

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VI

Septiembre de 1930

Núm. 69

El Registro mercantil en Derecho español

POR

D. Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate

Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad Central.

- I. IDEAS GENERALES.—1. *Antecedentes y evolución legislativa del Registro mercantil.*—2. *Objeto de la inscripción en el Registro mercantil.*—a) *Personas.*—b) *Hechos y relaciones jurídicas.*—II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA.—1. *Punto de partida equivocado del Reglamento vigente: equiparación entre el Registro mercantil y el Registro de la propiedad.*—2. *Calificación del registrador.*—III. LA PUBLICIDAD MATERIAL DEL REGISTRO.—1. *Formulación del principio.*—2. *Aspecto negativo de la publicidad.*—3. *Aspecto positivo.*—4. *Ambito objetivo de la publicidad positiva.*—5. *El concepto de tercero.*—IV. SIGNIFICACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN RESPECTO DEL HECHO INSCRIPTO. (EL PROBLEMA DE LA «FIDES PUBLICA»).—1. *Los efectos de la inscripción en cuanto al hecho en sí mismo.*—2. *Clases de inscripciones desde este punto de vista.*—3. *Presunción derivada de la inscripción.*—4. *Falta de fides publica.*—V. LA REFORMA DEL DERECHO VIGENTE.—1. *El Registro mercantil en el Proyecto de reforma del Código de comercio.*—2. *Bases para la reorganización del Registro.*

I

IDEAS GENERALES.

1. *Antecedentes y evolución legislativa del Registro mercantil.*—En su concepto más amplio, el Registro mercantil es un instrumento de publicidad cuya misión es facilitar al público ciertos datos importantes para el tráfico mercantil, cuya investigación sería difícil o imposible sin la institución del Registro.

Más que en los medios rudimentarios de publicidad mercantil, ya conocidos en la antigüedad romana (anuncios en el local de la tienda o en los lugares de reunión, *literae oblatoriae*), el origen remoto del Registro mercantil ha de buscarse en la matrícula de los gremios y de las corporaciones de la Edad Media. Primeramente, la inscripción se hace con fines internos. Más tarde se orienta hacia el exterior, para conocimiento de terceros. En este momento preciso puede señalarse el punto de partida de las formas de publicidad mercantil actuales.

El sector donde primero se manifiesta el interés de los terceros en conocer ciertos datos relativos al comerciante y a su comercio es el uso del nombre comercial y de las razones sociales. La posibilidad de que el comerciante utilice en su negocio un nombre comercial distinto de su nombre civil y la insuficiencia informativa de las razones sociales respecto de las personas que integran la sociedad, eran causas de inseguridad para tercero contratante. De aquí la conveniencia de un Registro que diese noticia fehaciente de quién es la persona oculta tras el nombre comercial y cuáles son las personas que integran la sociedad con la que se contrata.

Ligado así en su origen el Registro mercantil con el uso de firmas de comercio (individuales y sociales), no es extraño que esta institución de publicidad se desarrolle parcialmente en los países latinos, los cuales se mantienen aferrados al principio de la veracidad de la firma (coincidencia del nombre comercial con el nombre civil). En ellos, la necesidad de un instrumento de publicidad se manifiesta sólo en materia de sociedades, y por eso los Registros de sociedades son los de más remoto abolengo. En cambio,

en los países germánicos, donde desde muy antiguo se admite el uso de firmas artificiales, distintas del nombre civil del comerciante, el Registro mercantil abarca desde sus orígenes la inscripción de los comerciantes, tanto individuales como sociales, juntamente con la de ciertos apoderamientos otorgados por el comerciante a sus dependientes.

En la evolución histórica del Registro mercantil se señala, además, una doble dirección que arranca del punto de origen común de las matrículas de mercaderes. Una de las líneas de este ángulo marcha en sentido horizontal, extendiendo el ámbito del Registro mercantil a ciertos documentos importantes en el tráfico: el Registro mercantil ya no es sólo una lista de los comerciantes de la localidad, sino que alcanza a esos documentos relevantes. La otra línea, moviéndose en sentido vertical, ahonda en las consecuencias jurídicas de la inscripción misma o, dicho de otro modo, eleva la consideración jurídica de la inscripción. El Registro mercantil ya no es sólo un casillero administrativo con efectos puramente informativos: es un órgano jurídico de publicidad material, cuyos asientos pueden oponerse a toda persona como si efectivamente los conociese.

Esta doble dirección en el desarrollo histórico del Registro mercantil se percibe claramente en la legislación española, comparando las Ordenanzas de Bilbao con el Código de comercio de 1829 y el de 1885. Mientras que, según las Ordenanzas de Bilbao, sólo se inscriben los contratos de sociedad (1), es decir, los comerciantes sociales, en el Código de comercio de 1829, junto a la matrícula de comerciantes aparece ya un Registro de documentos (cartas doctales, capitulaciones matrimoniales, poderes otorgados por los comerciantes a sus factores y dependientes). Se opera, pues, en el Código de 1829 una extensión horizontal de la materia inscribible.

El Código de comercio de 1885 continúa este movimiento expansivo del ámbito del Registro, aumentando la lista de hechos y relaciones jurídicas necesitados de inscripción; pero, además—y esto es lo más importante—, profundiza la significación jurídica de la inscripción, formulando expresamente los efectos de la publicidad material del Registro: los documentos inscritos perjudican a

(1) Capítulo X.

tercero desde la fecha de su inscripción (artículo 26 del Código de comercio). Cuando la exposición de motivos dice respecto al carácter de la institución del Registro, que el proyecto *lo eleva* a la categoría de institución esencialmente jurídica, podemos ver en esta frase una confirmación literal de esa segunda dirección que señalamos en la progresión legislativa del Registro mercantil.

Pero no se crea que todas las legislaciones alcanzan este nivel en la consideración jurídica del Registro.

En Francia, el Registro mercantil, después de la ley de 18 de Marzo de 1919, sigue siendo un casillero mercantil, repertorio administrativo destinado no a publicar legalmente los actos relativos al comercio, sino a centralizar los datos relativos del negocio del comerciante y a facilitar de hecho esta investigación (2).

En Italia, Bolaffio (3) señala como uno de los fines específicos de la reforma del Código de comercio el de introducir en la legislación italiana el Registro mercantil *con efectos jurídicos*, y no simplemente, como ahora, administrativos y fiscales (4).

En contraste con este avance de la legislación española relativamente a sus hermanas latinas, la doctrina mercantilista de nuestra patria muestra un extraño desvío por el tema del Registro mercantil. Sin caer en la cuenta de que nuestra legislación plantea problemas semejantes en este punto a los que ofrece la legislación alemana, nuestros autores han desterrado su estudio del marco del Derecho mercantil. Es inútil buscar en nuestros libros los conceptos de la publicidad formal y material (negativa y positiva) del Registro, o el de la calificación del registrador, o el de las diferentes clases de inscripción, o el de la fe pública del Registro. A este vacío en la doctrina corresponde una radical desorientación en la reglamentación legal y administrativa del Registro, de la que es muestra lamentable el Reglamento de 20 de Septiembre de 1919.

No parece por eso inútil, ahora que se quiere realizar la re-

(2) V. THALLER: *Traité élémentaire de Droit commercial* (1922), p. 169.

(3) *Progetto preliminare per il nuovo Codice di commercio*, Milano, 1922, página 209.

(4) El artículo 26 del proyecto de 1925 satisface esta aspiración, al consagrar el principio de la publicidad positiva y negativa del Registro.

forma del Código de comercio, quizás con paso más moderado que el inicial, esta tarea de reponer a su marco propio una institución mercantil casi olvidada de la doctrina, desquiciada en su reglamentación positiva y desconocida o poco menos por los comerciantes, quienes todavía no saben a punto fijo para qué sirve el Registro mercantil en España.

2. *Objeto de la inscripción en el Registro mercantil.*—El Registro mercantil es—ya lo hemos dicho—un instrumento de publicidad para la vida mercantil. Objeto de esta publicidad son las personas de los comerciantes y los hechos (actos jurídicos o no jurídicos) que tiene significación jurídica y trascendencia para el comercio.

a) *Personas: Las personas como objeto de la inscripción.*—En este aspecto, el Registro mercantil puede tener una doble función.

a') Puede servir para distinguir los comerciantes de los no comerciantes. Esta fué la función originaria del Registro mercantil cuando en la calificación del comerciante imperaba un criterio formalista puro, que es el que todavía perdura en el Código español de 1829 (5). Ninguna legislación positiva sigue ya este criterio formalista puro, ni en aquellos sistemas generalmente calificados de sistemas subjetivos, como el del Código alemán vigente. Ciertamente que, como luego veremos, la fuerza de publicidad del Registro es tan grande en Derecho alemán, que el que inscribe una firma en el Registro mercantil es considerado como comerciante y no puede hacer valer frente a tercero que la industria explotada bajo esa firma no constituye una industria mercantil (artículo 5.º del Código de comercio alemán). Pero para ser comerciante basta con ejercer una de las industrias mercantiles enumeradas en el artículo 1.º (criterio realista para la calificación del comerciante). Nótese que esta conclusión indiscutible nada tiene que ver con que la inscripción se declare obligatoria o no. La prueba es que el Proyecto de reforma español ha declarado obligatoria la inscripción del comerciante individual, y, no obstante, se es comerciante antes de la inscripción y sin inscripción por el hecho de

(5) Artículo 1.º del Código de 1829: «Se reputan en Derecho comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes», etc.

realizar profesionalmente actos de comercio (artículo 1.º del Proyecto de reforma del Código de comercio español).

El Código de comercio de 1885 ha seguido en este punto un criterio realista para la calificación de los comerciantes individuales (artículo 1.º), y mixto para la de los comerciantes sociales, que se definen atendiendo tanto al elemento real (naturaleza de las operaciones de la sociedad) como al elemento formal (escritura de inscripción en el Registro) (artículos 1.º, 116, 119, 123).

b') *Hechos y relaciones jurídicas*.—Puede servir también el Registro mercantil para completar con efectos de publicidad la transmisión del nombre comercial. Hemos visto que los orígenes del Registro mercantil moderno están ligados al uso de firmas comerciales distintas del nombre civil del comerciante. El Registro mercantil hace posible la conciliación del interés público, que exige la veracidad del nombre comercial (coincidencia de la firma y del nombre civil), y el interés privado del comerciante, que reclama la posibilidad de usar en el comercio el nombre del predecesor en el negocio para poder así conservar el crédito y la clientela, que van normalmente unidos al nombre del comerciante.

En Francia la finalidad principal de la introducción del Registro mercantil fué permitir al adquirente de una casa comercial la conservación del nombre del predecesor sin adiciones que advirtiesen el cambio de persona. Por eso en la legislación francesa la declaración para la inscripción del comerciante en el Registro debe contener el nombre de familia (apellido) y el de pila del comerciante, en concepto de nombre civil, y el nombre bajo el cual ejerce el comercio, o sea el nombre comercial (números 1.º y 2.º del artículo 4.º de la ley de 28 de Marzo de 1929).

En el Registro mercantil alemán se inscribe *la firma* del comerciante, sea la firma originaria, dominada por el principio de la veracidad del nombre, sea la firma derivada, que permite el artículo 22 del Código de comercio.

El Código de comercio español, fiel a la tradición latina contraria a la admisión del nombre comercial artificial (derivado), no se ocupa del nombre comercial ni lo menciona como uno de los particulares de la inscripción del comerciante individual (artículo 21 del Código de comercio). El nombre comercial ha vivido fuera del Código de comercio y del Registro mercantil hasta el

Reglamento de 1919, cuyo artículo 98, número 9.º, modifica el artículo 21, número 12, del Código de comercio al incluir el nombre comercial entre los datos que se inscriben en la hoja abierta a cada comerciante particular.

Pero ni aun después de este Reglamento de 1919, el verdadero nombre comercial ha tenido acceso legal al Registro mercantil, porque el nombre comercial de que hablaba la ley de Propiedad industrial de 1902, primera fuente legislativa que reglamentó esta institución, no tenía de nombre comercial más que el nombre, pues era más bien la denominación del establecimiento (6). Esta confusión ha desaparecido en el Real decreto-ley de 26 de Julio de 1929 (artículo 209), y en el Proyecto de reforma del Código de comercio (artículo 22).

Hoy, el nombre comercial puede ser objeto de registros distintos (Registro de la propiedad industrial y Registro mercantil), pero mientras esta inscripción es sustantiva en el Registro de la propiedad industrial, tiene carácter accesorio en el Registro mercantil, como una de las varias menciones que constan en la hoja abierta al comerciante. En el Registro mercantil, en efecto, el folio se abre bajo el nombre civil del comerciante, que es el que consta en la solicitud de inscripción (artículo 93 del Reglamento). Como inscripción secundaria se inscribe luego en esta hoja el nombre comercial (número 9.º del artículo 98 del Reglamento). Por esta razón, nuestro Registro mercantil sólo de modo muy imperfecto sirve para proteger a tercero interesado en conocer la persona que se oculta tras un nombre comercial que puede haber sido transmitido por otra persona (nombre comercial derivado que permite el artículo 213 del Real decreto de 26 de Julio de 1929).

b) *Los hechos y las relaciones jurídicas de interés para el comercio como objeto de la inscripción.*

No todos los hechos de la vida profesional del comerciante se llevan a la publicidad (7). Hay sectores completamente cerrados a la publicidad. Así, todo lo que se refiere a las relaciones de negocios y posibilidades de venta del comerciante. La ley alemana

(6) Según el artículo 33 de esta ley, se entendía por nombre comercial el nombre, razón social o denominación bajo la cual se da a conocer al público un establecimiento agrícola, fabril o mercantil.

(7) V. MÜLLER-ERZBACH: *Deutsches Handelsrecht* (Tübingen, 1928), p. 66.

sobre la competencia ilícita protege este interés del comerciante en la conservación de sus secretos del negocio (artículos 17 y 18).

Otros sectores tampoco se entregan a la publicidad sin motivos concretos suficientes, aun cuando su conocimiento afecte al interés general de los que se relacionan con el comerciante. Tal ocurre con la situación financiera del negocio: El legislador protege el secreto de la contabilidad mercantil (artículo 45 del Código de comercio), y sólo excepcionalmente impone la exhibición y comunicación de los libros del comerciante (artículos 46 y 47 del Código de comercio) o la publicación del balance de las sociedades basadas en el principio de la limitación de responsabilidad (artículo 157 del Código de comercio).

Hay, finalmente, sectores en los que la publicidad es exigida por un interés de tercero, interés no difuso, sino concreto. A esta clase pertenecen las relaciones jurídicas de representación y, en general, los hechos jurídicos decisivos para la responsabilidad del comerciante.

La finalidad inmediata de esta publicidad es, pues, la de dar certidumbre a las relaciones de responsabilidad. Por eso se inscriben los hechos de significación para la responsabilidad. Así, el nombre y la razón social (número 1.º del artículo 21 del Código de comercio), porque la responsabilidad va unida al nombre; los apoderamientos (número 6.º, artículo 21), porque el representado responde de los actos del representante; el aumento y la disminución del capital social (artículo 25), porque el capital social es el objeto de la responsabilidad de la sociedad frente a los acreedores, bien exclusivamente—sociedades anónimas—, bien en concurrencia con el capital de los socios—sociedad colectiva—. El artículo 220 del Código de comercio confirma claramente esta tesis cuando dice que subsistirá la responsabilidad del socio excluido mientras en el Registro mercantil no se haga el asiento de la rescisión parcial del contrato de sociedad.

La finalidad mediata del Registro puede ser la protección del comerciante o la del tercero. Originariamente, cuando el Registro mercantil empezó a tener una significación jurídica privada, el fin de la publicidad consistía en proteger al comerciante contra el riesgo de responsabilidad. Para evitar seguir respondiendo como

socio de los actos sociales, y como poderdante de los contratos concluidos por el apoderado, el comerciante inscribía en el Registro el hecho de su separación de la sociedad y el hecho de revocación del poder que tenía conferido. La inscripción de estos hechos determinaba la posibilidad de ser opuestos a terceros, realizándose así el aspecto positivo de la publicidad del Registro. Sólo de un modo secundario se admitían paralelamente los efectos de la llamada publicidad negativa, en el sentido de que la extinción o las modificaciones de los hechos y relaciones jurídicas inscritos no podían perjudicar a tercero mientras esta extinción o modificación no fuese, a su vez, objeto de inscripción. Este punto de vista protector del comerciante y desfavorable para el tercero se reproduce todavía en los Motivos del Código alemán de 1861: la inscripción tiene por objeto conceder a los terceros la posibilidad de evitar la objeción de terceros de que no pudieron tener conocimiento del hecho necesitado de publicidad (8). La Exposición de Motivos del Código de comercio español de 1885 adopta el punto de vista opuesto, señalando como finalidad del Registro la protección de los terceros. El Registro es «un poderoso medio de publicidad que sirve de garantía suficiente a los terceros que se hallen interesados en ciertos actos y operaciones mercantiles de trascendencia» (9).

Reconocidos en el Derecho moderno los dos aspectos, positivo y negativo, de la publicidad material del Registro, resulta ociosa la cuestión de si el Registro mercantil favorece al comerciante o al tercero. En realidad, la inscripción favorece al comerciante y perjudica al tercero (efectos positivos), y la no inscripción favorece al tercero y perjudica al comerciante (efectos negativos). Se trata de dos facetas de un mismo principio de publicidad. Lo que ocurre es que las consecuencias prácticas de este mismo principio son más favorables al comerciante que al público en general. Pero de este punto trataremos después.

¿Cuáles son los hechos y las relaciones jurídicas inscribibles?

(8) V. EHRENBURG: *Handbuch des gesamten Handelsrechts*. Leipzig, 1913, tomo I, p. 533.

(9) Nótese cómo, de pasada, en estas frases la Exposición de Motivos indica cuál es el objeto de la inscripción: actos y operaciones mercantiles de trascendencia.

Para el Código de comercio español, la materia inscribible no son los hechos, sino los documentos. Es una reminiscencia del Código de 1829, que dividía el Registro en matrícula de comerciantes y registro de documentos. Pero los documentos se inscriben como medios de expresión, manifestación o comprobación de hechos (constitución de una sociedad, conferimiento de un poder, revocación de ese poder, modificación de los Estatutos de una sociedad, rescisión parcial del contrato de sociedad, disolución de sociedades, concesión de licencia para comerciar, etc., etc.). Sin embargo, tiene mucha significación para la mecánica del Registro la circunstancia de que normalmente se inscriben documentos en vez de inscribirse el hecho aislado, a través de la declaración contenida en la solicitud de inscripción. Cuando el Registro mercantil se limita a recibir declaraciones relativas a hechos acaecidos fuera del Registro, el Registro no puede autenticar la veracidad de esos hechos. No da fe entonces el Registro sobre el hecho de haberse firmado un poder o de haberse constituido una sociedad, sino sobre el hecho de haberse presentado una declaración en la que se manifiesta al registrador que se ha otorgado un poder o se ha constituido una sociedad y se solicita la inscripción de estos hechos. Pero el artículo 99 del Reglamento del Registro mercantil exige la presentación para la inscripción de las correspondientes escrituras públicas relativas a estos hechos. De este modo se extiende la calificación del registrador, no ya al contenido de la solicitud de inscripción, sino al documento mismo relativo al hecho inscribible. De este punto trataré también más adelante, al hablar de la calificación.

La hoja abierta a cada comerciante contiene dos grupos de inscripciones claramente separados en los artículos 93 y 98 del Reglamento del Registro: 1.º, la inscripción de la persona y de las circunstancias de su comercio (clase de comercio, título del establecimiento, domicilio del establecimiento y de sus sucursales, fecha en que hayan comenzado o vayan a comenzar las operaciones); 2.º, los hechos posteriores relativos al tráfico de ese comerciante (poderes, autorización marital, habilitación legal y judicial de la mujer para administrar en los casos de separación de bienes, transferencia a la mujer de la administración de su dote, revocación de la licencia para comerciar, capitulaciones matrimoniales, las emi-

siones de acciones y obligaciones, los títulos de propiedad industrial). ¿ Ha de tomarse esta enumeración de un modo limitativo? En la práctica se inscriben otra porción de hechos diversos relativos al comerciante individual. Así lo ha demostrado nuestra personal investigación en los libros del Registro mercantil de la provincia de Madrid. Pero el Tribunal Supremo, como luego veremos, niega los efectos positivos de la publicidad a estas inscripciones extra-legales.

