocación y una garantía por ministerio de la Ley, y el artículo 192 de la Ley concede un plazo de noventa días al reservista para que cumpla sus deberes como tal, plazo que se cuenta a partir del hecho que ha hecho nacer su obligación (154). Hay, pues, un intervalo de noventa días, durante el cual no puede decirse que el reservista no haya cumplido su deber de garantía, puesto que tiene concedido un plazo por la Ley para hacerlo, y por ello no pueden durante él apremiarle las personas con derecho a exigirla (155). Ahora bien. ¿Qué efecto producirá para el tercero que adquiriera del reservista en dicho plazo, el que no consta entonces en el Registro, el carácter reservable de los bienes? Admitir en este caso que el tercero no está protegido, que aunque no conste en el Registro explícitamente el carácter de los bienes, se dará en su daño efecto retroactivo al asiento hecho con posterioridad, es ir contra toda la doctrina de la Ley, y no puede admitirse sin una expresa disposición de la misma.

(154) Artículo 193 de la Ley.

(155) Artículos 195-192 de la Ley.

Por otra parte, proteger al tercero implica un daño evidente para el reservatario, si el reservista que vendió antes de los noventa días no tiene después bienes propios que hipotecar en garantía del valor de lo enajenado, sin que pueda tener garantía eficaz en tal caso, más que si (a pesar del plazo indicado) procede inmediatamente que se celebre el segundo matrimonio a exigir que se haga constar el carácter reservable de los bienes o al menos trata de obtener una anotación de que procederá a exigirlo pasados los noventa días, si no cumpliera en ellos el reservista espontáneamente su deber de hacerlo.

El tercer adquirente, a su vez, del que adquirió del reservista, está también protegido por el artículo 34 de la Ley: «Los actos que se ejecuten o contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscrito, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro...», aunque no será exactamente aplicable el artículo 34 de la especial liberación regulada por los párrafos segundo y siguientes (156) si el carácter reservable de los bienes constaba en el Registro, puesto que el reservatario, aun notificado en forma, no puede actuar más que para exigir la publicidad de su vocación, y ésta suponemos la tiene, y, por tanto, habrá que considerar que aunque el tercero haga uso del procedimiento del artículo 96 del Reglamento, como el reservatario no puede, según exige el párrafo quinto del artículo 34, demandar, el procedimiento especial liberatorio del artículo 34, no desvirtuará el derecho del reservatario que conste en el Registro, a la adquisición en su día de los bienes.

CÓDIGO CIVIL Y JURISPRUDENCIA

En el curso de este trabajo hemos afirmado que los legisladores españoles, salvo las alteraciones indispensables a que les obligaba la publicación anterior de la ley Hipotecaria, no comprendieron el cambio que se había producido en la reserva, y que aun teniendo

(156) Artículo 96 del Reglamento.

el ejemplo de los legisladores hipotecarios, que sabiamente habían puesto de relieve la crisis de la doctrina de la misma, ni profundizaron en su estudio, ni se percataron de lo que ante sus ojos ocurría, repitiendo casi textualmente preceptos de los proyectos de codificación anteriores, sin que las disposiciones legales que dictaban sobre esta materia, respondieran, como es indispensable para hacer una construcción lógica de la misma, a una previa doctrina sistemática sobre la reserva. El Código es obra precipitada, y en esta materia más que en ninguna otra se resiente de una falta absoluta de una clara y coherente construcción doctrinal previa.

Lo que llevamos expuesto, aunque no tenga mérito alguno, al menos habrá puesto claramente de manifiesto que la configuración tradicional romana de la reserva estaba desde fines del siglo XVIII en crisis. Ante tal hecho, que inexorablemente y con la fatalidad de los hechos históricos se imponía a su consideración, los legisladores españoles, en su precipitación, adoptan la cómoda actitud de desconocerlo y estatuir como si no existiese; para ellos nada ha ocurrido, y lo peor es que la mayoría de los comentaristas reconocen que el Código mantiene la antigua doctrina, sin criticarlo por ello, y además siguen creyendo posible el hecho que enuncian, como si verdaderamente nada ocurriese, como si el hecho de la publicación de la ley Hipotecaria permitiese seguir manteniendo la doctrina que de nuestro proyecto de Código de 1851 y de la jurisprudencia anterior al vigente se deducía. Así como el avestruz cree escapar al peligro no viéndolo, nuestros legisladores creen escapar de los problemas eludiéndolos, y aquéllos siguen en pie sin resolver y la construcción legal es provisional e incongruente y hasta disparatada a veces, y los comentaristas se contradicen a cada página, faltos de un sistema doctrinal, y precisando uno para cada artículo contradictorio con aquél que les ha servido para explicar otro artículo anterior (157).

(157) Ponemos el ejemplo de Scaevola, cuyas contradicciones son evidentes, dice en tomo 17 de sus Comentarios al Código, en pág. 160, sosteniendo en toda su pureza la doctrina antigua: «... Lejos de tratarse aquí de bienes que el padre (reservatario) pudo recibir y no recibió a causa de su temprana muerte, trátase de otros que al fallecimiento de este padre (reservatario) *habían ya entrado en su patrimonio*. Como más adelante veremos, las segundas nup-

Y aunque impremeditadamente, el Código, al recoger algo de la doctrina hipotecaria y remitirse a ella, para la protección de terceros adquirentes del reservista, adopta la doctrina moderna y es influido por ella, no resulta, a nuestro juicio, cierta la afirmación de Scaevola (158): «Comparando el proyecto (de 1851) con el Código, nótese desde luego la estrecha semejanza que entre los dos existe. Prescíndase de la frase con que principia el artículo 968, «además de la reserva impuesta en el artículo 811», que no podía existir en el proyecto, porque entre sus hojas no encontró abrigo la reserva troncal y *la doctrina es idéntica.*» Sin embargo, bastará que comparemos el artículo 810 del proyecto de 1851 y sus garantías para el reservatario en bienes inmuebles no enajenados por el reservista antes de su segundo matrimonio (en cuyo caso la hipoteca legal garantizaría a los reservatarios *la buena administración*, dado que su derecho real ya adquirido en los mismos e inscribible era su más firme garantía contra terceros), con el artículo 978 del Código civil, que, en igual caso, establece la publicidad del carácter de los bienes en el Registro, e hipoteca caso

cias del viudo crean *ipso facto* la obligación de reservar (esto es cierto), entendiéndose que *desde aquel momento la propiedad de los bienes pertenece a los hijos del primer matrimonio y sólo el usufructo al cónyuge segunda vez casado.* Por consecuencia, al fallecer uno de estos hijos, la nuda propiedad de los bienes reservables es ya uno de tantos derechos que constituyen su herencia; y si se tiene en cuenta, además, que *la consolidación de la propiedad y del usufructo a la muerte del cónyuge reservista no es tampoco un problema de la sucesión hereditaria de éste, forzoso es convenir en que el hijo del hijo (reservatario) premuerto no logra esta unión de la propiedad y el usufructo por derecho de representación verdaderamente tal.*» Pues bien, la reserva que vemos adquirida en la página 160, en la 210: «La reserva no es, ni más ni menos, que *una herencia por venir*, una masa de bienes, en la que *suceden los hijos a la muerte del padre binubo...*» «Es indudable el carácter hereditario de la reserva, porción de bienes, procedente de una sucesión *que ha de ser adquirida por los hijos a la muerte del padre binubo*», y por si fuera poco tal contradicción, nuevamente varía de opinión, página 233: «Lo único sensible, sin embargo... es el argumento que podía deducirse del artículo 973 para sostener que el derecho a la reserva es uno de los varios comprendidos en la herencia del cónyuge viudo, dando así al derecho de los hijos y la obligación del padre un aspecto raro y desagradable, con el que no se llegaría nunca a saber de una manera concreta la verdadera naturaleza de la institución.» Ex-cuso comentar si se llegará mejor a ello, contradiciéndose sin cesar.

(158) Idem tomo XVII, pág. 6.

de enajenarse válidamente, para que no sea posible dudar del cambio ocurrido: El reservista es hoy dueño y antes dejaba de serlo; el reservatario era antes dueño y hoy no lo es.

El cambio fundamental está en el momento de la adquisición de la reserva por los reservatarios: antes adquirirían en el mismo momento, en el instante mismo de celebrarse el segundo matrimonio; hoy no adquieren hasta la muerte del reservista. Por eso es muy significativa la extraña perplejidad de Scaevola ante la cuestión de si se dará en la reserva el derecho de representación y su negativa (influida inconscientemente por la nueva doctrina) a que el reservatario, que muere antes que el reservista, transmita sus derechos, consecuencia sin embargo natural y lógica de la antigua doctrina de adquisición del derecho por éste en vida del reservista.

El primer artículo del Código, el 968, repite casi textualmente el 800 del proyecto de 1851, y sigue aludiendo a la obligación de reservar la propiedad. Aunque el reservista es dueño y puede enajenar, no es él quien reserva ni tiene que reservar: es la Ley la que da un derecho al reservatario, y para garantizarle la adquisición futura del mismo, proyecta en el presente unas garantías de la futura efectividad del mismo, sobre todos los bienes que el reservista haya adquirido de su difunto consorte por cualquier título lucrativo, pero no su mitad de gananciales.

El artículo 969 dice: «La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que por los títulos en él expresados haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio y los que haya habido de los parientes del difunto en consideración a éste.» He aquí un precepto que altera profundamente la doctrina romana. Ya indicamos que en los bienes que hubiese adquirido el viudo de un hijo, la reserva romana era muy limitada, siendo sólo reservables los profecticios del hijo, heredados por la madre abintestato, y también hemos visto la aplicación del derecho común por los comentaristas de las leyes de Toro; así que la doctrina tradicional, en su limitación, es opuesta a la del Código, que declara reservables todos los bienes adquiridos de un hijo «por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo».

El artículo 970 es, con su renuncia, el mayor borrón de nuestro

Código, como dijimos al referirnos al 803 del proyecto de 1851. Allí indicamos que era inconciliable con la nueva doctrina de la reserva, y que quizá hubiera podido defenderse su conservación por el Código si éste no hubiera alterado su redacción, convirtiendo la renuncia de los derechos que por la obligación de reserva puedan corresponderle, en renuncia del reservatario *a los bienes* (no *en los bienes*, puesto que para la nueva doctrina no tiene derecho en ellos en vida del reservista, sino a los bienes). Es decir: un derecho no adquirido que se renuncia, en daño evidente muchas veces de otros reservatarios, que por este artículo y la moderna jurisprudencia no pueden llegar a adquirir un derecho *en los bienes*, porque otro, sin tenerlo, renuncia el que pudiera tener *a los mismos*. Reza así el artículo: «Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio mayores de edad que tengan derecho a los bienes renuncien expresamente a él, o cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban segunda vez casados.»

Scaevola (159) se pregunta la razón del precepto. «El Código no debía haberse ocupado de este caso de cesación de la reserva, habiendo ya establecido como principio general, en el artículo 4.º, que todos los derechos concedidos por las leyes son renunciables»; y añade: «Después de un estudio más detenido podría pensarse que la mención especial de la renuncia por los hijos obedece a que en el citado artículo 4.º se consideran irrenunciables los derechos cuando se atenta contra el interés o el orden público o perjudican a tercero, y a que, por lo mismo, siendo de interés público la reserva, cabría dudar de la posibilidad legal de la renuncia.»

Si considerando el artículo 4.º y la doctrina de los derechos renunciables demostráramos que el derecho del reservatario, antes de la muerte del reservista, no es renunciable, nada habríamos adelantado, pues entonces, en contra de la opinión de Scaevola, para que fuese renunciable, el Código debía disponerlo especial y expresamente, y tal sería la razón del artículo 970 justificado como excepción de la doctrina general sobre derechos renunciables.

Pero, a nuestro juicio, no es ese el camino para acercarnos a

la verdad, y Scaevola tiene plenamente razón, si se considera la reserva del antiguo derecho y un derecho adquirido por el reservatario desde el momento de las segundas nupcias. En tal caso, su afirmación es cierta, el Código no tenía por qué dictar un precepto especial: la reserva era un derecho adquirido, y, por tanto, renunciable, y para admitir la validez de la renuncia bastaba el artículo 4.º, y para que la renuncia abdicativa de los reservatarios determinara el fin de la reserva, cesando toda obligación y limitación al pleno dominio del reservista.

No es la cuestión a resolver tal como Scaevola la plantea. Para él, salvo en detalles poco importantes, la institución de la reserva no había sufrido alteración fundamental alguna. De aquí su pregunta: Si claramente y sin duda alguna es renunciable el derecho del reservatario, ¿a qué el artículo 970, existiendo el artículo 4.º? Pero para nosotros, el problema que tal artículo 970 plantea es fundamentalmente distinto, y la pregunta que hemos de hacernos es la siguiente: ¿Se dieron cuenta los redactores del Código civil de que para la nueva teoría el derecho del reservatario no es renunciable en vida del reservista, y, no obstante, establecieron conscientemente como excepción a la teoría general de los derechos renunciables, la especial renuncia del artículo 970? ¿Exceptuaron, con conocimiento pleno del alcance y significado del artículo 970, el caso del mismo de la prohibición general de renuncia de herencia futura? ¿Permitieron deliberadamente, si el reservatario, como creemos, es un legitimario especial, la renuncia de legítima?

Estas son las cuestiones. La reserva es para la doctrina moderna: A), una sucesión; B), una legítima; C), un derecho no adquirido en vida del reservista. Estas tres afirmaciones de la nueva teoría excluyen las tres el que el derecho a los bienes pueda ser renunciado antes de adquirirlos, por ministerio de la Ley, de una sucesión, y, sin embargo, lo contrario es lo que dispone el artículo 970 y lo que admite la moderna jurisprudencia.

El obstáculo, pues, a la admisión de la nueva doctrina es el artículo 970, dado que la jurisprudencia se limita a escudarse tras el mismo. Volvemos a repetir, pues, nuestra pregunta: ¿Es que conscientemente se dispuso así? Yo no vacilo en manifestar mi modesta opinión, de que tal disposición es sólo un residuo mantenido por pereza y por creer de buena fe que la doctrina anterior,

donde era natural y congruente, aunque innecesario, perduraba sin alteraciones. No es que con pleno conocimiento de que era incompatible con la nueva doctrina, lo mantuvieran como excepción expresa y especial, como alteración premeditada de las consecuencias lógicas de la misma, en modo alguno; es que creían erróneamente que perduraba la antigua construcción doctrinal, y sólo dieron el precepto para resolver una cuestión que había sido debatida por los comentaristas de las leyes de Toro y los juristas posteriores, y que se resolvió en el proyecto de 1851, y aun así era innecesario y tendría razón Scaevola: si el derecho del reservatario es adquirido desde las segundas nupcias de su padre o madre, sobra el artículo 970 y basta el artículo 4.º.

Pero si, como nosotros sostenemos, aparte de su intervención como posible futuro adquirente, en la constitución de garantías actuales a su favor, en modo alguno adquiere el reservatario derecho alguno renunciabile ni transmisibile hasta después del fallecimiento del reservista, entonces, o el artículo 970 es una excepción a la doctrina general de los derechos renunciabiles y a las prohibiciones de renunciaciones legítimas y sucesiones futuras, o el artículo 970 es, como creemos, un resto inexplicablemente conservado de una forma anterior, en pugna con la institución toda.

Hemos visto que la alteración de la reserva es, en su esencia, una contracción de su avance temporal: la situación en la doctrina antigua del posible reservatario antes del segundo matrimonio, respecto a la adquisición del derecho en los bienes, viene a ser hoy la del mismo, antes de la muerte del reservista. Por eso, de igual modo que resuelve Scaevola (160) si se admitiría o no la renuncia en el primer caso, diciendo: «¿Cómo pudo renunciar A un derecho que no había adquirido?, y (161) ¿pueden renunciar los hijos el derecho a la reserva? ¡Si no se ha creado aún este derecho! ¿Puede renunciarse lo que no se tiene, ni siquiera en expectativa? A nuestro juicio, y por estas mismas razones, no. El error del Tribunal Supremo (Sentencia 8 Julio 1874) es evidente»; nosotros podemos decir hoy: ¿Puede renunciar el reservatario, en vida del reservista, su derecho a la reserva? ¿Puede renunciarse

(160) Obra citada, pág. 212.

(161) Obra citada, pág. 214.

una expectativa de sucesión futura? ¿Puede renunciarse un derecho aún no adquirido y en daño evidente de sus hijos también reservatarios? A nuestro juicio y por estas mismas razones, no. El error del Tribunal Supremo (Sentencia de 1 de Abril de 1914) y de la Dirección general de los Registros (Resoluciones de 27 de Octubre de 1917 y 30 de Mayo de 1925) es evidente (162).

En modo alguno creemos renunciable el derecho del reservatario a adquirir en su día los bienes. ¿Será renunciable el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones de garantía? Creemos que ni aun eso: la obligación de garantía es legal e independiente de la voluntad del reservatario; éste no obra por un derecho personal actual suyo al exigir las; puede no actuar, no exigir las, pero no liberar al reservista de obligaciones que podían exigirle otros posibles reservatarios. La ley Hipotecaria, por consideraciones familiares, limita al hijo mayor de edad reservatario el derecho de pedir las por sí (163), y de no actuar, no pueden entrar a pedir las otras personas en su defecto; pero la renuncia de las garantías por el reservatario no puede, a nuestro juicio, liberar de sus obligaciones al reservista; de admitirse la liberación de éste de su obligación de garantizar, como muchas veces la garantía es la sustitución de los bienes reservables enajenados, la renuncia de la hipoteca por el hijo, en este caso, como el renunciar a su derecho a que se haga constar el carácter de los bienes en el Registro en el caso de que existan inmuebles, puede suponer, tanto para él como para el nieto hijo suyo, la imposibilidad de que el derecho sea efectivo en su día, y precisamente tal efectividad es el fin perseguido por la Ley. Nadie puede renunciar a un derecho aún no adquirido; nadie puede renunciar a unas garantías legales que no dependen de un derecho subjetivo suyo, sino de una vocación legal colectiva, así que cualquier reservatario podrá exigir las, y la

(162) Nada más lejos de mi ánimo que la crítica del Centro Directivo, que ha sabido acertar en el difícilísimo hermanaje de la práctica jurídica con el mantenimiento de un amplio espíritu científico, abierto a toda sana doctrina y amparador de toda innovación, solamente limitado en su vuelo por la prudencia en evitar conflictos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la obediencia a la ley escrita, que como imperativa le es impuesta, amoldándose a su mandato, sin entrar, por vedárselo el objeto mismo de su resolución de un recurso legal, en el examen crítico de sus preceptos.

(163) Artículo 195 de la Ley Hipotecaria.

renuncia aun por todos los actuales a las garantías, implicará el que, al no exigir las ninguno, no se constituyan, pero ni obliga a otras personas a las que la Ley faculta para exigir las en ciertos casos, ni pueden liberar al reservista de su deber de prestarlas, que no depende de la voluntad de los reservatarios, sino de la Ley; de otro modo, la renuncia a la garantía, que es dada por la Ley, precisamente como consecuencia inseparable de su reconocimiento de una facultad dispositiva en el reservista, implicaría, en realidad, el eludir la disposición legal, una vez enajenadas las fincas por el reservista. Sin que nadie pudiera exigir ni la nota marginal previa, ni la hipoteca en su caso, el derecho de los reservatarios se habría evaporado (163 bis).

