

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Octubre de 1928

Núm. 46

Convenciones de no-responsabilidad ⁽¹⁾

10. La exclusión del dolo y de la culpa lata, ¿se refiere únicamente a las culpas personales del que estipula la irresponsabilidad, o afecta también a la responsabilidad derivada de culpas ajenas? En otros términos: ¿el deudor puede declarar en el contrato por el cual se obliga que no responderá del incumplimiento de su obligación si éste es debido al dolo o culpa lata de sus dependientes? (2). A este propósito se ha sostenido que las normas jurídicas que rigen la responsabilidad por otro en materia contractual, no tienen carácter imperativo, pudiendo ser excluida su aplicación por convenio entre las partes; y, por consiguiente, que la exoneración convencional del dolo y de la culpa lata ajenos, es lícita; porque el dolo es esencial y exclusivamente individual; porque la culpa no tiene grados más que con relación a su autor, y porque tal convenio no perjudica el derecho de recurrir directamente contra la persona causante del dolo, no debiéndose temer que el dolo del auxiliar oculte el del deudor, porque tal conducta constituiría, por parte de éste, un dolo propio, del cual siempre sería responsable (3).

Los Códigos más recientes, alemán y suizo, deciden expresamente la posibilidad de estipular la no-responsabilidad, por la inexecución debida al dolo o culpa lata de los auxiliares del deudor:

(1) Véanse los cuatro números anteriores.

(2) V. Becqué, *Responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Rev. Trim. de Dr. Civ.*, 1914, p. 311.

(3) V. Chironi, op. cit., números 297-298. Boutaud, op. cit., número 130. Becqué, op. cit., loc. cit.

así, el primero, después de disponer en el artículo 276 «que el deudor no puede descargarse previamente de su culpa intencional», exceptúa en el artículo 278 la aplicación de esta regla a la responsabilidad por otro en materia contractual; y en igual sentido, el artículo 101 del Código federal de las obligaciones declara: «Una convención previa puede excluir, en todo o en parte, la responsabilidad derivada del hecho de los auxiliares.»

11. ¿Puede estipularse la no-responsabilidad por dolo ajeno en materia contractual en el Derecho español? El artículo 1.102 del Código civil no distingue entre el dolo propio y el dolo ajeno, y si respecto al primero la solución negativa es incuestionable, no sucede lo mismo con relación al segundo.

El artículo 1.102 del Código civil, en relación con la prohibición que envuelve, plantea una cuestión previa, cuyo alcance es preciso dilucidar para contestar a la anterior pregunta; ya que, según sea una u otra posición dentro del sistema general legislativo, serán unas u otras sus consecuencias, a pesar de que la forma categórica en que está redactado pudiera inducir a pensar que no es admisible la renuncia ni aun del dolo ajeno.

La cuestión es ésta: ¿La prohibición de la renuncia del dolo afecta al objeto o a la causa de la convención? Es decir: ¿Se prohíbe pactar sobre el dolo porque se considera que tal convención recae sobre un objeto ilícito o inmoral, o se prohíbe simplemente porque puede hacerse con un fin jurídico (causa) ilícito? La contestación que se dé a estas preguntas es muy importante, porque si el simple hecho de pactar sobre el dolo determina la ilicitud de la convención, es evidente que el pacto exclusivo del dolo ajeno es nulo; por el contrario, si tal prohibición tiende a evitar que los contratantes puedan perseguir un fin ilícito, el pacto de no-responsabilidad por el dolo ajeno será válido, siempre que no se persiga tal fin ilícito, es decir, cuando se haga sin causa ilícita.

El convenio de exoneración del dolo no es nulo por razón del objeto; en él, simplemente una parte se compromete a no reclamar una cantidad que le sería debida en su caso, y esta cantidad es, en último término, el objeto mismo de la convención. Por el contrario, los precedentes de nuestra legislación nos muestran que la prohibición de la renuncia del dolo se establece atendiendo a la moralidad del contrato en sí, persiguiendo que los interesados no

entren en él con la intención de incumplirlo. Como un caso de nulidad por causa ilícita, presenta Sánchez Román (1) esta nulidad, que afecta a la exoneración convencional del dolo; y tal interpretación está acorde con el siguiente pasaje de las leyes de Partida:

Partida V, título II, ley 29.—«Condición o prometimiento faciéndolo algún home a su despensero que non le demandasse engaño nin furto que le ficiese dende adelante non valdría tal pleyto ni tal promision. *Y esto es porque los tales pleytos podrían dar carrera a los homes de facer mal e non deben ser guardados...* Y a lo que dice en esta ley de los mayordomos e de los despenseros entiendese tambien de todos los otros homes que tal promision o pleyto ficiere entre si sobre cualquiera fecho que sea semejante destos.»

En suma, siendo una nulidad por razón del fin ilícito perseguido por los contratantes, cuando en virtud de las circunstancias que concurren en el caso singular, pueda apreciarse que una persona, al pactar sobre la irresponsabilidad que pudiera resultarle del dolo ajeno, no ha tratado de incumplir sus propias obligaciones, y que en la ejecución de éstas ha empleado toda la diligencia que le correspondía, estimamos que tal convenio es lícito.

12. Además del límite del dolo y de la culpa lata, las cláusulas de no-responsabilidad sufren otras restricciones derivadas del orden público.

En primer término, es preciso que ellas constituyan una convención verdadera, un acuerdo de voluntades libremente consentido; en esto se funda la nulidad de las cláusulas insertadas en un contrato, en el que una de las partes ha abusado de la inexperiencia o de la debilidad de la otra.

En segundo lugar el acuerdo debe constar expresamente: no siendo, por tanto, suficiente una declaración unilateral del deudor declinando su propia responsabilidad; si bien estimamos ser innecesaria una cláusula manuscrita, pudiendo bastar una cláusula impresa.

Por último, las cláusulas de no-responsabilidad deben ser interpretadas restrictivamente, y, en su virtud: si ellas no exoneran más que de determinados accidentes, el acreedor puede probar que la destrucción de la cosa ha obedecido a otros; si la cláusula se re-

(1) IV, 207, ed. 1899.

fiere a un grado de culpa, puede demostrarse la concurrencia de otro; y, finalmente, si la exoneración afecta a la culpa de ciertos dependientes del deudor, queda libre al acreedor acreditar que el daño ha sobrevenido por la intervención de otras personas.

Las reglas formuladas son una consecuencia lógica de los principios anteriormente expuestos sobre la *ratio juris* de las normas concernientes a la capacidad, y sobre la *natura contractis*: En efecto, como figura jurídica autónoma, la cláusula de no-responsabilidad exige la capacidad y el consentimiento de las partes; y como pacto contrario a la naturaleza del contrato, ella debe constar por modo expreso y ser interpretada restrictivamente.

Finalmente, debemos consignar que la nulidad de la cláusula no entraña la nulidad del contrato.

CAPITULO VI

Principales aplicaciones de la cláusula de no-responsabilidad en los contratos relativos a las cosas, exceptuando el contrato de transporte.

1. Con arreglo a los principios precedentemente expuestos, la cláusula de no-responsabilidad puede aplicarse a todos los contratos, siempre que no exista una razón para prohibirla especialmente; en este sentido, podríamos decir con Boutaud (1), que el dominio de la cláusula de no-responsabilidad es tan extenso como el del contrato mismo; mas en realidad, tales cláusulas son insertadas en un pequeño número de contratos, y aun en éstos reciben aplicación poco frecuente.

2. Entre las aplicaciones de la cláusula de no-responsabilidad, encontramos, en primer lugar, la compraventa. El legislador ha previsto formalmente la posibilidad de estipular la no-garantía en la más usual de las convenciones; el artículo 1.475, después de decir en su párrafo segundo, «El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato», preceptúa en el párrafo tercero: «Los contratantes podrán aumentar, disminuir

(1) Op. cit., núm. 139.

o suprimir esta obligación legal del vendedor», y el artículo 1.476 agrega: «Será nulo todo pacto que exima al vendedor de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte.» Estas reglas son una traducción de los principios expuestos anteriormente: la posibilidad de pactar la no-responsabilidad con el límite del dolo.

Igualmente, refiriéndose a la garantía de evicción, que los coherederos se deben, declara el Código civil la licitud del pacto que la excluya (artículo 1.070, núm. 2).

3. En el contrato de arrendamiento de cosas, nos hallamos con el artículo 1.553, que dispone le son aplicables las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa; y, por consiguiente, la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada por todo el tiempo del contrato (artículo 1.554, núm. 3), puede cesar en virtud de una cláusula de no-garantía, con el límite del dolo del arrendador.

En cuanto al arrendamiento de obras y servicios, puede admitirse en el Derecho actual el principio ya proclamado por el Derecho romano (L. 27, p. 29, D. 9, 2): de que quien se encarga de un trabajo puede, por convención, liberarse de la responsabilidad de su culpa. De este principio se han hecho aplicaciones tan importantes, que merecen ser examinadas especialmente.