En los libros de este Registro se encuentran inscripciones de préstamos simples y de préstamos comodatos (10); de préstamos con constitución de prenda sobre el establecimiento (11); de las sucesivas entregas de los plazos de un préstamo (12); de los cambios de domicilio (13); de la cesión o traspaso del establecimiento (14); del cambio de nombre (15); de la cesación de la industria (16); del fallo recaído en un interdicto de retener (17); de la declaración de herederos (18); de las operaciones particionales (19); de la sucesión en el negocio mercantil (20); de la venta del establecimiento con pacto de retro (21); del ejercicio de este derecho de retraer (22); de la modificación de apellidos (23); del arriendo del establecimiento mercantil (24); de la promesa de venta del establecimiento (25); de la cancelación de un préstamo (26); del re-

(10) Libro V, folios 5 y 6; libro XIII, folio 5.

(11) Libro II, folio 6; libro X, folio 91 vuelto.

(12) Libro XIII, folio 74.

(13) Libro XIII, folio 17 vuelto.

(14) Libro IV, folio 78; libro V, folio 26; libro VII, folios 30 vuelto, 54 y 64; libro VIII, folios 8 y siguientes; libro X, folio 99 vuelto; libro XII, folio 42; libro XIII, folio 87.

(15) Libro IX, folio 25; libro XIII, folio 93.

(16) Libro IX, folios 23 y 25 vuelto; libro XII, folio 28.

(17) Libro II, folio 74 vuelto.

(18) Libro II, folio 81.

(19) Libro II, folio 81; libro XII, folio 22 vuelto.

(20) Libro III, folio 53.

(21) Libro IV, folio 84.

(22) Libro IV, folio 85.

(23) Libro VII, folio 16; libro XII, folio 80 vuelto.

(24) Libro V, folio 8; libro XI, folio 56 (arrendamiento y venta) y folio 75.

(25) Libro IX, folios 33 y 65.

(26) Libro II, folio 7 vuelto; libro IX, folio 95 vuelto.

conocimiento de deuda (27); de la concesión de una cuenta de crédito (28).

La desorientación de los registradores en materia del Registro mercantil se ve clara en los siguientes ejemplos de inscripción: Se inscribe la constitución de una asociación de cuentas en participación, a pesar de que esta figura contractual está excluida del Registro (artículo 240 del Código de comercio) (29). Se inscribe como comerciante al apoderado de una casa extranjera, olvidando que no se trata de un comerciante, sino de un auxiliar del comerciante (30), y que, por tanto, se debía haber exigido la inscripción del comerciante (poderdante) para luego inscribir en la hoja abierta a este comerciante el poder general concedido al solicitante de la inscripción (V. el número 6.º del artículo 21 del Código de comercio y número 1.º del artículo 98 del Reglamento). Se inscribe como comerciante a una señora fallecida (!), bajo la afirmación del solicitante de que dicha señora tenía la libre disposición de sus bienes, no estaba sujeta a la patria potestad ni comprendida en ninguna de las incapacidades que marcan los artículos 13 y 14 del Código de comercio (31); la inscripción se solicita para que pueda tener lugar después la inscripción de la adjudicación del establecimiento a favor de sus hijos y herederos (32)...

En suma, los registradores, desentendiéndose del Reglamento del Registro mercantil, practican todas las inscripciones que solicitan los comerciantes con tal de que tengan alguna relación, aun muy remota, con las operaciones del negocio.

II

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA.

1. *Punto de partida equivocado del Registro vigente: equiparación entre el Registro mercantil y el Registro de la propie-*

(27) Libro XII, folio 20.

(28) Libro X, folio 58 vuelto.

(29) Libro IV, folio 30.

(30) Libro XIII, folio 39.

(31) Tal es la redacción equivocada del número 8 del artículo 93 del Reglamento, que confunde la incapacidad para ejercer el comercio con las prohibiciones del artículo 14 del Código.

(32) Libro VII, folio 11.

dad.—El Reglamento de 1919 parte de un error fundamental, que consiste en equiparar los efectos de la inscripción en el Registro mercantil y en el Registro de la propiedad (33). Este error inicial lleva a transportar al Registro mercantil las mismas disposiciones del Reglamento hipotecario sobre libro de presentación de documentos, anotaciones preventivas, notas marginales, calificación del registrador y recursos contra esa calificación, etc.

Pero entre ambos Registros no hay razón alguna de analogía. Salvo el dato común de ser instrumentos de publicidad, todo son diferencias, que arrancan de la diversidad del objeto de la inscripción, pues mientras en el Registro mercantil se inscriben personas y hechos, en el Registro de la propiedad se inscriben cosas y derechos reales. Las consecuencias de esta radical oposición son muy importantes.

a) Mientras el Registro inmobiliario está basado en el sistema del folio real, el Registro mercantil funciona sobre la base del folio personal (se inscribe el comerciante y en la hoja abierta al comerciante se inscriben después los hechos que a él le afectan).

b) Las anotaciones preventivas pierden en el Registro mercantil su significación primordial (asegurar una acción personal que tiende a la inscripción o a la cancelación de un derecho). En rigor, como no se trata de derechos, sino de hechos realizados, no cabe hablar de anotaciones preventivas en el Registro mercantil. Sin embargo, el Reglamento admite las anotaciones preventivas por suspensión (artículos 64, 66, 67 y 68). Ahora bien; esta clase de anotaciones se explica cuando el orden cronológico de presentación en el Registro determina el orden de preferencia en el derecho (*principio de prioridad* en el sistema hipotecario español y en el suizo). Pero la mayoría de las inscripciones en el Registro mercantil no pueden determinar ningún orden de preferencia en los derechos, precisamente porque no se inscriben derechos, sino hechos (A se dedica al comercio; B otorga un poder general; C se aparta de una sociedad colectiva; la sociedad D eleva su capital social, etc.). El orden cronológico de la inscripción es

(33) «...siendo los efectos de la inscripción en el Registro mercantil, según el Código de comercio, análogos a los de la inscripción en el Registro de la propiedad, según la ley Hipotecaria, parece natural que la calificación de unos y otros documentos se ajuste a reglas análogas...»

aquí indiferente. Rara vez se producirá colisión entre dos derechos inscritos y servirá la fecha de presentación para decidir el conflicto entre dos posiciones jurídicas contradictorias.

Por esta razón el artículo 64 del Reglamento, que ordena tomar anotación preventiva en el caso de que el título contenga alguna falta subsanable, no recibe aplicación en la práctica. Cuando el título no es inscribible, se devuelve al presentante para que subsane la falta y no se toma anotación preventiva alguna. He aquí otro caso de divorcio entre la realidad y el Reglamento del Registro mercantil.

c) El principio de tracto sucesivo o de previa inscripción funciona normalmente en el Registro de buques, pero representa en cambio una inútil restricción en el Registro mercantil. En la práctica, la observancia de este principio conduce en el Registro mercantil a la anomalía de que sea preciso inscribir en primer término (inscripción primera) como comerciante a la persona que se dedica al comercio de mercería en un establecimiento abierto en el pueblo de X, mientras que la inscripción segunda es la de adquisición de un establecimiento de mercería por la misma persona, la cual adquiere precisamente el carácter de comerciante a virtud del ejercicio habitual de las operaciones propias del establecimiento mercantil que ha adquirido (34).

Al Registro de buques, en cambio, sí se pueden aplicar, *mutatis mutandis*, las mismas normas que al Registro de la propiedad, porque también en este caso se inscriben cosas (buques) y derechos reales constituídos sobre ellas. Los autores del Reglamento del Registro mercantil percibieron vagamente la diferencia en este aspecto entre Registro mercantil y Registro de buques, al decir que en éste es «donde se manifiesta el carácter jurídico del Registro mercantil». La afirmación ciertamente no es exacta, porque también el Registro de comerciantes tiene carácter jurídico. Lo que se manifiesta en el Registro de buques son las notas de todo Registro de propiedad y derechos reales, y de ahí su semejanza con el Registro inmobiliario.

De todo ello se deduce la conveniencia de desdoblar el tratamiento unitario actual que reciben el Registro mercantil y el Re-

(34) Véanse, por ejemplo, el folio 56 del libro IV, de comerciantes individuales, y los 64 y 246 del libro VII, de la misma clase.

gistro de buques (título segundo del libro primero del Código de comercio). Lo que en ningún caso puede hacerse es equiparar todo nuestro Registro mercantil actual, o sea el Registro de comerciantes, de sociedades y de buques, al Registro de la propiedad, como quiere la exposición de motivos del Reglamento vigente. Sus redactores siguen aquí el camino inverso al que siguió Torrén. Mientras éste quiso ordenar el régimen de la propiedad inmueble a imitación del sistema de transmisión de los buques, nuestro Reglamento del Registro mercantil pretende volcar la ley Hipotecaria sobre el Registro, no sólo de buques, sino de comerciantes también...

2. *Calificación del registrador.*—En materia de calificación se perciben mejor esas diferencias y la imposibilidad de aplicar al pie de la letra los preceptos hipotecarios. El principio de calificación se establece por primera vez para el Registro mercantil en el Reglamento de 1919, considerándole como antecedente lógico del principio de publicidad (35). Pero al determinar el objeto de esta calificación, el Reglamento se limita, en el artículo 59, a copiar el artículo 18 de la ley Hipotecaria («Los registradores calificarán la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones que éstos contraigan.») Obsesionado por la idea de que el Registro mercantil es semejante al Registro de la propiedad, el Reglamento olvida dos cosas fundamentales: La primera es que muchas veces no se inscriben documentos, sino simples declaraciones de haberse realizado un hecho (cambio de domicilio, separación de un socio, etc.). En este caso es ocioso hablar de formas extrínsecas ni de capacidad de los otorgantes, ni, menos todavía, de validez de las obligaciones que éstos contraigan. La segunda es que aun cuando se inscriban documentos, la calificación del registrador excepcionalmente se extiende a esos tres puntos del artículo 59,

(35) «Este precepto, contenido en el artículo 26 del expresado Código, que es fundamental en esta materia, descansa, naturalmente, en el supuesto de que los documentos inscritos, para ser admitidos en el Registro, han de tener en su forma y en su fondo todos los requisitos necesarios para su validez, pues no cabe pensar que el legislador haya querido dar tales efectos, por el hecho mismo de la inscripción, a documentos nulos otorgados por personas incapaces, sin las formalidades legales o con estipulaciones contrarias a las leyes.»

porque los documentos no acreditan normalmente la adquisición de derechos y obligaciones, sino la realización de un hecho jurídico que no tiene carácter contractual (otorgamiento de un poder, revocación del mismo, autorización marital, revocación de esa autorización, etc.). En rigor, solamente cuando se trata de la inscripción del comerciante social o de los pactos modificativos de la sociedad es posible esa amplia calificación que impone el artículo 59 del Reglamento. La razón es, en este caso, que el comerciante social nace como consecuencia de un contrato, el de sociedad, y es menester saber si ese contrato reúne las condiciones legales necesarias para producir este importantísimo efecto creador de personalidad jurídica. En los demás casos, aun cuando se trate de inscribir un derecho, el registrador mercantil raramente ejerce funciones de calificación en el ámbito previsto por el artículo 59 del Reglamento.

Propiamente, la calificación del registrador mercantil abarca: 1.º Los requisitos de la solicitud; 2.º La propia competencia del registrador; 3.º Las formalidades extrínsecas de los documentos; 4.º La capacidad y la legitimación del declarante o presentante como apoderado de la persona interesada en la inscripción.

La veracidad de las declaraciones del solicitante no es nunca objeto de calificación. Cuando se inscriben documentos notariales que acrediten la realización del hecho (constitución de sociedad, otorgamiento de poder), el registrador tiene que someterse a la fe que emana del documento público. En los demás casos, el registrador mercantil sólo puede autenticar el acto de la declaración del solicitante o de la presentación del documento.

La imposibilidad de adaptar los preceptos hipotecarios al Registro mercantil se demuestra nuevamente en el artículo 64, relativo a la distinción entre faltas subsanables e insubsanables del título. Esta distinción es inadecuada e insuficiente, porque se basa en el dato de la nulidad o validez de la obligación contraída en el título, y, como sabemos, gran número de las inscripciones en el Registro mercantil no se refieren a la constitución de obligaciones.

En resumen, se puede afirmar que la calificación del registrador mercantil debe reducirse a los extremos antes apuntados, porque sus facultades de calificación son mucho más restringidas que la del registrador de la propiedad.

III

LA PUBLICIDAD MATERIAL DEL REGISTRO.

1. *Formulación del principio.*—Toda la significación jurídica del Registro mercantil puede concretarse en los efectos de la llamada publicidad material. El Registro mercantil es público (artículo 30 del Código de comercio). Esta publicidad se realiza mediante la manifestación del Registro y la expedición de testimonios y certificaciones (artículo 193 del Reglamento). Pero junto a esta publicidad *formal*, el sistema alemán y el español establecen el dogma de la publicidad material, por cuya virtud una vez inscrito un hecho se supone conocido de todos los terceros, mientras que, paralelamente, la no inscripción de un hecho descarga al tercero de la necesidad de conocerlo, liberándole de las consecuencias de su ignorancia. Por eso, como el hecho no inscrito se equipara frente a tercero a hecho no existente, se habla de publicidad negativa del Registro o de efectos negativos de la publicidad del Registro. Y como el hecho inscrito puede ser puesto u opuesto frente a tercero, aun cuando éste lo ignore, se habla también de publicidad positiva del Registro o de efectos positivos de la publicidad. El artículo 26 de nuestro Código de comercio funde en su dicción unitaria estos dos aspectos, positivo y negativo, cuando dice que los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros, anteriores o posteriores, no registrados. De aquí se deduce que el documento inscrito perjudica a tercero desde la fecha de su inscripción (efectos positivos), y que el documento no inscrito no perjudica a tercero (efectos negativos).

2. *Aspecto negativo de la publicidad.*—Todo tercero puede considerar como no existente el documento no inscrito. No necesita invocar ignorancia respecto del hecho en cuestión, ni atacar por error el negocio concluido en base a esa ignorancia. Como ejemplo típico de estos efectos negativos de la publicidad del Registro, citaremos la revocación de poder y la rescisión parcial del contrato de sociedad. Si la rescisión del poder no fué objeto de inscripción

en el Registro mercantil, los terceros pueden seguir contratando con el apoderado y exigir luego el cumplimiento del contrato al poderdante, reputando como no acaecida la revocación del poder mientras no se lleve al Registro. De acuerdo con el artículo 26, la revocación no puede invalidar el poder inscrito mientras no sea registrada. La falta de inscripción de la rescisión parcial del contrato de sociedad determina, frente a terceros, la subsistencia del estado de derecho anterior, como si no hubiese sobrevenido esa rescisión. Por eso dice terminantemente el artículo 220 del Código de comercio que subsistirá la responsabilidad del socio excluido por todos los actos que se practiquen en nombre y por cuenta de la compañía con terceras personas.

Originariamente, el principio de la publicidad negativa se refiere sólo a las modificaciones y a la extinción de las relaciones jurídicas anotadas en los libros del Registro. Tal es el supuesto de los ejemplos citados. Se protege la confianza en la subsistencia de los hechos anteriormente inscritos. Este era todavía el punto de vista del Código alemán de 1861 (36). El Código de comercio español no limita los efectos de la publicidad negativa a los *hechos secundarios* (modificación o extinción de otros hechos inscritos), sino que protege ampliamente la ignorancia de tercero frente a cualquier hecho no inscrito (véase la Sentencia de 4 de Octubre de 1927). Aplicaciones concretas de esta amplia publicidad negativa substantiva son los artículos 24 y 29 del Código de comercio (37).

La significación exagerada que concede la Exposición de Motivos al hecho de la inscripción de las sociedades en el Registro mercantil (respecto de ellas «constituye el Registro mercantil la única prueba de su existencia jurídica y de su estado civil») está contradicha en los mismos términos del artículo 24, que permite al tercero reputar como existente la sociedad no inscrita para todo

(36) V. WIELAND: *Handelsrecht*, München und Leipzig, 1921, p. 230.

(37) ART. 24: «Las escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable.» ART. 29: «Los poderes no registrados producirán acción entre el mandante y el mandatario; pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables.»

lo que le sea favorable. La irregularidad de constitución de la compañía tiene, por tanto, consecuencias sólo en las relaciones con tercero. La sociedad existe en lo interno y el mecanismo obligacional del contrato funciona normalmente. Pero al tercero no se puede oponer un hecho (constitución de la sociedad) que no aparece inscrito en el Registro mercantil (publicidad negativa).

La interpretación del artículo 24 del Código de comercio presenta dificultades, porque hay que armonizar este precepto con los artículos 116, párrafo 2.º, 118 y 120. El estudio detenido de este problema desembocaría en el tema más amplio y no menos dificultoso de las sociedades irregulares en Derecho español. Por el momento, baste decir que de estos últimos artículos se deduce la nó validez de los contratos celebrados por una sociedad no inscrita en el Registro mercantil. ¿Qué desviaciones impone a esta conclusión el artículo 24, dictado en beneficio de tercero? La posición favorable del tercero contratante con la sociedad no inscrita puede ser doble: en primer término, el tercero puede considerar como eficaz la escritura de sociedad y demandar en juicio a la sociedad, sanando así la irregularidad de su constitución; en segundo lugar, puede el tercero excusarse del cumplimiento del contrato, alegando que la escritura no registrada no puede perjudicarle. De estos dos argumentos nos interesa ahora el segundo, en cuanto puede ser aplicación del principio de la publicidad negativa del Registro.

La jurisprudencia dictada en aplicación del Código de 1829 rechaza la posibilidad de que la sociedad no inscrita pueda demandar a tercero el cumplimiento de un contrato como tal persona jurídica (Sentencias de 23 de Noviembre de 1883, 8 de Mayo de 1885, 12 de Marzo de 1888). Si bien se mira, esta tesis del Tribunal Supremo afecta más directamente al principio según el cual la sociedad mercantil no goza de personalidad en sus actos y contratos si no ha sido otorgada escritura pública e inscrita en el Registro. El Tribunal Supremo ha cambiado más tarde este punto de vista primitivo, afirmando que la sociedad irregular puede accionar contra terceros como tal sociedad, exigiéndoles el cumplimiento del contrato. En una primera fase (Sentencia de 19 de Abril de 1901), por estimar que los artículos 118 y 119 no tienen aplicación a los casos en que el contrato ha sido voluntariamente ejecu-

tado y en que la cuestión versa sobre si la parte demandada al cumplir las obligaciones que se impuso se atemperó o no a lo convenido. Se trataba en aquel caso de una sociedad que, sin estar inscrita en el Registro mercantil, demandó a otra sobre cumplimiento de un contrato celebrado entre ambas. La demanda prosperó en primera y en segunda instancia, y el demandado interpuso recurso de casación, fundándolo (segundo motivo) en la infracción de los artículos 17 y 24 del Código de comercio, referentes a la inscripción obligatoria en el Registro de las sociedades mercantiles, sin cuyo requisito sólo surtirán efecto entre los socios, pero no podrán perjudicar a tercera persona. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, por considerar, entre otras razones, «que lo dispuesto en el artículo 24 del Código se refiere a las cláusulas y condiciones estipuladas en la escritura de sociedad, que por no haberse hecho públicas por medio de la inscripción de las mismas en el Registro, no deben perjudicar a los que con la sociedad negocien, pero no se refiere a los contratos que éstas o sus gestores celebren con terceras personas, los que podrán ser válidos y eficaces, no obstante la falta de inscripción». En una segunda fase, aún más avanzada (Sentencia de 3 de Enero de 1906), por entender el Tribunal Supremo que no es tercero quien contrata directamente con la sociedad, aun cuando no esté registrada y que no puede, por tanto, esta persona invocar a su favor el artículo 24 para excusarse del cumplimiento del contrato.