Podrá no compartirse nuestra opinión, pero lo que creemos indudable es que no es renunciable su derecho no ya a las garantías, sino a la reserva, a los bienes o créditos que la constituirán en su día, y este mismo criterio era el de la Dirección general, aun resolviendo sólo sobre el caso especial de si era o no hipotecable el derecho de los reservatarios, en sus Resoluciones de 28 de Agosto de 1911 y 6 de Abril de 1912. La primera decía: «Los derechos de reserva reconocidos en los artículos 968 y siguientes del Código civil, solamente pueden hacerse efectivos, según el 971, cuando al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, existan hijos o descendientes legítimos del primero, y, por consiguiente, los reservatarios podrán tener en el Registro, antes de morir el reservista, con la declaración de la cualidad de reservables, la garantía de que no les perjudicará cualquier acto de enajenación de los inmuebles que tengan aquel carácter, pero no un derecho verdaderamente real, como lo prueba el que este derecho debe hacerse constar en el Registro meramente por medio de una nota marginal, con arreglo a lo prevenido en el artículo 139 del Reglamento (anterior) para la ejecución de la ley Hipotecaria, y no en una inscripción especial y separada, como procedería si se tratara efectivamente de un derecho de dicha clase, evidenciándolo aún más la circunstancia de que el referido derecho de reserva puede ser garantizado por medio de la hipoteca legal..., la cual hipoteca u obligación accesoria sería de todo punto innecesaria si la reserva

(163 bis) Véase la Exposición de motivos sobre cesión de hipotecas legales.

tuviera por sí sola la virtualidad y eficacia de un derecho real. Considerando que aquel derecho no puede ser legalmente enajenado, que es la segunda de las circunstancias para ser hipotecable, según el mencionado artículo 1.874, *toda vez que se trata de herencias futuras*, esto es, de los derechos a una sucesión que ha de abrirse *a la muerte del reservista*, a tal punto que dicha sucesión podrá ser testamentaria si aquél hace uso de la facultad que le concede el artículo 192 del repetido Código, o LEGÍTIMA, si no hace uso de tal facultad..., y en este supuesto, estando terminantemente prohibido por el artículo 1.271 los *contratos sobre herencia futura*, y, por tanto, el que pueda ser vendido o gravado el derecho a las mismas..., o renunciado, añadimos nosotros (164), sin tocar un ápice a la franca aceptación de la doctrina moderna que hace la Dirección general.

No obstante, aparece la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Abril de 1914, en que se sostiene que el derecho del reservatario se considera en vida del reservista derecho inscribible, porque implicaba para el reservista una innegable limitación de disponer, y, por tanto, limitación de las facultades que caracterizan la propiedad absoluta, sin que sea cierto ni que los derechos del reservista impidan los de sus hijos reservatarios, *ni lícito equiparar al reservatario con un posible legitimario de herencia futura*, como lo demuestra el artículo 970 al considerarlo renunciable por los hijos; el artículo 977 del Código civil y el 198 de la Ley Hipotecaria, que permiten se exija hipoteca en su garantía, y ya se resuelva en usufructo para el reservista, y en nuda propiedad para los hijos de anteriores nupcias (Sentencias de 11 de Marzo de 1861 y de 22 de Junio de 1885); ya se repunte aquélla origen de una simple esperanza sucesoria concedida a determinados hijos; ya derechos condicionados inseguros en relación a hechos inciertos, como se desprende de los artículos 972 y 973, párrafo segundo, es indudable (165) que desde el momento en que existe por ministerio de la Ley una obligación, y lo es la del reservista, faltaría el término preciso para la relación jurídica si frente a tal deber no surgiera el correspondiente derecho.

(164) Artículos 816 y 655-1.271, párrafo 2.º-991.

(165) Lo que para nosotros es indudable es que considerar como indiferente a la conclusión el que se admita una u otra doctrina, es indefendible.

Desconocemos las razones que haya tenido la Dirección general para alterar la doctrina mantenida en sus Resoluciones anteriores y ante la indefendible del Tribunal Supremo; creemos es caso de sumisión más jerárquica que doctrinal, pues sobre la Resolución de 27 de Octubre de 1917, en que se aceptó esta última, decía D. Jerónimo González en esta misma Revista, tratando de las relaciones entre ambas jurisprudencias, que la coordinación «no impide que en algún caso surja el conflicto, cuando en un mismo asunto haga la Dirección general declaraciones contrarias a algún fallo, pero en tal caso, el Centro directivo procede al acatamiento de la norma judicial, pudiendo citarse como ejemplo el caso de los bienes reservables, decidido en Resolución de 27 de Octubre de 1917 con criterio contrario al sustentado por la Dirección general hasta entonces y obedeciendo a la igualdad de cosas, causas y personas que habían motivado la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Abril de 1914»; pero podemos oponer a tal acatamiento que un fallo no es norma, y que la doctrina debe estar tanto sobre unos como sobre otros, máxime pudiendo citarse otras Sentencias del mismo alto Tribunal en que, con más acierto, se reconoce el carácter sucesorio de la reserva.

Así, la célebre Sentencia de 4 de Enero de 1911, en que se dió preferencia a la reserva ordinaria, concurriendo con la troncal (Ponente, D. Eduardo Ruiz G.^{ra} Hita), dice: «Considerando que sólo a la muerte del reservista adquieren los hijos o descendientes o los parientes, en su caso (art. 811), *el derecho a suceder* en los bienes que constituyen la reserva, ya la reserva del artículo 811, ya la tradicional o histórica..., y en tal fecha, no en otra anterior ni posterior, sin que a esto alteren las posibles eventualidades que pueden surgir entre el nacimiento de la reserva hasta su consumación, que influirán en que subsista o desaparezca la esperanza o expectativa, *que sólo le faculta para ejercitar acciones que aseguren los bienes.*» «Considerando, además..., que siendo esta reserva (la troncal) una limitación impuesta a la legítima que corresponde a los ascendientes, no puede tener lugar cuando éste a su vez debe *legítima a los descendientes de quien proceden los bienes...*»

Ante la verdadera doctrina que antecede, que era también la del Centro directivo hasta 1917, la Dirección debió sostenerla y

no someterse por disciplina y mantener la sumisión, sin más defensa del nuevo criterio que al artículo 970, borrón del Código y residuo muerto de la antigua doctrina, como se hace en Resolución de 30 de Marzo de 1925, en que se sostiene la validez de la renuncia del reservatario en vida del reservista, sosteniendo «que la finalidad de orden interno familiar perseguida por la reserva tradicional (166) del cónyuge binubo, se da por alcanzada cuando los hijos del matrimonio causa de la misma, como representantes (?) de todas las ramas o líneas descendentes que puedan invocar la protección de la Ley, para no verse privados de los bienes del antecesor común, autorizan la libre enajenación de los mismos y completan y purifican la propiedad condicionada (?) del cónyuge supérstite». «Que esta autorización aparece claramente sancionada por el artículo 970 del mismo cuerpo legal..., sin que pueda prevalecer la opinión que exige para la aplicación de este precepto que la reserva se halle no sólo perfecta, sino consumada, esto es, que haya muerto el reservista; en primer lugar, el artículo transcrito dice que «cesará la obligación de reservar», y no como el siguiente, «cesará la reserva», y aquella expresión parece hacer referencia de igual modo que la del artículo 972, a los actos jurídicos que se desenvuelven en vida del padre o madre que contrajo segundo matrimonio, y en segundo término, porque la frase «tener derecho a los bienes» indica una propiedad expectante, más bien que un dominio efectivo sobre los mismos»; y por si no fuese bastante la renuncia admitida con efectos sólo para el renunciante, sus hijos, que pueden tener en su día un derecho en los bienes suyo propio, no en representación de su padre, se ven privados de tal derecho por la renuncia, a juzgar por el criterio de esta Resolución, que, contra la mayoría de los tratadistas, sostiene: «Que aun reconociendo el derecho de los descendientes legítimos de un hijo premuerto a entrar, cuando la reserva se consuma, en el goce de los bienes de su abuelo, obligado a reservar, procede sostener la validez de la renuncia realizada con arreglo al citado artículo 970, porque no es raro encontrar dentro del ordenamiento familiar casos en que se concede un verdadero poder dispositivo o

(166) No merece tal nombre hoy, en que ha roto con la tradición, pero se la sigue llamando así por costumbre generalmente admitida.

facultad de enajenar a personas que no pueden reputarse propietarias definitiva e incondicionalmente, en atención a necesidades apremiantes, situaciones especiales y racionales previsiones.»

Con razón decía el malogrado Gil Socii que el único fundamento de esta Resolución era la disposición especial del artículo 970, que creí (a mi juicio, con error) que era una excepción especial a la doctrina general de los derechos irrenunciables, y añadía (167): «Nótese que el llamado derecho a la reserva es una expectativa de un derecho que envuelve una doble indeterminación: en cuanto a su existencia, pues no se sabe si el proceso adquisitivo se completará o no, si el derecho nacerá o no, y en cuanto a su titularidad, pues tampoco se sabe hasta la consumación quién ha de ser el titular definitivo, y si ello, no obstante, se admite la eficacia definitiva de la renuncia, de quien sólo es titular probable o posible, ello es sólo en virtud de una disposición singular», «ni aun puede hablarse de la renuncia de un derecho que no es tal, que al menos, en su aspecto real, es sólo una expectativa, si no es por una concesión especial de la Ley».

Compartimos su opinión, sobre que en vida del reservista el derecho del reservatario, sea el que sea, está en expectativa (no que sea expectativa, ya aclararemos la diferencia), y que no es renunciable, pero no la de que el artículo 970 sea una disposición excepcional dada con conocimiento de causa para el caso especialísimo de la reserva, y, dentro de ésta, de la ordinaria; mucho más fácil y lógico es admitir, comparando los textos de los proyectos que respondían a la antigua doctrina con los del Código, que aun sin darse cuenta sus autores, no puede por menos de estar influido por la nueva doctrina; mucho más fácil es, repetimos, ver en el artículo 970 un residuo conservado mecánicamente por copia de proyectos anteriores, en una obra precipitada como es el Código, que ver en él la expresión madurada y reflexiva de una excepción a la doctrina de las condiciones de renunciabilidad de un derecho, a la de renuncia en daño de terceros (168) y efectos

(167) (Número 6 de esta Revista, Junio de 1925, pág. 471.

(168) Artículo 4.º.

para éstos, a la prohibición de renunciar herencias futuras (169) y la misma legítima futura (170).

Creemos, pues, que lo necesario es construir la doctrina de la reserva y suprimir el artículo 970 en la parte que se relaciona con la renuncia por los reservatarios.

ANTONIO MARÍN MONROY,

Notario

(Continuará.)

(169) Artículos 1.271, párrafo segundo, y 991.

(170) Artículos 816 y 655

Rectificación.—En las partes de este trabajo publicadas en los dos números precedentes, aparecen las siguientes erratas:

En el número 69, página 684, línea 2.ª, donde dice *Tribunal*, debe leerse *Tribunado*.

Idem, página 686, línea 17, donde dice *Johet*, debe leerse *Sohet*.

Idem, página 687, línea 35, donde dice *Né amuvins*, debe leerse *Néanmoins*.

En el número 70, página 763, línea 25, donde dice *hallari* debe leerse *hallaría*.

Idem, página 763, línea 34, después de *libremente*, se ha omitido la palabra *casar*.

Idem, página 767, línea 3.ª, donde dice *ni en los muebles*, debe leerse *ni en inmuebles, ni en muebles*.

Un autocontrato muy usual en España.

¿ES CONFORME O NO ES CONFORME A LAS LEYES?

Desde los lejanos comienzos de mi carrera de Registrador he tenido siempre reparos en considerar conforme con nuestras leyes el poder que un heredero da a otro para que le represente en el acto de partir o, mejor dicho, en el contrato aprobatorio de partición de herencia en que ambos, mandante y mandatario, tienen interés; pero como en los pueblos por donde yo he peregrinado, y en todos los otros de los cuales he podido hacerme con noticias fidedignas, se repetían los casos con frecuencia, con naturalidad y sin extrañeza ni sorpresa de nadie, mi casi completa convicción de que eran ilegales se ha ido esfumando, y rindiéndome yo a la fuerza del número y calidad de los que no abrigaban mis escrúpulos, si no logré sofocarlos del todo, conseguí, por lo menos, proceder como si no los tuviera, y me acostumbré a pasar como buenos esos apoderamientos, si bien aún no se me presenta ninguno, aunque eso sucede a cada lunes y cada martes, que no remueva mis antiguas zozobras y no me haga repetir, en soliloquio que no sube a la boca, lo que el gran Ovidio pone en la de Medea: *Video meliora proboque, deteriora sequor.*

Hago pública confesión de mi falta sin temor a la pena, si lleva aparejada alguna, pues entre los muchos, más que legión, que estamos incursos en ella, tocamos a poco y hasta podemos alegar la célebre circunstancia eximente que utilizaron con éxito los asesinos del Meco del conocidísimo cuento. («¿Quién matou a Meco?» «Síñor Juez, matámuslu todus.»)

Han pasado por mis manos y por ante mis ojos innumerables poderes de la indicada clase, otorgados en todas las provincias de España y en todas las repúblicas americanas, sin excluir la de la Unión, y no recuerdo que ningún notario insinuase o dejase sospechar en el documento la menor renuencia al autorizarlo, ni hecho protesta alguna para salvar su responsabilidad o precaverse contra perjuicios en el ejercicio de su profesión, lo cual muestra bien a las claras, si no que esos apoderamientos sean conformes a la Ley, por lo menos que hay muchísimas personas que deben saber a qué atenerse en este punto que lo creen así. Tampoco he visto que los rechace ninguno de los otros interesados en el negocio, a quienes importa, e importa mucho, que sus contratos tengan la máxima firmeza de que indudablemente carecerían si el que pretende representar al heredero ausente no tiene facultades para dejarle obligado respecto a sus copartícipes en la herencia, y para aceptar las obligaciones que éstos contraigan respecto a él. Los poderes de que vamos hablando entran y salen en los Tribunales de todos los grados, en las Notarías, en los Registros de la Propiedad y en la Dirección general, sin que nadie tenga que decir nada de ellos, o por lo menos no lo dicen. Si alguna vez se ha puesto en duda su eficacia, y aun si se ha declarado su insuficiencia, ha sido siempre atendiendo a la significación de las palabras en que estaban concedidos o al alcance y comprensión de sus cláusulas, pero no sé de ningún caso en que se hayan desechado por su intrínseco contenido, y hasta podríamos citar alguna resolución recaída en recurso gubernativo, donde, lo mismo la Dirección general que el Presidente de la Audiencia que entendió del asunto en primera instancia, sólo califican de diminutos y poco expresivos los mandatos, pero ni siquiera dejan adivinar que los considerasen nulos en cuanto a su naturaleza, o porque su ejercicio implicase contrariedad de intereses poco conforme o abiertamente disconforme con las leyes vigentes.

Sin necesidad de dar gran fatiga a la memoria podría señalar detalladamente, con nombres y apellidos, gran número de divisiones hereditarias a las cuales prestaron aprobación uno o más herederos por su personal derecho y representando además a otro u otros, y hasta podría citar, tomando los datos de periódicos de fecha reciente, un caso muy digno de ser notado, por la altísima ca-

tegoría de la persona causante de la herencia y de sus sucesores, alguno de los cuales compareció en la escritura de partición en su propio nombre y en el de un hermano, cuyo derecho, aun heredando por estirpes, podría estar en oposición con el suyo.

Digo todo esto al propósito de hacer ver que la dualidad o pluralidad de personalidades en un solo individuo cuando se trata de partir una herencia en que todos, representantes y representados, tienen interés, es un hecho repetidísimo en España, en las dos Américas y probablemente en el resto del mundo, aunque no puedo asegurarlo, porque este hecho no es contrario al derecho natural (*scienti et consentienti non fit injuria*), ni contrario al bien común, ni se verifica oculta ni disimuladamente, ni repugna a las conciencias más asustadizas, sino que, por el contrario, responde a una conveniencia (puede merecer más confianza un hermano aunque tenga interés opuesto, que un extraño que no lo tenga), y a veces satisface una necesidad (un ausente desde hace mucho tiempo en lejanas tierras que ya no conoce a nadie en el pueblo, no siendo a sus hermanos, tendrá tan buena o mejor defensa apoderando a uno de éstos, como enviándoles el poder en blanco para que ellos pongan a quien les parezca, si eso se pudiera hacer en España como se puede hacer en Francia), y, en fin, concurren en esta práctica todas las circunstancias que antes de la publicación del Código civil se requerían para que la repetición de actos llegase a formar costumbre con fuerza de ley, aunque fuera para permitir los que el derecho escrito prohibía. No tenemos por qué hablar aquí de la costumbre contra ley, puesto que no hay precepto alguno de las vigentes en nuestro país, donde se prohíba clara e indudablemente a un heredero, al hacer la división de la herencia, el ejercicio simultáneo de su personal derecho en ella y el de otro u otros que también lo tengan. Si este uso, que es *una cosa que nasce de aquellas cosas que hombre dice e face e sigue continuamente por gran tiempo e sin embargo nenguno*, ha llegado a constituir costumbre, no será ciertamente *contra*, sino *praeter legem*, que todavía, según los artículos 5.º y 6.º del Código civil, puede ser fuente de derecho. No pretendo que esta apreciación, aplicable sin violencia al autocontrato de división de bienes heredados, lo sea también a los demás autocontratos del mandatario (el de donación, el de compraventa, el de arrendamiento, el de transacción, etc., etc.), de los cuales hablare-

mos luego, porque en ellos falta el uso continuado y la certidumbre de que se practicaron *sin embargo ninguno*, como dice la ley de Partida.

En lo hasta ahora escrito dejo expuestos los motivos, por si acaso no llegan a razones, que he tenido presentes para cerrar los ojos y seguir el ejemplo de todos, sin quedar con la intranquilidad que produce la conducta no del todo conforme con la convicción. Veamos ahora si esa convicción está montada al aire o si los fundamentos en que yo pretendo apoyarla tienen algo más que apariencia de solidez. Procuraré tratar esta parte de mi trabajo con la mayor brevedad que me sea posible, y con la mira en ser claro, eludiré la forma, los razonamientos y locuciones de la alta moderna ciencia, lo cual he de conseguir seguramente, porque nadie puede dar lo que no tiene, y porque no hay nada más fácil que no escribir un drama.

No sé con qué argucias, con qué habilidades o con qué paralogismos se podrá demostrar que no es un contrato el acto de aprobar la partición de herencia cuando no la hace el testador mismo, o un comisario nombrado por él, o los tribunales de justicia; sólo sé que ha habido alguien que hizo fuegos artificiales con ese objeto. Partición en general, habla el señor Sánchez Román, «es la división, separación, distribución o reparto que se verifica de cosas, bienes, derechos, créditos, acciones, obligaciones y cargas comunes entre diversos partícipes a quienes pertenecen los unos o son imputables los otros en la misma o diferentes proporciones, por igual o distinto título».

Todo esto y más es la partición de herencia, y por muy divisibles o iguales que sean las cosas heredadas, siempre será aplicable a ella la proposición que Montaigne sienta como inconcusa refiriéndola a todas las cosas humanas: *Le profit de l'un est dommage de l'autre*. Para que sea legítimo y eficaz el provecho del uno, es preciso que medie el consentimiento del que lo recibe, y que quien lo otorga se conforme con el correlativo daño. ¿Se puede hacer todo lo que dice el señor Sánchez Román sin la coincidencia de voluntades de los interesados, esto es, sin su consentimiento? Si convención es *pactio duorum vel plurium in idem placitum consensus*, y si la convención celebrada con ánimo de formar una obliga-

ción o transmitir un derecho es el contrato propiamente tal (Aubry et Rau), no puede dudarse que la partición de herencia hecha por los herederos es un contrato verdadero. En el acto de aprobar la partición de una herencia, sean dos o más los partícipes, cada uno, suponiendo que sean diez, contraía con todos y cada uno de los nueve restantes; los diez adquieren algo que no tenían, y en justa o, cuando menos, convenida correspondencia, se desprenden de algo que hasta entonces era suyo; los diez renuncian, enajenan u otorgan derechos a favor de cada uno de los otros, y cada uno hace lo mismo respecto a todos.