Las agencias que suministran informes comerciales, insertan frecuentemente en sus boletines una cláusula de no-responsabilidad, con el fin de prevenirse del daño que puedan causar a sus clientes con informes insuficientes o inexactos. Los Tribunales franceses han tenido ocasión de pronunciarse sobre la validez de estas cláusulas, y ciertos autores se han ocupado especialmente de la cuestión (1). Para nosotros, exceptuando el dolo, esta cláusula es lícita. La jurisprudencia francesa ha admitido casi unánimemente su validez en lo concerniente a las culpas leves, pero limitando su efecto a una inversión de la carga de la prueba (2). Bien que la pureza de los principios no sea mantenida, el resultado práctico es el mismo.

(1) Sumien. An. Dr. Com., 1899. Thibault, *De la responsabilité en matière de renseignements commerciaux*. París, 1900.

(2) Sardou, *Clauses modificatives de la responsabilité dans les contrats*. París, 1903, p. 76-77.

También, refiriéndose al arrendamiento de obras y servicios, ha examinado la doctrina (1) la posibilidad de estipular la no-responsabilidad de los contratistas y arquitectos, artículo 1.591. Ninguna dificultad existe para el dolo y culpa lata, pero para las culpas ligeras, la cuestión es más delicada. Chironi rechaza abiertamente tales convenciones (2), porque «la disposición del artículo 1.639 (C. c. it.) ha sido ordenada para tutelar, no sólo el interés privado, sino especialmente el público, por la necesidad de garantizar la vida de las personas—inquilinos y transeúntes—contra la impericia del arquitecto, o su abandono, de cualquier grado que sea».

Esta solución nos parece conforme al espíritu del Código: la ley crea una responsabilidad agravada por un motivo especial, que hay que buscar fuera de la estructura elemental de los contratos. Admitida esta solución, admitimos también todas sus consecuencias: imposibilidad de disminuir el plazo legal de los diez años que fija el artículo 1.591, y subsistencia de la responsabilidad a pesar de la recepción de los trabajos por el propietario.

4. En el contrato de mandato, según la opinión de los autores que se han ocupado del problema, la cláusula es lícita. «El mandatario, decía Pothier (3), puede estipular que no sea responsable de las culpas que podrá cometer en la gestión del mandato. Mas a pesar de la convención celebrada, él no puede faltar impunemente a la buena fe que debe aportar: *illud nulla ratione effici potest ne dolum prestatur.*» Idéntica doctrina reproduce Pont (4), quien admite, sin vacilar, tales cláusulas, exceptuando el dolo. Sourdat (5) escribe: «El mandatario puede convenir que no será responsable de las culpas que cometerá en la ejecución del mandato.» Esta es también la opinión de Sardou (6) y Boutaud (7).

Respecto a la obligación de rendir cuentas que, a tenor del artículo 1.720 del Código civil pesa sobre el mandatario, ha observa-

(1) V. Chironi, *Colpa contrattuale*, núm. 305. Demogue, *Obligations*, V, número 1.211. Boutaud, op. cit., núm. 149. Sardou, op. cit., p. 77-78.

(2) V. op. cit., loc. cit.

(3) *Traité du mandat*, núm. 50.

(4) Op. cit., I, núm. 662.

(5) Op. cit., p. 82.

(6) Op. cit., núm. 146.

(7) *Traité du mandat*, núm. 133.

do atinadamente Guillonard que una cláusula dispensando de ella es válida si el mandante tiene capacidad para donar.

De la doctrina de la validez de las cláusulas de no-responsabilidad estipuladas por los mandatarios, se ha hecho, entre otras, una aplicación verdaderamente interesante.

Los banqueros se liberan de la responsabilidad en que pueden incurrir respecto a sus clientes, por el retardo en el levantamiento del protesto de una letra de cambio. ¿Tal convención es válida? Presentada la cuestión prácticamente en Francia, la Corte de Casación había decidido que esta cláusula no exoneraba de su responsabilidad al banquero si se probaba contra él una culpa (1). Pero habiéndose producido un movimiento favorable a su validez, sentencias más recientes admiten que una cláusula semejante puede liberar al banquero, excepto de las consecuencias de las culpas graves (2).

5. Vamos a examinar ahora el contrato de depósito. Ninguna razón existe para instituir, respecto a este contrato, un tratamiento diferente, pero entre los depositarios hay una clase especial, los albergadores, sobre los que en virtud de los artículos 1.783 y 1.784 del Código civil, pesa una responsabilidad más extensa. ¿Pueden los fondistas y los posaderos declinar por una convención la responsabilidad legal que sobre ellos pesa? Una convención de tal naturaleza es, en principio, absolutamente lícita. Pero estas convenciones expresas son raras; los fondistas han intentado eludir su responsabilidad por medio de anuncios fijados en las habitaciones. ¿Estos anuncios tienen algún valor? Creemos que no. Los artículos 1.783 y 1.794 son derogables por la voluntad privada, porque las normas en ellos contenidas no son de orden público. Mas para obtener semejante resultado es precisa una convención libremente aceptada por las dos partes, y nada prueba que los anuncios a que nos referimos hayan sido aceptados por los viajeros. El artículo 701 del Código civil alemán declara que el cartel por el cual el hostelero declina la responsabilidad que le incumbe, no produce ningún efecto; y el artículo 489 del Código federal de las obligaciones, establece igualmente que el hostelero

(1) Cass. 7 Nov. 1886, D. 61, 1, 114. Cass. 1 Mayo 1872, D. 72, 1.

(2) Corte de París, 7 Abril 1900, D. 1.900, 2, 413.

no puede liberarse de responsabilidad por medio de anuncios fijados en su establecimiento, ni hacerla depender de condiciones no especificadas por la ley.

Como particularidad interesante del Derecho extranjero, debemos consignar que el Código argentino preceptúa que: «El posadero no se exime de la responsabilidad que le imponen las leyes por anuncios que ponga declarando que no responderá de los efectos introducidos por los viajeros, y será nulo cualquier pacto que sobre la materia celebre con ellos para limitar su responsabilidad» (artículo 2.266).

Por contra, los Códigos de Chile, Ecuador y Colombia declaran expresamente: que cesará la responsabilidad del albergador cuando se haya convenido exonerarle de ella (artículos 2.247, 2.271 y 2.234 de los Códigos citados).

CAPITULO VII

La cláusula de no-responsabilidad y el contrato de transporte de cosas.

1. Prosiguiendo el estudio de las aplicaciones prácticas de la cláusula de no-responsabilidad, llegamos al contrato de transporte. Todas las ideas, todos los principios expuestos hasta aquí, adquieren, al ser aplicados al transporte, una fecundidad impresionante, y vemos a la cláusula de no-responsabilidad, abandonando el modesto papel que desempeñaba, adquirir un relieve y una importancia extraordinarios. ¿Qué tiene entonces de singular la responsabilidad de los porteadores que tan bien se presta para recibir la cláusula? ¿Qué grandes intereses sirve? ¿Qué razones justificativas tiene la extensa aplicación de las convenciones de exoneración en los contratos de transporte?

Para dar a las anteriores cuestiones una respuesta adecuada, es preciso considerar la revolución operada en los medios de locomoción. En tanto que el transporte terrestre se realizaba con vehículos primitivos de tracción animal, y el marítimo con embarcaciones veleras de escaso tonelaje, las expediciones comprendían un pequeño número de objetos, y sobre ellos el porteador

podía ejercer una constante vigilancia personal (1): la desaparición o deterioro de una mercancía, denunciaba un descuido. En perfecta adecuación con las condiciones económicas del transporte, su régimen jurídico hacía responsable al porteador, en términos generales, sin más excepción que el caso fortuito, cuya prueba a él incumbía en todo caso.

El descubrimiento del vapor, sin alterar la estructura jurídica del contrato de transporte, ha modificado tan profundamente su organización económica, que ha multiplicado extraordinariamente la responsabilidad de los porteadores; no se ha debido tal agravación de responsabilidad únicamente a que las mercancías, por su cantidad, escapan a la vigilancia del porteador, ni a la intervención necesaria de un gran número de dependientes; existe además una razón decisiva, a la cual aludíamos en otros pasajes de esta memoria, y cuyo comentario creemos oportuno reiterar: nos referimos al abandono de la noción objetiva de la *vis maior*.

En efecto: cuando el transporte se efectuaba con medios primitivos, la existencia del caso fortuito, única manera de extinguir la responsabilidad del porteador, se acreditaba fácilmente; mas cuando el hombre dispuso de poderosas locomotoras y magníficos trasatlánticos, la designación «caso fortuito» perdió su equivalencia con las expresiones, fuerza de la naturaleza, de Dios, etcétera, y la prueba del caso fortuito se hizo casi imposible de suministrar: la palabra fatalidad fué sustituida por la palabra descuido, la civilización debilitó en el hombre el temor a la naturaleza, a la par que suscitaba la atención más vigilante y el cuidado más prolijo.