De esta doctrina del Tribunal Supremo se deduce que los efectos de la publicidad negativa sancionada en el artículo 24 no entran en juego cuando se trate del cumplimiento de un contrato pactado por una sociedad no inscrita. La tesis es acertada, porque, en rigor, el cumplimiento de ese contrato no puede decirse que sea un efecto de la escritura de sociedad que dejó de inscribirse, y no debe, por tanto, ser incluido este caso en el supuesto del artículo 24. Esta doctrina resulta reforzada por la consideración de que la parte que reconoce a la otra personalidad para contratar no puede luego escudarse en su pretendida cualidad de tercero, con arreglo al artículo 24, para negarse a cumplir lo convenido a pretexto precisamente de falta de personalidad en el otro contratante. Quien contrate con una sociedad no inscrita deja de ser tercero por el mismo hecho del contrato, y no puede ampararse en el artícu-

lo 24, dictado únicamente en favor de terceras personas no ligadas con la sociedad.

En el artículo 29 del Código de comercio se comprueban también de modo claro los efectos de la publicidad negativa sustantiva: los poderes no registrados no podrán utilizarse en perjuicio de tercero. En la interpretación de este artículo, el Tribunal Supremo ha declarado que ni la circunstancia de que el poder otorgado no se hubiese registrado, ni la de que el poderdante no figurase como comerciante cuando le otorgó, implica la nulidad de los actos realizados por representante y representado y de los contratos que celebraren con terceras personas (Sentencia de 28 de Enero de 1896).

De estos dos preceptos del Código de comercio se deduce también cuál debe ser la contestación a la pregunta de si la publicidad negativa favorece a todo tercero o sólo a aquel que efectivamente ignora el hecho no inscrito. En Derecho alemán, los efectos del artículo 15, párrafo 1.º (publicidad negativa) no favorecen a quien conoce el hecho (tercero de mala fe), sino al que lo ignora (tercero de buena fe), apreciándose esta ignorancia en el momento de entrar en la relación jurídica de que se trate. En Derecho español, por el contrario, al menos en esos dos casos de los artículos 24 y 29 (escritura de sociedad, poderes), la publicidad negativa parece que protege también al tercero de mala fe que invoca la falta de inscripción aun cuando conoce el hecho. El tercero puede utilizar la escritura de sociedad no registrada en lo que le sea favorable (artículo 24) y puede fundarse en los poderes no registrados en cuanto también le fueren favorables (artículo 29). El tercero escoge, pues, en el hecho no inscrito lo que le favorece y rechaza lo que le perjudica, amparándose en la publicidad negativa del Registro. En suma, la no inscripción no le perjudica jamás, aun cuando conozca perfectamente el hecho no inscrito. La protección del tercero se lleva a las más extremas consecuencias en Derecho español.

JOAQUÍN GARRIGUES.

(Continuará.)

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

JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL (69 bis)

Haremos un breve extracto de la misma, ya que completa y construye la figura, a la que nuestras escasas disposiciones legales sólo servían de base. Comparando el derecho romano, las disposiciones posteriores y leyes de Toro y las resoluciones de nuestra jurisprudencia, es como podremos formarnos idea de lo que era la reserva antes de publicarse la ley Hipotecaria y el Código civil y se pondrán de relieve los dos puntos esenciales para la distinción entre aquella reserva y la actual, o sea: primero, «Naturaleza del derecho del reservatario», y segundo, «Momento de adquisición de este derecho». Ante la completa alteración, a nuestro juicio, sufrida por la figura en estos dos puntos básicos de la construcción doctrinal de la misma, poca importancia tienen posteriores aclaraciones, por ejemplo, la reserva de bienes adquiridos por parientes del difunto en consideración a éste (artículo 969 del Código civil), ampliaciones, como la reserva por reconocimiento o declaración de hijo natural del viudo o viuda (artículo 980 del Código civil), o alteraciones de garantía como la hecha por la ley Hipotecaria estableciendo una hipoteca legal expresa especial, en vez de la general tácita, etc., pues a pesar de todas estas ampliaciones, aclaraciones o alteraciones puede subsistir la antigua construcción. Y por el contrario, alterar el momento de adquisición del derecho por

(1) Véase el número anterior y la rectificación de erratas del Suplemento 171.

(69 bis) y sobre el estado jurídico anterior al mismo.

el reservatario puede significar, como después veremos, una completa inversión doctrinal.

Veamos ahora cómo la jurisprudencia termina la construcción de la figura de la reserva, ampliándola en extensión, sobre todo en bienes heredados de los hijos, y en intensidad, dándole efectos retroactivos.

Si la madre reservista vuelve a enviudar, no son reservables los bienes que ésta hubiese adquirido de hijos de su segundo matrimonio (70).

Son reservables los bienes que, muerto el padre, heredó un hijo, y muerto éste impúber heredó la mujer segunda vez casada (71).

Si se trata de bienes de mayorazgo, son reservables en su mitad (72).

Son reservatarios los hijos que el primer marido tuvo con su esposa, la después reservista, pero no los que había aquél tenido en un matrimonio anterior; los hijos reservatarios son los comunes del cónyuge reservista y el difunto (73).

La ley 15 de Toro debe interpretarse restrictivamente; no es, pues, aplicable a los abuelos, respectó a lo adquirido de sus nietos (74), y se niega a los nietos el carácter de reservatarios (75).

La propiedad de los bienes reservables se transfiere a los interesados por ministerio de la ley, en el momento en que se verifica el segundo matrimonio del cónyuge viudo, el cual, desde esta su segunda unión, sólo tiene el usufructo vitalicio (76).

La prescripción contra los hijos reservatarios sólo empezará a contarse desde que, por la muerte del reservista, se ha consolidado en los hijos la plena propiedad y el derecho de accionar para reclamarla (76).

Las enajenaciones hechas por el viudo o viuda aun *antes* de

(70) Sent. 6 de Julio de 1850.

(71) Sent. 14 de Mayo de 1856.

(72) Sent. 26 de Octubre de 1856.

(73) Sent. 9 de Mayo de 1859 y 31 de Mayo de 1861.

(74) Sent. 11 de Marzo de 1861.

(75) Aunque luego se rectificó en Sent. 22 de Junio de 1895 y 12 de Mayo de 1897.

(76) Sent. 21 de Mayo de 1861.

contraer segundo matrimonio, sólo serán válidas mientras el que enajenó o gravó no incurra en el caso previsto en la Ley, porque si después de hacerlas se casare, a su muerte adquirirían los hijos el pleno dominio de los bienes reservables y el derecho a accionar como dueños contra terceros poseedores; no pueden, pues, los padres disponer irrevocablemente de los bienes sino en testamento, que, en lo que a tales bienes respecta, valdrá si falleciesen en estado de viudez, o intervivos si le han premuerto los posibles reservatarios, pues de reconocer validez a las enajenaciones hechas por el viudo o viuda, aun antes de su segundo matrimonio, se podría por éstos burlar la previsión y la disposición legal, con que se apresurasen a enajenar o gravar, antes de contraerlo (77).

Contraídas las segundas nupcias, todos los bienes a que alcanza la reserva quedarán reservados por disposición de la Ley para los hijos del primer matrimonio, los cuales *desde el mismo instante adquieren su propiedad*.

Las enajenaciones que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiere hecho el cónyuge sobreviviente antes o después de su segundo matrimonio, únicamente pueden ser eficaces y subsistir si al fallecimiento de éste no quedasen ninguno de sus hijos del primer matrimonio.

La reserva comprende los bienes adquiridos por el padre o madre de hijos de su primer matrimonio, tanto abintestato como ex testamento, siendo indiferente la época en que los haya adquirido el reservista, puesto que no es por ella, sino por su procedencia, por lo que los bienes adquieren tal carácter (78).

El que contrae matrimonio con la viuda, teniendo hijos de esta segunda unión, si muere la madre, heredándola éstos, y muertos a su vez los hereda su padre, éste no tiene obligación de reservar a los hijos que su esposa difunta hubiese tenido en su anterior matrimonio: los hijos reservatarios han de ser hijos del reservista (79).

Cesará la reserva cuando los hijos del primer matrimonio, sien-

(77) Sent. 16 de Junio de 1862.

(78) Sent. 26 de Enero de 1874.

(79) Sent. 16 de Enero de 1871.

do mayores de edad y capaces, renuncien en debida forma su derecho (80).

La nuda propiedad se transmite a los hijos por ministerio de la Ley desde el momento en que se abre la sucesión del cónyuge premuerto, no correspondiendo al padre sobreviviente más que el usufructo.

Aun en vida del reservista, pueden disponer de su derecho los reservatarios, haciendo del mismo división entre sí, la cual valdrá y producirá sus efectos, aunque alguno de los reservatarios fallezca antes que el reservista (81).

La obligación de reservar va unida a la prohibición de enajenar, y quedaría eludida aquélla si se reconociese completa validez a las enajenaciones que el viudo o viuda hubiese hecho antes de su segundo matrimonio (82).

La reserva implica adquisición de la nuda propiedad por los reservatarios, por ministerio de la Ley, en el momento de contraer el padre segundas nupcias, quedando éste como mero usufructuario, por muerte del cual pasan los bienes a los hijos o nietos descendientes legítimos del cónyuge premuerto en pleno dominio y posesión.

Los reservatarios que por el nuevo matrimonio han adquirido la nuda propiedad, aunque mueran antes que el reservista, la transmiten a sus descendientes, dado que la nuda propiedad que les pertenecía es un derecho real transmisible.

Los bienes adquiridos por el padre, de un hijo de su primer matrimonio, son reservables, sin que precise distinguirlos según

(80) Sent. 8 de Julio de 1874.

No había entonces, siendo para la antigua doctrina, la adquisición inmediata a la celebración del segundo matrimonio, los obstáculos que hoy se oponen a que se admita la renuncia por el reservatario de su derecho, antes de que haya muerto el reservista; pero la gravedad de esta Sentencia, al dar validez a la renuncia aun antes de celebrarse el segundo matrimonio, es igual a las que actualmente la admiten después de celebrado, pero antes de la muerte del reservista; porque la situación jurídica del reservatario antes de celebrarse el segundo matrimonio, para la antigua reserva, como vigente el Código, después de celebrado, es equivalente, ya que viviendo el reservista, la renuncia es de algo que ni entonces, antes, ni ahora después había adquirido el reservatario, y no podía, ni hoy debía poder renunciarlo.

(81) Sent. 18 de Junio de 1880.

(82) Sent. 31 de Enero de 1881.

su procedencia o personas de quienes los había adquirido el hijo (83).

Los nietos son reservatarios en representación de su padre premuerto, porque aunque la ley 15 de Toro sólo hace mención expresa de los hijos, no pueden entenderse excluidos los nietos (84).

La reserva, pues, se construye por : A), separación del usufructo y la nuda propiedad ; B), inmediata adquisición de ésta por los reservatarios ; C), renuncia y transmisión válidas de la misma, aun en vida del reservista ; D), prohibición o imposibilidad de enajenar eficazmente el usufructuario ; E), retroacción de ésta, aun contra terceros adquirentes, antes de haberse celebrado el segundo matrimonio ; y F), validez, no obstante, de las enajenaciones anteriores y aun posteriores a las segundas nupcias, si premorían al reservista los reservatarios.

Sencilla, pues, la doctrina en que se trataba de una nuda propiedad adquirida por ministerio de la Ley en el momento mismo de celebrarse el segundo matrimonio (85), era ilógica e incomprensible en los efectos retroactivos que se daban contra terceros que habían adquirido cuando no existía la reserva ni derecho alguno especial en los reservatarios, y en el efecto retroactivo inconciliable con éste, contra terceros que a su vez hubiesen adquirido de los reservatarios si éstos premorían al reservista. Confusión, en vez de clara distinción, entre enajenaciones hechas antes o después del segundo matrimonio, originando todo ello una serie de contradicciones, motivadas las más de las veces por las circunstancias especiales de cada caso concreto sometido a nuestro más alto Tribunal, evidenciándose con ello que faltaba una doctrina armónica y una construcción sistemática y acabada de la figura que evitara las confusiones y contradicciones, precisamente cuando la legislación inmobiliaria clamaba justamente por la seguridad, indispensable al comercio jurídico, y por garantías para terceros adquirentes y cuando el principio básico de la construcción romana de la reserva o adquisición por el reservatario en vida del reservista había sido abandonado por el nuevo espíritu, primero revolucio-

(83) Sent. 22 de Junio de 1895.

(84) Sent. 12 de Marzo de 1897.

(85) La doctrina de la Sent. de 18 de Junio de 1880 es aislada y no prosperó.

nario y codificador luego en Francia, crisis que vamos a estudiar brevemente, pues, a nuestro juicio, de dicho movimiento arranca la moderna doctrina de la reserva.

LA RESERVA ANTE LA REVOLUCIÓN Y LA CODIFICACIÓN FRANCESA

I. En Francia había regido la reserva romana en el país de derecho escrito, no así en los países de costumbres, a excepción del territorio que luego indicaremos. Las dos leyes básicas, «Foemina quae» y «Hac edictali», que regían en el Mediodía, se reprodujeron en el célebre edicto de las segundas nupcias de Julio de 1560, dado por el rey Francisco II por consejo del Canciller de l'Hospital, ante los frecuentes escándalos de matrimonios por dinero, que culminaron en el de Jorge de Clermont con Ana d'Aligre, viuda con ocho hijos (86).

No comprendía expresamente más que a las viudas, pero desde el año 1577, la jurisprudencia del Parlamento de París le aplicó igualmente a los viudos, dado que «ils sont capables de la même faiblesse»; se señaló el límite de disponibilidad en una cuarta parte de los bienes y se estableció la reserva a favor de los hijos y también de los nietos. El edicto decía: «Femmes veuves ayant enfant ou enfants, ou enfants de leurs enfants.»

En el año 1580 se incorporaron las disposiciones del edicto a la Costumbre de París, en el artículo 279 de su segunda redacción.

El derecho de los reservatarios se llamaba derecho de devolución, y su acción, «action en retranchement».

(86) El preámbulo del edicto decía: «Como las viudas con hijos son pedidas y solicitadas en matrimonio y no advierten lo son por sus riquezas más que por sus dotes personales, y frecuentemente, con pretexto del matrimonio, abandonan sus bienes a sus nuevos esposos, haciéndoles donaciones excesivas con olvido de sus naturales deberes para con sus hijos..., a los que viendo privados de la ayuda y socorro de su padre, debían ante todo suplir haciendo al par papel de padre y madre; de cuyas donaciones se siguen, a más de querellas y cuestiones entre el marido y los hijos, la desolación de las familias, con la disminución consiguiente de la fuerza del Estado, por lo que los emperadores quisieron remediar tal hecho con sabias leyes y constituciones dadas con tal objeto.», citado por Baudry-Lacantinerie. *Précis de droit civil*, tomo III, pág. 726, 13.^a edición. París, 1927.

En proyectos del Código Napoleón se mantenía (artículo 176, artículo 191-e), pero se rechazó la reserva a petición del Tribunal, que creía ver en ella una especie de sustitución, y principalmente por ir contra el precepto del artículo 62 de la ley de 17-21 de Nivoso del año II (87), que ha pasado al artículo 732 del Código francés. «La Ley no atiende, para regular la sucesión, ni a la naturaleza, ni al origen de los bienes»; y también como contrarios a los preceptos de igualdad de aplicación hasta retroactiva de los artículos 9 y 64 de la ley de Nivoso dicha (88) (que respondían tanto al espíritu revolucionario como a la antigua tradición franca de limitación de testar) (89), recogidos en el artículo 745 del Código francés, por lo cual se suprimió en el Código la reserva.

La limitación de la ley Hac edictali... se mantuvo y ha pasado al Código francés, en su artículo 1.098 (90), por el cual, caso de contraerse nuevo matrimonio, teniendo hijos del anterior, «ayant des enfants d'un autre lit», el nuevo cónyuge sólo puede recibir del binubo como el hijo que menos, y nunca más de la cuarta parte de los bienes.

La reducción, caso de disposición excesiva, beneficia a todos los hijos por igual, sean éstos del primero o del segundo matrimonio [Sent. Tribunal de Bourges, 28 de Diciembre de 1891 (91)].

A pesar de haberse mantenido en el Código civil solamente una parte de la legislación antigua, ha encontrado impugnadores

(87) Ley 17-21 Nivoso, año II, art. 62: «La loi ne reconnaît, aucune différence, dans la nature des biens ou dans leur origine pour en régler la transmission.»

(88) Ley 17-21 Nivoso, año II, art. 9: «Les successions des pères, mères ou autres ascendants, et des parents collatéraux, auvertes depuis et compris le 14 Juillet 1789, et qui s'ouvriront à l'avenir, seront partagées également entre les enfants descendants ou héritiers en ligne collatérale, nonobstant toutes lois, coutumes, donations et partages déjà faits...»

Art. 64: «Si le défunt laisse des enfants, ils lui succéderont également.»

(89) Glasson: *Histoire du Droit et des Institutions de la France*. París 8 v. 1903, pág. 540, tomo VII.

(90) Art. 1.098: «L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel epoux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et, sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens.»

(91) Citado por Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, 10 edición, París, 1927, pág. 917, tomo III.

en Francia, basándose sobre todo en la facilidad de eludir la prohibición, aunque el Código establece garantías, como veremos en el curso de este trabajo .

II. Hemos indicado que la reserva en su espíritu se oponía a los principios básicos de la ley de Nivoso del año II. Vamos a estudiar la cuestión planteada en el territorio del Nordeste de Francia, en que existía la reserva, ante la aplicación allí de las leyes de la revolución contrarias a la misma, y no olvidemos que puede, en cierto sentido, aclararnos mucho sobre la adquisición del derecho por los reservatarios en la nueva reserva y sobre la naturaleza del derecho de éstos en vida del reservista, ya que tiene tantos puntos de contacto la situación de adquirentes afectados por los derechos en expectativa, al consolidarse éstos, con la situación de aquellos que pierden un derecho por variación de la ley que se lo reconocía, cuando la efectividad de la nueva disposición legal que les priva de él les alcanza.

Existía un «droit de devolution» o reserva especial, en virtud del cual se prohibía al cónyuge viudo, desde la muerte de su esposa, vender o hipotecar, en perjuicio de los hijos de su primer matrimonio, que tenían un derecho de preferencia sobre los bienes que aquél había recibido de su esposa, los cuales debían serles reservados. Regulado por costumbres, escritas las más, regía en los estatutos de Hainaut y Brabante (92), en la ciudad de Lieja, Gran Ducado de Berg y en parte de la Alsacia (territorio de Wissembourg).

Por decreto de 8-15 de Abril de 1791 se abolieron las disposiciones estatutarias en las cuales se estableciesen distinciones entre hijos de diferentes matrimonios, como contrarias al espíritu de la revolución, de igualdad en la división entre descendientes; tal decreto alcanzaba «les biens meubles et immeubles que à l'époque de la publication, étaient frappés de devolution dans la main de l'époux survivant avec enfants».

Surgió, pues, una cuestión relacionada con la aplicación retroactiva o no de dicho decreto, y que llevaba implícita la discusión

(92) Conocidas son en la Historia las pretensiones de Luis XIV a la muerte de Felipe IV (1667) sobre los Países Bajos, fundándose en el derecho de devolución que regía en el Brabante y que fueron una de las causas de la primera guerra de conquista de aquél.

de la naturaleza del derecho de los reservatarios a quienes afectaría o no la variación legislativa, según fuese o no el suyo un derecho adquirido por la muerte de su madre o no se considerase adquirido hasta la muerte del padre sobreviviente.

Lo primero era el caso en esta reserva especial; la adquisición por las segundas nupcias al celebrarse éstas, era el caso de la reserva romana y española anterior al Código; la adquisición a la muerte del reservista es la doctrina moderna y la de nuestro Código, aunque no sea congruente con disposiciones del mismo, como veremos al estudiarlo.

Continuemos con la cuestión que nos ocupa, pues es el punto de entronque de la antigua con la moderna teoría de la reserva de inversión por retroceso en la adquisición.

La cuestión planteada por el Decreto de 8-15 de Abril del 91 se resolvió contra los reservatarios por orden del día motivada de la Convención Nacional de 18 de Vendimiaro, año II.

Johet, estudiando la costumbre de Lieja, da la razón a la aplicación de la ley nueva, por ser, según él, el derecho de los hijos del primer matrimonio un fideicomiso condicional, no entendiéndose cumplida la condición ni adquirido el derecho hasta el fallecimiento del reservista.