De esto resulta que si uno de los interesados interviene en la partición por su propio derecho y a la vez como apoderado de otros coherederos, contrata consigo mismo en cuanto a su mandante, pues a su nombre y en su representación adquiere, enajena o traspaşa bienes, derechos y acciones o parte de estas cosas, que él mismo, el mandatario, en su propio nombre enajena, adquiere o acepta. Para que resalte además el fenómeno, téngase presente que casi todos, por no decir todos, los poderes en que ahora nos ocupamos no son directos o especiales para tales y cuales acuerdos, para tal o cual concesión, para tal o cual reconocimiento de aportaciones o de deudas, ni para ninguna en particular de las innumerables incidencias que puede dar de sí la complejidad de una división hereditaria, sino concebidos en términos generales, para intervenir en ella y aprobarla en nombre de su mandante sin más detalles ni advertencias, no obstante lo cual el mandatario hace y deshace, acepta y rechaza, y no procede con más libertad de acción cuando habla en su propio nombre que cuando invoca el de su poderdante. Si los poderes fueran taxativos, de pie forzado o imperativos, mal apenas se podrían llamar poderes: mejor les cuadraría el nombre de ruego de servicios o arrendamiento de ellos, si mediaba alguna paga por realizarlos.

O no he entendido bien lo que el profesor de Viena Josef Hupka, en un libro suyo traducido al español por el Sr. Sánchez Seral, dice acerca de la autocontratación, o estamos enfrente de un caso de los mejor caracterizados, y hasta la Dirección general de los Registros, en los considerandos de una resolución reciente, manifiesta con claridad que cae dentro de esa nueva figura jurídica el contrato que se verifica cuando un heredero aprueba la participación como in-

interesado personalmente en ella y en nombre de otro u otros que también lo son.

Mis dudas acerca de la licitud de tal autocontrato son de mucho antes que se escribiese o pronunciase en España esa palabra o se discurriera respecto a la idea que significa, y ni ahora, que la idea y la palabra andan por libros y revistas, en alegatos forenses y hasta en resoluciones y fallos que publica la *Gaceta*, he topado con afirmación o razonamiento alguno relacionado con este asunto, que no contribuya a afirmar más y más mi antiguo modo de entenderlo.

Lo expondré lo más brevemente posible, y repito esta promesa, ya hecha antes para más obligarme a cumplirla, dejando que el lector adivine lo que yo no sepa poner claro, y supla lo que mi temor a la prolijidad me haga omitir.

El Código civil y el de Comercio, y no hablemos de nuestras leyes antiguas, son opuestos a la autocontratación. Después de un concienzudo y minucioso buceo por sus sendos articulados, la Dirección de los Registros (Resolución de 29 de Diciembre de 1922) descubrió solamente jalones que pueden conducir a la figura jurídica de que estamos tratando. En campo espinado por el sabio ponente de la tal resolución, es inútil la rebusca. Por mi parte, no la intento siquiera; sólo haré notar que esos jalones o apariencias de autocontratación sólo son apariencias, pues falta en ellas lo verdaderamente esencial, que es la autonomía o libertad de movimientos y determinaciones del autocontratante, es decir, que pueda obrar como en cosa propia, sin que le precedan instrucciones imperativas y sin necesidad de que le siga controlación de nadie. El tutor puede hacerse pago de lo que le deba el pupilo, pero con intervención del protutor, y puede comprar bienes del menor o incapacitado que esté bajo su guarda, pero con autorización del consejo de familia. El comisionista puede comprar para sí lo que se le ha encargado vender, pero es indispensable la licencia del comitente. En nada, o en muy poco, se parecen estas facultades incompletas a las que generalmente ejercitan los mandatarios que aprueban particiones, donde ellos mismos tienen interés. De cien casos, en noventa y nueve obran según su buena o mala inteligencia les demuestre, y su buena o mala voluntad les aconseje. A veces, pocas, se ven poderes especialísimos, limitados a firmar la partición de antemano convenida por los herederos, en la cual se adjudican al

mandante tales o cuales bienes perfectamente identificados, y se particularizan en los poderes todos los extremos acordados ya en firme, de modo que no pueda el mandatario dar su aprobación a otros, so pena de nulidad. Este mandatario no es realmente sino un maniquí con el encargo de firmar, o si se quiere, *un homme de paille*, aunque su papel no es del todo idéntico al que en Francia representa la persona que se llama así en el lenguaje jurídico vulgar. Esos jalones o vislumbres de que habla la citada resolución, sólo tienen de común con el contrato el cuerpo y la apariencia, pero les falta el alma, o sea la voluntad libre que por definición ha de existir siempre en el contrato perfecto.

El artículo 1.459 del Código civil prohíbe al mandatario venderse a sí mismo los bienes de cuya enajenación o administración estuviere encargado. No existe precepto igual o semejante aplicable a los demás contratos. ¿Podría sostenerse, en vista de esta omisión, que al mandatario con poder expreso y bastante para donar, para prestar, para hipotecar, para transigir, etc., etc., en nombre y por cuenta del mandante, le es lícito donarse bienes del mandante, tomar dinero de éste a préstamo, constituir a dicho mandante fiador de sus propias y personales obligaciones (de las del mandatario) y transigir él sólo, el mandatario sólo, una contienda judicial que tuviera en curso con el mandante?

La contestación tiene que ser negativa; si un mandatario no puede comprar cosas que él mismo vende en nombre de su poderdante, y un heredero no puede ser mandatario *post mortem* del testador para partir la herencia, únicos casos en que la Ley española prohíbe expresamente la autocontratación, y que son, nótese bien, aquellos en que menos daño o lesión se puede ocasionar al mandante, pues al fin y al cabo, en la compraventa, aunque no proceda la rescisión por lesión, siempre tiene que mediar, como última diferencia de su definición, un precio más o menos aproximado a lo justo, y en la *simple facultad de hacer la partición* no va comprendido el ilimitado poder de distribuir la herencia como bien le plazca al comisario, porque tiene que respetar las legítimas, cuando las hay, y amoldarse, háyalas o no las haya, al precepto contenido en el artículo 1.061 del Código civil, guardando la posible igualdad y haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los herederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, y, por

lo tanto, no sería mucho el perjuicio del testador o mandante, aunque su voluntad no se cumpla con rigurosa exactitud. Si la Ley prohíbe esos dos autocontratos, y ya diremos luego por qué, la Ley les hace objeto de una especial declaración en ese sentido, debe entenderse *a fortiori* que tampoco se pueden celebrar por una sola persona con doble o múltiple representación otros actos o contratos que, como la donación, el préstamo, la fianza y las transacciones, por no citar más, son de suyo ocasionados a causar al mandante, cuando se abuse de su confianza, daños y perjuicios considerables.

Todo lo que en este respecto se diga de los indicados actos y contratos es, sin duda, aplicable a la partición de herencia cuando la aprueban los herederos, y uno de ellos, además de su propio derecho, invoca el de otro u otros interesados en el negocio. Ni este autocontrato ni los otros de que hemos hablado están expresamente prohibidos por ley alguna, y, sin embargo, por ser contrarios al espíritu de las que regulan el mandato, no pueden celebrarse válidamente.

Existe el mandato cuando una persona, llamada mandante, rogando u ordenando, autoriza a otra, llamada mandatario, que acepta el encargo, para que en nombre, representación y por cuenta de la primera, compre, venda, hipoteque, done, preste aprobación a las operaciones divisorias de una herencia o realice un acto jurídico cualquiera de donde resulten obligaciones del mandante respecto a un tercero, o derechos a su favor, correlativos a obligaciones que el tercero contraiga. Aunque esta tercera persona no sea necesaria en la formación y ni en la perfección del mandato, es indispensable para que se lleve a la práctica y rinda la utilidad que los hombres se propusieron obtener al inventar este contrato. De manera que lo esencial en él, considerándolo *in actu*, y sigo en esto las huellas de Aubry et Rau, cuya gran autoridad me da probabilidades de no ir descaminado, será que el mandatario haya de obrar en representación del mandante, como si fuera el mandante mismo quien actuase; que lo que realice no sean actos meramente materiales, sino actos jurídicos (compras, arrendamientos, depósitos, sociedades, etc., etc.), de donde necesariamente se originen obligaciones del mandante a favor de ter-

ceras personas, u obligaciones de terceras personas a favor del mandante.

Dejo a los citados jurisconsultos la responsabilidad, por si acaso las ideas expuestas no estuvieran del todo conformes con el contenido del artículo 1.984 del Código civil francés, donde se intenta definir el mandato. Se atenúan mis escrúpulos viendo que civilistas del prestigio de Planiol, Baudry Lacantinerie y Wahl aceptan la teoría y consignan en sus sendas definiciones, que han de ser actos jurídicos y no de otra clase los que haya de realizar el mandatario en nombre del mandante, a pesar de que el Código no dice nada de esto, sino que más bien deja margen para creer que pueda ser cualquiera la cosa encargada, sin que por ello se desnaturalice el contrato.

Faire quelque chose, que dice el Código francés, es absolutamente lo mismo que *hacer alguna cosa*, según dice el nuestro, y, por lo tanto, si es legítimo entender que esa expresión francesa equivale, en atención al lugar en que aparece, a actos jurídicos, exclusivamente jurídicos, no se me alcanza la razón por la cual en España debamos entender otra cosa. Pero aunque para la existencia del mandato no fuera requisito esencial que lo encomendado por el mandante a la otra parte sea la celebración de uno o más actos jurídicos con terceras personas, es decir, aunque el encargo de hacer una mesa, de construir un edificio o de restaurar un cuadro cupiesen dentro de la desafortunada expresión *de hacer alguna cosa*, empleada en el artículo 1.709 de nuestro Código, no por eso se debilitaría poco ni mucho la razón de mi tesis, pues lo que para ella importa es que la compraventa, la donación, el préstamo, el arrendamiento, la división de la cosa común, etcétera, etc., sean, como lo son sin duda, actos jurídicos para cuya perfección y consumación sean precisas cuando menos dos personas: una, la del mandante, representada por el mandatario, el cual obra como si fuera el mandante mismo, y otra u otras, cualesquiera que no sean ni el mandante ni el mandatario.

Los autores de nuestro Código, o sabían esta racional teoría, o, sin formularla en palabras, estaban empapados de su sustancia, o la presentían, lo cual no es aventurado suponer; y con tanta vehemencia y claridad vieron ellos (nuestra conjetura de que vieron ellos, no quiere decir que lo veamos nosotros del mismo

modo) lo absurdo de que un mandatario se donara a sí propio lo que le encargaron donase a otros, o que en nombre del mandante contratase arrendamientos o transigiese pleitos consigo mismo, que consideraron innecesario y sobrante prohibir en cada caso, ni de una vez para todos, el papel, tan ocasionado a indelicadezas, del personaje a quien el vulgo expresiva y graciosamente designa con el nombre de Juan Palomo. Así como la evidencia se muestra y no se demuestra, lo absurdo, sólo por serlo, se entiende prohibido, y no se estima necesario hacer declaraciones especiales con ese fin. El legislador que intentase prohibir todos los absurdos imaginables, llegaría a la sumidad del absurdo y no habría hecho más que empezar el camino.

Es verdad que en nuestro Código se prohíbe en dos ocasiones que el mandatario contrate consigo mismo, invocando dos personalidades distintas, pero no se diga que de ahí sale la lógica indiferencia de que los contratos no vedados están permitidos. Prohibir que el mandatario adquiera los bienes de cuya enajenación (y no decimos de cuya administración, como dice el Código, porque son dos cosas distintas y no deben seguir la misma suerte) (1) estuviera encargado, es tan innecesario como prohibir que se haga donaciones a sí mismo, porque le alcanza la razón impeditiva implícita y general de todos los autocontratos, pero si el legislador la consigna no es para que se entienda aplicable a la venta celebrada en la forma ordinaria, pues sería ocioso y sobrante, sino para extenderla a casos como el de la subasta pública o judicial, que no mentándolos expresamente tal vez se creyeran lícitos en atención a que en ellos es muy difícil o casi imposible causar daños injustos al vendedor.

La otra prohibición expresa de autocontrato se contiene en el artículo 1.057 del Código civil. El testador que encomienda la simple facultad de hacer la partición de su herencia a una persona, otorga a favor de ella un verdadero mandato con todos sus caracteres, sin más especialidad que la de sobrevivir, en sus efectos, a la persona que lo otorga y comenzar a producirlos, en la mayor parte de los casos, cuando ésta ha dejado de existir (*mandatum post mortem*). Puede el testador dar ese encargo a cual-

(1) No hay razón que explique la prohibición de comprar impuesta al administrador cuando no es él mismo el mandatario que vende.

quiera persona que no sea uno de los coherederos, y aunque el legislador pudo dispensarse el trabajo de expresar esta concluyente circunstancia, porque reza también con ella la prohibición general tácita, ha querido sin duda que no cupiese ninguna respecto a la supresión de una costumbre que antes de la publicación del Código era el pan nuestro de cada día. En casi todos los testamentos de aquel tiempo se encomendaba a uno o a más de uno de los herederos, no sólo el simple albaceazgo, sino también la labor de inventariar, valorar, liquidar y dividir la herencia entre sus partícipes. Para desarraigar un uso seguido por todos desde muchos años atrás, ha sido necesario nada menos que una ley, donde clara y terminantemente se le desautorice.

Con estas modestas consideraciones intento mostrar la razón que, a mi juicio, ha tenido presente el legislador para hacer, aunque no era absolutamente necesario, una manifiesta y especial prohibición de los dos indicados autocontratos, y en ellas me fundo para creer que no es legítimo la deducción de que el arrendamiento, la donación, la división de herencia y los demás contratos nominados, y los que no tengan denominación especial, para cuya formación y efectividad sean precisas dos personas por lo menos, puedan concertarse, cerrarse y consumarse por una sola que actúe en su propio nombre y, a la vez, en el de los demás contratantes en virtud de representación legal convenida o aceptada.

El artículo 1.459 del Código civil sería el único lugar adecuado para que, después de prohibir al mandatario la compra concertada consigo mismo, se le prohibiese también vender sus bienes a favor de un mandatario con poder para comprar, pues las autorizaciones de esta clase son más peligrosas para el que las otorga que los poderes para vender, y sin embargo, no aparece tal prohibición en ninguna parte de nuestro Código, ni probablemente aparecerá en los de otros países (1). Esto, en mi opinión, no quiere

(1) El que otorga mandato para que le vendan sus bienes, aunque le engañen en el precio o que no llegue a percibir de él un solo céntimo, sabe de antemano que el máximo perjuicio que esto le cause no puede importar más que el valor de la cosa vendida. El que otorga poder para hacer compras no puede calcular a cuánto le dejará obligado el mandatario que no pagó de presente un precio, muy superior al valor de la cosa comprada, ni tiene datos para señalar el límite del daño a que le llevará un mandatario torpe o infiel al fijar el precio aunque lo pague de presente.

decir que deben considerarse permitidos, sino que les comprende el velo general y tácito que afecta a la contratación consigo mismo, tanto en su forma y efecto activos, como en los pasivos, y por lo cual no es lícito, por ahora, en España, que un individuo solo sea comprador y vendedor, arrendatario y arrendador, partidor de una herencia y heredero, demandante y demandado, al transigir, ni nada parecido a esto, sea cualquiera el papel que desempeñe, adquiriendo o enajenando, en nombre propio, o el que ostente en representación de la otra parte. No puede donar si es él mismo quien haya de aceptar la donación; no puede aceptar si es él quien dona; no puede vender si es él el que compra; no puede comprar si es él quien vende, y así en todos los demás contratos. La ley y la jurisprudencia repugnan por ahora estas novedades. No sucede lo mismo con el instinto jurídico del vulgo y de lo que no es vulgo, como lo prueba la frecuencia con que se celebra el autocontrato de partición de herencia, sin que produzca pasmo ni admiración en nadie (1).

El impedimento de que ahora tratamos, a mi juicio, que en esto se separa de todos los autores que he podido consultar, no estriba, ni única ni principalmente, en el temor a la parcialidad, a la indelicadeza o al abuso de confianza por parte del representante. Cuando se trata de los que lo sean por la ley o por la elec-

(1) Ciertamente, nuestra legislación y nuestra jurisprudencia no se muestran muy conformes con la autocontratación, pero en los Registros, por lo menos en los que yo he servido, no dejan de presentarse de cuando en cuando vislumbres de esa movedad. Citaré, como ejemplo, algunos de los casos de que ahora me acuerdo: uno es un verdadero autocontrato, y los otros, si no entran de lleno en el marco nuevo, se están saliendo de los viejos: Al decir que se presentaron, no quiero dar a entender que se han inscrito sin ser acompañados de otros documentos posteriores explicándolos o confirmándolos. No diré cómo he resuelto las dificultades: no es del caso.

1.º B., con poder de A., en el cual, entre otras facultades, le daba la de constituir sociedades, constituyó una regular colectiva con la razón social A. y B., sin más socios ni interesados que el mandante y el mandatario. Adviértase que se reconocían aportaciones y se regulaba el reparto de pérdidas y ganancias.

2.º Un apoderado para muchas cosas, y entre ellas para constituir hipotecas, contrajo una deuda para sí, no por el mandante; y utilizando el poder aseguró la deuda con hipoteca sobre bienes del mandante.

3.º Un apoderado con facultad de vender fincas y de adquirirlas por cual-

ción de alguien que no sea el representado, están llenas de acierto las reflexiones de M. Faure, miembro del antiguo Tribunal de Francia, y que citan los civilistas MM. Baudry Lacantinerie y Leo Saignat (1), pero cuando el representante es nombrado voluntaria y conscientemente por el representado, podría entenderse que al hacerlo aceptaba de antemano el riesgo que provenga de los desaciertos y hasta de la mala fe de la persona a quien confió sus negocios. Nadie se escandalizaría aunque la ley dejase a los mandantes la libertad, que ahora no tienen, de habilitar a sus apoderados para venderse o donarse a sí mismos los bienes cuya venta o donación, sin designar la persona del donatario, les hubiera sido encomendada, o para celebrar, no importa que fuese con carácter activo o pasivo, otra clase cualquiera de actos o contratos de los que aumentan o disminuyen el patrimonio de los interesados. Nadie se escandalizaría, digo, porque al que lo sabe y lo consiente no se le hace injuria, ni se le causa lesión, ni se le infiere daño, y por eso creo que la razón más fundamental de estas prohibiciones expresas y tácitas de contratar consigo mismo que existen y las hubo siempre y en todas partes, no obedece a una tuición legal, que sería excesiva e innecesaria, y, por tanto, in-

quier título oneroso. tenía una deuda con su mandante y para solventarla se le ocurrió darle en pago una finca suya, y haciendo uso del poder aceptaba la adquisición en nombre del mandante y se daba a sí mismo carta de pago de la deuda.

4.º Y ahora, para terminar, pongo yo un caso que no se me presentó, pero que puede presentarse cuando menos se piense: A. es mandatario de B. y de C. Ambos mandantes, en sendos poderes, le autorizan para enajenar por cualquier título oneroso y para adquirir toda clase de bienes en los términos y condiciones que bien le parezcan. B. y C., ausentes el uno del otro y del mandatario, convienen por carta una permuta de fincas, y pretenden que A., usando de los poderes que le han dado, adquiera y enajene en nombre de B., y enajene y adquiera en nombre de C. Este caso, que no es del todo imaginario, no tiene, a mi ver, más que la apariencia de la autocontratación, pero no lo es en realidad, y tiene solución en nuestro Derecho vigente sin apelar a novedades que todavía no han entrado en él.

(1) Una de las reflexiones aludidas en el texto dice así: «On n'a pas voulu mettre l'intérêt personnel aux prises avec le devoir. Le tuteur qui vend les biens de son pupille... doit par devoir faire en sorte d'obtenir le plus haut prix possible, puisque c'est le plus grand avantage de ceux qu'il represent. S'il lui était permis de se rendre adjudicataire, son propre intérêt l'inviterait a vendre au plus bas prix »

justa, cuando no se aplicase a los pródigos o a otros incapacitados, sino que nace de la esencia íntima del mandato. Mientras no se le desnaturalice o adultere o estire hasta hacerle salir de sus tradicionales moldes, en el mandato ha de haber, por fuerza, un mandante, un mandatario y un tercero, singular o plural, con quien ha de tratar el apoderado para obligarle a favor del mandante, u obligar al mandante a favor del tercero. En los autocontratos de compraventa, de donación, de préstamo, etc., etc., y por de contado en el de partición de herencia, celebrados por el mandatario, falta un elemento esencial, o sea el tercero con quien haya de verificarse el acto jurídico.