2. He aquí por qué surgió la cláusula de no-responsabilidad como un remedio heroico para liberar a las empresas de transportes de una responsabilidad que empezaba a resultar muy onerosa. La querella vivísima que provocó su aparición, en otro lugar de esta Memoria ha quedado registrada; y bien se comprende, dada la importancia práctica de la cuestión, que los autores se hayan preocupado, más bien que de la doctrina general de la irresponsabilidad convencional, de su aplicación al contrato de transporte.

Fácil es pensar, asimismo, que si la discusión ha sido animada

(1) Vinent, *Des clauses d'irresponsabilité dans le contrat de transport par terre et par mer*. París, 1892, p. 2-3 y sigs.

por los grandes intereses económicos que se debatían, el punto central de ella lo habrán constituido el transporte ferroviario y el marítimo; en cuanto al transporte ordinario, apenas si ha merecido ligeras alusiones.

Vamos a estudiarlos separadamente.

3. Las Compañías ferroviarias insertaron las cláusulas de no-responsabilidad, cediendo a las instancias de los propios cargadores, quienes perseguían obtener una reducción de los precios de transporte. Como dice Saintelette, se comprendió «que la seguridad es, como la velocidad, como el confort, una mercancía que no se produce más que por un aumento de gastos, que no se puede dar, que debe ser vendida y, por tanto, comprada, y que no existe ninguna razón para obligar a los que no la quieren comprar, o a los que solamente la quieren en una cierta medida, o por un precio reducido, a comprarla toda entera y por un precio íntegro» (1).

Los cargadores, no obstante haber introducido por su propia iniciativa el empleo de las cláusulas de no-responsabilidad, pretendieron impugnarlas; reparóse entonces en que los grandes capitales que requiere una explotación ferroviaria, habían creado un monopolio de hecho en favor de las empresas, de cuyos abusos era preciso proteger al comercio; mas no habiendo sido elaborada todavía la doctrina del contrato de adhesión, las ideas fueron lanzadas en una dirección falsa, y en lugar de atacar la cláusula por un defecto de capacidad o un vicio de consentimiento, fué declarada ineficaz, como contraria al principio, reputado de orden público, de que nadie puede exonerarse convencionalmente de su culpa.

La cláusula, sin embargo, debe ser estudiada en dos aspectos diversos: primero, desde el punto de vista de su moralidad o inmoralidad; segundo, en el terreno de la libertad de las convenciones.

4. En los primeros litigios suscitados, la jurisprudencia extranjera, siguiendo la inspiración de la doctrina (2), situó la cues-

(1) Op. cit., p. 58.

(2) Aubry Rau, *Droit Civil*, 4.^a edición, t. IV, núm. 373. Pouget, *Du transport par eau et par terre*, 180. Pardessus, *Droit Commercial*, II, número 542. Pacifici Mazzoni, *Locazione*, 299. Borsari, *Cod. di Comm.*, 282.

ción en el primer terreno y anuló la cláusula, como contraria al orden público (1).

Persistiendo en esta defectuosa manera de examinar el problema, a partir de Troplong (2) se introdujo una modificación importantísima. Bien que la cláusula fuese considerada nula en principio, se la declaró válida al efecto de invertir la carga de la prueba; es decir, la cláusula fué interpretada no como una convención, teniendo por objeto suprimir, en cuanto al fondo, la existencia de la responsabilidad misma, sino como una convención modificadora de la incidencia de la prueba y en cuya virtud el remitente debía acreditar la culpa del porteador, prueba de cuya necesidad se hallaba exento, con arreglo a los principios de derecho común.

Esta segunda interpretación de la cláusula fué admitida en Francia (3), Bélgica (4), Alemania (5) e Italia (6).

Como en otro lugar de esta Memoria indicábamos, esta segunda interpretación dejaba subsistir teóricamente la responsabilidad, pero la dificultad de probar la culpa del porteador la hacía desaparecer, siendo, en el fondo, el resultado así obtenido aproximadamente igual al que pretendían alcanzar los porteadores bajo el régimen de la primera interpretación. Esta imposibilidad práctica de obtener una indemnización los cargadores, determinó la necesidad de poner en juego nuevos principios.

Trasladada la cuestión al terreno de la libertad de las convenciones, dos autores, Asser y Meili (7), formularon la objeción de que las cláusulas de no-responsabilidad impresas en las cartas de porte, no representaban un consentimiento obtenido directamente,

(1) V. Jurisprudencia francesa, Ch. Cir. 26 Enero 1859, S. 1859, I, 316; Ch. civ. 24 Abril 1865, S. 1865, I, 212; y belga, C. de Cass., 4 Febrero 1870, Pasicrisie, 70, d. 200.

(2) *Traité du Louage*, 924. Domenget, *Comission*, 1.116.

(3) Cass. 4 Febrero 1874, S. 1874, I. 273. Cass. 19 Febrero 1900, S. 1900, d. 238.

(4) Cass. 7 Mayo y 19 Noviembre 1874. Pasicrisie 74, I. 148, y 75, I. 19.

(5) Tribunal regional superior de Colmar, 21 Diciembre 1896, S. 98-4, 17. *Jour. du droit int. privé*, 1899, p. 611.

(6) Venecia, 13 Mayo 1874 (*Tcho dei Trib.*, 1874, p. 820, y *Giur. it.*, XXV, 1, 2, 161.)

(7) Citados por Nani, *Studii di Diritto ferroviario*. Archivio XXII, p. 542.

ya que los remitentes podían no reparar en ellas al celebrar el contrato. Ahondando más en el problema y pasando de una cuestión de forma a una cuestión de fondo, se ha sostenido que, dado el monopolio de hecho de que disfrutaban las compañías ferroviarias y la necesidad de recurrir a ellas en que el cargador se encuentra, es ilógico concebir libremente consentido un convenio de liberación que tan favorable resulta para la parte económicamente más fuerte (1).

Hay entre estos dos argumentos una importante diferencia: el primero rechaza la cláusula, por no ser lícito al deudor declinar su responsabilidad en virtud de un acto unilateral; atacándola más a fondo, el segundo la hiere, porque, dada la necesidad de contratar en que el remitente se encuentra, no se debe reputar libre su consentimiento, aun cuando conste la existencia de un acuerdo bilateral que él haya suscrito.

Esta nueva forma de plantear el problema es atinada. En efecto: en tanto se ha fundado la nulidad de la cláusula en su oposición con el principio de orden público, de que nadie puede exonerarse convencionalmente de sus culpas, la jurisprudencia extranjera ha mantenido un criterio vacilante, que llevado a sus últimas consecuencias, engendraba un divorcio absoluto entre la teoría y la práctica. Pero cuando más agudamente se ha tenido en cuenta la naturaleza singular del contrato de transporte ferroviario—contrato de adhesión—, en todos los países donde la cláusula había alcanzado cierto desarrollo, se han dictado disposiciones encaminadas a garantizar la libertad del consentimiento del remitente y a impedir que la cláusula sea una ventaja gratuita para las compañías que la ofrecen.

Así, en Alemania, el artículo 461 del Código de Comercio dispone que «las empresas ferroviarias podrán, en tarifas especiales o de excepción, fijar el máximo del importe de que estén dispuestas a responder en caso de pérdida o deterioro, siempre que estas tarifas se publiquen, que supongan una rebaja de precios para el tráfico en general con relación a las tarifas ordinarias, y que el máximo indemnizable se aplique a todo el recorrido.

(1) V. Nani, op. cit., p. 14. Clamageran, *Du louage d'industrie*, número 233.

»Si el perjuicio proviene de intento deliberado o de negligencia inexcusable de la empresa, no habrá lugar a esta limitación.»

En Italia, el artículo 416 del Código de Comercio declara nulas las cláusulas de no-responsabilidad en los transportes por ferrocarril, salvo para las tarifas especiales, ofreciendo una disminución de las tarifas ordinarias.

Posteriormente al Código de Comercio, la ley de 27 de Abril de 1885 (artículo 16) ha autorizado a los ferrocarriles para modificar su responsabilidad, sin que haya tarifa especial o precio reducido, si las modificaciones son aprobadas por el Gobierno.

En Inglaterra, según la Railway and Canal Traffic Act de 1854, se admite que una empresa de transportes puede, por contrato, limitar su responsabilidad por negligencia o culpa, siempre que las condiciones del contrato sean tales que ellas sean consideradas justas por el Tribunal llamado a juzgarla, y que el acuerdo conste por escrito y firmado por las dos partes.

En Austria, el artículo 422 del Código de Comercio declara : «Los ferrocarriles no están autorizados a suprimir ni a limitar previamente en su provecho, por convenciones (por vía de reglamentos o de convenciones particulares), la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 395, 396, 397, 400, 401 y 408, relativos a las indemnizaciones que incumben a los porteadores, a la existencia, a la extensión y a la duración de estas últimas o a la carga de la prueba, salvo el caso en que esta facultad les está reservada por los artículos siguientes.»