El principio de igualdad absoluta, aun con efectos retroactivos que había inspirado el Decreto de 1791, se mantiene en el artículo 9, que citamos antes de la ley del 17-21 Nivoso, año II, y en su artículo 13 (92 bis) se regula la aplicación del artículo 1.º de la misma contra las donaciones intervivos, al caso de pactos en capitulaciones matrimoniales y la influencia que en los efectos de los

(92 bis) Ley Nivoso, año II, art. 13: «Les avantages singuliers au réciproques stipulés entre les époux encore existans, soit par leur contrat de mariage, soit par des actes postérieurs, ou qui se trouveraient établis dans certains lieux par les coutumes, statuts ou usages, auront leur plein droit et entier effet, nonobstant les dispositions de l'article 1.er, auquel il est fait exception en ce point.

Neanmoins s'il y a des enfans de leur union ou d'un précédent mariage, ces avantages au cas qu'ils consistent en plein jouissance, ne pourront s'élever au delà de moitié du revenu des biens délaissés par l'époux décédé; et s'ils consistent en des dispositions de propriété, soit mobilière soit immobilière, ils seront restreints à l'usufruit des choses qui en seront l'objet, sans qu'ils puissent excéder la moitié du revenu de la totalité des biens.»

misimos produciría la existencia de hijos de un matrimonio anterior. Así que esta ley ni descuidó por completo a los hijos de un anterior matrimonio, ni es retroactiva abusivamente, pues establece una retroacción más económica que jurídica (93), y frente a los que para el nuevo espíritu son derechos adquiridos, los respeta escrupulosamente, como prueba su artículo 45 (94).

No eran, pues, tan extremados los legisladores revolucionarios en la aplicación retroactiva de sus disposiciones como se les tacha actualmente (95), y entendieron que no había retroacción en la aplicación inmediata del decreto de Abril de 1791, como lo prueba el que, a pesar de la tremenda reacción empezada en Thermidor (que dió lugar a las leyes de 5 Floreal y 9 Fructidor, año III; 3 Vendimiario, año IV; 18 Pluvioso, año V, y 4 Germinal, año VIII, dictadas sobre todo contra las leyes de 5 Brumario y 17-21 Nivoso, año II, y aplicadas incurriendo en la misma retroactividad que tan duramente condenaban), cuando se intentó reformar la orden de la Convención de 18 Vendimiario, no pasó de intento, porque no se la consideraba como retroactiva, y sólo se hizo referencia al Decreto del 1791 en los artículos 9 al 11 de la ley 18 Pluvioso, año V (96).

La jurisprudencia mantuvo igualmente la aplicación: El Tribunal de Casación de París, en Sentencia de 8 Messidor y 10 Nivoso, año XIII, declaró que no era retroactiva la aplicación de la nueva ley, porque antes de la muerte del reservista el derecho del reservatario era sólo una mera *expectativa*; además de esta razón principal, que encierra el germen de toda la nueva construcción

(93) Artículos 48 y 50 Ley Nivoso, año II.

(94) Artículo 45 id.: «Les droits acquis soit à des tiers possesseurs, soit à des créanciers hypothécaires et à tous autres, ayant une date certaine, antérieur au 5 brumaire dernier sur les biens compris dans les dispositions annulées par le decret du même jour, leur sont conservés.»

(95) Puede verse en J. Bonnetcase. Supplément al tratado de Baudry-Lacantinerie, tomo II, París, 1923.

(96) Se refieren los dos primeros a exclusiones y renunciaciones de país de costumbre.

Art. 11, Ley Pluvioso, año V: «Né amuvins, les personnes mariées au veuves avec enfants, aux époques du décret des 15-28 Mars 1790 ou de celui des 8-15 Avril 1791, ainsi que les enfants de ces mêmes personnes décédées depuis les dites époques, conserveront à l'égard des filles exclues ou renonçantes, les avantages qui leur étaient assurés par les dits décrets jusqu'à la publication de la loi du 4 Janvier 1793, qui abroge les dites réserves.»

de la reserva, daba otra oportunista, pretendiendo fundamentarla en textos mal interpretados de la Costumbre de Lieja.

La Corte de Casación y revisión renana de Berlín, en Sentencias de 15 de Febrero de 1826, 28 de Febrero de 1832 y 11 de Diciembre de 1843, aplicó la nueva ley, casando seis Sentencias del Tribunal renano de apelación de Colonia, que desde 1823 a 1830 había insistido en la aplicación de las costumbres anteriores al año 1791, cuando la madre había muerto antes de esta fecha, aun muriendo el padre después de la introducción del Código Napoleón.

La Corte de Berlín se fundaba en la no existencia de un derecho adquirido con carácter definitivo por los hijos, dado que las ventas que hiciese el padre, a pesar de su obligación de reservar, no eran radicalmente nulas, antes bien, se convalidaban si le premorían los reservatarios; no había, pues, verdadera vinculación, ni derecho plenamente adquirido hasta la muerte del padre reservista, antes que los reservatarios y antes que imperase la nueva ley, por lo cual, en otro caso, se debía aplicar la ley nueva, entrando a partir, con los hijos del primero, los del segundo o ulterior matrimonio.

Lassalle (97) sostiene que había de distinguirse el caso general en que puede sostenerse la aplicación de la nueva ley, por aplicación del nuevo principio sucesorio de la revolución, sin que implique retroacción de la misma, de aquellos otros casos particulares de algunas costumbres, de cuyos textos se deduce claramente la adquisición por los reservatarios de sus derechos aun en vida del reservista (98), el cual veía su propiedad de tal suerte limitada, que era llamado por Stockmann, a quien cita, «propriétaire bridé».

Aparte de estos casos particulares, en que la nueva ley no podía ser aplicada, estima que para los demás casos en que podía serlo, no era razón suficiente, para resolver su aplicación, la dada por la Corte de Berlín, de que, supuesto que las enajenaciones hechas por el padre no eran radicalmente nulas, los reservatarios no podían alegar ningún derecho adquirido, pues pueden existir casos semejantes de convalidaciones *a posteriori*, sin que esto im-

(97) F. Lassalle: *Théorie systématique des droits acquis*. 2 vols., tomo I., París, 1904.

(98) Costume de Laleû, artículo 28.

plique que el derecho no había sido adquirido por aquellos que eran obstáculo a su validez inicial. Así, por ejemplo: «Cuando el esposo romano enajena bienes dotales, su acto es absolutamente nulo. Pero si con posterioridad adquiere la dote, se torna válida la enajenación, sin que sea preciso repetir el acto por que se enajenó anteriormente, ley XLII, D. de usurp., 41, 3. A pesar de lo cual nadie pretenderá sostener que la vinculación de la dote no pueda sostenerse hasta la disolución del matrimonio, ni dudar de que la inalienabilidad de la dote no constituya un derecho adquirido de la mujer. De igual modo, cuando alguien enajena una cosa que no le pertenece y después llega a ser dueño de la misma, la enajenación se convalida, sin que sea preciso que se renueve, IV, § 32, D. de doli exc., 44, 4. De igual modo, la enajenación inválida de los *lucra propter nuptias* se convalida posteriormente si todos los hijos del primer matrimonio mueren antes que el padre» (99).

Ya vimos que para el Derecho romano y la tradición jurídica continua de nuestra patria, la adquisición por el reservatario de su derecho era inmediata, y por ministerio de la ley, tan pronto se celebraba el segundo matrimonio, y Justiniano mismo, un despota oriental, creyente en su pleno poder imperial y en su voluntad, cesáreo-papal ley, respetó los derechos adquiridos (100). Si, pues, para el antiguo derecho, la adquisición de su derecho por los reservatarios era inmediata al producirse el hecho causa de la reserva, las disposiciones del Decreto de 1791 eran retroactivas, al privar a los mismos de derechos adquiridos. Es decir, que los legisladores revolucionarios habían incurrido en el abuso, ante el que se detuvo el despótico emperador. ¿Qué mejor pretexto para atacar la obra revolucionaria? Tratemos de fijar hasta qué punto eran o no retroactivas.

ANTONIO MARÍN MONROY,

Notario.

(Continuará.)

(99) F. Lassalle: Obra citada, nota de página 240, tomo I.

(100) Novela 22, capítulo I: «Illis enim credentes et ita contrahentes nullius culpavit, quam non futurum sciverunt...»

Savigny: Obra citada, pág. 403 del tomo VI.

La cancelación y la técnica hipotecaria española

I. EXPLICABLES REPAROS.

Los tratadistas de Derecho inmobiliario español no profundizaron en las bases del sistema ni asentaron en él concepciones de gran contenido.

Los estudios magistrales de cierto distinguido maestro sobre técnica alemana, informadora de algunos puntos de la nuestra y su orientación hacia ella, abrieron a la luz frondosos campos de investigación, hasta ahora oscurecidos.

Y, sin ir tan lejos... En nuestra técnica existen panoramas, medianamente explorados, en los cuales yace, no sólo la originalidad, sino también la relativa defensa del sistema.

Entre los tópicos hipotecarios dignos de revisarse siempre nos pareció uno de los más atrayentes éste de la cancelación. Y por eso vamos a tratarlo el primero, haciendo antes salvedad de las pocas fuerzas de que disponemos para atacar punto de tanto cuidado, y con la forzada brevedad de un artículo de Revista.

II. DEFINICIÓN.

En técnica española hay que distinguir entre cancelación y asiento de cancelación, siquiera éste sea el medio normal de verificar aquélla.

La cancelación es el modo principal y negativo de hacer cons-

tar la extinción, en todo o parte, de un determinado estado jurídico-registral.

Modo principal.—Pudiera dudarse de ello al ver que la nota marginal es forma de cancelación en nuestro sistema. Pero, si bien se examinan los casos en que dicha forma se admite, vemos en todos ellos que aparece dicho asiento elevado a un rango superior a su categoría, que se acepta sólo por una razón *económica*. La cancelación es principal por su modo de actuar. El asiento de cancelación lo es, además, por su forma. En cambio, hay notas marginales que, aun mostrando con fórmula negativa la extinción total o parcial de un determinado estado jurídico-registral, no logran la categoría de cancelaciones por su señalado carácter accesorio—sirva de ejemplo la del artículo 59 del Reglamento—. Con frase gráfica podría decirse que la nota marginal, como tal nota, puede matar de un puntillazo; que la cancelación lo hace siempre «de potencia a potencia».

Negativo, porque la cancelación adopta siempre en nuestra técnica una expresión de este carácter. Las insustituibles frases «se cancela», «queda cancelado», «se extingue»... equivalen a negar efectos, a romper, a destruir algo. En esto se distingue la cancelación de la inscripción, en sentido estricto, y aun más concretamente, de ciertas inscripciones, que, como la de modificación, pueden tener por único y exclusivo objeto provocar la parcial extinción de una determinada situación registral.

Pero la cancelación no es sólo una fórmula negativa. Es la fórmula negativa de una negación, negación que consiste en la extinción total o parcial de un determinado estado jurídico-registral. Por esta razón la cancelación se distingue de ciertas inscripciones y anotaciones de fórmula negativa: ejecutorias de incapacidad, prohibiciones de enajenar.

III. NOTAS CARACTERÍSTICAS.

Gran dificultad existe para fijar los caracteres que en nuestro sistema registral presenta la cancelación, modo complejo, de variable morfología. Como simples notas características presentamos las siguientes:

1.^a Es una operación generalísima, de extenso ámbito, la inscripción—salvo el caso de inmatriculación, en que no se hace referencia a otra situación registral—; la anotación se refiere a determinadas situaciones jurídico-registrales, que no pueden ser otras que la inscripción a otra inscripción o a una anotación—casos de conversión—y la anotación también a una inscripción o anotación. Por el contrario, la cancelación puede referirse a toda clase de situaciones y asientos. Se cancelan los derechos inscritos o anotados, el asiento de presentación, hasta los derechos simplemente mencionados...

2.^a Es operación de referencia, porque necesariamente ha de referirse a otro asiento en que conste la situación jurídico-registral, que total o parcialmente extingue...

3.^a Pone fin a un determinado proceso registral objetivamente definido. Es decir, que luego del asiento cancelatorio no cabe ningún otro con relación a la finca, derecho o parte de ellos, a que la cancelación se refiera. Así como el asiento de presentación es siempre el primer asiento, así la cancelación es siempre el último.

4.^a Es pluriforme. En efecto, la cancelación, en nuestro sistema, adopta las formas de cancelación propiamente dicha y la de nota marginal.

5.^a Es gradual. La cancelación es la única operación registral susceptible en nuestra técnica de gradaciones: cancelación total y parcial.

6.^a Por último, la cancelación obedece a los más variados presupuestos formales. Así cabe hablar de cancelación por voluntad expresa, sin manifestación expresa y contra la voluntad del titular; por escritura pública y documentos privados; gubernativas, judiciales y de oficio. Es curioso ver cómo la Ley, con una vaguedad impropia de su tecnicismo, y de la que por cierto hace frecuente uso también de otros lugares, habla de la cancelación que se practica mediante providencia ejecutoria, única resolución judicial, en sentido estricto, que no puede producirla.

IV. CONCRECIÓN DE SU PECULIAR EFECTO.

La cancelación es la operación hipotecaria que tiene por objeto extinguir total o parcialmente una situación registral.

Peró lo dicho califica muy medianamente la verdadera sustancia de la operación, porque, según el artículo 77 de la Ley, las inscripciones también se extinguen por la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona.

El peculiar efecto de las cancelaciones es extinguir una situación registral *desinmatriculando*, *desinscribiendo*—en sentido amplio—y con las generales consecuencias del sistema.

V. UNA APLICACIÓN INTERESANTE DE LA CANCELACIÓN.

Según nuestra técnica, los inmuebles pueden sujetarse a dos regímenes jurídicos distintos: el hipotecario y el extrahipotecario. En otros sistemas, como el alemán, de inscripción constitutiva en general, pueden los derechos reales inmobiliarios no estar inscritos; pero, salvo excepciones, tales derechos se reputan entonces no nacidos. El régimen extrahipotecario es un régimen generalmente *antijurídico*, sin que ello quiera decir que el Derecho no reconozca ciertas soluciones extrahipotecarias.

Nuestro sistema, en cambio, apenas si conoce los efectos constitutivos de la inscripción. Aun en el caso de la hipoteca, la inscripción *da sólo validez a su constitución* (1). Y son los característicos de él los llamados efectos declarativos, pero que muy bien pudieran decirse mixtos o complementarios, porque tienen algo de declarativos y de constitutivos, y porque redondean, por así decir, la relación jurídica, de naturaleza real o asimilable, objeto de la inscripción. Ahora bien: ¿cabe el renunciar a esos efectos declarativos de la inscripción, a la inscripción misma, que-

(1) Art. 1.875 del Código civil y 146 de la ley Hipotecaria. Es algo así como si los efectos propios del derecho de hipoteca se detuvieran hasta que la *declaración registral* les diera suelta.

dando subsistente extrahipotecariamente la relación jurídica, que fué su objeto?

El cambio de régimen que esta renuncia implica puede convenir al titular, porque la inscripción en España no confiere al inscribiente únicamente presunciones y garantías ventajosas. A veces hace la situación más precaria—sirva de ejemplo el artículo 37 de la Ley—. Otras le somete al cumplimiento de determinadas obligaciones, que, de otro modo, podría o no cumplir—el caso de las hipotecas legales—. Por último, ciertas afinidades registrales—la investigación fiscal, por ejemplo—pueden constituir a veces un peligro para el inscribiente...

Sustancialmente, la operación puede llevarse a efecto siempre que la indicada renuncia encuadre dentro de la órbita que limitan, de un lado el interés y el orden público; de otro, el perjuicio de tercero (1).

Indudablemente, ni el orden ni el interés público se resienten con la renuncia a la inscripción, pues aun cuando pudiera alegarse que el interés público exige que consten con firmeza las relaciones jurídicas inmobiliarias de carácter real, es el caso que, si ese interés fuera tan definitivo, se hubiera invocado entonces para la inscripción, exigiéndose ésta como precisa o necesaria.

El perjuicio del tercero—un tercero civil aquí—se verá si existe o no en cada caso. Por supuesto, que éste no ha de ser más o menos imaginario, sino real, derivado de la propia inscripción, por reservarle o conferirle ésta algún derecho.

Formalmente, sostenemos nosotros, cabe realizar la expresada renuncia por medio de la cancelación.

VI. DIFICULTADES QUE SURGEN AL TRATAR DE LOGRARLA.

Conforme al artículo 82 de nuestra Ley, para cancelar basta una simple expresión del consentimiento formal. Consecuencia de ello parece ser que una persona pueda prestar el consentimiento de cancelación pura y simplemente, y que, en su consecuencia, se opere en el Registro la cancelación pretendida, sin otro efecto que

(1) Art. 4.º del Código civil.

el de extinguir la situación registral a que se refiere, pero dejando intacta la relación civil, que era supuesto necesario de ella.

Pero relacionando el artículo 82 con el 79 y el 80, se ve claramente la imposibilidad de lograr una cancelación por el estilo.

En efecto, el artículo 79 establece que podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total: cuando se extinga por completo el inmueble objeto de la inscripción, cuando se extinga también por completo el derecho inscrito, cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se haya hecho la inscripción y cuando se declare la nulidad por falta de alguno de sus requisitos esenciales, conforme a lo dispuesto en el artículo 30. El artículo 80 determina que podrá pedirse y deberá decretarse, en su caso, la cancelación parcial cuando se reduzca el inmueble objeto de la inscripción o anotación preventiva y cuando se reduzca el derecho inscrito a favor del dueño de la finca gravada.

Resulta que tanto uno como otro artículo condicionan el contenido del 82 en el sentido de que el consentimiento de cancelación haya de basarse en una de las causas que aquéllos taxativamente señalen. De ellas, unas requieren un determinado supuesto de hecho, para cuya provocación no siempre resulta capaz la sola voluntad de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, tales como la extinción completa y la reducción del inmueble; otras requieren la existencia de una determinada declaración judicial, como la de nulidad del título y de la inscripción. Quedan únicamente como causas pendientes del libre arbitrio del titular la extinción completa y reducción del derecho inscrito, una y otra susceptibles de lograrse mediante renuncia. Pero resulta que si el titular renuncia, no sólo extingue registral, sino también civilmente la situación jurídica que dimite.

Podrá alegarse que tanto las enumeraciones del artículo 79 como las del 80 de la Ley no son taxativas, que cabe lograr la cancelación total o parcial mediante causas distintas de las enumeradas. Puede sostenerse también que uno y otro artículo se refieren a las cancelaciones judiciales, como indica la frase «podrá pedirse y deberá ordenarse», y que, por tanto, no se halla en ellas comprendida la que se verifica por escritura o documento auténtico expresivos del consentimiento del titular.

Pero, aparte de que una y otra interpretación no aparecen muy

ajustadas al espíritu que presidió la redacción de dicho artículo, y alguna ni aun a su letra, tratándose de cancelaciones parciales nos sale al paso el artículo 98 de la Ley en su número quinto, al declarar la nulidad de la cancelación que no dé claramente a conocer la parte del inmueble que haya desaparecido o la parte de la obligación que se extinga y la que subsista.

Desentendámonos, pues—sin rechazarlas definitivamente—, de tales interpretaciones, y veamos si la cancelación que perseguimos puede realizarse al abrigo de otros principios.

VII. LA NEGOCIACIÓN DE LA ENTIDAD REGISTRAL Y LA CANCELACIÓN.

En nuestro sistema cabe dislocar el derecho de la cobertura registral correspondiente, aislar las entidades hipotecaria y civil, si bien el juego de las presunciones que la primera lleva consigo y el valor emergente y sustancial de la segunda tiendan constantemente a su fusión. Cabe negociar por separado una y otra entidad.

Que es posible la negociación separada de la entidad registral, única que podría ofrecer dudas, lo acreditan las siguientes razones:

1.^a Porque, sin entrar a discutir si la entidad registral es un derecho sustantivo, una simple garantía, el mismo derecho inscrito para terceros y entre partes una mera atribución sin contenido, una situación de efectos reales limitados u otra de tantas cosas más que puedan sostenerse, es lo cierto que en nuestra técnica cabe la transmisión de situaciones semejantes, de toda clase de *derechos, bienes y acciones* que no sean personalísimos, y la entidad registral no tiene este carácter (1).