Por consecuencia de lo dicho, y en tanto no se invente otra convención parecida a la de mandato, en la cual no sean de esencia los requisitos que hemos explicado, es preciso considerar virtualmente prohibidos por nuestra legislación todos los autocontratos del mandatario, sin excepción, y, por lo tanto, lo está también el de partición de herencia, tan contrato como el que más lo sea.

Si se nos presentase la objeción, y si, como no es probable, nos convencieran de que la teoría que informa nuestras leyes antiguas y modernas relativas al mandato no coincide en algún punto con la de los autores franceses arriba citados, y que hay cosas en las definiciones del Código español y del Código francés⁽¹⁾ que no se ajustan a los requisitos esenciales (mandante, mandatario, tercero y acto jurídico), todavía se podría replicar que esa objeción sería oponible, aunque con dudoso éxito, tratándose de un poder *para hacer alguna cosa por cuenta o encargo del mandante* (las palabras subrayadas son del artículo 1.709 de nuestro Código civil), y esa cosa fuese una cosa material, pero no puede presentarse respecto a

(1) La definición del mandato contenida en el artículo 1.984 del Código civil francés presentaría una dificultad irresoluble si fuera acertada la traducción que de ella se hace en los Comentarios al Código español por Manresa (segunda edición, tomo XI, pág. 423). La preposición *pour* equivale tantas, o pocas menos veces a nuestro *por*, como a nuestro *para*. Seguramente el traductor tenía conocimiento de esta sencilla verdad, pero cuando necesitó utilizarla, se distrajo, y al traducir las palabras *pour le mandant*, que dicen exactamente lo mismo que *a la place du mandant* o *au lieu du mandant*, tradujo el *pour* por nuestro *para* en vez de traducirlo por nuestro *por*, y resulta, si no es un error de imprenta, una grave equivocación que trastrueca todo lo dicho antes y después en el mismo libro de Manresa acerca del mandato.

un poder para realizar un verdadero acto jurídico bilateral o polilateral, como comprar, vender, arrendar o prestar aprobación a la partición de herencia o de otra cosa común. En el caso normal, o sea cuando el mandatario no tiene interés en la herencia, se dan los requisitos todos de mandante, mandatario, tercero y acto jurídico, y el poder es irreprochable y eficaz a todas luces, lo mismo a la de la teoría que a la de las leyes; pero cuando el apoderado es también heredero, el poder que invoque no es perfecto porque no hay tercero con quien tratar o realizar el acto jurídico, a lo menos, en lo que toca a los herederos mandante y mandatario. Por esto no se conforma a las leyes ni a la teoría.

He procurado decir a lo liso, a lo llano, a lo no intrincado, como Don Quijote aconsejaba a Sancho que hablase, lo que considero bastante para probar que en España hay un autocontrato de uso frecuentísimo, y para que el inteligente lector se conteste a sí mismo la pregunta de si ese autocontrato es o no es conforme al derecho vigente. Yo dejo dicho ya con claridad cómo he resuelto prácticamente la duda; en cuanto a la resolución teórica, estoy irresoluto, pero más inclinado a creer que sometida la cuestión a los tribunales o si se provocase una declaración oficial, recaería decidiendo que el autocontrato del mandatario en partición de herencia está apoyado en una costumbre *fuera* de ley, pero no *contra* ella.

Rehuiría la discusión, porque están mandadas retirar y, además, porque siempre sería yo quien llevase la peor parte en ellas, pero tendría mucho gusto en que mis compañeros, Notarios, Jueces y Registradores estimasen que no carece de interés el asunto que se esboza en la precedente prosa, fea y machacona, y dijese su opinión acerca de él.

FÉLIX A. CASCOS,

Registrador de la Propiedad.

El heredero aparente

- I. INTERÉS DEL PROBLEMA.—II. EL HEREDERO APARENTE EN DERECHO ROMANO.—III. EL HEREDERO APARENTE EN EL DERECHO MODERNO.—IV. LA DINÁMICA DEL HEREDERO APARENTE : A) ACTOS DE ADMINISTRACIÓN. B) ACTOS DE DISPOSICIÓN.

I.—INTERÉS DEL PROBLEMA.

Es cuestión intocada por la doctrina española, en contraste flagrante con una elemental anotación hecha sobre la literatura jurídica extranjera más accesible al lector español.

Su enlace con el problema del propietario aparente y aquel otro de las enajenaciones *a non domino* nos dirá de su considerable importancia práctica.

Pongamos un ejemplo: se puede concebir la hipótesis de una sucesión hereditaria abierta a la muerte de una persona determinada y aprehendida por alguien que, careciendo de derecho para ello, es, sin embargo, considerado por todo el mundo, y él también se cree, como el verdadero heredero.

Este poseedor sin derecho, que nosotros llamaremos heredero aparente, administra los bienes herenciales, paga las deudas de la sucesión, cobra los créditos habidos en la misma, constituye servidumbres e hipotecas que gravitan sobre los bienes que posee, realiza al igual actos de disposición a título oneroso o gratuito; en suma, se comporta como un verdadero propietario.

Más tarde es vencido en juicio por el heredero real que se presenta y acredita su cualidad de tal; las relaciones del heredero real

con el aparente pertenecen al dominio de la acción de petición de herencia, y sobre ello poco habremos de añadir que no se haya dicho. Lo que importa, en efecto, es la suerte de los actos de administración y de propietario consentidos por el heredero aparente, y principalmente de las enajenaciones de bienes y constitución de derechos reales que llevó a efecto. ¿Van a mantenerse estos actos en interés de los terceros que contrataron de buena fe, bajo la influencia de un error común, o se les anula como emanados de un no propietario?

«Cuestión capital y célebre entre todas las otras—decía Demolombe—y digna de todas las controversias que ha levantado, por su importancia teórica y práctica.»

El interés de esta cuestión es sobre todo económico y social; ella coloca en pugna, de una parte, el principio de la inviolabilidad de la propiedad, fundamento de la Sociedad y del Estado, por consecuencia, y de otra parte, el principio de la libre circulación de los bienes, representado en la especie por los terceros adquirentes, por lo que la Sociedad manifiesta en alto grado su interés de que la riqueza, los bienes, pasen de mano en mano en virtud de contratos inmutables que den la seguridad imprescindible al comercio jurídico.

De un lado, la protección al derecho de propiedad que invoca el heredero real es de orden público, mas de otro, el interés de los terceros contratantes con el heredero aparente lleva a pensar que su menosprecio haría cada vez más raras las relaciones jurídicas y comerciales, las transacciones y el crédito desaparecerían y el desenvolvimiento de la riqueza nacional sufriría de rechazo las consecuencias de la inseguridad del tráfico inmobiliario.

Los sistemas positivos de derecho debieron reglar con precisión esta oposición de intereses, y pronto veremos qué distinta solución presentan—si es que por tal puede pasar—la omisión y el silencio que algunos exhiben, y de ahí la divergencia doctrinal, la incertidumbre y arbitrariedad de la Jurisprudencia. «Estamos frente a un caos jurídico—decía Sérésia—donde la confusión es tal, que se llega a desesperar de la Ciencia, impotente para arrojar un rayo de luz sobre el problema.»

El caso de heredero aparente es hoy más frecuente que en los tiempos antiguos, por diversas concausas.

Es factor que aumenta la posibilidad de la repetición de la hipótesis la generalización del servicio militar obligatorio, que al colocar a la nación entera sobre las armas, levanta masas enormes de combatientes, que multiplican los casos de hombres cuya suerte se ignora.

Da mayor actualidad al estudio que proponemos el aumento y facilidad en los medios de transporte; hoy, los miembros de una familia bien pronto se disgregan y dispersan a los países más lejanos, y sin prevención llegará un momento en que el más ligero rumor que circule sobre la muerte del ausente encuentre acogida y crédito en los parientes que permanecieron en el país de origen, que con presteza despreocupada suplantarán su puesto en la herencia abierta a su favor.

Otro factor de importancia es la generalización del empleo del testamento ológrafo, consecuencia del aumento de la instrucción, forma de testamento tan accesible a los trabajos de un falsario y cuya superchería es descubierta en tiempo pretérito, o bien será el testamento ológrafo desconocido que la existencia de un Registro de actos de última voluntad no puede evitar.

II.—EL HEREDERO APARENTE EN DERECHO ROMANO.

La hipótesis del heredero aparente era bastante rara en el Derecho primitivo, antes de las Doce Tablas; la vida patriarcal en pequeñas comunidades; las relaciones comerciales poco extendidas; la noción de la *gens* entonces predominante; las creencias religiosas, que exigían la continuación inmediata del culto familiar, llevan a hacernos creer que la sucesión hereditaria era regulada pronto y sin dificultades. Y en estas condiciones no es concebible que un tercero pudiera inmiscuirse como heredero aparente en la sucesión de uno de los miembros de aquellas pequeñas comunidades, celosas de guardar el prestigio del nombre y del culto familiar al abrigo de todo ataque extraño.

Por otra parte, la publicidad de los testamentos *calatis comitis* e *in procinctu*, y más tarde del testamento *per oes et libram*, hacían imposible, en caso de sucesión testamentaria, toda hipótesis de heredero aparente.

Las condiciones de vida cambiaron luego por consecuencia del engrandecimiento del Imperio romano, y se experimentaron profundas transformaciones económicas y sociales. La vida patriarcal en pequeñas comunidades desaparece, la noción de *gens* degenera y llega a perderse del todo. Los miembros de la familia se dispersan con las expediciones militares lejanas y los viajes a países extranjeros.

Por otro lado, aparecen las formas de testamento privado, las mayores facilidades para testar, que hacen más factibles las posibilidades de fraude.

La jurisprudencia y el pretor aportan también restricciones considerables al principio vernáculo de las Doce Tabas: *Uti pater familia legassit, ita jus esto*. El testamento se revoca por la superveniencia a su confección de un *heres suus*. El pretor puede conferir la herencia a un heredero instituido en testamento nulo según los preceptos del Derecho civil y convalidado bajo ciertas condiciones. Por consecuencia, puede eviccionarse al heredero *ab intestato*, que en base de la nulidad de este testamento había tomado posesión de la herencia.

La *querella inofficiosi testamenti*, la teoría de la *bonorum possessio*, así como los numerosos casos de incapacidad e indignidad de suceder creados por el derecho imperial y particularmente por el sistema complicado de las leyes caducarias, aumentaron considerablemente las hipótesis del heredero aparente.

Actos de disposición del heredero aparente en Derecho romano.

El heredero aparente enajena todo o parte de los bienes de la herencia: distingamos:

A) *Relaciones del heredero real y el aparente a este respecto.*

El Senado-Consulto Juventio es el hito que separa los tiempos: recibió el nombre del Cónsul Juventus Celsus y se dió en tiempo de Adriano, el año 129 antes de Jesucristo.

1.º *Antes del Senado-Consulto Juventio.*

La doctrina fundada en el carácter de acción general de la petición de herencia consideraba que el poseedor de la herencia en vía de usucapirlo *pro herede* era una especie de administrador de

la herencia entera, con obligación de rendir cuentas; no se distinguía entre la buena y la mala fe.

Si el heredero aparente enajena las cosas hereditarias en su interés propio, debe restituir su valor aunque las cosas se hayan destruido o el plazo de la *usucapio pro herede* no haya expirado; si las enajena en interés de la herencia, debe restituir solamente el precio recibido.

2.º *Después del Senado-Consulto Juventio.*

Este Senado-Consulto hace una distinción entre el poseedor de buena fe de la herencia y el de mala fe (1).

Al poseedor de mala fe se le aplican todas las severidades del régimen anterior, suprimiéndole las ventajas que le ponían al abrigo de toda reivindicación cuando la *usucapio* se cumplía o las cosas hereditarias se destruían.

Deberá restituir, pues, al heredero real el precio cuando es superior al valor actual de la cosa, o el valor de la cosa cuando es superior al precio.

En cuanto al poseedor de buena fe, se atenúa el rigor del antiguo régimen y sólo debe responder del enriquecimiento (2), y, por tanto, sólo restituye el precio.

B) *Relaciones del heredero real y los terceros al mismo respecto.*

La brevedad de los plazos de la usucapión (dos años para los inmuebles y uno para los muebles) hacía imposible con frecuencia la reivindicación contra los terceros adquirentes.

Pero en los casos en que los plazos no se hallaban cumplidos, ¿cómo conciliar los intereses contradictorios del heredero real y los terceros?

1.º *Antes del Senado-Consulto Juventio.*

A primera vista se imponían los preceptos rigurosos del Derecho romano: «*Ressoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.*»

(1) El nuevo sistema es posible a partir de otro Senado-Consulto, también del tiempo del Emperador Adriano, sobre la rescisión de la *usucapio pro herede*, el cual se confunde a veces con el Senado-Consulto Juventio, del que no fué más que el antecedente indispensable.

(2) Eos auteur qui justas causas habuissent quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat (teneri) quo locupletiores ex ea re facti essent. (L. 20, § 6. Dig. De petitione hereditatis, lib. 5, tit. 3.)

Sin embargo, frente a la reivindicación del heredero real, podía el tercero oponer la excepción «*ne proejudicium hereditati fiat*» medio dilatorio del comprador contra el vendedor (1), consistente en que el juez ordinario no podía pronunciarse sobre la reivindicación antes que la cuestión de mejor derecho del que pretendía ser heredero real no hubiese sido resuelta por la única jurisdicción competente sobre la materia, que era el Tribunal de los Centumviro.

Esta excepción se explica por el temor de una posible contradicción entre la decisión del juez ordinario y la que podría dar más tarde el Tribunal de los Centumviro en el caso de que éste fallara en favor de persona distinta al reivindicante.

2.º Después del Senado-Consulto Juventio.

Examinaremos solamente las dos hipótesis más importantes: enajenación de un bien particular y enajenación del *universum jus*.

a) *El heredero aparente vende un bien determinado* (res singulas).

Subdistingamos que se haya o no enriquecido con el precio.

a') *El heredero aparente se enriquece con el precio.*

El heredero real puede perseguir por modo directo al heredero aparente, pero puede también preferir accionar contra el tercer adquirente; en este caso puede el último oponer al verdadero propietario la excepción «*ne proejudicium hereditati fiat*» que le pertenecía antes del Senado-Consulto Juventio, y que le sigue perteneciendo igualmente después.

a'') *El heredero aparente no se ha enriquecido con el precio.*

En este supuesto, el heredero real, que no puede accionar directamente contra el aparente heredero, reivindica del tercero que adquirió, y si la demanda triunfaba, el tercero tenía contra el vendedor (heredero aparente) una acción de garantía en indemnización de daños y perjuicios.

El vendedor, por tanto, se encontraba en peor situación que ante la acción de petición de herencia, en que no había de restituir más que el enriquecimiento. Numerosos comentaristas, ante la situación en que el Derecho romano colocaba al heredero aparente, y en evitación del recurso oneroso a que le exponía cuando

(1) Dig. De hereditatis petitione. (L. 25, § 17, lib 5, tit. 3)

enajenaba con garantía una cosa de la herencia, despojaban al heredero real del derecho a reivindicar del tercero. Y en favor del derecho de éste a rechazar la acción del heredero real, y por consecuencia en favor de la validez práctica de las enajenaciones consentidas por el heredero aparente, invocan los partidarios de este sistema un texto de Ulpiano, célebre por las discusiones de que ha sido objeto: la L. 25, § 17 (1). Dig. Lib. 5, tít. 3.

Ulpiano se pregunta en este texto si no habiéndose enriquecido con el precio de la venta, el poseedor *bonæ fidei* de la herencia podrá en este caso el heredero real reivindicar sin que el tercero pueda oponerle la *exceptio* «ne præjudicium hereditati fiat»; y responde: «*et puto posse res vindicari nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent*».

Sobre la expresión *nisi* se ha planteado la discusión.

Los partidarios de la validez de las enajenaciones del heredero aparente traducen así: «Yo pienso que la reivindicación puede ejercerse contra los terceros adquirentes, a menos que los compradores no tengan la acción en recurso.»

Así resulta que para toda una doctrina (Accarias, Sérésia, Mainz) el Derecho romano consagra la validez de las enajenaciones realizadas por el heredero aparente, puesto que el heredero real será rechazado por una excepción en todos los casos en que la enajenación estuviere hecha con garantía, que son los más frecuentes.

Las objeciones al nuevo sistema aparecen bien pronto: con él, el heredero real está completamente desarmado; no puede ir contra el heredero aparente porque éste no ha obtenido ningún enriquecimiento; no puede tampoco ir contra el tercero, porque accionaría en garantía contra el vendedor.

Verdaderamente, sería proteger bien poco el derecho de pro-

(1) «Item si rem distraxit bonæ fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior; an singulas res, si hondum noncaptoe sint, vindicare petitor ab emptore possit? Et si vindicet, an exceptione non repellatur, quod præjudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit; quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum, qui distraxit? Et puto posse res vindicari nisi emptores regresum ad bonæ fidei possessorem habent. Quid tamen si is, qui vendidit, paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde, atque si possideret conveyeretur? Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum.»

piedad; si al Derecho romano se ha llamado la razón escrita, ¿no estaría falto de lógica y buen sentido—dice Troplong—si admitiera verdaderamente esta solución? Los terceros, con esta interpretación, se encuentran protegidos, precisamente en el caso en que no lo necesitan, puesto que tienen la acción en garantía.

El texto admite primeramente la reivindicación como regla, pero luego consagra una excepción que será más importante todavía que aquella: hubiese sido más natural decir que el heredero real no tiene derecho a reivindicar, salvo en ciertos casos.

Por último, esta solución implica que el heredero aparente, no sólo no debe restituir nada, sino más aún, que no debe ser empobrecido en nada, que no debe expiar con nada las consecuencias de su error, y los textos precisamente dicen lo contrario.

Estas consideraciones—dice Girard—llevan a querer aclarar el texto de diversas maneras, por ejemplo, leyendo *licet* en lugar de *nisi* (Francke); por ejemplo, sosteniendo que en este caso, *nisi* querría decir *salvo que* y no *a menos que* (Serafini). Pero la corrección está condenada por el manuscrito de Florencia y por las Basílicas y la considera forzada y cree inverosímil Girard, la conjetura de Mommsen adoptada por M. Gradenwitz, según la cual la final *nisi... habent* es una interpolación.

Pero como dice Ballestier: admitido que en derecho clásico no eran válidos los actos de disposición del heredero aparente; pero debe también admitirse—por consecuencia de la interpolación—que el Derecho de Justiniano se manifiesta en sentido opuesto y consagra la validez de dichos actos.

En la hipótesis de mala fe, el heredero aparente debe practicar una restitución penal al ser accionado directamente por el heredero real; si éste va en primer lugar contra los terceros, podrán oponerle la *exceptio ne præjudicium hereditati fiat*.

b) *El heredero aparente vende el universum jus.*

Es nulo el acto de disposición; se puede presumir la mala fe en el heredero aparente que por tal medio se pone al abrigo de la *petitio hereditatis*.

Merlin, autor que, como veremos luego, es partidario ferviente de la validez de las enajenaciones del heredero aparente, defendiendo la interpretación conocida del texto de Ulpiano, admite, sin embargo, en este supuesto, la nulidad del acto de disposición

y reconoce, conforme a los textos (1), que el heredero real tiene acción en petición de herencia útil contra el tercero adquirente del *universum jus*.

JOSÉ M.^a FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

Scheffter (E.): *Du sort des actes passes avec les tiers par l'heritier apparent* (Thèse, Paris), in 8.º, 1887.

Poillane (A.): *De l'effet des actes passes par l'heritier apparent* (Thèse, Paris), in 8.º, 1893. Rousseau.

Delacare (P.): *Les actes de disposition de l'heritier apparent* (Thèse, Grenoble), in 8.º, 1899.

Cosma (C.): *Les actes de l'heritier apparent. Théorie de la jurisprudence* (Thèse, Paris), in 8.º, 1909.

Balestier (J.): *Les actes de disposition de l'heritier apparent*. Toulouse. Ch. Dirion, 1909.