En Suiza, el artículo 455 del Código de las obligaciones dice : «Las empresas de transporte cuya explotación está subordinada a la autorización del Estado, no pueden, por reglamentos o convenciones particulares, sustraerse previamente, en todo o en parte, a la aplicación de las disposiciones legales concernientes a la responsabilidad de los porteadores» ; y el artículo 35 de la ley de 29 de Marzo de 1893 (sobre transportes por ferrocarril) dispone : «Los caminos de hierro tendrán la facultad de ofrecer al público condiciones especiales (tarifas especiales) en las cuales estará fijado el máximum de la indemnización a pagar en caso de pérdida o avería, con la condición de que estas tarifas especiales correspondan a una reducción sobre el precio del transporte total, calculado según las tarifas respectivas ordinarias de cada camino de

hierro, y que el mismo máximo de indemnización será aplicable a todos los recorridos.»

La ley belga de 25 de Agosto de 1891 dispone (artículo 36): «Las tarifas o reglamentos no pueden, excepto en los casos previstos debajo (artículos 37 a 39), modificar, en provecho de la Administración, la extensión de la responsabilidad que le incumbe»; pero «la Administración tiene la facultad de ofrecer al público tarifas especiales a precio reducido, con fijación de un máximo de indemnización en caso de pérdida o avería».

La aplicación de estas condiciones debe ser aceptada expresa o tácitamente por el remitente.

En Francia, la ley de 17 de Marzo de 1905, modificadora del artículo 103 del Código de Comercio, prohíbe en absoluto las cláusulas de no-responsabilidad en los transportes ferroviarios.

Para los transportes internacionales, la convención de Berna de 14 de Marzo de 1890 establece: «El pago de la indemnización íntegra de los daños y perjuicios podrá ser demandado en todos los casos en que el daño tenga por causa un dolo o una culpa grave por parte del camino de hierro» (artículo 41). Interpretando este texto a contrario, se debe concluir que, excluyendo el dolo y la culpa lata, la cláusula de no-responsabilidad es lícita.

5. Tal es, a grandes rasgos, el sistema del Derecho comparado sobre la cláusula de no-responsabilidad en los transportes por ferrocarril. Exceptuando a Francia, que mantiene una prohibición absoluta, los demás países admiten en principio la validez de la cláusula, pero temiendo el posible abuso de las empresas ferroviarias, exigen: «que la cláusula represente el beneficio recíproco de las dos partes, por una reducción de los precios del transporte, y la libertad de la aceptación del remitente, la cual viene garantizada por la facultad de elegir entre varias tarifas, una de ellas desprovista de la cláusula».

6. Según hemos visto, en el estudio de la cláusula de no-responsabilidad en el transporte ferroviario, la doctrina y la jurisprudencia han ido retrocediendo de sus primeras posiciones, hasta llevar la cuestión a un nuevo terreno, en el que las normas restrictivas se justifican por un imperativo legal de capacidad. No existiendo en el transporte ordinario el monopolio de que disfrutaban las empresas ferroviarias, ¿podrán estos portadores estipular

pactos exclusivos de su responsabilidad, con el solo límite del dolo y de la culpa lata?

«En apoyo de que semejante facultad no les ha sido concedida, se podría decir—escribe Chironi—que si la ley se ha cuidado especialmente de la cuestión sólo con relación a las empresas de ferrocarriles, debe persistir, con relación a los demás porteadores, la responsabilidad plena, tal como está ordenada en el Código civil y en el Código de Comercio; pero en contra podría decirse que, a diferencia de lo que de manera limitada se ha establecido para las empresas de ferrocarriles, los demás porteadores son libres de convenir con los remitentes la limitación de la responsabilidad dentro de los límites expuestos» (1).

Después de concretar así los dos sentidos en que puede ser interpretada la inexistencia en el derecho de los diversos países, de normas singulares sobre la cláusula de exoneración en los transportes ordinarios, opta Chironi por la segunda teoría, que es también conforme a nuestro criterio, ya que las restricciones legales antes expuestas obedecen a la falta de competencia en los transportes por ferrocarril, no a que la cláusula de exoneración sea inmoral en sí misma, o contraria a la esencia del contrato de transporte.

7. Hubiéramos querido terminar esta parte de nuestro estudio mostrando el estado de la doctrina y de la jurisprudencia española sobre el problema. Desdichadamente, nuestras indagaciones han resultado estériles; después de haber examinado los repertorios de jurisprudencia, hemos llegado a la conclusión de que la cláusula de no-responsabilidad no ha sido discutida ante nuestros Tribunales.

Tampoco la doctrina nacional ha sido más pródiga, y solamente hemos encontrado unas alusiones al tema en el libro de los señores Bonilla, Miñana y Alvarez del Manzano.

Para estos autores, se debe distinguir entre el transporte ordinario y el ferroviario; y «teniendo en cuenta la forma imperativa de los artículos 362 a 368 y 377 del Código de Comercio, es indudable que el pacto excluyente de la responsabilidad a que los

(1) Op. cit., 302.

mismos se refieren sería contrario a la ley y resultaría prohibido por el artículo 1.255 del Código civil.

»Mas tratándose de las empresas de ferrocarriles, en el supuesto del artículo 356 (haber rechazado los bultos como mal acondicionados, atribución de que se abusa por las citadas empresas), la exención a que el aludido precepto se refiere, ¿es absoluta?

»La exención de responsabilidad a que alude el mencionado artículo no es absoluta, sino relativa tan sólo a los daños que experimenten los objetos transportados, por su mal acondicionamiento, subsistiendo todas las responsabilidades en que el porteador pueda incurrir cuando el daño no sea causado por la circunstancia apuntada...»

Así lo declaró el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de Diciembre de 1902 (1).

FAUSTO VICENTE GELLA.

Abogado (2).

(1) *Derecho Mercantil*, II, p. 260-261.

(2) Concluirá el capítulo VII en el número siguiente.

La opción y el Registro de la Propiedad

El derecho de opción está poco regulado, que nosotros sepamos, en las legislaciones positivas. La Ordenanza alemana, de 15 de Enero de 1919, relativa al derecho de superficie, lo menciona en su artículo 2.º La legislación suiza es la que mayor importancia le da, y aun así, su regulación es bien escasa (artículo 216 del Código de las obligaciones suizo y artículos 683 y 959 del Código civil suizo). En España lo menciona el párrafo 12 del artículo 9 del Reglamento del impuesto de derechos reales.

Sin embargo, no deja de tener importancia, y aunque, según Ossorio y Gallardo es frecuente «en la vida de los negocios y más señaladamente en la de los negocios a base de concesiones del Estado, y con mayor acentuación todavía en la de los negocios de capital internacionalizado», nosotros hemos tenido un caso en un modestísimo Registro de cuarta. Una anciana, que para hacer frente a las necesidades de la vida, vende una casa de dos pisos, reservándose el usufructo vitalicio de uno; pero en previsión de que por incompatibilidad de caracteres, etc., no pueda convivir con el comprador que va a habitar el otro piso, se reserva una opción al arriendo de tal piso para poder echarlo y, subarrendando, poner otro inquilino. Sabemos de algún caso presentado a otros compañeros. Y aunque desde hace tiempo, y probablemente como respuesta a la imputación de Ossorio, en su folleto sobre el contrato de opción, de que los Registradores es muy verosímil que no veamos en la opción más que una especie de mandato, se incluye en los programas de nuestras oposiciones una pregunta sobre esta

materia, y se han dedicado al asunto valiosos estudios, como el de Gayoso Arias en el número de Junio de 1927 de la *Revista de Derecho privado*, y los de Ríos Mosquera y Campuzano en sus contestaciones al programa de oposiciones, dada la absoluta falta de regulación del derecho de opción en España, creo que muchos Registradores titubearíamos todavía si se nos presentase un caso de inscripción de derecho de opción.

En España está consagrado el nombre de opción por el citado artículo del reglamento del impuesto de derechos reales y Osorio. En cambio, Gayoso usa el de promesa de venta que tiene la ventaja de dar una más clara idea de la cosa, siempre que se distinga esta promesa de venta equivalente a opción, de la promesa de vender o comprar a que se refiere el artículo 1.451 del Código civil, que es promesa de *vender y comprar*, no promesa de vender sólo como la opción. Tampoco están conformes los autores españoles en el bautizo del titular de la opción, pues Osorio le denomina optante, y al gravado, optatario, mientras que Gayoso, al revés, llama al titular optatario, o mejor, opcionario.