2.^a Porque si, a falta de disposiciones generales sobre la validez del negocio jurídico, hemos de atenernos a las particulares de los contratos, nos encontramos con que, según el artículo 1.255 del Código civil, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. La negociabilidad de la entidad hipotecaria no es contraria a las le-

(1) Parece ser que la Dirección le asigna el carácter de un verdadero derecho real. (Resolución de 21 de Diciembre de 1925.)

yes, que no la prohíben, antes la admiten. ni contraria a la moral ni al orden público.

3.^a Porque nuestra técnica admite reservas *determinadas* de rango y su negociabilidad, siquiera ella sea en los pocos casos y en las condiciones limitadas que impone la mecánica de la confusión.

4.^a Porque nuestro sistema de *numerus apertus* de derechos reales permite la configuración de tales derechos a voluntad, calibrando y limitando arbitrariamente su contenido.

Pero es que, además de todas estas razones, en nuestra humilde opinión, la negociabilidad de la entidad hipotecaria se halla reconocida expresamente en nuestro sistema. El número 15 del artículo 164 del Reglamento consiente la renuncia de anotación como cosa distinta de la del derecho garantido, y el 284 del mismo Reglamento, de un modo más general y estricto—que siempre podría decirse que la anotación se renuncia, como cualquier otro derecho de garantía, una hipoteca, por ejemplo—, al permitir convenir a los interesados dar preferencia a uno de los asientos contradictorios, consagra claramente la negociabilidad de la posición que confiere el Registro, y que puede ser simplemente rango si los títulos a que los asientos se refieren son limitativos de dominio, y que es la propia entidad registral, en otro caso, ya que el que pospone su título renuncia a la posibilidad de inscribir.

La negociabilidad de la entidad registral no creemos pueda tener en nuestro sistema sorprendentes aplicaciones. Podrá servir, sí, para que un dueño civil adquiriera el carácter de titular, sin precisión de acudir al arificio de la venta de la finca. Para que, previa renuncia a dicha entidad, pueda el dueño civil inmatricular su inmueble por expediente posesorio. Pero, aparte los oscuros efectos que entre partes producirá dicha negociabilidad, parece ser que, al interés de un tercero, ha de desvanecerse el aislamiento provocado, arrebatando la inscripción al derecho por la fuerza de sus presunciones, o que, cuando menos, siempre será llegado el momento de discernir entonces adónde apunta la *realidad jurídica*.

Pero hay un caso de negociabilidad de la entidad hipotecaria que no ofrece ninguno de los inconvenientes expresados, pues sus efectos son claros y definitivos. Nos referimos al caso de renuncia

de la entidad registral, como medio para lograr la mera cancelación del asiento en que consta.

Fórmula: Renuncia el otorgante al derecho... que le corresponde sobre la finca antes descrita, como tal derecho inscrito, y a los solos efectos del Registro de la propiedad, y presta su consentimiento para la cancelación total de la inscripción correspondiente.

ANTONIO VÁZQUEZ CAMPO,

Notario.

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.

Métodos jurídicos

(*Conclusión.*) (1)

Intimamente unida con el obstáculo indicado se halla la cuestión suscitada por el lugar que ocupa el Derecho dentro de las tres grandes categorías valorativas: verdad, bien y belleza. Si para precisar admitimos con Baumgarten que, así como la verdad es el fin del conocimiento y el bien la perfección de la voluntad, es la belleza la suprema finalidad del conocimiento sensible, colocamos inmediatamente el campo de nuestras investigaciones en una región que por un lado puede ser explorada con medios lógicos y por otro se hunde en la zona nebulosa de lo emocional y afectivo.

Contra los razonamientos de Kirchman, que ya a mediados del pasado siglo se fundaba en la variabilidad de la materia jurídica, en sus relaciones con el mundo de los sentidos y en su dependencia de las normas positivas para negar a la jurisprudencia el carácter de verdadera ciencia, sostiene Stammler que el carácter de ciencia no depende precisamente de la materia elaborada, sino de la forma que la domina, e intenta un análisis de las condiciones de ordenación o conceptos fundamentales de todo derecho. El examen de la Tabla de los conceptos simples (sujeto frente a objeto, fundamento y relación jurídicos, soberanía y vinculación, juridicidad y contradicción), así como la exposición de los conceptos sintéticos (formados por combinación de aquéllos) y de los que sirven de enlace en el tiempo (comienzo, continuación, permanencia, alteración, etc.) o en el encadenamiento lógico (simplicidad, síntesis, fijeza, condicionalidad), nos eleva a las abstrac-

(1) Véase el número anterior.

ciones algebraicas desde donde apenas si distinguimos la exuberante vida social.

Más irrespirable se hace el aire si con Kelsen y la escuela vienesa, cuyas conquistas ha vulgarizado entre nosotros (caso de que sea posible hacer llegar al vulgo tales refinamientos) el señor Recaséns Siches, depuramos la ciencia jurídica de toda influencia finalista y de toda base sociológica para construir la teoría pura del Derecho como una Geometría jurídica. Ciertamente los problemas de origen y fin son tan ajenos a la teoría pura del Derecho como a la mecánica racional; pero con este método inmaculado de investigación se relega al campo de lo metajurídico cuanto habla al corazón en la tradición de lo pasado y en las esperanzas de lo porvenir.

El vacío se colma en los últimos avances de la doctrina que utiliza los valores puros (artísticos, científicos, éticos) para unirlos a la naturaleza por medio de la noción de cultura (ordenación de la conducta por los valores). La cultura de un pueblo en un momento dado de su vida se halla constituida, según Radbruch, por su arte, por sus conocimientos y convicciones, por sus instituciones y técnica, y en esta fórmula integral el Derecho representa la tendencia hacia la encarnación de la justicia.

A medida que el Derecho se deja arrastrar por lo emocional, pierde su ciencia la seguridad de la investigación lógica y oscila al impulso de los sentimientos y de las pasiones. De aquí que se hable de una *logique tempérée*, de una dialéctica flexible que evite la *summa injuria* del *summum jus*. De aquí también la seguridad con que el entusiasmo suple a los conocimientos jurídicos y la desventaja que los profesionales un poco tocados de escepticismo llevamos en la discusión de temas generales con médicos o ingenieros. ¿No habla M. Ruiz de la ética del entusiasmo?

Los profundos ideales soterrados en el alma humana, o los impulsos de lo subconsciente salen a luz vestidos de razonamientos, como en un sueño el dolor de estómago o de un órgano cualquiera da lugar a una orientación de la fantasía, que finge, como causa explicativa del malestar, escenas verosímiles. ¿Será el Derecho una forma intelectual de sugerencias oscuras que latén en el fondo de nuestras entrañas? Recuérdese la serie de teorías con que se trata de justificar la pena (expiación, retribución), o de evi-

denciar su finalidad (prevención, reprensión, corrección, defensa), o las que sirven para robustecer la teoría de la posesión (absolutas y relativas, de orden público o de derecho privado), y se pondrá de relieve una irreductible contradicción: la esfera jurídica, como centrada sobre la relación de medio a fin, presupone una orientación, un dirigirse hacia algún objetivo, y, sin embargo, los ordenamientos jurídicos que estiman como instituciones esenciales la pena y la posesión no se preocupan de señalar las finalidades por las mismas perseguidas. Es más, las investigaciones teleológicas, en determinados momentos, parecen expedientes justificativos, hojas de parra con que se cubre la impúdica realidad.

La lógica, se dice, es inflexible y establece las relaciones conceptuales bajo la garantía de la razón, pero el Derecho tiene tanto de habilidad como de ciencia: es el arte de los acomodados.

Desde este momento la dialéctica jurídica queda liberada del yugo racional y entregada a las más volubles emociones. Y si dentro de las puras teorías estéticas se ha descalificado a las catedrales góticas, y si los cánones de la belleza objetiva no han impedido a Voltaire afirmar que la *beauté pour le crapaud c'est la crapaude*, ¿dónde encontrará el Derecho un punto de partida inmovible y qué esperanzas hemos de poner en el itinerario espiritual o en el procedimiento metódico? Así se explica que personas ajenas a nuestra técnica (médicos, ingenieros, farmacéuticos...), en los arrebatos de un partidismo entusiasta, persuadan y arrastren a los oyentes, que se han quedado fríos ante los razonamientos del especialista.

* * *

Otro inconveniente que se opone a la ordenación unitaria de nuestra disciplina es el campo infinito que se desarrolla ante las miradas del jurista. Cualquier movimiento del mundo físico reacciona inmediatamente sobre el mundo ético, la posición de los objetos condiciona los desenvolvimientos de la conducta: mi palabra en este momento debe ser de ciertas características y fluir por cauces de cortesía y juridicidad; los movimientos de mis manos dependen de la colocación de este reloj, de estas copas. Podrá en algunos momentos no percibirse, por su insignificancia, la repercusión jurídica, del mismo modo que al más sagaz observador se

le escapa la presencia del cometa o del planetóide, que sin dejar de impresionar la placa fotográfica, pasa inadvertido sobre la sensible retina del astrónomo. Pero en cuanto el objeto llega a cierta distancia o la substancia jurídica se condensa y adquiere densidad suficiente para afectar a la visión ética, percibimos con claridad el movimiento de las normas. El Derecho es la vida, toda la existencia en cuanto es condicionada por la actividad racional y libre. Y no aludo solamente con esta frase a las tradiciones de titanes y dioses o de ángeles buenos y secuaces de Luzbel, que plantean los problemas cosmogónicos sobre consideraciones de orden penal, sino, antes bien, a la complicada sistematización que la conquista de mundos y energías por la raza humana va introduciendo en las disciplinas jurídicas.

Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, dice Justiniano al principiar sus Instituciones, para hacer patentes las condiciones enciclopédicas del que haya de discernir sobre lo justo y lo injusto. «El abogado tiene que saber de todo», repite el vulgo.

En efecto, las ciencias matemáticas puras han invadido, según hemos indicado, el campo acotado por las económicas y sociales; el abogado que haya de resolver sobre la justicia de un juego, la proporción de las apuestas y la licitud de un contrato aleatorio, necesita, por lo menos, nociones elementales del cálculo de probabilidades. Dejando a un lado las aberraciones de la astrología judiciaria, no debemos olvidar que la distinción de días fastos o nefastos y la formación del almanaque son obra de pontífices juristas, y que en cuanto abrimos el Código civil u hojearmos el mercantil o el procesal, saltan a la vista declaraciones sobre los meses, días o noches y sobre los modos de computar los plazos. No hablemos de la Medicina, que parece reivindicar en los actuales momentos para la Psiquiatría las tenebrosas regiones del enjuiciamiento criminal. La misma geología impone sus teorías y observaciones al Derecho minero y a la llamada propiedad de las aguas. Inútil citar la técnica del transporte y de la construcción: ferrocarriles, telecomunicaciones, canales, puertos..., los extensos dominios de la agricultura, etc.

La masa de conocimientos que el jurista debe poseer no puede ser reducida con métodos de unificación, porque así como el estu-

dio geométrico de la forma y capacidad de un vaso es independiente de la materia o líquido que haya de contener, las normas jurídicas reaccionan en contacto con la materia económica. No todos los vasos sirven para contener ácido fluorhídrico, ni todos los depósitos para encerrar aire líquido.

No son lo mismo las normas jurídicas que regulan el arrendamiento de un predio que las formas en que deba vaciarse la explotación de la mina ajena. Precisamente en Alemania se está poniendo de relieve, después de la publicación del Código civil, que ninguna de las figuras clásicas por éste admitidas para aprovechar el predio de que no somos propietarios, por ejemplo, el usufructo, las servidumbres rústicas o urbanas, los derechos reales limitados, etcétera, es adecuada para reglamentar la utilización de canteras, veneros o minas.

Las generalidades de la ciencia jurídica han de ser adaptadas a la realidad específica, y Renard, en la conferencia dada en Nancy sobre *La spécification*, a principios de 1925, hace notar que este procedimiento señala una etapa entre el conceptualismo y la casuística, entre la investigación de fórmulas generales y el método completo de la evaluación de intereses. Los profesores de la Facultad harían, pues, labor útil escribiendo tratados sobre el derecho de la agricultura, el derecho de la electricidad, el derecho de la Medicina, el derecho del teatro, el derecho de la aviación... Y esto sin olvidar que los medios profesionales no integran todo el ambiente social, puesto que los medios intelectuales, los medios morales y los medios religiosos tienen sus necesidades irreductibles.

La descentralización del Derecho así preconizada llevará o no a su pulverización, pero es un signo de la época y un gesto de fatiga que se escapa al profesional ante la enormidad de la tarea (*onus camelorum*).

* * *

De inspiraciones tan diferentes, de influencias tan variadas y de fuentes tan alejadas se forma la corriente metodológica del Derecho, y las clasificaciones de los métodos que en el momento presente pueden adelantarse forman un conjunto abigarrado y falto de trabazón lógica. A veces, los miembros de la clasificación dicotómica o tricotómica se distinguen por sus caracteres contrapues-

tos, como direcciones contrarias del punto central de una línea, otras no son verdaderas oposiciones específicas, sino simples reflejos de las teorías gnoseológicas (de conceptos), genéticas (de origen), teológicas (finalistas), críticas (de valoración).., que caracterizan a la respectiva escuela o autor.

Por eso mi trabajo en estos particulares será de mera exposición.

Métodos inductivo y deductivo.—Analiza el primero los fenómenos jurídicos, los clasifica y agrupa, e intenta elevarse a una proposición o teorema superior que los enlace lógicamente (inducción). Parte el deductivo de principios generales y desciende en concatenación rigurosa a los enunciados particulares. Va el uno de lo particular a lo general; el otro, viceversa; el primero asciende a lo abstracto, el segundo desciende a lo concreto. Aunque la deducción no se presente en forma silogística (premisas y conclusión), significará siempre una declaración de ser aplicable una proposición general a un caso específico, mientras que la inducción, como hemos visto, reúne las relaciones específicas en tipos de mayor extensión conceptual. En realidad, la distinción de tales métodos ni es peculiar a nuestra ciencia, ni es concluyente: puede partirse de una verdad racional (*a priori*), deducir un corolario, formar con esta proposición y otras un nuevo grupo por inducción, y así sucesivamente. O puede destilarse de la observación empírica una verdad *a posteriori* que sirva luego de base para un procedimiento deductivo.

Algunos autores, como Del Vecchio, comprenden como subespecies del método deductivo, el *genético* (que estudia las fases originarias) y el *comparativo* (para afrontar los diversos sistemas jurídicos).

Filosófico. Histórico.—Estos adjetivos se emplean para calificar las investigaciones jurídicas con intentos que determinan orientaciones distintas. Cuando dentro de la ciencia de los universales ideamos una rama jurídica (Filosofía del Derecho) y la contraponemos al estudio en el tiempo y en el espacio de las instituciones y de su exteriorización o desenvolvimiento, nos referimos a dos aspectos radicalmente distintos, mientras la oposición se atenúa cuando estudiamos los principios jurídicos generales frente a los grandes períodos de su desarrollo histórico, o cuando colocamos a la

Filosofía del Derecho privado por encima de los respectivos ordenamientos jurídicos codificados o compilados.

Hablar de derecho filosófico significa a veces recordar la doctrina del derecho natural o racional; otras, refundir en una disciplina los elementos comunes a todo derecho o condicionantes de todo ordenamiento jurídico; en ocasiones, se aplica a la exposición de instituciones que aparecen en la mayoría de los pueblos (monarquía, propiedad...), y, en fin, puede ser un mero expediente para llenar las lagunas de la Ley.

En el método recomendado por la escuela *histórica*, el estudio de las costumbres e instituciones, más que de los monumentos legislativos, debe hacerse con ánimo de investigar el espíritu del pueblo, místico motor de los grandes sistemas jurídicos. El jurisconsulto concentra sobre todo su atención, cuando se refiere a la historia de un precepto, en las circunstancias que concurrieron a su promulgación: discusiones, proyectos, enmiendas, debates parlamentarios, etc.

Crítico-comparado.—Implica el primer método un juicio *valorativo*, no de simple *existencia*, y comprende no solamente el estudio de la institución o de la norma, sino también su confrontación con opiniones, ideales y tipos. Si como piedra de toque se utiliza la verdad universal, el método crítico equivale a *filosófico-histórico*. Cuando los puntos de referencia son múltiples (económicos, científicos, sociales...) y el método *exhaustivo*, la finalidad perseguida será apreciar la armonía o la falta de acuerdo entre el precepto criticado y la vida social. Puede también enfocarse la crítica desde un punto de vista de mayor o menor densidad social y hasta dejarla reducida a un ataque con todos los medios lógicos, dirigido contra la institución, la ley o el legislador.

El método *comparado*, a que ya hemos aludido con referencia a Del Vecchio, es considerado por algunos como una subespecie del método crítico, en cuanto se emplea corrientemente la comparación de un derecho con otro para reforzar u obtener una conclusión valorativa. Pero también puede ser el medio más adecuado para resolver los problemas jurídicos que se plantean al introducir una legislación extranjera (por ejemplo, la Constitución o la ley Hipotecaria) para orientarse en una situación jurídica de ca-

rácter general (huelgas, sindicatos), o para descubrir tipos de instituciones.

Natural y sociológico.—Los indiscutibles progresos que en el último siglo obtuvieron las ciencias naturales con la aplicación de los métodos de observación e inducción, cuya humildad corre parejas con su fecundidad; el prodigioso desenvolvimiento de teorías tan generales como las designadas con las frases «unidad de las fuerzas físicas», «conservación de la energía», «selección natural» y la aplicación del principio de causalidad a las disciplinas sociales, habían de repercutir sobre los estudios jurídicos y poner de relieve las ventajas de colocarlos al lado de la Historia natural, con la antropología y la sociología.

Con la frase «método de las ciencias naturales», dice Kretschmar, se quiere indicar tan sólo que la Jurisprudencia, para llegar a una norma de derecho, debe tomar como modelo las ciencias naturales. En una obra póstuma sobre la historia del desenvolvimiento del derecho romano, Ihering mismo coloca en primera línea los progresos conseguidos por las ciencias naturales en cuanto percibieron los lazos que unían el fenómeno interno a las causas externas, y apunta el glorioso porvenir de la ciencia jurídica llamada a reconocer la influencia ejercida por el mundo exterior sobre los pueblos como sobre los individuos, aun cuando al primer golpe de vista los fenómenos parezcan ser obra espontánea del pensamiento y del querer humanos.

Pero la sociología, como disciplina sintética que coordina y sistematiza los últimos resultados de los estudios económicos, religiosos, morales..., para presentar un cuadro de los orígenes, desenvolvimientos y características de las comunidades humanas, utiliza procedimientos de investigación específicos que ya la acercan a la Historia, ya a la filosofía.

Para las escuelas espiritualista y crítica, la investigación de la vida social por los métodos de las ciencias naturales, con el objeto de hallar leyes que, teniendo un contenido históricamente dado, rijan con valor absoluto, está llamada a un patente fracaso. La génesis del Derecho es noción distinta y campo separado de la pura ciencia jurídica. El problema genérico o fenomenológico, que para el positivismo es capital, no puede, según Stammler, ser confundido con el sistemático, centrado sobre el *deber ser*.

Racionalista-empírista.—Reproducen estas denominaciones las

características respectivas de la escuela que consideraba el concepto y la idea del Derecho como dictados de la razón, y del empirismo jurídico que se limita a investigar sobre materias concretas y determinadas de un ordenamiento social.

«El *pathos* racionalista, según palabras de Recaséns, rechaza lo vital, lo histórico, para dejar expedito el paso a la cultura que el entendimiento elabora en los gabinetes filosóficos.» Por otra parte, los avances de la ciencia jurídica en los últimos lustros del pasado siglo fueron en parte debidos a las investigaciones de carácter técnico: a las monografías, artículos y resolución de problemas concretos; pero los empiristas huyen con temor de los que eternamente planteará la Filosofía del Derecho.

Positivista-pragmático-relativista.—La gran escuela fundada por Augusto Comte construía su método sobre dos concepciones de amplios vuelos. En primer término, todos los conocimientos sistematizados pasan por tres fases: *teológica*, en que se atribuye el fenómeno analizado a un espíritu superior; *metafísica*, que busca la explicación en una virtud o cualidad del objeto estudiado, y *positiva*, que se contenta con referirlo a otro más conocido, al cual se halla enlazado por la sucesión o la semejanza. Por otro lado, las ciencias pueden ser colocadas en una escala que baja desde el cálculo abstracto a la realidad: Matemáticas, Astronomía, Física, Química, Biología, Sociología, cada una de las cuales necesita ser conocida para el que intenta dominar a la subsiguiente.