Sanatesco (G.): *De la validité des actes faits par l'heritier apparent* (Thèse, Paris), in 8.º, 1912.

Stoeanovici (N.): *La validité des actes de l'heritier apparent en droit français et en droit roumain* (Thèse, Paris), in 8.º, 1913.

Renault (E.): *Les actes accomplis par le titulaire apparent d'un droit* (Thèse, Bordeaux), in 8.º, 1917.

Dobresco (S.): *Le fondement juridique de la théorie de l'heritier apparent en droit français* (Thèse, Paris), in 8.º, 1921. Jouve.

Jozon: *Les alienations consenties par l'heritier apparent* («Revue Pratique», 1862, II, 378).

Charmont: *Les alienations et constitutions de droits réels consenties par l'heritier apparent sont-elles opposables à l'heritier véritable, dès que l'erreur commune et invincible ainsi que la bonne foi des tiers sont-elles établies?* (Nota sobre Cass, 16 Enero 1897; Pand. franc., 1901, 5, 29, y «Revue Critique», 1902, pág. 16 y siguientes.)

Morin: *La sécurité des acquereurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières* (Thèse, Paris, 1902).

— *La sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime «error communis facit jus»* («Annales de la Faculté d'Aix», 1906).

Loniewsky: *Essai sur le rôle actuel de la maxime «error communis facit jus»* (Thèse, Aix, 1905).

Crémieu: *De la validité des actes accomplis par l'heritier apparent* («Revue

(1) L. 15, § 4. Dig. De hered. petit. Lib. 5, tit. 3: «Quid, si quis hereditatem emerit; an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur? Venditorem teneri certum est.»

Trimestrelle», 1910, pág. 39 y siguientes, 351 y siguientes, 543 y siguientes y 717 y siguientes).

Bonfante (P.): *La dottrina dell' erede apparente e la buona fede del terzo nell' alienazione dei beni ereditari*. Ann. Critico, 1892, 123.

— Seriti giuridici varii: I. Famiglia e sucesione. *La dottrina dell' erede apparente e la buona fede del terzo nelle alienazioni dei beni ereditari*, página 531. Torino, 1926.

Brunetti (G.): *L' herede apparente*. Arch. giur., LV, 116.

Contri (U.): *L' erede apparente di buona fede: contributo alla interpretazione dell' articolo 933 c. c.* Firenze, Lumachi, 1902.

De Angelis: *L' erede apparente*. Studio sull' articolo 933 c. c. it. Filangieri, 1908, 41.

De Berardinis (A.): *La condizione giuridica dell' erede apparente nel c. c. ital.* Arc. giur., LXXIII, 247.

F. A.: *Se sia erede apparente colui que si comporta ed è reputato come erede vero anche in base ad un testamento che poscia sia dichiarato falso*. Foro it., 1882, I, 739.

Granata (G.): *Della qualità di erede apparente*. Riv. univ. 1905, 392.

Januzzi (S.): *Della condizione giuridica dell' erede apparente e degli atti compiuti dal medesimo coi terzi in LAURENT Principi di diritto civile*, trad. italiana, vol. IX, p. 670.

Maierini (A.): *Studi in torno all' articolo 933 c. c. it.* Legge, 1872, 111, 6.

Manaresi (A.): *Di una speciale applicazione dell' articolo 933 c. c.* Riv. giur. Bol., 1887, 65.

Perrone Capano (R.): *La buona fede del terzo que contrata coll' erede apparente*. Corte app., 1910, 179.

Salucci (E.): *L' articolo 933 c. c. M.*, 1881, 948; Gazz. leg., 1881, 281; Riv. giur. Bol., 1881, 251.

Salvioli (D.): *Studio sull' articolo 933 c. c. Legge*, 1890, I, 319.

Sampolo (L.): *Nullità delle alienazioni di immobili fatte dall' erede apparente*. Palermo, 1862.

Tria (G.): *Se validamente abbi il terzo, a titolo oneroso o in buona fede, acquistato diritti dall' erede apparente sotto l'imperio delle leggi civili napoletane*. G. I., 1901, I, 2, 101.

El Derecho kabyla ⁽¹⁾

Del derecho de un pueblo se ha dicho que es el espejo de su conciencia. Cuando este derecho es inmutable y ha sido impuesto (como sucedió al Derecho islamítico, que un conquistador implacable obligó a soportar a los africanos), se convierte en un molde, al que un pueblo se adapta hasta la muerte.

Por el contrario, cuando el derecho es la libre expresión de la voluntad popular y cambia, como ésta, constituye un testimonio irrecusable y formal de la personalidad de este pueblo.

(1) N. DE LA R.—Este trabajo es un extracto, muy bien hecho, en cuanto a la parte de Derecho civil, de la obra de Bernard Luc *Le Droit kabyle*, con ortografía cuidadosamente adaptada al español.

Para los que echen de menos los razonamientos sugeridos por otras fuentes y los detalles que revelen una observación propia, les advertimos que su autor no pretendió hacer un estudio del Derecho consuetudinario de nuestra Zona, sino dar a conocer pura y simplemente lo que es el Derecho bereber en su esencia.

En efecto, la doctrina legal que el autor expone, de tradición berberisca pura, no es aplicable a nuestros territorios de Protectorado. La oposición entre el Derecho bereber y el árabe es manifiesta desde siglos en las provincias del Imperio. Necesario es tener en cuenta, de igual modo, que poblando los bereberes casi por completo la costa Norte de Africa, el fraccionamiento de la raza y el aislamiento en que viven sus diversos grupos han hecho que varíen la costumbre y el idioma, de tal manera, que cada valle separado de los otros por sus montañas presenta diversificaciones de lenguaje y de usos, sin que sea posible someterlos a un mismo patrón. Lo más parecido a lo que en este trabajo se desenvuelve es, sin duda, la región del Rif; pero en ella no existe el *kanun* en el sentido de legislación escrita, ni otras instituciones de las que aquí se nombran, y las que existen presentan variantes, como de algo que, si tuvo el mismo origen, fué cambiado en el transcurso de los siglos.

Todo cuanto en el trabajo se expone es derecho consuetudinario de lo que los franceses llaman la Gran Kábila, población de Argelia donde ha existido la resistencia más grande, precisamente por la lucha contra la islamización en el derecho y el igualitarismo que intentaban los dominadores en toda la colonia. Los españoles tenemos en el Rif igual problema, y del mismo modo se resuelve al estilo francés.

Así es el Derecho kabyla.

Preciso es reconocer que las condiciones en que tal derecho se formó y perpetúa le otorgan un singular valor como documento relativo al alma de la kabylia, en lo que concierne a las siete u ochocientas aldeas, no parapetándose en las pendientes abruptas del Yuryura, consiguieron, después de bastantes siglos de una lucha encarnizada, conservar su independencia y salvaguardar—contra el Islam—sus costumbres, tan originales.

De esas aldeas unas sesenta próximamente son marabúticas. Estas habitadas por los descendientes de tal o cual marabut, que ramo de oliva en mano, se presentaran como mediadores o protectores contra la terrible amenaza árabe. Y, así, habrán conseguido hacerse aceptar—en tal sentido—en algunos lugares o rincones de este suelo indómito.

Cada una de esas aldeas, comprendidas—entre ellas—las marabúticas, era una república independiente y legislaba aparte. Se mostraban tan celosas de su independencia, que, no obstante las afinidades de lengua, raza, hogar y tradiciones, cada uno de esos Estados minúsculos quiso tener sobre las varias materias jurídicas su *kanun*, libremente votado para su territorio por sus ciudadanos (o contribulos).

Si bien se diferenciaban esos millares de *kanun*, ya recopilados, por la forma, entre aldea y aldea, reflejan unidad de pensamiento en lo fundamental. Y la acción del medio fué tan decisiva que los mismos marabuts llegaron a ser influenciados por el espíritu kabyla; y se apartaron del Koran, en más o en menos, aun sobre temas esenciales.

Para llegar a tan interesante síntesis basta detraer de la masa de los *kanun*, relacionados o recopilados, aquellos en que se revela el principio jurídico y reunirlos metódicamente.

De esos textos más importantes, recopilados sin artificio y casi sin arte, se destaca, brillante, luminosa, la noción de ese derecho, tan vigoroso y tan lógico; y el genio de este pueblo kabylia (Yuryura), genio individualista, democrático, igualitario, liberal y racionalista, tan opuesto, antitático, al Derecho comunista, feudal, opresor e inmutable, del Islam.

Los kabylias, que, por espacio de tantos siglos, han defendido ferozmente sus *kanun* contra la invasión islámica, parecen —actualmente— no menos amenazados en su derecho nacional, que aman tan justamente.

Algunos espíritus, bastante simplistas para creer que toda unificación es un progreso, se muestran inclinados a impeler a ciertos Poderes públicos a someter a una legislación uniforme a todos los súbditos indígenas (por ejemplo, argelinos), so pretexto de codificación del Derecho indígena.

Posiblemente, representaría un progreso tal codificación, aunque la empresa lleve consigo riesgos graves. Sin embargo, en país de *kanun* implicaría, más que un error monstruoso, un acto de incalificable opresión.

Sin duda, no se justifican hoy—v. gr.—ciertas disposiciones del Derecho kabylia, explicables en otro tiempo por el interés que antes entrañaba la necesidad de sacrificarlo todo a la independencia de la *izaddartz* (aldea).

Con todo, el Derecho kabylia no es inmutable, y el pueblo kabylia se halla plenamente abierto a todos los progresos y está suficientemente unido, por afecto, a sus protectores para no consentir en adherirse de todo corazón a cuantas modificaciones tiendan a que sus *kanun* sean más equitativos, más humanitarios, más conformes a lo que denominaba Giner de los Ríos... los postulados homogéneos de la Etica universal.

CONSTITUCIÓN POLÍTICO-SOCIAL

En la población kabylia el espíritu de sufragio universal, emitido por los varones mayores de edad, parece dominante, según tradición inmemorial. Por ese medio se otorgaban las magistraturas.

Tan importante como el sufragio en la constitución de las instituciones kabileñas resulta el *çof*.

Conforme a esta manera de organización, los habitantes de las aldeas (poblaciones) figuran en dos grupos opuestos, siempre dispuestos a neutralizar su actuación. Esta distinción en dos grupos no tiene abolengo religioso ni parecido con nuestros partidos po-

líticos: «Con razón o sin ella (dicen los kabylias) ayudarás a tu *çof*». Así que, ante un Tribunal extranjero, es lícito, y aun obligatorio, el falso testimonio en favor de un hermano en *çof*.

Únicamente resulta lícito abandonar el *çof* caso de faltar—éste— a su deber de protección al kabylia o de cometer—con él—injusticia notoria. Entonces se le abandona hasta con estrépito, si a ello hubiera lugar.

Sobre el sufragio está, pues, el *çof*. Así será fácil consultarle.

Situados a uno y otro lado de la plazuela, cubierta, donde se reúne la asamblea local—*yemâa*—, unos a un lado y otros enfrente, cada *çof*, con su candidato, se cuentan los presentes, lo que equivale a contar los votos. El candidato del *çof* que resulte con mayoría será el *amin*—alcalde o jefe del Poder ejecutivo—, e inmediatamente el candidato de la minoría será proclamado *ukil*.

Son notables las atribuciones de éste en la aldea. Resulta Tesorero frente al Ordenador de pagos; *Tribunus plebis*, frente al Cónsul. Así, el Poder moderador se ejerce por las minorías, ya que las manifestaciones, en el ejercicio de la autoridad, se traducen en órdenes de ingreso o en mandamientos de pago.

Las costumbres kabylias permiten reclamaciones entre *çofs*. Así, el *ukil*, constituido en censor de los actos del *amin*, puede conseguir resta de votos al *çof* que obtuviera la mayoría en la elección anterior.

El examen atento de la Constitución kabylia demanda, le presta atención—por lo que significa en Derecho civil—, a otro elemento importante: la *jaruba*.

Examinada esta institución, desde el punto de vista político-social, aparece constituido, como la *gens* romana, sin ritos religiosos, sin espíritu de clientela.

Parece ser que, en un principio, la *jaruba* tiene por base la cognación.

Las aldeas se componen de un cierto número de *jarubas*. Las casas de éstas, contiguas o vecinas, forman un barrio, a menudo con su cementerio; aceitería (*ah'adum*); su pequeña *yemâa*, lugar de asamblea; algún terreno comunal (*mexmel*); su representante (*tamen*) en las relaciones con la autoridad pública (*amin-ukil*).

La trabazón social se mantiene, entre los kabylias, por un sistema legislativo no menos curioso: el *kanun*, Derecho consuetudinario.

El kabyla tiene para su *kanun* respeto profundo. ¿Cómo se forman los *kanun*? Actos producidos en condiciones análogas habían sido apreciados del mismo modo por el poder encargado de ello.

De la repetición de apreciaciones viene la regla constante. Así se manifestó la costumbre—el *kanun*—, que se confiaría a la memoria, tratándose de un pueblo en el cual son orales únicamente las relaciones entre los conciudadanos (contríbulos). Por ello estos elementos primarios de la legislación kabyla se confiaron a la memoria de los ancianos, que los transmitieron de generación en generación.

Por excepción, alguna vez, determinados preceptos se consignaron por escrito, merced a la intervención de algún marabut, ya que sólo sabían escribir los marabut.

* * *

Es, pues, la legislación kabyla un hecho excepcional en el mundo musulmán. Y así ocupa una situación muy singular entre los pueblos del Africa septentrional.

Opone al Derecho musulmán, derecho revelado y, por tanto, inmutable, no susceptible de perfección, el derecho kabyla, esencialmente humano, y—por esto—perfeccionable, progresivo, susceptible de enriquecimiento jurídico. Aquél ha sido considerado como definitivo desde su promulgación, haciéndole respetable su origen místico, divino, caracteres distintivos del Derecho musulmán. Mientras que el Derecho kabyla se acrecienta con nuevas reglas en los diferentes períodos de su evolución histórica, de su vida kabylena. Y el poder civil garantiza su respeto y aplicación.

Véase, pues, cómo deben ser, y son, absolutamente distintas ambas legislaciones: moldeando, en forma tan diversa, cerebros y costumbres en árabes y kabylenos.

ESTATUTO PERSONAL

INDICACION PRELIMINAR

Democrática por su esencia la constitución kabylia, son desconocidos—ante la misma—los privilegios. El derecho de libertad se ejerce—por todos—indistintamente; y el de asociación, sin trabas de ninguna clase.

No obstante, se ha observado por los pensadores que legalmente no está prohibida la esclavitud en el país kabylia. Y se arguye, por vía de indicio de su realidad, en algún tiempo, que se viene señalando—aunque como caso raro—la existencia del *jammés*, tipo de siervo—o criado—adscrito a una familia o tribu.

La etimología de la palabra denuncia su origen árabe. Pues que deriva de *jamsa*—cinco—(en árabe). Por eso debe considerársele como una incrustación social de procedencia musulímica.

Su realidad, cuando existiera, y denominación, se explican, pues, fácilmente.

Consta en el orden agrícola y refiriéndose a la distribución de la cosecha, que, después de separar del producto de la tierra el equivalente de la sementera, y el diezmo correspondiente al marabut, el resto se dividía en cinco partes iguales, de las cuales una se destinaba para el *jammés*. Y como ese quinto no bastaba—de ordinario—para las necesidades del asalariado (siervo), se hacía preciso que los amos completaran con lo necesario para la manutención. El importe de esos anticipos se daba por los *jammés* solidariamente.

Este concepto del *jammés* estaba sancionado por la ley musulmana; mas no por la costumbre kabylia.

Descartado del estudio de las instituciones kabylia, y en relación a la personalidad, lo referente al *jammés*, lo más interesante por lo que atañe al estatuto personal, refiérese a la mujer y al menor.

ESTADO MATRIMONIAL

Para fijar las ideas, o por vía de aclaración, expondremos el concepto de estado matrimonial en la kabylia: que no cabe sea entendido, como es uso en la mayoría de las naciones.

La unión del hombre y de la mujer, que entraña el matrimonio, se halla reglamentada: y la autoridad pública interviene, exigiendo la presencia de testigos; tampoco es tan fácil anular los efectos de este contrato, que parece superfluo al exponer la doctrina legal el empleo de la palabra «matrimonio».

A la fiesta o ceremonia matrimonial concurre (por punto general) todo el pueblo, excepto el marido, que envía un mandatario (*ukil*), y la esposa, que es representada, sin mandato, por su padre; en defecto de éste, por el hermano mayor o pariente en cuya potestad se halle la mujer en el momento de la celebración.

Ambos representantes cambian, delante del marabut, de los notables (de las jarubas y del pueblo), en casa de la novia, las frases solemnes.

El *ukil* dice (al padre o pariente): ¿Quieres darme a tu hija, o tu hermana, etc.?

El representante de la mujer contesta: Te la doy.

Así las cosas, es llevada la esposa, solemnemente, a casa de su esposo. Delante, los músicos; detrás, los parientes y los del pueblo.

Desde que el contrato se celebra hasta que se consuma, la mujer puede librarse de la autoridad marital, manifestándose en estado de rebelión (*tzamenafet'tz*).

Bastará, para librarse de la acción marital, refugiarse, la mujer, con su familia, o en casa de un vecino, invocando la protección o salvaguardia (*anaia*). Igualmente debe ser respetada, por el marido, la mujer subida al mulo o asno de la familia, cuya protección (*anaia*) invocó y obtuvo.

Ciertamente, un estado conyugal que puede ser, así, tan sencillamente cambiado en sus líneas esenciales, dista mucho del criterio europeo acerca del matrimonio.

Tamaña facilidad en la ruptura de las relaciones matrimoniales tiene como contentivo una institución interviniente desde el origen del contrato de matrimonio, la *tza'mamtz*.

Consiste esta forma contractual en una cantidad que el marido envía al padre de su futura (en defecto del padre, al hermano mayor, abuelo o jefe varón, *aceb* de la familia).

El recipiendario percibe los frutos de la cantidad.

Si la mujer muere durante el matrimonio al que corresponde

la *tza'mamtz*, pertenece la cantidad al pariente varón que la recibió.

Si por cualquier causa, el matrimonio queda sin efecto, debe ser devuelta la cantidad al marido.

Considerado jurídicamente si el *tza'mamtz* no es un contrato de venta, no es tampoco de arrendamiento de servicios, ni tiene analogía con los del derecho romano, germano, francés.

Constituye realmente un contrato *sui generis*, por el cual el marido interesa del jefe de la familia de su novia (mujer) la buena armonía de la unión proyectada.

Mientras vivan sin discordia marido y mujer, el padre cobrará los intereses de la cantidad consignada en su poder a título de *tza'mamtz*. Y cuenta que no son de desdeñar esos frutos civiles, ya que en kabylia el interés del 60 por 100 era cosa corriente.

CONDICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER KABYLIA

Como persona humana, se considera la mujer igual al hombre. Y esta igualdad de derechos no sufre otra restricción que en los casos en que lo exige así el interés superior de la jaruba o del pueblo, por ejemplo en las sucesiones.

Según esto, la mujer puede lucrarse con el producto de su trabajo; prestar su dinero, cobrar los intereses.

Puede ser mandataria, particularidad interesante y lógica, jurídicamente, tratándose de un pueblo cuyos varones emigran y permanecen ausentes bastantes años, por cuyo motivo el mandato es conferido y ejercido, en tal situación, ampliamente.

Puede arrendar tierras o alquilar fincas; vender los frutos de las tierras. Puede celebrar contratos de sociedad (*mugharza-tzamgharsitz*), que implican enajenación parcial. Sólo en los casos de venta se requiere que haya estipulación expresa.

En estado de viudez, es administradora de los bienes de sus hijos menores, sin que tales facultades lleguen a la enajenación plena. En fin, puede adquirir por donación o testamento; continuar el comercio que su marido ejercía, y aun ejercerlo por sí misma, e intervenir en empresas, si bien son raros estos casos.