Hay promesa unilateral de vender, o sea opción, dicen Colin y Capitant, cuando un propietario se obliga a vender un bien, mediante un precio determinado, a una persona en el caso de que ésta quiera adquirirlo. No es esta promesa la que tiene en cuenta el artículo 1.451 del Código civil, ya que éste supone que hay un consentimiento recíproco, es decir, compromiso para ambas partes, una de las cuales se obliga a vender, y la otra, a comprar.

Wieland da del derecho de opción una noción muy concisa: «El derecho de opción es el derecho de adquirir un inmueble a un precio determinado.» Poca importancia tiene, y menos desde nuestro punto de vista, discutir si la opción abarca también los muebles; pero sí advertiremos que, sobre todo en España, en que el reglamento del impuesto de derechos reales menciona expresamente «la opción al arriendo de minas», la palabra inmueble debe abarcar los derechos reales.

Naturaleza y efectos de la opción.

¿Qué naturaleza tiene el derecho de opción? Puede opinarse:
A) Que es un derecho meramente personal. B) Que es un derecho

personal al que, por la anotación en el Registro de la Propiedad, se le dan efectos reales. C) Que es un derecho real.

A) *Derecho meramente personal*.—Es la teoría de la doctrina francesa. No es una venta condicional (que daría nacimiento a un derecho real, aunque condicional), siendo la condición la adhesión del comprador a la promesa del vendedor, lo que, cuando esta condición se realice, retrotraerá naturalmente las cosas al día de la promesa. Al contrario, el perfeccionamiento de la venta se sitúa en el momento en que el adquirente declara prevalerse de la promesa que le ha sido hecha. La promesa del vendedor no era una venta condicional desde el momento en que para que hubiera habido condición hubiera sido preciso que hubiese habido venta, y ésta no puede resultar más que de un compromiso sinalagmático, el cual no tiene nacimiento hasta el día de la aceptación. De donde se deducen las consecuencias siguientes, siguen diciendo Colin y Capitant, para el caso de que la promesa hiciera referencia a un inmueble:

1.^a Solamente a partir de esta aceptación del titular de opción, que es el único hecho que le confiere un derecho real sobre la cosa, es cuando el comprador podría hacer llevar a cabo la inscripción de la promesa de venta.

2.^a Para que esta adhesión del acreedor de la promesa lleve necesariamente consigo la venta, es indispensable que el promitente sea todavía propietario en ese momento. Si hubiera dejado de serlo con anterioridad, el acreedor entonces ya no tendrá el derecho a reivindicar la cosa contra el tercero, que legítimamente haya adquirido, y sólo le quedará el de reclamar daños y perjuicios a su deudor, en virtud del derecho de crédito que la promesa le había conferido. Puede también, sin embargo, reclamar la nulidad de la venta hecha a otro comprador, en virtud de la regla *fraus omnia corrumpit*, con tal que demuestre que este nuevo comprador ha sido cómplice del fraude de que ha sido víctima él.

3.^a Si el acreedor cede su derecho eventual antes de consumarse la opción, hay entonces una simple cesión de crédito, y no una mutación inmobiliaria susceptible de ser gravada con los derechos fiscales propios de esta clase de operaciones.

B) *Derecho personal al que por la anotación se le dan efectos reales*.—Es el sistema suizo claramente enunciado en el artícu-

lo 959 de su Código civil, que dice : «Los derechos personales, tales como los de tanteo, opción y retracto convencional y los arrendamientos, pueden ser anotados en el Registro en los casos expresamente previstos por la ley. Se convierten así en oponibles a todo derecho posteriormente adquirido sobre el inmueble.»

En este sistema rigen las siguientes reglas :

1.^a Artículo 683 del Código civil suizo : «Cuando un derecho de opción o un derecho de retracto convencional ha sido anotado en el Registro inmobiliario, subsiste por el tiempo fijado en la anotación contra todo propietario del inmueble. Los derechos de opción y de retracto convencional cesan en todo caso diez años después de la anotación.» Es decir, que en tanto que el plazo fijado o los diez años desde la anotación no han transcurrido, el titular del derecho de opción puede exigir de cualquiera que sea propietario del inmueble le sea transferido en las condiciones marcadas.

2.^a Así como en el sistema francés la venta de un inmueble gravado con una opción supone, por parte del dueño vendedor, el incumplimiento de una obligación, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios al titular de la opción, que ya no puede adquirir el inmueble, en este régimen es un acto perfectamente lícito y normal, que no perjudicará a nadie, puesto que el titular sigue con la facultad de quedarse con el inmueble por el precio fijado, y el que compró está avisado, por la voz preventiva de la anotación, de que podía quedarse sin el inmueble a cambio de aquel precio, y por ese riesgo lo habrá comprado más barato.

3.^a Wieland opina que el titular del derecho de opción debe sufrir los derechos de hipoteca y otros reales, constituídos por el deudor. Sin embargo, su valor debe deducirse del precio de compra anotado en el Registro. De modo que quedan a salvo los intereses del dueño de la opción, aunque no perfectamente, porque una servidumbre, por ejemplo, puede dificultar grandemente el desarrollo del objeto a que pensaba dedicar el inmueble, y no le compensará ese perjuicio el que se le rebaje del precio que ha de pagar el valor de la misma.

4.^a Siendo la opción un derecho personal (aunque pueda anotarse), el que adquiere una opción no adquiere por modo originario, sino derivativo ; no adquiere lo que está en el Registro, sino

lo que tiene el transmitente, que es lo único que puede transmitirle; no juega en su favor el principio de publicidad; no es tercero. Por consiguiente, si el que transmite no es por cualquier causa dueño de la opción anotada a su nombre, o del inmueble, si ahora se constituye la opción (incapacidad del que a él se la transmitió, venta anterior a otro, etc.), nada adquiere el comprador aunque anote la transmisión, así como estará expuesto a todas las acciones rescisorias y resolutorias del derecho del transmitente. El artículo 34 de la ley Hipotecaria no es aquí aplicable; se refiere sólo a las inscripciones y no roza los derechos personales protegidos por una anotación.

Partimos aquí de la base de que las opciones son transmisibles. En Suiza sólo lo son si así se ha pactado. En España, el reglamento del impuesto de derechos reales que grava su transmisión parece autorizarla implícitamente, como regla general, al menos. Gayoso opina que es transmisible, salvo que se haya otorgado teniendo en cuenta las condiciones especiales de la persona. Ossorio también la cree transmisible.

5.^a La opción derecho personal no adquiere preferencia por virtud de la anotación sobre todos los derechos no inscritos o anotados antes, sino sólo sobre los nacidos con posterioridad a la anotación si son reales, o con posterioridad a la opción si son personales. No sólo un derecho real no inscrito, una servidumbre, por ejemplo, se opondría al titular de una opción anotada, sino hasta un crédito personal cualquiera anterior a la opción, y si, por ejemplo, por deudas anteriores el transmitente caía en concurso o quiebra, el titular de la opción vería desaparecer su derecho. «No puede decirse de ellas (las anotaciones) que son el premio de la carrera—dice la exposición de motivos de la ley Hipotecaria—como en otra nación se ha dicho, asimilando el empeño de los acreedores para obtener la anotación al afán con que se disputa la llegada al término en las carreras de caballos.» Y bien conocida es la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1910, según la cual no son aplicables a las anotaciones de derechos personales los artículos 23, 25 y 27 de la ley hipotecaria.

6.^a Parece que siendo un derecho personal, aunque esté anotado, sus efectos han de ser menos enérgicos que los de un derecho real. No es de extrañar, por tanto, que Rossel y Mentha, en su

Manuel du Droit civil suisse, resuelvan así el problema de las mejoras en los inmuebles sujetos a opción: «Y si en el intervalo el inmueble ha sufrido transformaciones, si se han elevado construcciones, el precio fijado, que resulta irrisorio, ¿se mantendrá? Pensamos que no; que el ejercicio de estos derechos está subordinado a la condición tácita de mantener el inmueble en el estado en que estaba cuando su constitución; pero que el que hace su ejercicio imposible por sus innovaciones, cuando conocía o debía conocer esos derechos y abstenerse de atacarlos indirectamente, deberá daños y perjuicios. La otra solución, consistente en mantener para el titular el beneficio de la opción por el precio fijado, aunque construcciones, temerariamente hechas, sin duda, hayan tal vez hecho diez veces mayor el valor del inmueble, nos parece, decididamente, demasiado rigurosa.»

Esta opinión no deja de tener sus inconvenientes, porque será muy difícil determinar cuándo las transformaciones tienen la importancia suficiente para hacer imposible el ejercicio del derecho de opción. Y hasta puede ser un medio empleado de mala fe, únicamente para hacer imposible la opción cuando así convenga al dueño de la finca gravada.

C) *La opción, derecho real*.—Entonces:

1.º Desde luego, como en el caso de ser un derecho personal anotado, se opondría a cualquier propietario del inmueble.

2.º Igualmente el propietario gravado podría vender lícitamente el inmueble.

3.º La opción que se adquiriese e inscribiese; se adquiriría originariamente; el inscribiente sería tercero.