La inteligencia se aproxima a los fenómenos sociales en la esperanza de hallar, como en los demás sectores, una ley que mediante la observación y la experimentación pueda ponerse de relieve. Toda situación histórica bien conocida puede deducirse de sus antecedentes. En su virtud, los hechos ciertos se funden en generalizaciones empíricas, que si resultan armónicas con la teoría biológica, pasan a la categoría de leyes positivas. Las ciencias jurídicas sometidas a la férrea ley del método unitario entran dentro del torrente sociológico.

Sobre las vías de los métodos empíricos, el pragmatismo ve en la verdad, más que un descubrimiento de lo que está oculto en el fondo de las cosas, una invención útil. A las preguntas: ¿El mundo es uno o múltiple? ¿No hay más que fatalidad o también li-

bertad?, el método pragmático intenta contestar según las consecuencias prácticas de cada concepción.

Si no hay verdaderas diferencias entre las conclusiones a que nos llevan, se da por vacía y superflua la discusión. Con el pragmatismo, la teoría es un instrumento de investigación en lugar de ser la respuesta a un enigma. La orientación pragmática consiste en apartar nuestras miradas de la causa primera, del primer principio, categoría o necesidad supuesta, para volverla a los resultados, las consecuencias y los hechos. Delante de cada problema, el pragmatismo pregunta qué promesas nos hace, y nuestro mundo, imperfectamente unido desde el punto de vista teleológico, ha de continuar persiguiendo una mejor organización de los fines particulares o colectivos.

Desde el siglo XVIII los sabios repetían con Buffon: «Lo absoluto no existe, no es de nuestra competencia y no podemos juzgar los casos más que por las relaciones entre ellos existentes.» La modernísima teoría de la relatividad, que Einstein ha puesto de moda y cuyo objeto era estudiar cómo nos aparece un fenómeno natural, según nuestro estado de movimiento con relación al sitio en que el mismo se realiza, encuentra un paralelo jurídico en las teorías relativistas discutidas por Hiller, Müller-Erzbach y Radbruch.

Subjetivo-objetivo.—La facilidad con que adoptamos la causa del ofendido o nos compenetramos con su situación, y la energía con que en las ocasiones graves sentimos el imperativo de la conciencia, son las bases capitales del método que busca en una respuesta interna, en el llamado juicio subjetivo, la resolución de los problemas jurídicos. El psicologismo científico, ya se apoye en la intuición individual o en una conciencia media de contenido análogo, ya en el consenso de la comunidad (*vox populi, vox Dei*) creado por las corrientes históricas y las reacciones sociales, parece renunciar a la pretensión de elevar una jurisprudencia crítica precisamente en el momento de decidir entre intereses contrapuestos o de armonizar opiniones entusiastas. La simpatía y la aversión, la protesta viva y el asentimiento emocional, el partidismo y la misantropía, van de lo sublime a lo ridículo sin preocuparse de la lógica.

Por otra parte, las mismas escuelas críticas separan los pro—

blemas de generación e introspección (*génesis psicológica*) de los sistemáticos, y relegan a la categoría de *hechos* la conciencia de las normas jurídicas. Y los que con Sternberg figuran en el campo opuesto, admiten en la tarea de la humanidad, para el hallazgo de juicios objetivos, los siguientes estadios: 1.º Hombres iluminados (profetas, genios). 2.º Revelación (por signos, documentos, tradición). 3.º Fijación del Derecho a base de la investigación natural. 4.º Determinación por autoridad humana (costumbre y ley), y, por último, 5.º Los desenvolvimientos de la ciencia del Derecho.

Dogmático-exegético.—Si prescindimos en nuestro estudio de los orígenes y de las finalidades del Derecho, y nos limitamos a considerar la norma jurídica como mandato de un legislador que debe ser obedecido sin excusas, aproximaremos los procedimientos de la dogmática jurídica (doctrina del Derecho) a los métodos de la teología confesional cuando se halla en presencia de textos revelados. La investigación seguirá una marcha escolástica sin preocuparse tanto de los hechos y conflictos que han engendrado la Ley, ni del objeto utilitario perseguido por sus autores, como de arrancar su sentido al precepto formal. Las ciencias filológicas se colocarán en primera línea para desentrañar y entender el texto legal, las sociológicas apenas si prestarán auxilios de importancia a los juristas engolfados en el análisis de códigos y recopilaciones.

Pero la inteligencia humana no se deja encadenar fácilmente por fórmulas, y la constante evolución jurídica no puede ser encerrada en mágicos volúmenes. El método exegético, aunque coloca sobre un pedestal idólatrico a la Ley, busca la voluntad o la intención del legislador en las exposiciones de motivos, debates parlamentarios y documentos preparatorios, sin poner en duda la soberanía omnipotente del Estado, e introduce en la forma y fondo de los estudios jurídicos fermentos de progresos que más tarde han de concluir por supeditar la Ley al Derecho. Tales son, de un lado, la sistematización de las instituciones jurídicas con abandono del modelo legal, que no sólo provoca un movimiento de independencia frente al articulado de los Códigos, sino que coloca en la base de cada especial tratado principios generales y opiniones de los autores clásicos. Y de otro, la tendencia a coronar las indagaciones casuísticas con la Jurisprudencia de los Tribunales de justicia, los usos y costumbres y la práctica del foro.

Tienen un valor distinto los calificativos de *exegético* y *dogmático* en la técnica española, que se ha formado sobre las indicaciones del señor Azcárate en su «Ensayo de una introducción al estudio de la Legislación comparada», y del señor Sánchez Román en su espléndido «Tratado de derecho civil».

Para el Sr. Azcárate, el exegético expone el contenido de las leyes, códigos y demás disposiciones legales mediante la exégesis y los comentarios de los textos; el dogmático, después de determinar *a priori* las distintas instituciones jurídicas, toma de las legislaciones lo relativo a cada una.

Según el Sr. Sánchez Román, el método exegético toma como punto esencial de investigación el texto de la ley a cuya explicación se consagra, con sujeción a las reglas de la crítica y a los rectos principios de la hermenéutica. El dogmático considera las leyes en su conjunto, las organiza y hace su exposición sistemática, desarrollando los principios que contienen.

Constructivo-científico.—El método que subtrae de las relaciones sociales los elementos simples de que están formadas las instituciones, el alfabeto en que han de escribirse los más complejos preceptos, las líneas con las que hemos de construir las figuras técnicas, recibió, al terminar el pasado siglo, honores exagerados que en el momento actual se han transformado en acres censuras. Los sistemas, los conceptos, las ficciones, las presunciones, las teorías y los principios elaborados con tanta paciencia por los juristas alemanes son reputados como atrevidas abstracciones que desfiguran la realidad jurídica, o peor todavía; que la falsifican.

Haciendo de fiscal en el proceso del conceptualismo, Renard formula su acusación del modo siguiente: 1.º El concepto no es nunca adecuado a la realidad, nos ilusiona, es un lazo. 2.º Ciertos conceptos son huecos, vacíos de toda realidad, fantasmagóricos. 3.º Según el nominalismo jurídico, la ciencia del Derecho es una panoplia de conceptos indiferentes a todo valor moral o metafísico. Y, sin embargo, ¿cómo sería posible dominar el campo del derecho privado, por ejemplo, si no empleásemos los conceptos de personalidad, capacidad, sucesión, representación, etc.? ¿Cómo habría de precisar la ley el juego de las ideas sin plasmarlas? ¿Cómo habríamos de entendernos en nuestras discusiones? La construcción técnica es una condición *sine qua non* del progreso jurídico, y re-

pudiar la abstracción por los inconvenientes que puede acarrear su abuso, equivale a privarnos de las conquistas de la civilización porque aumenta las posibilidades del delito.

La corriente metodológica no se ha detenido en el estadio constructivo, y, apagado el entusiasmo con que fueron acogidos el Código Napoleón, el austriaco, el italiano, el español, el alemán y el suizo, apenas si se ha visto en el Canónico un monumento literario, y la posición idolátrica ha sido superada por los avances de la doctrina que considera al Derecho verdadera ciencia, cada vez menos sujeta a las fórmulas codificadoras y más atenta a las transformaciones impuestas por la vertiginosa evolución de la cultura. Fuera de las disposiciones legales se elaboran instituciones y sistemas, contratos colectivos y reglamentos de grupos. El método científico responde a esta concepción del Derecho científico, distinto del Derecho consuetudinario y del Derecho de clases. «*La costumbre*—dice Sternberg—es la forma en que el espíritu humano domina relaciones estables simples; *la técnica*, la forma en que domina relaciones estables complejas, y *la ciencia*, la forma en que domina relaciones móviles.»

Ya en este camino novísimo, el jurista afirma que ni con los Códigos de amplios vuelos se eleva la Ciencia a Ley, ni con los tratados doctrinales, la Ley a Ciencia, sino que la cultura moderna desdobra el Derecho en *pragmático* y *científico* y deja la vida cotidiana y la garantía del Derecho *acientífico* a la opinión pública, a la práctica rutinaria, en serie e impersonal, a los representantes de los intereses debatidos en el seno del Tribunal y a los dictados de la gran Ciencia del Derecho, libre y universal.



Las anteriores clasificaciones o, mejor dicho, la enumeración de los llamados métodos jurídicos, que podría ampliarse indefinidamente, no es más que un eco de las grandes concepciones filosóficas, reflejado por la doctrina general del Derecho y apenas caracterizado en algunos momentos por la específica teoría de la interpretación de la Ley.

Para proceder con todo rigor en la materia, convendría distinguir el método de investigación de los procedimientos de elabora-

ción, aplicación y enseñanza del Derecho. Cada uno de estos grandes sectores se halla condicionado por elementos y relaciones singulares cuyo estudio exige instrumentos adecuados y normas específicas.

La investigación no puede prescindir del conocimiento científico de la naturaleza humana, de la sociedad, del sentimiento del Derecho y de los ideales que en un determinado momento histórico señalan el punto de la curva jurídica en cuya tangente se halla la estrella polar de la justicia.

Los procedimientos de elaboración han de satisfacer las exigencias del derecho positivo, que, por hacer uso de la palabra escrita y bajo la forma típica y sistematizada de la Ley, necesita de los auxilios de la técnica constructiva, de los conceptos, ficciones, presunciones y demás recursos, no por artificiosos inútiles.

La aplicación del Derecho ha de partir de la valoración de las fuentes y de su interpretación, pero sin olvidar que para la vida moderna, la seguridad, la rapidez y la imparcialidad del juicio suplen a la justicia, y que el derecho científico tiende a sobreponerse al justo.

Por último, el método de enseñanza, supeditado a la necesidad de llevar al ánimo del alumno, con sistematización rigurosa y con el mínimum de vacilaciones, la densa y a veces incierta materia jurídica, ha de sacrificar al plan de exposición la inconexa objetividad; a la claridad, la minuciosa exactitud; a la probabilidad de un buen rendimiento, las atrevidas investigaciones, y a la función docente, la originalidad del profesor.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

Aclaraciones.—En la primera parte de este trabajo, publicada en el número anterior, aparecen las siguientes erratas:

Página 591: En la fórmula del renglón nueve faltan unos puntos suspensivos ($2^n, \dots, 2^1$) para indicar que el polinomio puede tener otros términos o carecer de algunos.

Para los no especializados agregaré un ejemplo:

$$7 = 2^3 + 2^1 + 2^0 = 4 + 2 + 1.$$

Si en vez de 2 pongo su equivalente $(3-1)$ resultará:

$$7 = (3-1)^3 + (3-1)^1 + (3-1)^0.$$

Desenvolviendo el cuadrado de la diferencia indicada y colocando siempre en vez de 2 su equivalente (3-1) llegaremos a la fórmula :

$$7 = 3^2 - 3^1 + 3^0 = 9 - 3 + 1.$$

Página 591: En la línea 28 se dice asociaciones *culturales*, en vez de *cultuales*, y se alude al problema de las relaciones del Estado francés con la Iglesia católica.

Página 596, línea 35, dice *constitución*, en vez de *construcción*.

Página 598, línea 8, dice *Langen*, en vez de *Lang en*.

Página 599, línea 22, dice *teología*, en vez de *teleología*.

Página 600, línea 9, dice *realiad*, en vez de *realidad*.

Página 602, línea 13, dice *Protágores*, en vez de *Protágoras*.

BIBLIOGRAFÍA

La “condicio juris”

POR EL DOCTOR PABLO OERTMANN (1)

I. INTRODUCCIÓN.

La cuestión relativa a la naturaleza de la *condicio juris* ha sido en todo tiempo una de las más oscuras del derecho privado.

Se explica, según nuestro autor, esta falta de claridad por lo fácilmente que se confundió la condición de derecho con la condición propiamente dicha del negocio jurídico, formulada de un modo tácito. A este propósito recuerda Oertmann cómo el romanista Brinz cita en sus *PANDECTAS* numerosos casos, que califica como «condiciones de derecho», y que, efectivamente, no son sino condiciones ordinarias, inherentes al negocio jurídico, fácilmente formuladas.

Dejando aparte la cuestión relativa a la propiedad con que en estos casos se emplea el término *condicio juris* o «condición de derecho», propónese nuestro autor esbozar en el capítulo preliminar de su obra los problemas siguientes:

a) En primer lugar, es necesario delimitar ambos conceptos: la condición ordinaria y la denominada *condicio juris*.

Para ello hemos de tener en cuenta el que podemos llamar motivo determinante de la existencia de cada una de las figuras examinadas.

En la condición ordinaria o propiamente dicha del negocio jurídico, la razón que se opone a la eficacia inmediata y plena de dicho negocio (y que, por consiguiente, ha motivado el nacimiento de dicha condición) es la voluntad de las partes.

En la denominada «condición de derecho», en cambio, dicho aplazamiento es debido a una disposición de la Ley (o, mejor dicho, a la voluntad del legislador).

No interesa, por el contrario, como ya indicamos anteriormente, el modo en que la condición sospechosa aparece formulada. La condición propiamente dicha puede establecerse de un modo tácito, según las reglas de carácter general señaladas al efecto en la:

(1) Véase la nota al pie de la página 14 del número 61 de esta Revista.

legislación aplicable, y a su vez no se altera la naturaleza de la *condicio juris* por la circunstancia de ser mencionada de un modo expreso en la declaración formulada al constituir la relación jurídica correspondiente.

Además, observa nuestro autor una diferencia muy característica entre ambas clases de «condiciones». En la condición propiamente dicha desempeña un papel preponderante la idea de la limitación temporal, y así vemos cómo, tratándose de una condición suspensiva ordinaria, el beneficiado por la misma no llega a adquirir, en un principio, derecho alguno hasta tanto no tenga lugar el acontecimiento, elevado por voluntad de las partes a la categoría de condición.

En la *condicio juris*, esta misma voluntad de los interesados procura, por regla general, que el acuerdo habido entre las partes tenga, a ser posible, inmediatamente toda la eficacia compatible con el respeto al precepto legal que desde luego dilata la plena efectividad de dicho acuerdo, pues es lo más natural que, tratándose de una adquisición de derechos, se aspire a lograr que ésta sea lo más rápida y amplia que las leyes vigentes permiten.

No sin fundamento, entiende Oertmann que podría formularse la pregunta acerca de si las condiciones ordinarias y las de derecho deben comprenderse bajo la misma común denominación de «condición», siendo así que la condición ordinaria aparece evidentemente como un elemento de hecho de la relación jurídica, y, en cambio, la llamada «condición de derecho» se caracteriza por la circunstancia de hallarse establecida con vistas a la eficacia del negocio jurídico exclusivamente.

Frente a estas afirmaciones puede establecerse la objeción de que los elementos constitutivos del negocio jurídico tienen significación distinta; en parte afectan al contenido de dicho negocio, y en parte tienen por objeto determinar el comienzo de la eficacia del mismo. La condición propiamente dicha pertenece, desde luego, a este segundo grupo de elementos integrantes de la relación jurídica, y, por consiguiente, está equiparada a la *condicio juris* en tanto que ambas clases de condiciones ostentan el carácter de verdaderos requisitos para la eficacia del negocio jurídico.

Ahora bien, la condición ordinaria, debida a la voluntad de los contratantes, es, como dijimos antes, parte integrante de los.

elementos de hecho fundamentales de la relación jurídica, pero en modo alguno podrá considerársela como supuesto o antecedente necesario para la conclusión efectiva del negocio jurídico en cuestión, toda vez que debe su existencia al acuerdo de voluntades determinante de la conclusión del negocio, ni mucho menos como supuesto para la validez del mismo, ya que su significación se basa precisamente en dicha validez.

b) Antes de dar por terminado el capítulo, señala nuestro autor el riesgo que se corre al intentar inferir, en cada caso concreto, por la existencia de determinados EFECTOS JURÍDICOS, la existencia, a su vez, de una «condición de derecho».

Así acaece, por ejemplo, en los múltiples casos en los cuales los Códigos civiles otorgan efecto retroactivo a las condiciones suspensivas impuestas por el mismo legislador, y en alguno de los cuales sería sumamente aventurado afirmar de un modo categórico que se trata de una verdadera *condicio juris*, aunque en la inmensa mayoría de los casos aparezca dicha retroactividad, en efecto, como característica de la figura jurídica que nos ocupa.

II. LA NATURALEZA DE LA «CONDICIO JURIS».

1. *Elementos de hecho constitutivos de la relación jurídica y requisitos para la efectividad de la misma.*

Para poder determinar si efectivamente está justificada la existencia de la llamada *condicio juris*, hemos de partir del supuesto de la formación sucesiva de la relación jurídica. Nuestro autor, siguiendo en este punto a Zittelman, entiende que existen, en efecto, situaciones en las cuales tan sólo falta para que un negocio jurídico alcance su plena eficacia que tenga lugar un hecho determinado, que nuestro autor denomina hecho final de la relación jurídica (*Schlusstatsache*), cuyo hecho puede, sin embargo, darse con posterioridad al momento de la conclusión del negocio jurídico, surtiendo, no obstante, efecto retroactivo desde aquel mismo instante, si la legislación positiva aplicable admite esta solución. Este medio es, según nuestro autor, el único hábil que existe para evitar que una de las partes contratantes se halle en plena libertad de acción, sin consideración alguna para la otra, como inevitablemente acaecería de no concederse validez ni eficacia alguna al negocio jurídico hasta tanto se verificase el hecho final, quedando sacrificados de esta manera intereses, en algún

caso importantes, en aras de unos principios de lógica jurídica sumamente cuestionables.

Dichos «hechos finales» pueden tener, según Oertmann, un significado muy distinto.

A) Son, posiblemente, hechos integrados tan sólo por elementos que forman parte del negocio jurídico, o por éstos en combinación con otros extraños a dicho negocio.

Para que pueda darse en la práctica el supuesto anterior, es necesario, desde luego, que la relación jurídica pueda formarse gradualmente, sin que se imponga como requisito ineludible el concurso simultáneo de todas las declaraciones de las partes.

No puede negarse que, a este respecto, existe en las legislaciones más modernas la tendencia a facilitar la contracción de los negocios jurídicos, procurando, con las naturales salvedades y excepciones, que las partes contratantes puedan manifestar válidamente su voluntad, aun tratándose de alguna figura jurídica en la cual los requisitos de forma son esenciales, cuando y donde mejor les convenga, eludiendo así inútiles apoderamientos y sin que se perjudique por ello en lo más mínimo la firmeza del negocio jurídico, una vez que en su día queden cumplidos los requisitos necesarios para la validez y eficacia del mismo.

B) A continuación formula nuestro autor la pregunta siguiente: «¿Cabe afirmar que en todos aquellos casos en los cuales la eficacia plena o final de una relación jurídica depende de una circunstancia nueva (es decir, posterior al momento de la contracción de esta relación) falta realmente un elemento de hecho?»

De contestarse afirmativamente esta pregunta, las consecuencias podrían ser las siguientes:

a) Que en todos los casos de formación sucesiva o gradual de un negocio jurídico, la adaptación o agregación al mismo del elemento subsiguiente debe considerarse como una *condicio juris*, para el comienzo de la efectividad del negocio.