La negación del ejercicio de ciertos derechos, reconocidos a la mujer kabylia, se refiere, según ya se indicó, a las sucesiones;

esto es, a los casos en que, por tal ejercicio, pudiera peligrar la autonomía de la jaruba o del pueblo *tzaddartz*.

Efectivamente, la casada, estando fuera de la potestad del padre, podía recibir bienes a la muerte de sus parientes y si ella tenía bienes de su matrimonio, estos bienes se incorporaban, por intermediario de sus hijos a la jaruba en que había sido incluida, con perjuicio de la jaruba de que procedía. Este peligro subía de punto en el caso de que matrimoniara con un extranjero, un rumí. Pues la aportación de estos bienes al patrimonio del marido constituía una amenaza para la independencia kabyila.

Igual exclusión alcanza a la mujer soltera.

No parece superfluo recordar ciertas costumbres, hasta cierto punto desfavorables a la mujer, acaso derivadas en cierto modo del principio de masculinidad, predominante entre los kabylias. Por eso se celebra de distinta manera el nacimiento de un varón, que trae para la jaruba un voto y un combatiente, que el nacimiento de una hembra. Para lo primero, fastuosidad; para lo segundo, una sencilla comida en familia.

No obstante las minucias que acaban de apuntarse, la mujer kabyila conserva el respeto que por costumbre se la debe.

Como hija, está sometida siempre a la autoridad paterna, sin que se haya registrado el caso de corregirla el padre manualmente.

Como esposa, puede librarse del abuso de la autoridad marital poniéndose en estado de rebelión e insurrección.

Como madre, es siempre respetada por sus hijos, sin que se haya dado el espectáculo, deplorable, de la mujer árabe, insultada y golpeada por sus propios hijos.

Caso del fallecimiento del padre tiene, sobre sus hijos, el derecho de corregirlos, el de beneficiarse con sus bienes, aunque bajo la vigilancia del tutor y parientes paternos.

Como viuda, o repudiada, el derecho de habitar la casa de su padre o de sus parientes y vivir de los bienes de la sucesión.

En resolución: en el Derecho kabyila se halla reconocida o respetada la personalidad de la mujer, lo mismo que en el hombre, sin la limitación romana. *Propter imbecilitatem*.

Esta norma fundamental no se modificó sino por satisfacer una necesidad política: por ejemplo, la independencia de la ja-

ruba frente a otras jarubas; del pueblo, frente a otros pueblos; de la Confederación kabyla frente a otras confederaciones.

CONDICION JURIDICA DE LOS MENORES

El niño es, en la kabylia, persona lo mismo que la mujer.

Tiene derechos respecto a sus padres, los cuales vienen obligados a cuidarle, ampararle y criarle.

A la disolución del matrimonio, los hijos se reparten, según su edad y sexo, entre el padre y la madre.

No se conoce *kanun* alguno referente a la situación jurídica del menor hijo natural.

* * *

La patria potestad se ejerce hasta que llegue el menor a la mayor edad, entendiendo que se llegó a esta situación cuando se haya practicado, con éxito, la prueba del hilo (1).

Las relaciones de padres a hijos se manifiestan de afección un poco ruda. Las de los hijos con los padres, en forma de respeto, casi de veneración.

Disposiciones varias, conforme a costumbres, todas amparan el patrimonio del menor.

El tutor ha de ser nombrado por el difunto. En defecto de nombramiento (del padre), lo designa la madre o los parientes próximos. A falta de éstos, un miembro de la jaruba o del pueblo.

Varios *kanun* velan por la conservación del patrimonio del menor sometido a tutela. Se prohíbe al tutor operar sobre los bienes del menor; caso de que las circunstancias exigiesen gravarlos o venderlos, ha de intervenir la *yemâa*.

Está prohibida toda comunidad de bienes entre el tutor y el menor.

(1) Se practica esta prueba tomando una cuerda delgada (y el hilo doble), rodeando el cuello. Desdoblada, se sujeta por los dos extremos a los dientes incisivos. Si la comba que forma puede llegar —hacia atrás— hasta la nuca, libremente, se proclama la mayoría de edad.

ESTATUTO REAL

DERECHO SOBRE LAS COSAS O BIENES

Visitando las regiones fértiles del país kabyla se puede advertir el cuidado especial, exquisito, con que limita su propio terreno cada kabileño. Lo mismo se ha observado con los litigios sostenidos para defender o consagrar el derecho inmobiliario. En esas costumbres se descubre cómo se dan maña los indígenas para que las controversias sobre terrenos duren, y para que, aun terminadas, se remuevan bajo distinta forma.

En substancia, puede asegurarse que todo el orden jurídico de la kabylia se inspira en el principio de respetar el estado posesorio, como si hubiese adquirido, allí, carta de naturaleza el conocido aforismo *in pari causa, melior est conductio possidentis*.

CLASES DE BIENES

Real y verdaderamente no hay en la legislación kabylia más que dos clases de bienes: los de propiedad privada y los *mexmel*, de la comunidad (o del pueblo).

En los de propiedad privada las facultades (del dueño) son de tan amplio sentido que van más allá del *ius utendi et abutandi* del Derecho romano. Todo kabylia es propietario, salvo raras excepciones, y se identifica tanto con la tierra que cultiva, que puede disponer de ella sin limitación alguna. La expresión *quod meum est meum est* traduce perfectamente la relación íntima de cada kabylia con su propiedad.

Los bienes *mexmel* o de la colectividad (*tzaddartz*) eran muy numerosos en la época de florecimiento de la vida económica en la kabylia; efecto de las aportaciones o legados de los propietarios ricos. A esa época se refiere la conocida frase de que pastaban en los bienes *mexmel*, de la colectividad, la vaca de la viuda y del huérfano.

Sobre estos bienes actuaba con plena soberanía la *yemâa*, llegando, en el ejercicio de sus facultades, a suministrar a un ka-

bylia, en edad de trabajar, aunque sin bienes, una parcela para que la cultivase. Créese que por falta de atención de los jefes indígenas disminuyeron, sensiblemente, los bienes de los pueblos (*mexmel*).

La constitución de estos bienes llenaba un doble fin : asegurar a los pobres la asistencia por el trabajo y eliminar el proletariado.

* * *

Mucho se ha fantaseado acerca del carácter colectivista de la propiedad kabylia.

Por más que sean frecuentes los contratos *mugharza*, esto es, de sociedad, y por más que la mayoría de los contratos se deriven del espíritu de asociación, tan despierto entre el elemento kabylia, existe una radical diferencia entre asociación y comunismo.

La *mugharza* se funda en el espíritu de asociación, tan propia del carácter kabylia, y sirve al desenvolvimiento de su actividad e iniciativa. Mientras que, al revés, una tierra colectiva se arrebató al sujeto individual para transmitirla al sujeto convencional, cual es la comunidad.

Para percatarse de estas notas diferenciales, basta fijarse en el distinto sentido que tiene la palabra *habus* en Derecho musulmán y en Derecho kabyla.

En Derecho musulmán, el *habus* implica un bien (o carga) atribuido por tiempo o definitivamente a un establecimiento o corporación religioso, o sujeto a una carga religiosa. Mas en país kabylia, el *habus* tiene una significación especial : significa, o una disposición testamentaria en favor de una mujer, y sólo por la parte alícuota de usufructo que se la puede otorgar sobre cosas muebles o inmuebles, o una forma especial de donación conforme a la cual el donante se reserva, de por vida, el goce del bien objeto de la donación.

Por eso se ha escrito, y no sin razón, que el *habus* ostenta en tierras musulmanas carácter comunista ; lo que no ha ocurrido a esa institución en el territorio kabylia.

* * *

Si se tiene en cuenta que el Derecho kabylya está basado en la libertad de contratación, y que los moradores del territorio se ausentan del mismo, en gran número, para obtener, en país extraño, recursos, se comprenderá la existencia en ese territorio de varias formas de usufructo, derivadas, naturalmente, de las ausencias a que antes aludí: observándose, constantemente como norma, que el interés particular ceda ante el general.

Por eso, precisamente, se ha practicado en Derecho kabylya, y puede decirse que todavía existe, allí, en ese país, la expropiación forzosa por causa de utilidad pública. La construcción de caminos, puentes, etc., pueden originar casos de expropiación por causa de utilidad pública, con intervención de la *tsaddartz* (pueblo), y pago—naturalmente—de la correspondiente indemnización.

* * *

El Derecho kabylya reconoce y reglamenta los mismos modos de adquirir la propiedad que las naciones cultas.

Por lo concerniente a la accesión, se ha resuelto, en un caso concreto, por la *yemâa* respectiva, que la porción—de tierra—separada por la riada debe atribuirse al propietario del fundo a que se unió: suponiendo al dueño del terreno disminuído conocedor de la acción de las fuerzas físicas en casos análogos.

En cuanto a los árboles que hubiera llevado la riada, el *kanun* resolvió que puede el propietario primitivo desarraigarlos y trasplantarlos a su costa.

Estableciéndose, por el Derecho kabylya, como único fundamento de la propiedad el trabajo, establece que las cosas encontradas no pertenecen al que las encuentra, y que debe declarar todo hallazgo, ante la *yemâa*, so pena de multa.

Merece singular mención, por su interés y originalidad, lo legislado sobre apicultura, industria floreciente en la kabylya.

Se permite la captación de enjambres en terrenos comunales.

Con tal fin, algunos kabylys preparan las colmenas y las resregan con plantas olorosas, del gusto de las abejas. Si se alberga en ella algún enjambre, adquiere—así—el indígena la propiedad.

Pertenece al propietario de un árbol el enjambre errante posado en él, a menos que el primitivo propietario del enjambre lo haya

seguido sin perderlo de vista y lo reivindique seguidamente. Sin embargo, si por reintegrarse en la posesión de sus abejas causara perjuicio al árbol, no le sería—esto—permitido, y perdería la propiedad del enjambre.

La prescripción adquisitiva, caso de roturación de terrenos, se admite, si no fué perturbado, en la posesión, el roturador, por el primitivo propietario. Como término de la prescripción, tres años.

En relación a los ausentes, como resultaría injusto aplicar el mismo plazo de prescripción, se ha fijado como término el de «la vida de un hombre», setenta años.

* * *

El principio de libertad de contratación, fundamental—como ya se apuntó—en Derecho kabyla, se aplica más radicalmente, si vale la expresión, en materia de donaciones.

Puede ser donado cuanto esté en el patrimonio del donante, y a quien éste quiera donar. Por eso, «es válida la donación hecha en estado de salud a una niña, a una hermana, a una mujer.»

Ha de ser hecha—la donación—ante testigos. Se perfecciona por la toma de posesión; y, desde que se aceptó, es irrevocable.

Hay, sin embargo, en este particular, que distinguir el caso de una donación a un niño por el padre, la madre, el abuelo. Se sobreentiende que responderá, en su día, el niño, a los propósitos del donante: resulta, pues, justo que pueda revocarse la donación, en tal caso. También se sobreentiende que los kabyla no admitirían que un padre volviera sobre sus actos sin un motivo legítimo.

Los *kanun* miran con especial solicitud las donaciones que se hacen a los pueblos; considerándolas como obras de alto interés social. Sabido es que los bienes de la *yemâa* (*mexmel*) constituyen un medio para aminorar las desigualdades sociales y aun de impedir la formación del proletariado, aumentando—en lo posible—los medios de asistencia social.

ANTONIO MARTÍNEZ PAJARES,

Doctor en Derecho.

(Continuará.)

Por folletos y revistas

RICARDO SEEGER.—«Las multas a las personas jurídicas». *Gaceta del Foro*, 5 Febrero 1930. Página 213.

Las multas por impuestos son de contravención o de condena ; las primeras se imponen independientemente de la intención del agente ; las segundas suponen tal intención, el dolo criminal o por lo menos el dolo. A esta categoría pertenecen las multas por los impuestos indirectos.

La doctrina y la jurisprudencia francesa reconocen unánimes la multa de condena como pena y la infracción a los impuestos indirectos como delito ; en derecho argentino tampoco hay cuestión ; el artículo 36 de la ley 3.764 establece que cualquier falsa declaración, acto u omisión que tenga por mira defraudar los impuestos indirectos será penada con una multa, agregando también la prisión en los casos de grave defraudación, reincidencia o concurso ; la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Buenos Aires, la de la Suprema Corte y de toda la Justicia federal abonan esta interpretación.

Ahora bien, supuesto el delito, ¿ se puede exigir la multa a las personas jurídicas o es preciso hacerlo a los individuos que hayan cometido la defraudación ? Las personas jurídicas no pueden ser sujetos de delito por razones de lógica, de doctrina, por imposibilidad física y por disposición de las leyes ; la doctrina y la jurisprudencia francesa también garantizan esta doctrina ; en la Argentina, el artículo 43 del Código civil establece « que no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daño, aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente hubieren cometido delitos que

redundan en beneficio de ello»; la doctrina extiende también la inmunidad al cuasi delito y a la sola relación de causalidad entre el acto y sus consecuencias; lo mismo sostiene la Corte Suprema de la Nación, «a no ser que disposiciones especiales la hayan establecido».

En el terreno penal la cuestión no se discute ni en cuanto a la acción directa penal, ni en cuanto a la acción por indemnización o por responsabilidad, siendo invariable la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la capital de establecer la irresponsabilidad de la persona moral, aun tratándose de multas impuestas por la ley del Banco Municipal de Préstamos, por la ley, 4.661 o por la de juegos de azar y otras, llegando en la Sentencia de 29 de Marzo de 1927 a afirmar que la ley presume que son los patrones los infractores y que tratándose de una Sociedad Anónima deben entenderse por patrones a quienes la dirigen, avanzando todavía más una minoría del Tribunal, que no acepta como responsables de la multa ni aun a los directores, sino a los encargados directamente de la Casa, a saber, los verdaderos autores de la infracción.

Si la jurisprudencia federal no se ha pronunciado sobre la pena del artículo 36 de la ley 3.764, es porque la cuestión no se la ha planteado; y si hubiere llegado a imponer alguna pena a las personas jurídicas, sería por no haberse hecho constar tal circunstancia. Y así tenía que ser, dados los principios expuestos, los fallos de la Corte Suprema que califican tales multas «como penas establecidas para castigar delitos», y el agregar al artículo 36 la pena de arresto para los casos graves o concurso de infracciones, cosa sólo concebible cuando hay delito.

No puede argumentarse en contra que éste es un privilegio injusto y que serían ilusorias las sanciones penales, pues así lo quieren los principios invariables del Derecho penal, el artículo 43 del Código civil, que extiende la irresponsabilidad aun a las acciones civiles por indemnización de daños provenientes de delitos y aunque éstos hayan beneficiado a la Sociedad, y la Corte Suprema que hace comprender en ella hasta la indemnización de daños provenientes del cuasi delito, de la culpa civil o la imprudencia; lo cual tiene su fundamento no sólo en que un ser ideal es incapaz de delinquir, sino en que es injusto que por hechos cometidos por los

administradores o empleados sufran perjuicios los miembros de la persona jurídica, generalmente accionistas que no tienen medios para preverlos o evitarlos. Además existe la pena contra los representantes directamente, pudiendo llegar hasta el arresto. Tampoco puede argumentarse con el caso de las multas estrictamente contravencionales, como las de la ley de sellos, pues éstas no son de condena y sólo proceden cuando el contribuyente quiere servirse del documento sujeto al impuesto.

Tampoco se pueden invocar los fallos de la Suprema Corte en que este Tribunal ha establecido que no se aplica la disposición del artículo 43 del Código civil a las defraudaciones a la renta fiscal por infracciones a las ordenanzas de Aduanas, pues estas multas se imponen «porque esas disposiciones castigan la infracción sin tener en cuenta si hubo intención dolosa o error inocente» (tomo 59, página 22), o «porque la infracción se produce sin necesidad de intención por el solo hecho de la disminución de la renta fiscal» (tomo 66, página 53), y así en varios lugares. Además, son fallos dictados contra ferrocarriles, cuya responsabilidad está establecida por leyes especiales, en las que se establece que estas multas son contravencionales y no se exige el dolo, aunque sea sólo civil, ni la culpa o imprudencia, llegando a aplicarse aun en caso de error. Por lo demás, las ordenanzas de Aduanas llaman fraude a toda falta del Registro de declaración o todo hecho que dé menos renta, caso esencialmente distinto del concepto de fraude del mencionado artículo 36, que se refiere a un acto intencional.

Estos fallos, por el contrario, no concuerdan en absoluto con el criterio del fallo posterior del tomo 113, página 104, en cuanto a la irresponsabilidad absoluta aun en casos de contravención, ni con la teoría de la Corte de «que la persona jurídica sólo es responsable del dolo o culpa de sus representantes, cuando disposiciones legales expresas lo hayan establecido»; ahora bien, sólo existe la ley 11'210, que la haya establecido, cuando se trata de los trusts; luego si en ninguna otra ley las menciona, es porque quedan excluidas.

No son invocables tampoco las disposiciones de los artículos 30 y 31 de la ley 3.764, ni el artículo 143 del Código de comercio: 1.º Porque teniendo incorporada a su economía el artículo 48 del Código civil, que trata de las personas jurídicas, no las menciona

ni explícita ni implícitamente. 2.º Porque el artículo 31 de la ley 3.764 habla de propietarios de las mercaderías, y el 30, de poseedores de los efectos; ahora bien, en materia penal, las excepciones deben ser expresas, y las sanciones no se deben imponer por analogía; luego aunque en los términos «propietarios» y «poseedores» comprendiéramos a las personas jurídicas, éstas serían responsables sólo de las mercaderías o efectos y por razón del impuesto a esas mercaderías o efectos o su negociación, y no se extendería a las Compañías de Seguros u otras que no han incurrido en defraudación como propietarios o poseedores de mercaderías o efectos.

Por último, estas disposiciones no disponen que el propietario incurrirá en la multa, sino el 31 de la ley 3.764, «que será responsable de las multas», y el 143 del Código de comercio, «que las multas se harán efectivas en los bienes que administre el factor», y una cosa es incurrir en una multa y otra ser responsable de una multa o condena impuesta a otro. No es preciso desarrollar este punto, bastando recordar el derecho francés en que el padre es responsable por la multa impuesta al hijo, o el marido por la impuesta a su mujer, sin que se pueda seguir proceso contra el padre o el marido, cobrándose sólo la multa por acción de responsabilidad. Y no es lo mismo, ni moral ni económicamente, que se declare a una persona jurídica responsable con sus bienes por actos cometidos por sus factores o representantes, que se le procese y condene directamente por defraudación.

Y termina el artículo con estas palabras: Será o no conveniente la irresponsabilidad de las personas jurídicas en estos casos; será, si se quiere, necesario derogar los principios comunes y fundamentales. Ello, con respecto a principios de fondo y sobre todo con respecto a responsabilidad penal de carácter penal, sólo corresponde al legislador. Por interpretación, ni la defensa social es invocable, ni en otros países ni en el nuestro, y me cuesta recordar, por lo gastado, el caso de los ladrones de cadáveres.

JACINTO C. ARMANDO.—«Responsabilidad del socio solidario y avalista». *Gaceta del Foro*. Página 237.

Los caracteres distintivos de la Sociedad colectiva son la solidaridad y la responsabilidad personal o ilimitada de sus socios; de

las obligaciones contraídas responde, por lo tanto, el capital social, y subsidiariamente, los socios con sus bienes propios. Ahora bien, si la firma de una Sociedad puesta al pie de un documento obliga a los socios, primero con los bienes sociales y subsidiariamente con los suyos propios, ¿qué nueva garantía constituirá cuando las obligaciones hayan sido también firmadas por algún socio individualmente? ¿Será tal firma una redundancia o una garantía que puede hacerse efectiva con más posibilidad que cuando se trata de la firma social? La firma del socio solidario tiene una finalidad y no es sólo un valor decorativo. Veamos cómo esa responsabilidad puede hacerse efectiva.

Una sociedad colectiva obtiene de sus acreedores una rebaja de un 40 por 100 en sus créditos. Teniendo en cuenta que el socio colectivo responde también subsidiariamente con sus bienes propios, ¿aprovechará también la quita al firmante individual? La firma individual es la fianza de la obligación; técnicamente es un aval; el avalista se encuentra en el caso de cofiador solidario; la quita no favorecerá a éste; luego tampoco favorecerá ésta al firmante individual.