4.º La fecha de la inscripción de la opción determinaría su rango hipotecario con preferencia a todo derecho no inscrito o anotado, y a los personales ya anotados, pero nacidos con posterioridad a la opción.

5.º Aunque esto no sea una consecuencia rigurosa de considerar el derecho de opción como real, parece que, dada la mayor vitalidad del derecho real *erga omnes*, deben considerarse como no existentes las hipotecas y cargas inscritas con posterioridad a la opción. Parece ésta mejor solución que la de Wieland, de descontar su valor del precio de compra señalado al constituir la opción, pues ya indicamos que esto no garantiza plenamente la finalidad

del titular de la opción (como un derecho real debe hacerlo frente a todos) que quiso poder comprar en un momento dado el inmueble tal como estaba, no completamente desfigurado por servidumbres, por ejemplo, de paso, *altius non tollendi*, etc., que lo dejen completamente inservible para su objeto. Huc afirma que la opción es una oferta de venta, a la que falta la aceptación, mediando sólo la aceptación del compromiso del vendedor de mantenerla, de suerte que cuando el comprador acepte el contrato definitivo, surge éste con efecto retroactivo, desde el momento de la oferta, trasladando desde entonces la propiedad, con anulación de las enajenaciones y gravámenes en el intervalo concedidos por el vendedor. Aunque esta noción de la opción sea combatida por Gayoso, los efectos que de ella deriva Huc de anulación de los gravámenes (y desde luego, enajenaciones), parecen los más apropiados, si se considera la opción como un derecho real.

6.º Tampoco parece compatible con la naturaleza de un derecho real, que no pueda ejercitarse la opción por el mero hecho de que cualquiera transforme el inmueble o edifique, como afirman Rossel y Mentha. Desde luego, resulta muy fuerte que el titular de la opción sobre un solar se quede, de propina, con una magnífica casa edificada en él; aunque también podría alegarse que no hubiesen construido, pues ya conocían la opción, y que la intromisión del edificante no puede obligar a nadie a hacer desembolsos superiores a lo que previó al contratar, y que tal vez no esté en posibilidad de hacer. De esta opinión parece ser la Dirección general de los Registros, que en su resolución de 28 de Enero de 1927 da como una de las razones para no admitir un tanteo especial, con precio fijado de una vez para siempre, «los vínculos que impondría a la propiedad *frenando las mejoras* y estimulando el abandono de las fincas». Y también viene a sumarse a ella Gayoso, puesto que sólo da al propietario del inmueble los derechos reconocidos al usufructuario en los artículos 487 y 488 del Código civil, de compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras y retirar éstas, si fuere posible hacerlo, sin detrimento de los bienes.

Pero no creemos necesario optar entre los dos términos del dilema que plantean Rossel y Mentha. Nos parece más equitativo un término medio. Que se mantenga siempre el derecho del titular

de la opción a adquirir el inmueble, cualquiera que sean las transformaciones y construcciones. Pero para evitar el enriquecimiento indebido se le obligue a indemnizar, pudiendo, por analogía, aplicarse los artículos 453 y 454 del Código civil, en cuanto regulan el abono de los gastos hechos por un poseedor de buena fe.

Hemos intentado exponer la diversa regulación y efectos, bien diferentes, de la opción, según sea de una u otra naturaleza. Hay ahora que descender al terreno de los hechos y preguntarse: ¿En España, el derecho de opción es personal, real o personal con efectos reales?

Creemos, como Roguin afirma en su obra *La règle de droit*, que el que un derecho sea personal o real depende de la voluntad del legislador, que si impone una obligación pasiva universal mandando a todos que respeten mi derecho, lo convertirá en real, y si no la impone, mi derecho quedará reducido a personal; según se ve claramente en el arrendamiento que cuando está inscrito manda la ley que lo respete todo el mundo, y es real, y cuando no lo está no deben respetarlo los posteriores adquirentes del fundo, y es sólo personal. Pero en España ni la legislación ni la jurisprudencia han declarado de qué clase sea el derecho de opción, y para determinarlo no nos quedan más que tres criterios:

Procurar adivinar el pensamiento del legislador y la jurisprudencia, manifestado más o menos incidental e indirectamente.

Deducir de la misión de la opción, de los fines que normalmente se proponen los contratantes, si es más conveniente la regulación correspondiente a los derechos reales, personales o personales con efectos reales por la anotación.

Y, finalmente, estudiar la opinión de los autores españoles como criterio de autoridad.

¿Qué concepto tiene el legislador de la naturaleza del derecho de opción?

Del párrafo 12 del artículo 9 del Reglamento del impuesto de derechos reales parece deducirse que la ley considera el derecho de opción como real. Dice: «La constitución o la transmisión a título oneroso del llamado derecho de opción a la compra o arriendo de minas u otros bienes inmuebles, satisfará el impuesto en las mismas condiciones que la transmisión de dichas clases de bienes, sobre la base de la prima convenida.»

Aunque en las contestaciones a los programas de oposiciones, a la pregunta «Fundamento del impuesto de derechos reales», suele responderse que el fundamento es la penuria del Tesoro, siempre nos pareció tal respuesta un poco anodina, porque por mucha que sea la penuria del Tesoro, a nadie se le ha ocurrido todavía señalar como base contributiva los estornudos o los bostezos, pongo por caso. Algún fundamento ha de haber para tal impuesto, y creemos, con Flora, que es el beneficio que logra el contribuyente al contratar, el lucro que obtiene, o espera obtener, del acto; la posición superior en que se coloca.

Ahora bien; el Reglamento del impuesto considera que es mayor el beneficio que se obtiene de un derecho real que de uno personal, y grava más aquéllos que éstos. Ya tenga en cuenta que el derecho real es de suyo, y por regla general, algo que perdura, algo indefinido o, al menos, de larga duración; fuente permanente de ventajas, mientras los derechos personales son algo transitorio, que suelen extinguirse al cumplirse; ya tenga en cuenta la eficacia limitada del derecho personal frente al real de más volumen, que se da *adversus omnes*: ya se funde, más prosaicamente, en que los derechos reales, por su mayor importancia, buscan el documento público y el Registro de la Propiedad, y, por tanto, no se evaden a la acción fiscal aunque se recargue el tipo, mientras que los personales, que se acogen frecuentemente al documento privado, escaparían si se les gravase como los reales; lo cierto es que basta ver la tarifa en sus números 5, 7, 20, 26, 48, 49 y 53 para observar que los derechos personales tienen un tipo de tributación mucho más bajo que los reales.

Por tanto, al aplicarse a la opción el tipo del 4,80 por 100 como los derechos reales, es que se le considera real. ¿Sería justo que la opción sobre inmuebles satisficiera el impuesto «en las mismas condiciones que la transmisión de dicha clase de bienes», si lejos de poder en cualquier tiempo el titular de la opción convertirse en dueño, perdiese toda esperanza por la enajenación del dueño gravado, o aunque sólo fuese por la edificación o transformación, o tuviese que sufrir cualquier servidumbre? Cuando paga lo mismo que un derecho real, es que debe serlo y con plenitud de efectos.

También el artículo 421 del Estatuto municipal parece considerar la opción como derecho real. «No obstante lo previsto en el

artículo 415—dice—y siempre que el propietario otorgare a favor del Ayuntamiento de la imposición una *promesa de venta* por precio menor del que resulta de capitalizar a la tasa de interés aplicada en la declaración la suma de la base del arbitrio y de la renta catastrada, o, en su caso, del líquido imponible, con los aumentos prescritos en aquel artículo, se reducirá, por todo el tiempo que fuere válida aquella promesa, la base del arbitrio en una cantidad igual al importe de los intereses de la parte rebajada en el precio, computados a la misma tasa.

»... La transmisión del dominio de una finca cuya base de imposición estuviere reducida en las condiciones de este artículo, *no lleva aparejada la cesación del beneficio, entendiéndose legalmente subrogado el adquirente en las obligaciones del causante*, a tenor de los preceptos de esta sección y en razón de la rebaja, salvo que el nuevo dueño manifestase por escrito al Ayuntamiento, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que fuera perfecto el acto o contrato translativo del dominio, su voluntad en contrario.»

Es decir, que si un propietario quiere ver reducido determinado impuesto, otorga una opción de compra de la finca gravada a favor del Ayuntamiento, y esta opción *puede ejercitarse contra los posteriores propietarios*, salvo el caso que se menciona.