Tal es la concepción que podemos denominar más vulgarizada acerca de la naturaleza de la *condicio juris*, coincidiendo en lo fundamental con la opinión sustentada por Sieber y Endemann.

Dicho punto de vista nos llevaría fácilmente a considerar un hecho por la mera circunstancia de su aparición anterior, como verdadera causa de una relación jurídica, quedando reducidos en

muchos casos otros elementos, de tanta o mayor significación interna que los primeros, a la categoría de meras condiciones, lo que sería contrario a todo sentido jurídico.

En demostración de que la tesis anterior no resulta admisible, acude nuestro autor al examen de varios casos prácticos.

En primer lugar, recurre nuestro autor al clásico ejemplo de la *formación del contrato*. Siendo, en este caso, lo mismo el ofrecimiento que la aceptación elementos constitutivos de la relación jurídica, ambos de igual importancia, es evidente que no cabe, en modo alguno, considerar a la aceptación como una mera *condicio juris* en relación con la oferta.

Tan sólo puede replicarse que, en cierto modo, la aceptación depende de la oferta, pues en cuanto aquélla contenga elementos contradictorios con relación al contenido de la oferta, es evidente que no puede llegar a existir contrato, ya que la perfecta coincidencia precisamente en cuanto a dicho contenido es circunstancia indispensable para la constitución de la relación jurídica. Mas, precisamente, esta necesidad de una perfecta coincidencia de su respectivo contenido es la que viene a demostrarnos que ambos componentes de la relación jurídica: la oferta y la aceptación, ostentan igual importancia como requisitos indispensables para la efectividad del contrato.

Si comparamos el caso citado (recordemos para ello, a título de ejemplo TIPO, el supuesto del artículo 1.262 del Código civil español) con el de la confirmación de los contratos (artículos 1.309 al 1.313 y 1.259, apartado 2.º, de nuestro indicado Cuerpo legal), vemos que existe una diferencia fundamentalísima entre ambos supuestos: la aceptación no carece, como la confirmación, de contenido propio, sino que este contenido ha de darse indispensablemente. Aun en los casos en los cuales el asentimiento del aceptante se hace constar por medio de una mera manifestación de conformidad, ésta, por muy abreviadamente que se exprese, supone necesariamente el conocimiento, por parte del aceptante, de dicho contenido.

Alguna mayor dificultad ofrece el problema cuando el elemento complementario, que posteriormente deberá adherirse a la relación jurídica, no ostenta el carácter de un negocio jurídico, o bien per-

tenece a aquellos negocios situados fuera del ámbito del derecho privado.

Como ejemplos tomados de la legislación germánica, cita Oertmann el requisito de la autorización por el Estado, indispensable para la validez de los actos constitutivos de fundaciones, según los artículos 80 y 84 del Código civil germánico, y la necesidad de la entrega de los bienes muebles para la validez del acuerdo de voluntades sobre dicha transmisión y de la inscripción en el Registro de dicha transferencia cuando el contrato verse sobre bienes inmuebles (artículos 873 y 929 del citado Cuerpo legal). Entiende nuestro autor que ninguno de los casos últimamente citados puede compararse con el de la confirmación del contrato, y sienta esta afirmación con tanta más razón porque el Código alemán, en los artículos antes citados, exige como requisitos perfectamente equiparados en cuanto a su importancia e indispensables ambos para la validez del acto respectivo: en la fundación: el acto constitutivo de la misma y la autorización por el Estado, así como, tratándose de la transmisión de la propiedad de cosas, exige el acuerdo de voluntades y la entrega de la cosa, si es mueble (análogamente con lo dispuesto en los artículos 1.445 y 1.462 del Código civil español, de conformidad con el 609 del mismo Cuerpo legal), y si la cosa es inmueble, la inscripción de la transmisión en el Registro de la propiedad. (En nuestra legislación, desde luego, el requisito de la inscripción tan sólo aparece exigido con carácter indispensable para la VALIDEZ del negocio jurídico en el artículo 1.875 del Código civil, para la hipoteca.)

b) Quienes por principio se niegan categóricamente a reconocer la posibilidad de que el «elemento restante» (en los casos en que tan sólo falta un elemento de hecho para la integridad de la relación jurídica) sea susceptible de constituir por sí solo una *condicio juris*, corren el riesgo de caer en el extremo opuesto, considerando, por lo tanto, el negocio jurídico, por la sola carencia de dicho elemento, como incompleto, y al estimarlo así ya no puede, evidentemente, admitirse que el «elemento de hecho» que posteriormente venga a adherirse a la relación jurídica vaya a surtir efectos desde el momento en que tuvo lugar el acuerdo de voluntades.

c) Aparte de estos puntos de vista que pudiéramos llamar EXTREMOS, existen otros dos:

a') El mantenido por WALSMANN en su *Tratado sobre la re-*

nuncia, que distingue diversas clases o especies de «elementos de hecho», estableciendo entre éstos categorías diversas y calificando a los elementos dependientes o subalternos en relación a otros, cuando no existan ni aparezcan en el momento de ultimarse el negocio jurídico, como meras «condiciones de derecho».

Pretende Walsmann ampliar el ámbito de la *condicio juris* a casos como la renuncia, la condonación de deuda y la donación cuando alguno de estos actos se halla pendiente de la aceptación por parte del donatario o del beneficiado por la condonación o renuncia, planteando—claro está—todas estas cuestiones desde el punto de vista peculiar de la legislación germánica.

Distingue, desde luego, Walsmann, dentro de los elementos de hecho, de los que hace depender la efectividad de la relación jurídica, varias partes integrantes de la misma, no limitando en modo alguno el ámbito de la *condicio juris* a aquellas circunstancias que, aunque extrañas en sí mismas a dichos elementos de hecho, son, sin embargo, necesarias para la efectividad del negocio jurídico. Mas, por otra parte, es indudable que el establecimiento de una graduación semejante ofrece sus dificultades, ya que, evidentemente, existen casos en los cuales el elemento de hecho, que aún no se ha adherido a la relación jurídica en el momento de ultimarse el negocio, debe ser objeto de una especial consideración, siendo, por consiguiente, imposible efectuar *a priori* una clasificación de elementos tan diversos y complejos.

b') El punto de vista mantenido por Zittelmann consiste en delimitar el perímetro de los elementos de hecho, separándolos de aquellos otros que, siendo realmente extraños al negocio, deben, sin embargo, considerarse como requisitos indispensables para la obtención del efecto jurídico, y que, por consiguiente, pueden denominarse SUPUESTOS DE EFECTIVIDAD de la relación jurídica, cuyo estudio ofrece el mayor interés para la formación del concepto de la *condicio juris*, según lo entiende Oertmann.

2. Delimitación del concepto de la «condicio juris».

Hallamos los antecedentes bien remotos de los conceptos enunciados en los llamados actos constitutivos y actos confirmatorios en el Derecho justiniano.

Recordamos que el Derecho, según esta clásica doctrina, se considera existente desde el momento en que se han ultimado los actos

constitutivos del mismo, bajo el supuesto de que también los confirmatorios lleguen a realizarse. Entretanto tienen lugar estos últimos, el Derecho permanece, como es sabido, en estado de PENDENCIA. Al efectuarse los actos o hechos confirmatorios tiene lugar la retroacción, es decir, se lleva a efecto en fecha posterior la resultancia de haber de estimarse eficaz el derecho desde el momento mismo de la realización de los actos constitutivos del mismo.

THUR amplía la clasificación del Derecho romano al establecer una nueva diferencia entre los acontecimientos (*Ereignisse*) y los estados o situaciones (*Zustaende*).

El que denomina THUR conjunto de elementos de hecho de la relación jurídica (*Tatbestand*), ha de limitarse a los acontecimientos decisivos de la relación jurídica, segregando cuidadosamente del ámbito de los mismos cuanto de algún modo signifique situación o estado de cosas.

Así, pues, distingue THUR, de una parte, lo que denomina «declaración fundamental» (*Haupterklaerung*), y de otra, los «supuestos» de la relación jurídica (*Voraussetzungen*), llamando a estos últimos «condiciones *juris*».

Nuestro autor se muestra en principio conforme con la terminología del derecho romano recogida por DERNBURG reconociendo, por tanto, la diferenciación entre elementos constitutivos y elementos confirmatorios, pero optando, en cuanto a los últimos, por la denominación de «requisitos o supuestos indispensables para la eficacia del acto». Esta denominación abarca tanto los requisitos que, aun sin poderse calificar de CONSTITUTIVOS del acto, existían ya en el momento de ultimarse el negocio, como a aquellos otros que sean susceptibles de adherirse con posterioridad a dicho momento, y acoge lo mismo los requisitos de carácter positivo como los que pueden denominarse de índole negativa.

Recuerda a este propósito Oertmann que, según su doctrina antes expuesta, pueden consistir dichos REQUISITOS DE EFICACIA bien en la existencia de estados o situaciones determinadas, bien en hechos. Tratándose de condiciones ordinarias, predominan generalmente estos últimos, y en materia de condiciones de Derecho, que, como ya indicamos en lugar oportuno, tienen su origen en la voluntad del legislador, es natural que impliquen la existencia de una determinada situación o de una relación jurídica previa, que, sin embargo, muchas veces sólo podrán manifestarse en la práctica

para los efectos del negocio en cuestión, mediante un acto como la exhibición de la escritura de ratificación o de autorización, etc.

Como caso histórico de verdadero interés cita Oertmann el del tutor romano, cuya *auctoritalis interpositio* sólo podía efectuarse personalmente y en el mismo momento de realizarse por el pupilo el acto que sin dichos requisitos carecía de toda validez, aunque aquél hubiera intentado interponer su autoridad con posterioridad al acto o simultáneamente al mismo, empleando la forma epistolar (según el conocido texto del título XXI, libro primero de la Instituta de Justiniano).

Se trataba en este caso de un requisito de carácter formal, considerado además como parte integrante (no como mero requisito para la eficacia) del negocio jurídico, debiendo, por tanto, considerarse como insubsanable.

En la actualidad recuerda nuestro autor cómo las legislaciones positivas, al emplear el término «nulidad» en muchas ocasiones en las que tan sólo existen casos de anulabilidad o ineficacia, dificultan notoriamente el establecimiento de normas precisas para determinar en cada caso concreto si los defectos de que adolece un acto jurídico pueden considerarse subsanables o no.

Considera Oertmann que adolecen de defecto INSUBSANABLE los actos siguientes :

- I) Cuantos contravengan a la Moral o a las Leyes.
- II) La promesa de prestaciones imposibles.
- III) Aquellos que adolezcan de un requisito considerado en la legislación respectiva como indispensable para su existencia.
- IV) Los que carezcan de un requisito de forma, que la legislación aplicable considera indispensable para la validez del mismo.

Esta última categoría de defectos insubsanables por razón de forma merece un comentario especial.

Dejando aparte los numerosos casos en los que los defectos de forma, por esenciales que sean, no determinan sino la nulidad del documento continente de la relación jurídica, sin que la nulidad alcance a ésta en sí misma (testamento cerrado nulo por defecto de carácter formal que no impide que el verdadero acto de última voluntad sea válido como testamento ológrafo; escritura nula por defecto de forma, válida, sin embargo, como contrato privado), nuestro autor se refiere sólo a un caso típico de la legislación germánica : el del artículo 313 del Código civil alemán, con-

forme al cual los actos traslativos de bienes inmuebles carentes de requisitos de forma devienen eficaces mediante la *Auflassung* y la consiguiente inscripción en el Registro inmobiliario.

Ateniéndose al literal tenor de dicho artículo 313, entiende Oertmann que al decir éste que el acto DEVIENE VÁLIDO, el legislador claramente quiso dar a entender que el defecto de forma de que adoleciese el acto o contrato primitivo debe estimarse como SUBSANABLE, y, frente a otros tratadistas, mantiene nuestro autor la opinión de que ni siquiera procede examinar si la causa del primer contrato, deficiente por razón de forma, es la misma que inspira a las partes al comparecer para efectuar el acto de transferencia real por medio de la *Auflassung*, ya que—agrega Oertmann—los actos de carácter registral han de considerarse válidos y eficaces, siempre que no se demuestre que ha surgido el mutuo disenso u otro motivo determinante de la extinción de dicho primer contrato.

Vemos, por consiguiente, que nuestro autor se inclina decididamente hacia la buena doctrina, que considera, en caso de duda, como subsanable todo defecto de un acto jurídico.

III. DEFINICIÓN Y ÁMBITO DE LA «CONDICIO JURIS».

De cuanto precede se infiere que la *condicio juris* puede definirse como UN SUPUESTO DE EFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO DE CARÁCTER SUBSANABLE, DE QUE ÉSTE AÚN ADOLECE EN EL MOMENTO DE ULTIMARSE.

En esta definición ha conseguido Oertmann delimitar con claridad el ámbito de la «condición de derecho». Quedan, en todo caso, excluidos del mismo todos aquellos casos en los que realmente falta un elemento de hecho integrante de la relación jurídica y sin cuya concurrencia no puede decirse que ésta haya llegado a existir, así como los de incapacidad de obrar absoluta, en los que también falta el sujeto hábil para entablar la relación jurídica.

En cambio, no existe obstáculo para que se considere como condición de derecho algún acontecimiento que pueda surgir con posterioridad al momento de ultimarse el negocio jurídico, como, por ejemplo, el nacimiento de una persona, ya que semejante acaecimiento puede dar lugar a una situación o crear un estado de cosas indispensable para la eficacia de la relación jurídica.

Un caso que merece especial consideración es el de ciertos con-

tratos, como el de seguros, en que las leyes exigen, bajo pena de nulidad, que el daño fortuito de que debe responder el asegurador no haya tenido lugar en el momento de celebrarse el contrato.

Es evidente que en este caso la existencia del riesgo de un daño fortuito futuro es requisito esencial exigido por la Ley para la existencia y validez del contrato de seguro, y por ello no podrá en modo alguno establecerse ni ser considerada como *condicio juris*, ya que ésta, por naturaleza, sólo implica la carencia de un requisito de eficacia de carácter subsanable.

Tiene la *condicio juris*, por regla general, carácter suspensivo, pero también puede darse, según nuestro autor, algún caso en que aparezca una «condición de derecho» de carácter resolutorio.

Así, tratándose de contrato o estipulación en favor de tercero, entiende nuestro autor que aun en legislaciones como la alemana, que no elevan taxativamente la aceptación de dicho tercero a la categoría de requisito para la eficacia de la estipulación (1), esta cláusula deviene ineficaz si dicho tercero no la acepta en tiempo hábil o si la rehusa.

En algún caso aparecen también situaciones influidas por una *condicio juris* de efectos suspensivos, al par que posiblemente resolutorios. Así, por ejemplo, en el previsto en el artículo 1.259 de nuestro Código civil, un mandatario realiza en nombre de su poderdante un acto para el cual no está autorizado según el texto del poder. El negocio se halla en tal caso pendiente de la ratificación por parte del mandante, condición evidentemente suspensiva.

Mas hasta tanto no tenga lugar esta satisfacción, puede la otra parte revocar el contrato, lo que a su vez implica la existencia de una condición resolutoria.

Naturalmente que esta posibilidad de ejercer la facultad revocatoria desaparece por completo desde el momento en que el mandante ratifica el acto que su apoderado, excediéndose de las facultades que le estaban encomendadas, había realizado en nombre suyo.

(1) Nuestro Código civil da resuelta la cuestión al establecer en su artículo 1.257 (párrafo segundo) que si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de tercero, ÉSTE PUEDE EXIGIR SU CUMPLIMIENTO, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.

IV. POSIBILIDAD DE AGREGAR A LOS CONTRATOS CLÁUSULAS QUE CONTENGAN «CONDICIONES JURIS».

Este tema era el preferentemente abordado por los civilistas de otros tiempos y puede decirse el único que interesaba con relación a la *condicio juris*.

Por regla general, puede afirmarse que la adición de «condiciones *juris*» a los contratos es completamente indiferente, y tan sólo constituyen un precedente de valor meramente histórico aquellos ACTOS FORMALES del Derecho romano que no soportaban la agregación de una *condicio facti* y que devenían igualmente nulos por la adición de una *condicio juris*.

No cabe, sin embargo, negar la posibilidad de que, al estipularse la *condicio juris* se propongan las partes reforzar la dependencia de la eficacia de un contrato con relación a un acto o acontecimiento posterior, eliminando toda posibilidad de renuncia a los beneficios otorgados por semejante condición de derecho establecida en la Ley, en los casos en los que dicha renuncia sea posible.

También cabe admitir la posibilidad de ciertos casos en los que, tratándose de una *condicio juris*, no establecida con carácter preceptivo y obligatorio, sino meramente dispositiva, se pueda por voluntad de las partes adicionar una cláusula expresiva de la misma con ánimo de que así aparezca atenuada la importancia de esta condición de derecho en los demás casos en los que no sea mencionada especialmente en el contrato.

En el caso de la venta llamada de esperanza, así como en la promesa de realizar una prestación imposible, de momento, para el caso de resultar hacedera en lo sucesivo, entiende nuestro autor que toda vez que la condición se refiere tan sólo al CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN y no a la eficacia de la misma, se trata de condiciones ordinarias y no en modo alguno de condiciones de derecho.

Sólo en algún caso más raro admite Oertmann que pueda aparecer una «condición de derecho» combinada con otra ordinaria. Cita el ejemplo siguiente: A arrienda a B una casa, sita en el lugar C, bajo la condición de que B obtenga su traslado a C.

Entiende nuestro autor que así como el requisito de obtener el arrendatario su traslado a C aparece aquí como vulgar condición de hecho, la que consiste en la obligación de haber construido la

finca para el momento de entrar en vigor el contrato es una *condicio juris*, ya que es un verdadero REQUISITO PARA LA EFICACIA del referido contrato.

V. DELIMITACIÓN DE LOS CASOS EN LOS CUALES APARECEN INCOMPLETOS LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA

La enorme dificultad que existe para diferenciar los casos de ineficacia de los actos jurídicos, que también podríamos llamar de anulabilidad de los actos de nulidad propiamente dicha (1), proviene, como oportunamente indica Oertmann, principalmente de la amplitud extraordinaria del término «ineficacia», que en su acepción más amplia comprende, cuando menos, también los casos de nulidad de pleno derecho y los de nulidad por carencia de requisitos de forma.

No puede tampoco dejar de observarse que en muchos casos de ineficacia, al no tener lugar, por ejemplo, el acto de ratificación en el supuesto de nuestro artículo 1.259, antes de que la otra parte revoque el contrato, este acto revocatorio provocará una situación semejante, en la práctica, a la que existiría de haber intervenido un motivo de nulidad propiamente dicho.

Refiriéndonos a los casos que denominamos de INEFICACIA, hemos de distinguir entre la que puede llamarse RELATIVA, la cual tan sólo puede ser alegada por un número limitado de personas, y aquella otra especie de INEFICACIA PENDIENTE DE UNA CIRCUNSTANCIA FUTURA, que es la que puede hallarse situada en el terreno de la *condicio juris*.

En la inmensa mayoría de los casos puede efectivamente decirse que la existencia o carencia de la fuerza retroactiva es circunstancia que permite dictaminar con seguridad si se trata de una *condicio juris* o si, por el contrario, es un elemento de hecho aquel cuya carencia se apercibe en el momento de concertarse el negocio respectivo.

Esta norma no es, desde luego, infalible, ya que lógicamente

(1) Recordamos a este respecto que aunque el artículo 1.300 de nuestro Código civil adopta un lenguaje perfectamente claro al decir: «los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 PUEDEN SER ANULADOS», los artículos 1.301 y 1.309, que hablan de acción de nulidad, y el epígrafe del capítulo correspondiente: «De la nulidad de los contratos», mantienen el equívoco.

no es imposible que se dé el fenómeno de la retroactividad, ni aun en los casos en que falta algún elemento de hecho. (Cita Oertmann, en demostración de su aserto, el caso del artículo 84 del Código civil alemán, según el cual, cuando un acto fundacional se autorice por el Estado después de fallecido el fundador, dicha autorización se considerará concedida ya antes de la muerte del mismo en todo cuanto afecte a las donaciones hechas por el fundador.) Mucho menos aún puede afirmarse, según nuestro autor, que la fuerza retroactiva sea inherente a toda *condicio juris*, cuya naturaleza sólo puede determinarse examinando la condición respectiva a la luz de la definición de la *condicio juris*, en concordancia con lo que la legislación positiva aplicable al caso dispone con relación a situaciones análogas.