La firma particular del socio facultará al acreedor a dirigirse directamente contra él en su carácter de deudor directo, sin esperar la excusión de los bienes sociales ni perjudicarse con los quebrantos de la sociedad, lo contrario de lo que sucede cuando se procede contra el socio colectivo, lo cual sólo podrá hacerse, cuando se ha establecido la insolvencia de la sociedad; luego, además de no beneficiarse el firmante individual con el resultado del concurso de la sociedad dará mayor seguridad a la obligación, con lo cual se aumentará el crédito, que es una de las condiciones esenciales del comercio.

Lo mismo ocurre en el caso de que haya adjudicación de bienes con la extinción consiguiente de las obligaciones y la inclusión de los bienes del socio avalista en el acervo social, pues las obligaciones que se extinguen son las sociales, no las personales del firmante, quien, por carecer de bienes no podrá momentáneamente hacer efectivo el crédito; pero dentro de los principios generales del derecho no se le podrá desobligar por la carencia de un patrimonio positivo.

La quiebra de la Sociedad tampoco altera la tesis, pues sin

perjuicio de que las deudas individuales deberían liquidarse con preferencia a las de la Sociedad, la quiebra de la Sociedad termina con la inhibición del comerciante durante un tiempo dado, pasado el cual se le da carta de pago, no beneficiando a los acreedores el mejoramiento de solvencia de la Sociedad o del socio, lo contrario de lo que ocurre con el fiador individual, al que pueden ejecutar sus acreedores, teniendo la posibilidad de cobrar sus créditos con el transcurso del tiempo.

Sostener, pues, lo contrario sería aceptar el absurdo de que la firma que un socio pone al pie de una obligación contraída por la Sociedad colectiva de que forma parte no tendría explicación y sólo se le podría conceder un valor decorativo. Así lo ha entendido la jurisprudencia, cuando la Sociedad había hecho adjudicación de bienes y cuando se había declarado su quiebra, según puede comprobarse en la *Gaceta del Foro*, número 3.826, página 87, y en el 4.407, página 319.

CLARET (POMPEYO).—«El contrato de compraventa con reserva de dominio, según la Legislación y la Jurisprudencia española».—*Revista de Legislación y Jurisprudencia*. Página 516 y siguientes.

El contrato de compraventa con el pago aplazado del precio por entregas periódicas se ha impuesto en la economía moderna y acogido por el Comercio, se ha generalizado para los productos de la moderna civilización que exigen un desembolso de cierta importancia. Siendo una de sus principales características la falta de solvencia del comprador, es natural que el vendedor haya querido asegurarse la única garantía posible, a saber, el objeto vendido y los plazos pagados.

La práctica ha señalado como fórmula jurídica para esta garantía la reserva de dominio, en virtud de la cual los objetos pasan a la posesión del comprador, quedando la propiedad en favor del vendedor hasta el total pago del precio. Ahora bien, ¿la multitud de personas que así contratan celebran un acto legal con consecuencias jurídicas, o celebran un acto jurídicamente nulo? He aquí el problema.

Nos encontramos, de una parte, ante un hecho que debe ser cla-

ramente definido en sus consecuencias jurídicas, y de otra, con un silencio legal y una jurisprudencia contradictoria. En efecto, el Código civil no menciona este pacto, pues si bien el artículo 1.255 dice que pueden establecerse los pactos, etc., siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y el orden público, pareciendo que la reserva de dominio cae dentro del amplio margen de la libertad de pactar, por otra parte, el contrato de compraventa tiene regulado por la ley su índole especial en virtud de la cual, una vez celebrado, la cosa pasa a la plena propiedad del comprador, aunque no se haya entregado la totalidad del precio, como ya reconocía Gayo en el Digesto y como reiteradamente ha proclamado el Tribunal Supremo, quien, además, ha sentado la doctrina de que el mencionado contrato se perfecciona por el consentimiento y se consuma por la entrega de todo o parte del precio; ¿cabe pactar contra esta índole especial del contrato?

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Diciembre de 1911 declara, sentando la doctrina anteriormente expuesta, «que la cláusula que dejaba en suspenso la adquisición del dominio, por no ser natural del aludido contrato, hay que convenir en que estableció, no una limitación del dominio, y sí una especie de prenda o de garantía para asegurar el total cobro del precio».

Esta Sentencia, aunque fuese equivocada, fijaría un punto de vista claro sobre tal pacto, si el mismo Tribunal en otra de 16 de Febrero de 1894 no hubiere sostenido que la reserva del dominio es perfectamente lícita y cae dentro de los pactos, que permite el artículo 1.255 del Código civil, adelantando aun más en la de 6 de Marzo de 1906, en la que sostiene que el vendedor con el pacto de reserva puede reivindicar la cosa vendida de cualquier poseedor: doctrina esta última que fué completamente rectificada en Sentencia de 1.º de Diciembre de 1909 al declarar «que sería contradictorio y, en este aspecto, inmoral, que una casa vendedora por pacto reservado pretendiera retener la propiedad de una cosa que vendía para el comercio».

Otra sentencia del mismo Tribunal, de 30 de Noviembre de 1915, contradice lo afirmado en 1911 y ratifica la doctrina de 1894 y 1906, en cuanto declara lícito el pacto y que hasta el completo pago sólo se transmite al comprador el uso y disfrute, y que el contrato sólo se consuma con la entrega de todo el precio y no con

una parte de él: extremo este último en flagrante contradicción con lo mantenido siempre por el Supremo. De estas contradicciones se procurará deducir el más claro criterio jurídico, distinguiendo entre su validez respecto a los contratantes y su eficacia respecto a terceros.

En cuanto al primer punto, creemos que es válido el pacto de reserva de dominio porque así lo sostiene la sentencia de 30 de Noviembre de 1915, ya citada, y porque, entre las contradicciones advertidas, es la que ofrece más sólida base jurídica. En efecto, este pacto fué reconocido por el Derecho romano, inspirador de nuestro Código en este punto y Ulpiano (Digesto, título XXVI, libro XLIII, Ley 20) dice: «El vendedor puede conseguir que estén en precario en poder del comprador las cosas que se vendieron, hasta que se pague todo el precio, si en el comprador consistió que no se pagara»; y en el Código Justiniano (Ley 3.ª, título LIV, libro LV) se dice: «El que vendió un predio con esta condición, que, si no se hubiese pagado lo restante del precio dentro de cierto tiempo, revertisese a él, si no entregó la posesión precaria, no tiene la reivindicación de la cosa, sino la acción de venta»; esto es, que si el vendedor entregó sólo la posesión precaria, goza de la acción reivindicatoria, produciendo la compraventa con reserva de dominio sólo la posesión precaria, como la ha reconocido el Supremo al sostener que el comprador sólo adquiere el uso y disfrute de la cosa hasta el completo pago.

Otro fundamento jurídico es el artículo 455 del Código alemán, que considera el caso como una condición suspensiva dependiente del pago total.

Cae, por lo tanto, dentro del artículo 1.255 de nuestro Código el predicho pacto, tanto por ser una necesidad de la economía moderna, como por tener su base en las más antiguas fuentes de nuestra legislación.

En cuanto al segundo punto, creemos que el pacto de reserva de dominio no debe tener eficacia respecto a terceros, pues, aunque también hay contradicción en la jurisprudencia, la sentencia de 1909 rectificó el criterio anterior, afirmando que el pacto no es eficaz para terceros, y aunque en la sentencia de 1915, ya citada, se da lugar a una tercería de dominio, hay que notar que el tercero conocía la existencia del pacto, como se hace constar en la misma.

Queda, por lo tanto, firme el criterio del Supremo de no perjudicar el pacto más que al tercero que lo conocía; lo cual es lógico, pues la cosa mueble se supone propiedad de quien la tiene en su poder, y el tercero, que la adquirió de buena fe, no puede quedar sometido a la acción reivindicatoria, a no ser que se creara un Registro de escrituras sobre esta clase de contratos, llevado alfabéticamente, lo cual parece aun muy lejos en España. Como colofón del artículo haremos constar la necesidad de que el legislador reglamentase este pacto para evitar perplejidades contrarias a la seguridad que debe ofrecer el Derecho.

DR. FERNANDO GANIVET, del Colegio de Santiago de Cuba.—«La prescripción cambiaria y el negocio causal». *Revista Cubana de Derecho*. Página 91 y siguientes.

La obligación cambiaria procede generalmente de relaciones jurídicas anteriores o simultáneas, rara vez de otras relaciones cambiarias; en este último caso, cuando el tenedor de la letra pierde su acción cambiaria no le queda ninguna otra contra el deudor; mas cuando no es así cabe preguntar: ¿Prescrita la acción cambiaria, puede considerarse también prescrita la acción derivada de la otra relación?

Cuestión ésta aparentemente sencilla, encuentra grandes dificultades en la práctica, tanto que la doctrina y la jurisprudencia francesas e italianas han estado divididas al estudiar este precepto en sus Códigos.

En España, la cuestión no ha sido estudiada por los tratadistas ni resuelta por el Tribunal Supremo. En Cuba existen dos tendencias, que no pueden considerarse como definitivas en la resolución del problema que se intenta conseguir con este artículo, siendo conveniente hacer un boceto de derecho comparado antes de estudiar el problema en el Derecho cubano.

Pueden considerarse tres tipos fundamentales en materia cambiaria: 1.º Sistema francés, según el cual la letra de cambio es sólo expresión de un contrato de cambio, siendo sus consecuencias lugar de pago distinto del de expedición y la existencia de relaciones distintas entre el librador y tomador, debiendo expresarse el *valor* (equivalente a causa) y entre el librador y el librado. En

este sistema, la letra no puede ser considerada aisladamente de la relación jurídica que le sirve de base; es seguido por Holanda, Chile y Ecuador.

2.º Sistema alemán-inglés, establecido por la ley de cambio alemana de 1848, según la cual la letra es un instrumento de crédito, independiente de cualquier contrato, llamado a sustituir a la moneda; considera la letra como obligación autónoma, con abstracción completa de los contratos que la engendraron; es seguido por Italia, Austria, Dinamarca, Suiza y Portugal.

3.º Sistema español. Este sistema, como el belga, participa de los dos reseñados, guardando la letra relación con el contrato que le sirvió de base.

En consecuencia, se examinará la cuestión en las legislaciones italiana y francesa, que es donde más se ha debatido, para estudiarla después en la cubana.

Italia.—Dos son las tendencias fundamentales; una considera que la letra produce novación de la relación jurídica fundamental, y otra no admite la novación. Vidari, seguido de Marghieri, acatando una sentencia de la Corte de Apelación de Venecia, de 25 de Marzo de 1889, sostiene que, cuando una obligación adquiere forma cambiaria, se convierte en obligación regulada solamente por la ley cambiaria.

Esta tesis, aunque de poco prestigio doctrinal, ha sido acogida por los Tribunales de casación de Nápoles, Florencia y, sobre todo, en la sentencia del Tribunal de Casación de Roma de 17 de Noviembre de 1925, que razona la solución así: Se entiende que cuando las partes concretan sus relaciones jurídicas en un letra de cambio voluntariamente se sujetan a esta forma con sus ventajas e inconvenientes, con lo cual se evidencia que la emisión de la letra *implica por regla general una novación*.

Los partidarios de la tesis contraria abundan más, pero no todos llegan a la misma conclusión.

Figura en primera fila el profesor romano Vivante, quien establece una distinción: la cambial se da como medio para exigir el crédito o como pago del mismo; en el primer caso, subsiste el crédito fundamental, no así en el segundo; para él, la letra en general no produce novación: sólo se trata de reforzar el crédito y movilizarlo para descontarlo; sólo en casos especiales el libramien-

to va acompañado de circunstancias que evidencian el ánimo de novar.

Vivante reconoce, sin embargo, que la entrega de la letra en lugar de dinero obliga al acreedor a utilizar la vía cambiaria, pues de lo contrario el deudor estaría obligado a hacer provisión de fondos tanto para el librado como para el acreedor, y cuando la letra es impagada o no aceptada, recobra el acreedor el libre ejercicio de su crédito ordinario.

El pago, continúa el mismo autor, extingue el crédito cambiario y el fundamental, tanto cuando la letra se paga o es endosada y caduca por no conservar el acreedor intactos los derechos del regreso cambiario, bien por defecto de protesto o por haber dejado transcurrir los términos. Navarrini entiende que sólo se elimina la obligación fundamental por convención de las partes, quedando reducida la cuestión a indagación de la voluntad; como resumen, distingue que la cambial se dé *pro solvendo*, o como refuerzo de la obligación: si lo primero, el tenedor no podrá accionar contra su deudor ex causa, si no justifica previamente el no pago de la cambial; si lo segundo, podrá dirigirse libremente contra uno u otro.

El profesor Manara, criticando una sentencia de la Corte de Apelación de Perugia, de 31 de Octubre de 1893, en la que se resolvió que la prescripción de la acción cambiaria extingue la acción derivada del contrato fundamental, refuta los considerandos y expone su opinión de que al hablar el artículo 919 del Código de comercio italiano de la prescripción cambiaria derivada de la letra, sólo ha querido referirse a las acciones que tienen su origen en la misma letra, y no a las procedentes de la relación fundamental, debiendo plantearse así el problema: ¿La emisión o negociación de la letra implica novación de la obligación preexistente? Contesta que debe manifestarse claramente la voluntad de novar: la cuestión se reduce a considerar si la nueva causa *debendi* es incompatible con cualquier otra que haya determinado su creación: así la cambial germánica es un título que contiene una obligación independiente de cualquier otra que haya podido determinar su emisión; luego no hay que hablar de incompatibilidad de causa *debendi*. Si al creador competen dos acciones, ¿podrá ejercitarlas indistintamente? Al contestar distingue dos casos: 1.º La prescripción y caducidad cambiarias extinguen la acción derivada de la re-

lación fundamental cuando por efecto de esa prescripción o caducidad el deudor ha perdido sus derechos cambiarios contra los demás coobligados; 2.º No obstante lo anterior, el deudor tiene derecho a la indemnización del daño que le haya producido el acreedor negligente en el cobro de la cambial, y este derecho puede alterar del todo los efectos derivados de la relación fundamental.

Hay escritores, entré ellos Majorana, que, sobre la base de algunas sentencias de tribunales italianos, distinguen el caso de que la emisión de la letra se haga contemporáneamente al derecho del acreedor, de aquél en que la obligación originaria sea anterior a la letra; en el primer caso, no habrá más que una obligación y una prescripción; no así en el segundo. Paganini acepta la misma distinción, porque la omisión de la cambial o es consecuencia de la perfección de un determinado negocio, y entonces será discutible si se ha novado o no la obligación, o concomitante con la constitución del mismo, y entonces la emisión es sólo un elemento integrante, lo cual excluye la posibilidad de novación.

Hay otros escritores que, sin admitir la eficacia novativa, aceptan que la prescripción de la acción cambiaria extingue la acción derivada del contrato fundamental.

Entre ellos está Errera, quien llega a la conclusión de que prescrita la acción cambiaria se extingue la acción primitiva del contrato fundamental, no porque la obligación quede novada ni porque a su carácter ordinario se agregue la cambiaria, sino porque está revestida desde su origen de esta forma, quedando sujeta a las disposiciones de la ley Cambiaria. Esta tesis ha sido acogida por varios tribunales italianos, y entre ellos la Corte de Casación de Florencia, en sentencia de 21 de Diciembre de 1899.

Dupino, siguiendo sustancialmente a Errera, afirma que aun excluida la novación, no puede decirse que a causa de la forma cambiaria subsisten dos acciones, sino que subsiste la relación preexistente revestida de la forma cambiaria y regida sólo por esta ley. Esta teoría se apoya tanto en el articulado del Código de comercio italiano como en la relación verbal del proyecto.

Mortara, rechazando también la posibilidad de la novación, sostiene también que la obligación fundamental revestida de formas cambiarias debe ser regulada en primer lugar por esta ley, quedando en vigor las normas de la obligación fundamental sólo en

cuanto a los efectos jurídicos no regulados especialmente por la ley. Aun admitiendo que la prescripción de la acción cambiaria no deja sobrevivir otra acción, admite que en el fondo hay que interpretar la voluntad de las partes, dependiendo de esto la oscilación de la jurisprudencia.

Sorani entiende que reducir el problema a la indagación de la voluntad de las partes es dejarlo sin resolver; no hay novación en el sentido clásico si hay mutación por la tendencia del comercio a abreviar la prescripción; al aceptar las partes un documento de crédito muestran su voluntad de abandonar las otras formas, y si tal sustitución es perjudicial para el acreedor, hay que respetarla en cuanto al deudor, que se coloca bajo otras sanciones más rigurosas que representan ventajas para el primero.

La opinión se encuentra muy dividida, aunque con la tendencia a que prevalezca la teoría de que sin producirse novación en la obligación fundamental, la prescripción cambiaria afecta a esta última, y todo ello bajo el régimen de una legislación que se inspira en la teoría alemana de la autonomía de la letra.

En Alemania también esta cuestión ha sido discutida y resuelta en distintos sentidos por la doctrina y la jurisprudencia; mas la opinión predominante es la de Grundhut, según la cual todo se reduce a una indagación de voluntad, esto es, a examinar si la cantidad se dió *pro solvendo* o *pro soluto*: en el segundo caso, existe un pago que extingue la obligación fundamental; en el primero, el crédito cambiario se acumula como accesorio sin sustituir a la obligación principal.

FRANCIA.—«La jurisprudencia y la doctrina son antagónicas».

La Corte de Casación de París, en sentencia de 8 de Mayo de 1850, admitió que la prescripción cambiaria extingue la obligación principal, pero en la Resolución de 4 de Diciembre de 1878 se retractó, prevaleciendo hoy esta doctrina, fundándose en que la emisión de la letra no opera novación de la obligación fundamental (París, 28 de Diciembre de 1898; Casación. París, 28 de Abril de 1900).

En la doctrina se inclinan los escritores a admitir la extinción de la obligación originaria.

Lacour & Bouteron creen que la cuestión depende principal-

mente de la voluntad de las partes. La emisión de una letra generalmente posterior al contrato original es una convención nueva que hay que interpretar sobre la base de la buena fe y equidad. Si el vendedor se ha reservado la *actio venditi* es previendo el caso de que no pueda obtener el pago mediante la cambial; mas si esa imposibilidad se debe a su negligencia, no se hará recaer sobre el deudor sus consecuencias. Lo mismo opinan Thaller y Perceou.

Lyon Caen y Renault, que en la tercera edición de su obra de Derecho mercantil habían defendido la opinión contraria, se retractan en la quinta, sosteniendo que la emisión de un efecto cambiario no implica novación; pero aquella persona a cuyo favor se libra o endosa, se somete a ciertas obligaciones, entre las cuales está el accionar antes que la letra prescriba; si falta a su obligación, no puede hacer recaer sobre otros su negligencia. En el hecho de la creación o endoso de una letra hay una renuncia a la prescripción ordinaria. Thaller, comentando la sentencia de la Corte de Casación de París de 28 de Abril de 1900, según la cual la prescripción de la letra no extingue la acción fundamental, sostiene la opinión contraria afirmando que la solución dada depende de la falsa idea de que la letra no implica novación; no hay duda de que no ha sido novada, pero el crédito se ha transportado a la letra y desde entonces ya no tiene existencia independiente.

La jurisprudencia se inclina por la negativa, mientras la doctrina sostiene la afirmativa, fundándose en una presunción de voluntad.

«Legislación vigente en Cuba».—Trátase de resolver esta cuestión dentro de la Ley mercantil cubana que acoge un sistema mixto del alemán, italiano, inglés y francés, predominando éste.

Claro es que teniendo la novación el carácter de modo de extinción de las obligaciones por otras que las sustituyan, el libramiento de una letra no implica necesariamente novación, como lo han declarado muchas sentencias del Tribunal Supremo de Cuba y España.