¿Y la jurisprudencia? La Dirección general de los Registros podría señalarse como adversa a admitir el derecho de opción como real, en cuanto partidaria de la teoría del *numerus clausus* de derechos reales. Si hay en España *numerus clausus* de derechos reales, huelga pensar si lo será el de opción, pues no está entre los expresamente admitidos y regulados, y queda fuera del número. Y una resolución de 28 de Enero de 1927 parece inclinarse al sistema del *numerus clausus*, puesto que como razón, entre otras, para no admitir un especial derecho de tanteo, da «el silencio de nuestra legislación hipotecaria sobre tal *preemptio*». Comprendemos que no se admita un derecho real extravagante, sin contenido económico, que desentone en el sistema de los admitidos por nuestra legislación. Pero si un derecho real llena una necesidad no sentida en épocas menos industriosas y agitadas, y no es más, como el de opción, que una desintegración de las facultades dominicales, ¿por qué no admitirlo? Parece que quien puede hacer

lo más, puede hacer lo menos, y si yo puedo desprenderme totalmente de mi finca, ¿no podré, mediante un precio, quedarme con ella por ahora, aunque mis causahabientes y yo estemos expuestos a tener que venderla por un precio fijado, si así quiere el titular de la opción? De un modo semejante puedo lanzar a la circulación una finca afecta a una condición resolutoria, aunque sea caprichosa. Y el pacto de retraer, siquiera sea anejo a una venta, es, en esencia, una opción a favor del vendedor.

Probablemente los Tribunales de justicia no se mostrarán propicios a una aplicación rigurosa del sistema de *numerus clausus* de derechos reales.

Misión, fin de la opción.—Las opciones son, al menos en otros países, una operación sumamente usual. Un arrendatario consigue de su arrendador, al tomar el arriendo, una promesa de venta. Otra aplicación: uno quiere adquirir una cosa, pero de momento no se decide hasta poder conocer bien sus condiciones, lo que requiere tiempo, como en las minas, o hasta saber si contaría con capitales para la explotación. Una Sociedad inmobiliaria quiere levantar edificios en un terreno cuya propiedad está fraccionada entre muchos propietarios, y se hace otorgar por cada uno de éstos separadamente una promesa de venta, que transformará en venta firme el día en que estén reunidas todas las condiciones de su operación. Un propietario de fábrica se reserva el derecho de comprar el fundo vecino por un precio dado para poder ampliar sus establecimientos. En todos estos ejemplos, tomados de los autores (Collin y Capitant, Wieland, Gayoso), se observa que el titular de la opción tiene un interés eventual, pero decidido en llegar a ser propietario del inmueble gravado que ha de ser base de sus operaciones y negocios. No quiere una indemnización: quiere el inmueble. Aparte de que ¿quién sería capaz de averiguar cuanto deja de ganar, por ejemplo, un hotelero que no puede ampliar su hotel cuando su marcha próspera lo exige? Creemos que la solución de considerar la opción como un mero derecho personal debe ser descartada, pues además de servir de bien poco entonces la opción a su titular, embarazaría más al gravado, que no podría vender el inmueble sin verse expuesto a pagar indemnizaciones, de muy difícil evaluación y tal vez formidables.

Pero el titular de la opción no sólo quiere verse dueño del in-

mueble, sino que lo quiere libre y desembarazado, apto para sus fines y negocios; parece, por tanto, que debemos inclinarnos a considerar la opción como un derecho real de plenos efectos, y que las hipotecas y gravámenes inscritos después de la opción no deben perjudicar a su dueño, así como no deben paralizar su acción las construcciones o transformaciones en el inmueble. Se dirá que entonces queda atado el deudor y la propiedad estancada; pero creemos que cuando éste ha consentido en la opción, puede decirse que ha dejado de ser propietario, y ya lo habrá hecho a buen precio; en efecto, ya no se lucrará con la plus valía de su inmueble, no puede establecer en él ningún negocio sólido y durable, ni encontrará arrendatarios que lo hagan, amenazado con la espada de Damocles de la opción; frente a eso, ¿qué importancia tiene que para constituir servidumbres que duren, haya de ponerse de acuerdo con el titular de la opción?

Opiniones de los autores españoles.—Son bien distintas.

Ossorio dice que es un derecho real, y claro está que inscribible, fundándose en el artículo 605 del Código civil, el 1 y el 2, número 1.º de la ley Hipotecaria, y, sobre todo, el 14 del Reglamento hipotecario. Pero los derechos reales de Ossorio son un poco especiales, porque afirma que si el optatario (el gravado con la opción) vende la cosa, el optante no puede oponerse, con lo cual no vemos por ningún lado los efectos reales de la opción. «¿Ha de perjudicarse—dice—el derecho del comprador que contrató sin tener conocimiento de aquella circunstancia (la opción)? ¿Se sacrificará un contrato real y consumado a otro simplemente preparatorio?» Son razones sentimentales muy dignas de tenerse en cuenta, pero si es un derecho real, debe darse *adversus omnes*, y en cuanto a la falta de conocimiento, precisamente está el Registro para destruirla.

Ríos Mosquera, aunque titubea acerca de si es derecho real o personal, por fin parece inclinarse a que es real, puesto que permite su inscripción.

Gayoso afirma rotundamente que es personal. «A los sucesos singulares en la cosa—dice—sí que no afecta tal carga (la opción), como se deduce del artículo 1.257 y del 1.091, según el que la fuerza de ley de los contratos se limita a las partes.» Según él, no producen ni trasladan, las opciones, el derecho (para lo que

sería necesaria la tradición), que ¿dónde está aquí? Son promesas de un contrato futuro del que nacerán derechos reales, pero no de ellas, que son un mero contrato preparatorio.

Inscripción.

A) Si son derechos personales, huelga hablar de su inscripción. Se opondría el artículo 18 del Reglamento hipotecario, a cuyo tenor la obligación de ejecutar en lo futuro algún acto inscribible no está sujeta a inscripción. Sin embargo, Gayoso se preocupa de meter en el Registro, si no el derecho de opción, su garantía. Menciona el consejo de Planiol, de constituir una hipoteca sobre la cosa misma prometida, para la seguridad de la indemnización debida, en caso de venta por el optante, al optatario; pero como esto no garantiza la obtención de la cosa misma, que es de lo que se trata, aconseja llegar a ello indirectamente fijando una fuerte pena que moviese al promitente a estar a lo pactado y garantizándola con hipoteca.

«Creemos también—añade—que cabe una prohibición de enajenar pactada en la opción con carácter real, lo que significaría una participación en la facultad de disponer otorgada al optatario en términos que sólo con él, con su consentimiento, pueda disponer el dueño; esto lo permite esa misma facultad, que no tiene otros límites que los señalados en las leyes (art. 348), donde no se halla éste, y el principio de libertad de contratación escrito en el 1.255... Ello equivale a un cierre del Registro...»

No estamos conformes con esta última afirmación, puesto que la Resolución de 14 de Abril de 1921, dice en su considerando tercero: «Considerando que las prohibiciones de disponer pueden ser absolutas, es decir, acreditar una situación jurídica negativa que, según la inscripción, parece perjudicar al titular de un derecho real sin mencionar la persona o personas a quien favorece, o limitadas, es decir, establecidas a favor del mismo transferente para que pueda ejercitar más provechosamente una acción, o de otras personas designadas o indicadas, conocidas o determinables, a quienes se reserva un derecho; y mientras las primeras impiden la entrada en el Registro de los actos o contratos expresamente

prohibidos, *no deben las segundas producir*, «ipso jure», *el cierre de los libros* ni la nulidad de las enajenaciones realizadas o gravámenes constituidos en cuanto aprovechen o no perjudiquen a la relación jurídica indirectamente protegida.» Se pretendía inscribir la hipoteca de una finca que, al adquirirla los hipotecantes, por compra mediante precio aplazado en gran parte, se pactó expresamente, y así constaba del Registro, la prohibición de todo acto de gravamen y de enajenación del inmueble, mientras los adquirentes no hubiesen satisfecho completamente el precio de la venta; y la Dirección, fundada, entre otros, en el considerando transcrito declara la finca hipotecable, bordeando el pacto, siempre que la solución permisiva «deje a salvo—dice en otro considerando—los intereses garantizados por la inscripción, ya que el antiguo acreedor no debe ser perjudicado por el nuevo gravamen, y en su día los Tribunales pueden ampararle, estimando su preferencia y el conocimiento de tercero». También la resolución de 15 de Enero de 1918, oponiendo las prohibiciones de enajenar judiciales y legales, a las que arrancan de una convención, declara que el espíritu de las leyes desamortizadoras, latente en el Código civil, impide, por regla general, la colocación de los inmuebles fuera del comercio de los hombres y el cierre del Registro de la Propiedad. No parece, por tanto, muy aventurado concluir, por analogía, que esa prohibición de enajenar que quiere Gayoso que se inscriba, no impediría la inscripción de enajenaciones posteriores, no cerraría el Registro. En cambio, como en la inscripción constaría que ese pacto se convenía en garantía de la opción, parece que «estimando su preferencia y el conocimiento del tercero», como dice la Resolución de 14 de Abril de 1921, los Tribunales ampararían al titular de la opción contra todo posterior adquirente. Es decir, que este pacto de no enajenar no sería más que un rodeo complicado para conseguir los resultados naturales de la opción, de dársele efectos reales.