Otra regla general que, con las excepciones consiguientes, cabe establecer, es la siguiente: En todos aquellos casos en los cuales la aparición de la consecuencia jurídica depende no sólo de los elementos de hecho ya existentes en el momento de ultimarse el negocio del que estos hechos constituyen parte integrante, sino también de otro ulterior ACONTECIMIENTO, deberá presumirse que existe la CARENIA DE UN REQUISITO DE HECHO, tratándose, por lo tanto, de una condición ordinaria; pero si, en cambio, el acontecimiento ulterior cuya carencia se nota tiene sólo por objeto POSIBILITAR el cumplimiento de un requisito necesario para la EFICACIA únicamente del acto en cuestión, se trata de una *condicio juris*. Dicho acontecimiento puede consistir en una autorización, en el nacimiento de una persona o en la separación de un fruto del lugar donde ha nacido, que son las tres clases de acontecimientos que ordinariamente determinan una *condicio juris*.

Cita a continuación nuestro autor numerosos casos, en casi todos los cuales se trata aparentemente de «condiciones *juris*», pero que realmente envuelven la carencia de un elemento de hecho inherente al acto jurídico en cuestión. Entre ellos merecen especial mención:

a) Los múltiples casos en los que una obligación aparece ya creada, pero en los cuales la formación de relaciones debitorias singulares nacidas de la obligación principal sólo irán surgiendo por efecto del ulterior desenvolvimiento de la relación jurídica.

Tal es el derecho a percibir intereses legales o de demora, el del mandatario a exigir al poderdante anticipo de fondos y el co-

responsable del mandante a pedir rendición de cuentas y entrega de cantidades percibidas, etc.

En todos estos casos es evidente que la obligación singular viene condicionada ya por los términos de la relación deuditoria originaria, quedando semejantes situaciones excluidas del ámbito de la *condicio juris*.

b) Tampoco pueden considerarse en modo alguno como «condiciones *juris*» aquellos casos en los que el contenido de la obligación aparece aún indeterminado en el momento de contraerse ésta.

Así, en la obligación genérica, en la facultativa y aun en la alternativa, que tan importante papel solía desempeñar para el estudio de la PENDENCIA SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA, no puede, evidentemente, tratarse de «condiciones *juris*», ya que en ninguno de los casos mencionados se pone en duda la eficacia del vínculo obligacional, por aparecer tan sólo incompleta la determinación del contenido de la prestación.

c) Fuera del cuadro de las relaciones deuditorias de carácter permanente, puede darse también el caso de que, para lograr la plena eficacia del negocio jurídico o para que tenga lugar la adquisición del derecho, se necesita un nuevo ulterior requisito.

Cabe distinguir varios casos :

1.º Ambos requisitos, tanto el originario como el adicional, pertenecen a la categoría de los negocios jurídicos ; son, pues, declaraciones de voluntad. El caso tipo es el de la oferta y la aceptación, requisitos ambos esenciales del contrato, siendo, por consiguiente, insubsanable la omisión de alguno de ellos.

En el caso de la oferta unilateral, en la forma en que esta figura aparece delimitada en el artículo 150 del Código alemán, estima nuestro autor que tampoco cabe considerar a la aceptación efectuada por aquel a quien la oferta va dirigida como *condicio juris*, en la forma en que lo estima el civilista Koeppen, ya que el mismo artículo 150 considera la aceptación como una declaración de voluntad de un valor idéntico a la del oferente.

2.º Muy diferente es el caso en el cual el primer requisito pertenece a la categoría de los negocios jurídicos, mas no así el segundo, que se manifiesta como acto extraño al negocio.

Ofrece especial interés la cuestión referida por nuestro autor con relación al artículo 130 del Código civil alemán, conforme al cual la declaración de voluntad dirigida a otra persona que se

halla ausente DEVIENE EFICAZ en el momento de su llegada a poder de dicha persona, sin que obste a dicha eficacia el hecho de que el declarante fallezca o devenga incapaz después de formulada la declaración de voluntad.

En este caso, que guarda cierta analogía con el del artículo 1.262 de nuestro Código civil (según el cual, la aceptación NO OBLIGA al que hizo la oferta sino desde que llegó A SU CONOCIMIENTO), es evidente que se trata de un mero REQUISITO DE EFICACIA, determinante de una *condicio juris*.

Otro caso harto diferente del citado es el de la compraventa de una cosa mueble pendiente de entrega, en cuyo caso esta entrega es un elemento de hecho indispensable como tal para la validez del negocio jurídico, y, por consiguiente, no se trata de una *condicio juris*.

Resulta, además, que según nuestro autor, la entrega en este caso es un acto perfectamente independiente del acuerdo de voluntades, por cuyo motivo este ejemplo se diferencia también en cuanto a su estructura notoriamente del anterior. Oertmann cita, en cambio, el ejemplo del premio ofrecido al público para entregárselo a quien realice un trabajo determinado (*Auslobung*), caso excluido, desde luego, del ámbito de las «condiciones *juris*», puesto que la persona del beneficiado por el premio se halla indeterminada hasta tanto no se adjudique éste.

3.º El primer elemento integrante de la relación jurídica es un negocio de carácter privado: el segundo reviste, en cambio, el carácter de una concesión o intervención del poder público.

Pertenece a este epígrafe la autorización del acto fundacional por el Estado, según los términos del Código civil alemán, y asimismo la inscripción en el Registro de la propiedad de los actos que impliquen transferencia o gravamen de bienes inmuebles.

Lo mismo la autorización en el primer caso citado, que la referida inscripción, cuando ésta revista el carácter de requisito de validez para el acto, como acaece en la legislación alemana, son elementos de hecho integrantes de la relación jurídica, considerados perfectamente equivalentes al acto fundacional y al acuerdo de voluntades manifestado en forma auténtica, respectivamente, y se hallan, por consiguiente, fuera del ámbito de la *condicio juris*.

En la legislación española, en cambio, donde la inscripción en el Registro de la propiedad reviste tan sólo, con la excepción

señalada en el artículo 1.875 del Código civil, para la hipoteca, el carácter de un REQUISITO DE EFICACIA, la situación es muy distinta, y con la salvedad expuesta, no vemos motivo para excluir la obligación de inscribir en el Registro para lograr la eficacia del contrato frente a terceros del ámbito de la *condicio juris*.

4.º Examina a continuación nuestro autor otros casos de relaciones jurídicas que aparecen carentes de algún requisito y que se caracterizan por la circunstancia que ninguno de los elementos integrantes de la relación jurídica reviste el carácter de negocio jurídico.

Pertenecen a esta categoría los múltiples casos de obligaciones que nacen de culpa o negligencia, y que, según la terminología de nuestro Código, requieren que por una acción u omisión (es decir, por un hecho) se cause daño a otro (es decir, que este hecho tenga consecuencias).

Apareciendo en estos casos dos elementos de hecho de idéntico valor, requisitos ineludibles ambos para que nazca la relación jurídica, es evidente que se hallan fuera del ámbito de la *condicio juris*.

De los ejemplos citados se infiere ya con claridad, conocido ya el concepto de la *condicio juris*, cuáles son las circunstancias requeridas para que ésta pueda darse, debiendo tenerse en cuenta que éstas varían notablemente según los términos de la legislación positiva aplicable al caso, toda vez que el requisito que en un Código determinado se exige ineludiblemente para la validez de un acto jurídico aparece en otra legislación como mera condición para la eficacia del mismo, según hemos podido ver por alguno de los ejemplos enunciados.

VI. SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL NEGOCIO SOMETIDO A UNA «CONDICIO JURIS».

En la segunda parte de su *Tratado* estudia Oertmann las diversas vicisitudes por las que atraviesa el negocio jurídico dependiente de una *condicio juris*, desde su nacimiento hasta el momento de decidirse el cumplimiento o incumplimiento de dicha condición y la significación que cabe atribuir a cada una de estas situaciones dentro de la legislación vigente alemana, sin olvidar, empero, algunos valiosos antecedentes que a este respecto ofrece el Derecho justiniano.

Particular interés ofrece a este respecto la cuestión relacionada con el rango que ha de corresponder a los derechos dimanados de un negocio sujeto a *condicio juris* en relación con los demás derechos que afecten a la cosa objeto del mismo, así como todo lo referente a la DECISIÓN de dicha condición.

Ya en el Derecho romano aparece claramente reconocida la posibilidad de que en los casos de *condicio juris* propiamente dicha aparezca el rango determinado con arreglo al momento de haberse contraído la obligación. Así lo demuestran los textos del Digesto, procedentes de Papiniano Africano y Gayo (1), citados por nuestro autor con referencia a casos de pignoración o de afianzamiento de créditos sujetos a esta clase de condiciones.

Pero estos mismos jurisconsultos negaban acertadamente dicho efecto retroactivo cuando se trataba de pignoraciones sobre un crédito efectivamente futuro, ateniéndose para calificar semejante situación no al hecho de hallarse o no técnicamente condicionada la existencia de la relación debitoria principal, sino que con verdadera clarividencia tenían para ello en cuenta la circunstancia de estar o no estar asegurada la formación de la relación debitoria futura. Si la constitución de ésta era efectivamente exigible para los contratantes, entendían los jurisconsultos que ya no se trataba de una obligación verdaderamente futura, mas cuando sólo existía, por ejemplo, un pacto unilateral de mutua duda o una estipulación deficiente, entendíase que no debía ni podía realmente atribuirse en su día efecto retroactivo a un negocio que casualmente podría llegar a ultimarse más tarde, con relación a una fecha en la que no había existido vínculo obligatorio alguno.

En el artículo 1.204 del Código civil alemán aparece reconocida ya la figura jurídica de la prenda sobre créditos futuros o condicionados, la cual ha dado lugar a interesantes polémicas.

Frente a quienes insisten en mantener el principio conforme al cual el derecho accesorio no puede existir con independencia del principal, interpreta Oertmann dicho texto en el sentido que el derecho de garantía se halle tan sólo condicionado de un modo suspensivo por el hecho de la formación del derecho principal. Por consiguiente, entiende nuestro autor que tan sólo en aquellos

(1) «Non utique solutionem observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis.» Véase pág. 146 de la obra reseñada de Oertmann.

casos en los cuales los antecedentes para esta formación (*Enstehung*) y para el contenido del referido derecho principal no existan todavía en forma de una relación de carácter económico o jurídico ante las personas interesadas (de cuya relación pueda desarrollarse el crédito a asegurar), es cuando únicamente deberá negarse la posibilidad de crear dicho derecho de garantía.

Examina nuestro autor otros negocios jurídicos sometidos a una *condicio juris* a la luz de los preceptos del Código civil germánico.

Según dichos preceptos, resulta que existiendo, por ejemplo, diversos actos de disposición realizados por un menor de edad de más de siete años, y que éste, ateniéndose a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 108 de dicho Cuerpo legal, ratifica simultáneamente al llegar a su mayoría de edad, resulta que todos estos actos regirán con efecto retroactivo desde la fecha en que respectivamente se efectuaron. Si los negocios objeto de esta confirmación simultánea fuesen incompatibles entre sí, prevalecerá el más antiguo.

Algo diferente es, empero, la solución para el caso en el cual el menor que alcance su mayoría de edad ratifica antes el negocio celebrado con fecha más reciente. Por dicho acto confirmatorio adquiriría este negocio una eficacia tan plena, que si con fecha posterior ratificase el mismo emancipado otro negocio celebrado con fecha anterior al que primeramente había confirmado, la subsanación del último no puede, en modo alguno, perjudicar la plena eficacia anteriormente reconocida a favor del primero.

Ocurre así, según nuestro autor, por aplicación extensiva del artículo 184 del Código civil germánico, en su apartado segundo, por virtud del cual la plena eficacia que la autorización concedida con posterioridad al momento de ultimarse un negocio jurídico da a éste con efecto retroactivo a partir de dicho instante, no lleva, en modo alguno, consigo la ineficacia de aquellas disposiciones que la persona encargada de autorizar el negocio (o la autoridad judicial, en su caso) hubiesen entretanto adoptado con relación a la cosa objeto del contrato.

La DECISIÓN de la *condicio juris* produce, por regla general, efectos definitivos e irrevocables.

Existen, sin embargo, algunos casos en los cuales esta regla general sufre sus excepciones, por razón de especiales circuns-

tancias que concurren en el negocio jurídico. Así ocurre, por ejemplo, en los casos siguientes, referidos por nuestro autor :

a) Si la condición consiste en un acto jurídico, especialmente cuando se trata de un consentimiento o una autorización a conceder, cabe admitir el supuesto de que ésta haya de efectuarse a su vez bajo una condición establecida previamente por acuerdo de las partes o bien impuesta con carácter obligatorio por ministerio de la Ley. En tales casos dependerá la influencia que puede ejercer dicha autorización sobre el negocio principal de la entrada en vigor de dicha segunda condición.

Recordemos, a título de ejemplo, el caso en que la aceptación de una de las partes contratantes o de un tercero, en cuyo favor existe una estipulación, se haya verificado por medio de un mandatario sin poder suficiente.

En tal caso dependerá, naturalmente, la eficacia de la aceptación de su ratificación por el poderdante, y además se dará el caso de que la primera autorización estará sujeta a las reglas de carácter general que autorizan la interposición de la llamada acción de nulidad por error, dolo o violencia, la que, caso de progresar, llevaría consigo la anulación con efecto retroactivo de la obligación principal.

b) Nuestro autor, que naturalmente ha tenido presente ante todo la legislación de su país para este estudio acerca del que podríamos llamar la biología de la *condicio juris*, nos presenta a continuación dos casos típicos de ineficacia de autorizaciones una vez concedidas, a que hacen referencia los artículos 108, 177, 1.396, apartado segundo, y 1.448, también en su párrafo segundo, del tan repetido Código civil alemán.

Trátase en todos estos artículos de casos diversos, en los cuales una de las partes contratantes (menor de edad, mandatario con poder insuficiente, cónyuge) carece de la plena capacidad dispositiva sobre el objeto del contrato, siendo, en cambio, la otra perfectamente hábil para realizar el negocio en cuestión. Si esta última, sin preocuparse de la situación jurídica de la otra parte, contrata con ella, el negocio se considera en principio eficaz, pero si posteriormente la parte capaz se dirige al mandante, representante legal o cónyuge de la incapaz para que manifieste si autoriza o ha autorizado entretanto el acto realizado por éste, el contrato deviene ineficaz desde el momento en que el requerimiento correspondiente llegue a poder

de la persona encargada por la ley de autorizarlo. Trátase, por consiguiente, en los casos reseñados de negocios ultimados bajo una condición de derecho, de carácter indudablemente resolutorio.

c) Por cuanto se refiere a los efectos que ha de surtir la denegación de la autorización necesaria para la eficacia del negocio jurídico en cuestión, debe atribuirse a la misma, como norma general, el mismo carácter definitivo e irrevocable que a la concesión de la autorización, sólo con efectos contrarios, siempre y cuando que dicha negativa no haya tenido lugar con intención de producir un mero aplazamiento.

En general, cabe afirmar que los efectos de la *condicio juris*, bien consista ésta en una declaración de voluntad o en un acontecimiento, implican la transformación del derecho pendiente de la misma en definitivo y pleno o en enervar toda pretensión de la parte, cuyo derecho pendía de la realización o no realización de dicha condición, y que con las salvedades expuestas, estos efectos, una vez que tiene lugar la decisión de la condición de derecho, son inmediatos y definitivos.

Para terminar esta parte de su obra, hace referencia nuestro autor a los efectos verdaderamente interesantes de la decisión de la *condicio juris* en el caso del apartado segundo del artículo 1.204 del repetido Código civil alemán, o sea en el de la constitución de una prenda en garantía de un crédito futuro, a que ya hicimos referencia en lugar oportuno.

Al surgir dicho crédito tiene lugar el cumplimiento de la *condicio juris* suspensiva, y este cumplimiento tiene por consecuencia que aquel que pignoró el crédito, cuando aún no había surgido, adquiriera, en el momento de llegar a existir éste, el carácter de acreedor, y que al mismo tiempo el acreedor en cuya garantía se constituyó la prenda, devenga titular de este derecho pignoraticio.

VII. CASOS CONCRETOS

Dedica Oertmann la tercera parte de su obra al estudio y exposición sistemática de los diversos casos de *condicio juris* que pueden darse en la vida del Derecho.

Por razón de sistema se nos presentan en primer lugar aquellos casos en los cuales la carencia de requisito subsanable afecta a al-

guno de aquellos elementos que vienen a constituir el *substratum* de la relación jurídica, conforme al siguiente cuadro :

1. *Deficiencia inherente a alguno de los elementos fundamentales del negocio jurídico.*

a) *Deficiencia inherente al sujeto de derecho.* (Reconocimiento de derechos a favor del concebido, no nacido.)

b) *Deficiencia de la capacidad jurídica.* (Fundaciones lícitas según su objeto, pero aún no autorizadas.)

c) *Deficiencia del objeto de la relación jurídica.* (Actos de disposición sobre créditos aun no existentes.)

d) *Deficiencia del derecho principal en el momento de crearse otro, accesorio del mismo.* (Pignoración de un crédito futuro.)

A continuación señala nuestro autor los demás casos siguientes :

2. *Defectos inherentes al acuerdo de voluntades.*

a) *Deficiencia de la capacidad de obrar.* (Actos realizados por menores e incapacitados o por mujeres casadas en las legislaciones que exigen la licencia marital para ciertos actos en general.)

b) *Defectos de atribución jurídica.*

a') *Carencia de atribución sobre la cosa.* (El que dispone como pleno propietario, cuando sólo tiene la nuda propiedad de la cosa.)

b') *Actos de disposición realizados por quien sólo posee un derecho condicionado sobre la cosa.*

c') *Actos realizados sin tener en cuenta el derecho conjuntamente reconocido a favor de otra persona.*

c) *Carencia de apropiación adquisitiva.* (Donaciones entre esposos, prohibidas, por esta razón, en el Derecho romano y en las legislaciones informadas en el criterio del mismo.)

d) *Defecto de atribuciones del mandatario que contrata en nombre de su poderdante.* (El caso más frecuente e importante.)

e) *Falta de poder dispositivo de los encargados de la administración de un patrimonio o de una cosa concreta.* (Tutores, albaceas, mandatarios, funcionarios judiciales, etc.)

3. *Deficiencia de los requisitos de forma.*

4. *Casos de «condiciones juris» en el derecho de sucesorio.*

a) Adquisición de la herencia *ipso jure* por el heredero, en el Derecho germánico, en el momento de fallecer el causante, pero estando supeditada esta adquisición a la condición de derecho RESOLUTORIA de la eventual repudiación por el heredero.

(En el artículo 898 de nuestro Código civil, conforme al cual

los efectos de la aceptación se retrotraen, lo mismo que la repudiación, al momento de la muerte del causante, trátase más bien de una adquisición bajo condición SUSPENSIVA.)

b) Llamamientos hechos por la Ley a sustitutos para el caso de no poder o no querer aceptar el heredero abintestato designado en primer lugar.

5. *La «condicio juris» en el Derecho procesal.*

6. *La «condicio juris» en el Derecho penal.*

7. *La «condicio juris» en el Derecho administrativo.*

De cuanto precede se infiere la verdadera importancia que debe reconocerse a la *condicio juris*, cuyo ámbito abarca, como vemos, toda la extensión de la actividad jurídica.

Hemos visto cómo el doctor Oertmann, teniendo presente, a través de su extenso trabajo, los preceptos de la legislación vigente en su país, acude, sin embargo, para el estudio de los precedentes históricos de las diversas figuras jurídicas, a textos de los jurisconsultos romanos, que en parte reproduce en diversos lugares de su obra.

Esta mirada retrospectiva es, sin duda, la que especialmente puede facilitar la aplicación de las interesantísimas investigaciones de Oertmann a otras legislaciones más próximas del Derecho justiniano que la alemana.

Si, además, se tiene en cuenta que la demostración de hallarse un determinado negocio jurídico sometido a una *condicio juris* lleva consigo la seguridad de que el defecto de que adolece dicho negocio es subsanable, se comprende la verdadera utilidad de una obra como la de Oertmann, susceptible de sugerir valiosísimas iniciativas.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Doctor en Derecho.