También las partes pueden, si quieren, extinguir la primera relación sustituyéndola por la cambiaria, pero es necesario que cons-

te claramente la voluntad de los contratantes sin que baste la presunción.

Por otra parte, no se puede hablar de novación cuando la emisión o negociación de la letra es contemporánea al nacimiento de la obligación; por lo tanto, hay que descartar el criterio de la novación.

Tampoco es admisible que por aceptar un acreedor una letra implique necesariamente su voluntad de renunciar a la acción primitiva, sometiéndose a las reglas cambiarias; la renuncia de un derecho debe constar claramente.

FEDERICO BRAVO LÓPEZ,

Del Cuerpo de Letrados de Gracia y Justicia.

(Continuará.)

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas
Capital desembolsado . . . 46.687.000 —
Reservas 48.852.936,16 —

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 10.000 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.

BIBLIOGRAFÍA

REVISTAS EXTRANJERAS

MARWITZ.—*Notas sobre la nueva legislación proyectada para el régimen de los arrendamientos de fincas rústicas* (D. J. Z., 35-8-533/36).

Rige en Alemania, para estos arriendos, la ley de 9 de Junio de 1920, que ha sustituido, temporalmente al menos, con sus preceptos los del Código civil. Responde, en muchas de sus orientaciones, a asimilar los problemas de los arrendamientos en el campo a los inquilinatos, pero no ha sido suficiente; y, como en 30 de Septiembre de 1931 concluye su vigencia, si no se prorroga, el Gobierno ha redactado un nuevo proyecto, ya remitido para su examen al Consejo del Imperio, convencido de que los preceptos de la legislación común no responden a la actual estructura económica de estos arriendos, que representan el régimen de una séptima parte del agro alemán.

Tiéndese en el proyecto a hacer más permanente la situación del arrendatario y a asegurarle la indemnización por mejoras en la finca que se hayan traducido en un aumento permanente de valor de la misma. Hay, en cambio, alguna novedad jurisdiccional que puede resultar dañosa—a juicio del autor—un Magistrado—, como es la intervención de agricultores, propietarios y colonos, en la jurisdicción especial que se crea para dirimir los litigios que puedan surgir de estas relaciones. No ya sólo los defectos inherentes a toda intervención de personas legas en la resolución de problemas técnicos difíciles, sino el principio mismo de que sean personas interesadas, en vez de funcionarios independientes, aparte

las enseñanzas de experiencias pasadas, los que resuelvan esos litigios, abonan en contra del proyecto en esta parte.

CRUSEN.—*Los resultados de la primera Conferencia para la codificación del Derecho internacional* (D. J. Z., 35-10-649/54).

Los temas elegidos por una Comisión nombrada por la Sociedad de las Naciones fueron: nacionalidad, aguas territoriales y obligaciones de los Estados, entendiéndose que se encontraban en circunstancias más propicias para ser objeto de codificación. En 13 de Marzo de este año tuvo lugar la reunión en La Haya de los Delegados especiales de 54 Estados. Sólo se redactaron cuestionarios y se examinaron las contestaciones de diferentes Gobiernos; pero ya el resultado de las deliberaciones sobre estos puntos, sin llegar a dar soluciones de momento, ofrecen un considerable avance en el terreno científico y denotan un amplio espíritu de concordia; como pudo decir Matter, Presidente de la Delegación francesa, entre generales aplausos, a pesar de las enormes diferencias de criterio que separaron en muchos casos a los preopinantes, no se oyó una sola palabra poco amistosa.

GERLAND.—*El proyecto del Ministerio prusiano de Ciencias, Artes y Educación popular sobre reforma de los estudios jurídicos* («Deutsche Juristen Zeitung», 35-11-71/24).

Comienza en este número de la Revista citada una serie de trabajos sobre el proyecto aludido, que pretende dar a los estudios jurídicos un carácter más práctico, a expensas de la intensidad científica; y, en la imposibilidad de reseñar siquiera en sus líneas generales todos estos trabajos, en que alternan Profesores, Magistrados y Abogados en ejercicio, llamamos la atención de nuestros lectores sobre el alcance de esta discusión, que ha encontrado eco en todas las publicaciones jurídicas alemanas, y sobre la casi absoluta coincidencia en repudiar la propuesta. Resume bien esta situación de espíritu un párrafo que en la misma Revista, y en el número anterior al aludido, figura como de Redacción: «Ninguna reforma debe perder de vista que la Universidad es una Escuela Superior y no una Escuela profesional. No debe, por tanto, suministrar a sus alumnos, futuros candidatos en los exámenes, los

conocimientos indispensables para aprobarlos, tarea que queda reservada al trabajo individual. Es, en cambio, labor propia de la Universidad preparar al estudiante para que pueda llevar a cabo metódicamente ese trabajo y ponerle en contacto con personalidades relevantes que le inicien en las diversas disciplinas jurídicas.» Y coinciden con él las últimas palabras del artículo de Gerland: «Nosotros, los Profesores alemanes, debemos luchar para conservarnos fieles al glorioso pasado de nuestras Facultades, teniendo en cuenta que deben continuar siendo Escuelas Superiores y Escuelas Superiores libres.»

STOLL.—*La jurisprudencia del Tribunal del Reich en materias civiles.*—Tomo CXXV de la Colección oficial (D. J. Z., 35-15, p. 996/1.003).

Este tomo, que coincide con una fecha histórica en la del Tribunal, se distingue por la amplitud de contenido, que llega a todos los ámbitos del Derecho civil. Hay decisiones en que, si bien de una manera indirecta, llega a reconocerse el valor de fuente a la jurisprudencia del Tribunal, afirmando, por ejemplo, en una sentencia que cuando un Juez no encuentra orientación para resolver un caso controvertido en los principios sentados por el Tribunal Supremo, le es lícito acudir a los fallos de otros Tribunales y a la doctrina de los autores. Se reconoce el carácter limitado de la función judicial, que debe actuar siempre dentro de la ley, sin que le sea lícito, una vez acreditada su constitucionalidad, juzgar si es o no oportuno en tal o cual circunstancia aplicarla, o si deberá entenderla derogada; ni tampoco censurar la conducta del Gobierno en la redacción de los Reglamentos, cuando éstos no traspasen la órbita de la autorización legislativa; lo cual no impide que, aun en un terreno hipotético, declare el Alto Tribunal que no deberá observarse un precepto que no guarde la necesaria conexión con la naturaleza del Poder legislativo, actos de mando o soberanía, y el ámbito de sus funciones, con lo cual parece abierto el camino para negar obediencia a un precepto enteramente arbitrario, si bien con la limitación que supone el que en otros fallos haya dicho que al Juez no compete examinar si una ley es o no conforme a la Moral y a las exigencias de la buena fe en el co-

mercio jurídico. En materia de interpretación parece inclinarse el Tribunal a la doctrina de la existencia de una voluntad normativa en la ley, cuyo conocimiento puede alcanzarse mediante un análisis de la íntima naturaleza del caso y el principio del equilibrio de intereses; por eso rechaza ciertas interpretaciones de textos legales, a las que califica de *formales*, *externas* o puramente *literales*, para sustituirlas por otras que busquen el *fin* perseguido por la ley y el verdadero contenido de ésta. De resoluciones especiales citaremos algunas de las examinadas por Stoll: las que marcan una tendencia a disminuir las exigencias de forma, en cuanto a la validez de los actos jurídicos; la relativa a la cesión de las hipotecas de *máximum*, que declara admisible, mientras subsista la primitiva relación obligatoria garantizada y no se pretenda sustituirla por otra, para lo cual haría falta una verdadera novación, en la que consintiese el dueño de la finca gravada, y la que, con ocasión de la participación de un hombre casado en una mancomunidad de bienes, no se atreve a reconocerle el carácter de bien común o de patrimonio individual, aunque parece inclinarse a esto último.

BOVENSIEPEN.—*Acortamiento de los plazos de prescripción señalados en el Cód. civ. al.* («Leipziger Zeitsch. f. Deuts. Recht.», 23-24).

EGGER.—*Los derechos de los viajeros a ser indemnizados de los daños causados a su indumentaria cuando viajen en los vagones restaurantes* («Die Wirtschaft und das Recht.», 4-11/12).

BRANDIS.—*La nueva legislación turca sobre nacionalidad.*

STAMPA.—*El derecho al nombre según los preceptos de la legislación suiza* («Zeitsch. f. Standesamtswesen, 10-1).

HAMELBECK.—*Constitución por los «Países» de limitaciones del derecho de propiedad, sin indemnización* («Jahrbuch der Bodenreform», 25-4).

DANINGER.—*¿Es posible el cambio de rango entre dos acreedores hipotecarios, sin consentimiento de otro intermedio, cuando el que ocupaba lugar preferente constituyó simultáneamente la hipoteca con el intermedio?* («Not. Zeit. des Vereins Deuts.» Notare f. d. Tschechoslowak. Rep., 9-11).

- BALLADORE PALLIERI.—*El concepto del «renvoi» en Derecho internacional privado.*
- CIANCARINI.—*Responsabilidad de Alemania y Austria por daños causados a súbditos italianos, durante la guerra, en la época en que Italia era país neutral* («Rivista de Diritto Civile», 21-5).
- KRAEHLING.—*Las demandas de alimentos de los hijos ilegítimos procreados por militares franceses de las tropas de ocupación en Alemania* (D. J. Z., 35-4-292/293).—Una breve nota recordando los principios generales de la legislación francesa, bastante restrictivos en este particular, frente al criterio amplio del Código civil alemán.
- LANDAU.—*Contratos sobre servicios técnicos, según el Derecho soviético* («Zeit. f. Ostrecht», 3-12).
- KORNEL.—*Argumentos en pro y en contra de los análisis de sangre como medios probatorios* («Oesterreich. Anwaltszeit.», 7-1).
- NIKISCH.—*El contrato de empleo.*
- MOSICH.—*La propiedad inmobiliaria y sus limitaciones, según los artículos 905 y 906 del Cóg. civ. al.* («Iherings Jahrbücher», 44-1/4).
- VON MARTH.—*Cambios de nombre* («Zeit. f. Rechtspflege in Bayern», 26-1).
- SCHENKER.—*¿Son admisibles los testamentos mancomunados?* («Zeit. des Bern. Juristenvereins», 66-1).
- GUIDI.—*El fideicomiso de residuo con referencia especial a la jurisprudencia del Tribunal de Casación del Reino* («Rivista de Diritto Civile», 21-6).
- CARDAHI.—*Las garantías reales y la expropiación en el derecho de los países de Oriente sometidos a mandato.*
- VELESCU.—*El contrato de locación en Derecho rumano* («Bull. Mens. de la Soc. de Leg. Comparée», 58-10/12).
- PERITCH.—*El derecho de sucesión en derecho internacional privado yugoeslavo* («Bull. Trim. de l'Institut Belge de Droit. Comp.», 15-4).
- WALDMANN.—*¿Son inscribibles en Baviera aquellas cargas reales cuyo importe se calcule en moneda oro?*
- UHLEMANN.—*¿Es admisible una responsabilidad personal en las deudas reales?* («Mitt. des Bayer. Notarvereins», 7-1).

- ALLERHAND.—*La adquisición por extranjeros de inmuebles situados en Polonia* («Oestrecht. Zeits. für...», 4-1).
- GUENTHER.—*Continuación del contrato de arrendamiento con los herederos del inquilino* («Die Grunstückswarte», 5-5).
- STERN.—*El pago anticipado de alquileres en el supuesto de enajenación de la finca y sus efectos* («Ibidem»).
- SCHLUDERMANN.—*La utilización del rango para hipotecas de diversa índole* («Zentralblatt f. Juristische Praxis», 48-3).
- PAMPALONI.—*Notas sobre la adquisición de propiedad por aluvión* («Studi Senesi del Circolo giuridico della Università», 43-1/2).
- OELZ.—*El Registro de la Propiedad de Viena después de su reconstitución* («Notariatszeitung» (Wien), 72-2).
- MUELLER.—*La prescripción adquisitiva de inmuebles en el Derecho americano* («Zeits. f. Vergleich. Rechtswis», 45-1).
- WAHRMANN.—*El concepto de la condición en el Derecho bíblico y talmúdico*.
- SPIES.—*El depósito, según el Derecho islámico* (Ibidem).
- VON OWSTIEN.—*Los nombres nobiliarios según el Derecho vigente* («Leipz. Zeits. f. Deuts. Recht.», 24-5).
- BERGMANN.—*¿Pueden considerarse matrimonio, en el sentido del Derecho alemán, las uniones registradas como tal en Rusia?* («Zeit. f. Standesamtswesen», 10-6).
- PERITCH.—*El «modus acquirendi» en Derecho francés* («Revue Générale du Droit, de la Legislat. et de la Jurisp.», 53-4).
- JOSSERAND.—*De la naturaleza de las donaciones entre esposos cuando se refiere a bienes futuros* («Recueil Dalloz», 7-6).
- OSTERTAG.—*Referencia a los principales acaecimientos en materia de derecho de propiedad intelectual de Octubre de 1928 a Diciembre de 1929* («Droit d'auteur», 43-2).
- LEVI.—*Derecho de Pandectas, dogmática moderna y Filosofía del Derecho* («Rivista Intern. de Fil. del Diritto», 10-2).

Jurisprudencia alemana sobre cuestiones de Derecho internacional privado :

KESSLER : *Sociedades por acciones*.—WAHL : *Subsistencia de obligaciones e impugnabilidad de las mismas por defectos de consentimiento*. — RABEL : *Representación en negocios jurídicos*

- obligatorios.* — LETZGUS: *Nacionalidad, ciudadanía.* — VON SCHELLING: *Actos prohibidos.* — SCHLEGELBERGER: *Revalorización.* — RICHTER: *Derecho internacional privado en Dantzig* («Zeits. f. Ausl. und. Internat. Privatrecht», 3-4).
- ISKROV.—*La penetración de la legislación soviética sobre matrimonios en los territorios de religión musulmana sometidos a Rusia.*
- LADAY.—*La nueva ley rumana sobre adquisición de maquinaria por compras a crédito* («Zeits. f. Ostrecht.», 4-2).
- CULEMAN.—*La proyectada reforma de la legislación sobre arrendamientos rústicos* («Das Grundeigentum», 49-12).
- PERITCH.—*La legislación yugoeslava de aplicación en derecho internacional privado sobre sucesiones* («Revue Trimestrelle de l'Inst. Belge de Droit Comp.», 16-1).
- COVIELLO.—*Mandatum post mortem.*
- UCKMAR.—*Resolución de contratos bilaterales por incumplimiento.*
- ASCOLI.—*Donaciones entre cónyuges* («Rivista de Diritto Civile», 21-1).
- SCHMIDT.—*Interrupción de prescripción mediante actuaciones judiciales* («Mitteilungen des Preuss. Richtervereins»).
- RHEINSTEIN.—*La significación de las nuevas leyes inglesas y norteamericanas en cuanto a los preceptos de forma en la compraventa* («Zeit. f. Ausländ. und Internat. Privatrecht», 4-1).
- GIACOMETTI.—*Sobre la trascendencia jurídica del adagio «el derecho federal tiene primacía sobre el cantonal»* («Schweizer. Juristen-Zeitung», 26-19).
- BUSS.—*¿Dónde se encuentra la línea divisoria entre arrendamientos rústicos y urbanos, conforme a los fines perseguidos por la ley?* («Deutsches Mietrecht», 10-3).
- MAGNIN.—*La responsabilidad de los accidentes causados por los ascensores y el artículo 1.385 del Code civil* («Revue Trimestrelle de Droit Civil», 29-1).
- VAN LUNTEREN.—*Propiedad y posesión* («Logos», tomo XIX, cuaderno primero).
- HEINDL.—*La acción normalizadora del contrato colectivo en la legislación austriaca y en la alemana* («Zentralblatt f. Jurist. Praxis», 48-5).

- MONIER.—*Las «res mancipi» en la época de Varron* («Rev. Hist. de Droit Fr. et Etr.», 9-1).
- BALL.—*División del espacio aéreo en capas horizontales por encima de la superficie* («Yale Law Journal», 39-4).
- ROSENBERG.—*¿Son admisibles las hipotecas que pretenden garantizar obligaciones de varias personas?*
- HENSELER.—*El derecho al domicilio, después de pronunciada una sentencia de divorcio* («Iherings Jahrbücher», 44-5-6).
- RABEL.—*La transferencia de propiedad en la venta* («Zeit. der Sav-Stiftung. Rom. Abt.», tomo L).
- KOESLER.—*La patria potestad sobre los hijos de un matrimonio después de ser éste declarado nulo* («Zeit. f. Rechtspflege in Bayern», 26-9).
- SATTER.—*El reconocimiento de las sentencias extranjeras en cuestiones matrimoniales planteadas por súbditos checoslovacos* («Prager Juris. Zeit.», 10-9).
- GORLA.—*Notas sobre el concepto de la especificación* («Riv. Ital. per le Scienze Giuridiche», 4-3).
- LEDIG.—*Explicaciones sobre algunos conceptos fundamentales: Acuerdo y contrato* («Revue Générale de la Théorie du Droit», 4-1-3).
- EGYED.—*Ley sobre nacionalidad y ciudadanía en Hungría* («Zeit. f. Ostrecht.», 4-5).
- LAPAJNE.—*Sobre la diferenciación entre los contratos de obra y de servicios* («Prager Juris. Zeits.», 10-11).
- WACKER y JACOB.—*La construcción jurídica del contrato colectivo de trabajo* («Zeits. f. Schweiz. Recht.», 49-2).
- STEINER.—*¿Es susceptible de secuestro el usufructo marital?* («Schweiz. Juristen Zeitung», 26-22).
- OSTERTAG.—*Reseña de los principales acontecimientos en materia de derecho de autor de Enero a Junio de 1930* («Le Droit d'auteur»).
- FRIHERR VON UNRUH.—*Los efectos jurídicos de la reserva de dominio en Polonia*.
- WOLF y FREUND.—*Un matrimonio contraído en Rusia debe ser considerado como tal matrimonio aun fuera de Rusia* («Zeits. f. Ostrecht.», 4-6).
- HELLWIG.—*Reconocimiento de la fuerza probatoria de los análisis*

- de sangre por los Tribunales alemanes («Schweiz. Juristen Zeitung», 26-24).
- VON LAMBSDORF.—*El derecho sobre arrendamientos rústicos en los principales países de Europa, con referencia al proyecto alemán* («Zeit. f. Ausland. u. Internat. Privatrecht», 4-3-4).
- VOLTERRA.—*Estudio sobre el arra sponsalicia* («Rivista Ital. per le Scienze Giuridiche», 5-2).
- GORLA.—*La reforma de la transcripción según el texto único de la ley sobre tasas hipotecarias de 30 de Diciembre de 1923* («Rivista de Diritto Civile», 22-3).

LIBROS

- El derecho sobre arrendamientos rústicos en los países europeos.* Tres volúmenes (en publicación). Berlín. Parey.
- EGGER, ESCHER, HAAB y OSSER.—*Comentarios al Código civil suizo.* Tomo I: Introducción y derecho de las personas, por Egger. Segunda edición. Zurich. Schulthess, 1930.
- REICHER.—*Derechos absolutos y relativos* (Notas sobre el problema de la clasificación de los derechos sobre bienes, con especial consideración del Derecho ruso). Berlín. Prager, 1930.
- GOODEVE.—*Derecho moderno sobre propiedad personal.* Londres. Sweet & Maxwell, 1930.
- STREET.—*Tratado de la doctrina «ultra vires»*, basado en la obra del mismo título de Seward Brice. Londres. Sweet & Maxwell, 1930.
- ADLER, BARTSCH, BETTELHEIM.—*Comentarios al Código civil austriaco.* Entregas 1-33, 1927-1930. Viena. Imp. del Estado austriaco.
- WAGENER.—*Reserva de propiedad.* Segunda edición. Berlín. Sack & Montanus.
- ISAY.—*El derecho minero de los principales países de Europa.* París. Giard.
- LONING.—*El derecho del arrendatario y su construcción como derecho real.* Jena. Fischer, 1930.

ROMÁN RIAZA,

Catedrático.