B) La anotación, como en Suiza, sería el medio de dar entrada en el Registro a la opción si fuese un derecho personal al que, registrándole, se le diesen efectos reales. Esta es la solución ecléctica a la cual tiende uno, naturalmente, al verse solicitado por opiniones contrarias. Parece también temerario, cuando en Francia es un mero derecho personal y en Suiza lo mismo, aunque con

efectos reales por la anotación, querer ir más allá que nadie, y decir que es un derecho real y, como tal, inscribible. Pero esta solución ecléctica de la anotación tiene en España un grave inconveniente. Y es que aquí sí que hay *numerus clausus*. El artículo 42 de la ley Hipotecaria, después de enumerar nueve casos de anotación, con ninguno de los cuales tiene analogía la opción, concluye que podrá también pedir anotación preventiva. «Décimo. El que en cualquier otro caso tuviera derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en ésta o en otra ley.» Y ni la hipotecaria ni ninguna otra ley autoriza al titular de la opción a pedir anotación de su derecho.

C) *Inscribible como derecho real*.—Así opinan Ossorio y Ríos Mosquera, aunque sus razonamientos no sean muy convincentes; el primero, sobre todo, declara con absoluta certidumbre que es inscribible; pero es porque parte de la base de que es un derecho real y eso lo da por sentado gratuitamente.

Nosotros creemos que, al menos, como pacto anejo a otro contrato inscribible, por ejemplo, un arriendo de minas con opción a compra, no hay duda de que la opción puede inscribirse. El Registrador, al inscribir, no define los efectos del pacto, y creemos que algún efecto hipotecario producirá; por lo menos, un efecto análogo a los pactos de no enajenar; los Tribunales, estimando la preferencia del titular de la opción y el conocimiento del tercero, parece que han de ampararle contra los posteriores adquirentes. Y en tal forma de pacto anejo a otro contrato puede decirse que lo estamos inscribiendo cada día. El pacto de retro viene a ser una opción, puesto que permite a una persona adquirir un inmueble por un precio fijado de antemano, de cualquier poseedor.

Ahora, inscribir la opción por sí, desligada de otro contrato cualquiera, como derecho real, perfecto e independiente, es cosa más fuerte.

Si se presenta algún caso, no cabe la consulta al Juez delegado, presidente de Audiencia y Dirección en su caso, puesto que la calificación es asunto privativo nuestro (artículo 354 del reglamento). Tampoco de antemano, y con carácter genérico, creemos (conforme al mismo artículo y al 276 de la ley) pueda consultarse acerca de la inscripción de la opción, pues las consultas han de limitarse a las dudas acerca de la inteligencia y ejecución de la ley,

del reglamento y disposiciones dictadas para su aplicación, y el derecho de opción no es ni rozado por ninguno de los preceptos contenidos en toda la reglamentación hipotecaria.

Personalmente nos inclinamos a la inscripción de la opción como derecho real independiente, a no ser que resulte clara la voluntad de las partes de no darla efectos reales. Pero carecemos en absoluto de competencia para definir.

Indudablemente, la admisión del derecho de opción como real e inscribible, daría lugar a muchos problemas. Así, el de su duración; una traba tan fuerte de la propiedad no puede durar indefinidamente. En Suiza hay el plazo máximo de diez años, y este es el plazo de nuestro retracto convencional que tiene alguna analogía con la opción. Ya hemos aludido a los otros problemas (mejoras, edificaciones, hipotecas y servidumbres constituídas posteriormente) que la opción trae consigo. Pero como dicen Rossel y Mentha: «El derecho de opción responde a las necesidades de nuestra época, embriagada de industria y de especulación. Durante mucho tiempo la tendencia fué simplificar el derecho; podemos constatar que esa tendencia desaparece, y que el derecho moderno, fiel imagen de la civilización, no teme complicarse.»

JESÚS SALDAÑA

Registrador de la Propiedad.

Derecho Notarial extranjero ⁽¹⁾

PORTUGAL

PRIMERA PARTE

HISTORIA DEL NOTARIADO PORTUGUÉS

CAPITULO PRIMERO

Bibliografía.—Portugal puede sentir la satisfacción de poseer una bibliografía históricojurídica muy notable sobre el origen y evolución de la Institución notarial.

Los trabajos de lo que pudiera denominarse historia del Notariado portugués se compendian en obras que son verdaderos libros dedicados a esta materia, y en notabilísimos discursos y folletos de la Associação dos Tabeliães de Lisboa, que acaso constituyen la fuente más interesante para el conocimiento de la evolución histórica del Notariado en Portugal.

Entre las obras de mayor fama, sobresale, por su autoridad, la de Henrique da Gama Barros, *Historia da administração publica em Portugal nos séculos XII á XV*, publicada en Lisboa en 1914. En esta obra, el título noveno del tercer tomo, bajo el epígrafe *Tabeliado*, se dedica, con profusión de datos históricos de gran

(1) N. de la R.—Este interesante trabajo del Decano del ilustre Colegio Notarial de Madrid, Excmo. Sr. D. Mateo Azpeitia Esteban, formará parte de una obra que está escribiendo dicho señor sobre Derecho Notarial extranjero, referente a las principales naciones de Europa y América.

interés, a explicar el origen y desarrollo de los *Tabeliães* o *Notarios*.

En Portugal, ninguno como Gama Barros—dice José María Adrião (1)—minó tan profundamente los rincones de la arqueología histórica del Notariado; ninguno como él fué tan lejos en sus investigaciones. *Tabeliado* es un trabajo exuberante, de interés, magnífico de amplitud, hecho después de largas y profundas investigaciones y de un estudio sólido, asiduo e inteligente.»

También es digna del mejor elogio la obra denominada *Historia do Notariado em Portugal*, de Leoni Roncali, notable jurisconsulto y notario austriaco con residencia en Viena, traducida por Petz de Balsemão^a (Lisboa, 1889). Los propios portugueses enaltecen la obra de Roncali, estimando que, si como regla general, las obras de los extranjeros acerca de cosas portuguesas son hijas de una ignorancia terca y a veces ofensiva a su pundonor de patriotas, o frecuentemente denotadoras de la poca importancia que las cosas portuguesas les merecen, el trabajo de Roncali, aun con algunas inexactitudes, contraría notablemente la regla general, por ser un estudio profundo hecho con inteligencia y buen criterio; por eso la Asociación de Notarios de Lisboa la mandó traducir y publicar en portugués para distribuirla entre sus socios y otros miembros de la clase, en la sesión solemne del 6 de Febrero de 1890.

Digna de estudio y merecedora de la gran reputación alcanzada, es la obra de José Tavares, *A pratica extra-judicial e o Tabeliado*, publicada en Oporto en 1896, en una época en que el Notariado portugués atravesaba por un estado caótico, de que fué salvado por el Decreto de 23 de Diciembre de 1899.

Para ejercer entonces las funciones notariales bastaba saber leer, escribir o redactar, rutinariamente, una escritura y un testamento. Imponíase una reforma que pusiese término a la anarquía de la institución notarial, y era notable la falta de estudios críticos sobre el Notariado. Esta circunstancia fué la que excitó a José Tavares para publicar su maravillosa monografía. De las tres partes de que consta, la segunda, que lleva el epígrafe *Bosquejo historico do Tabeliado, especialmente entre nos, indicação das refcr-*

(1) *Bibliografia critica do Notariado português*, pá. 219.

mas mais urgentes, constituye una fuente de conocimiento importantísima para la investigación histórica sobre el origen del *Tabeliado* y su desarrollo hasta llegar al derecho moderno.

En otras obras de carácter más doctrinal, como el antiguo *Manual do Tabeliado*, de José Homen Correa Telles, publicada en Lisboa en 1819, llamada también *Ensaio de Jurisprudencia eurematica*, se contienen notas interesantes para reconstituir la historia del Notariado portugués, recogidas con amplitud y más severas investigaciones en los trabajos ulteriores antes reseñados.

Merece también citarse, en la investigación histórica, el estudio del notable arqueólogo José Leite de Vasconcelos, *Sinais Medievais do Tabelião*. Esta investigación se circunscribe exclusivamente a los siglos XI, XII y XIII. En la obra se investigan 65 signos estampados en documentos notariales archivados en la Torre de Tombo, y del trabajo del autor pueden deducirse enseñanzas históricas de gran interés sobre la manera de ser del *Tabeliado* en aquel entonces, y el simbolismo de los signos notariales en muchos de los documentos a que se refiere el estudio.

Mas, sin duda alguna, los estudios de mayor interés en orden a la evolución histórica de la institución notarial en Portugal, se encuentran en los admirables y nunca bastante ponderados discursos pronunciados por eminentes Notarios en las disertaciones académicas de la Associação dos Tabeliães de Lisboa.

Entre otras, pueden citarse, por la autoridad de que disfrutan, y según el orden de fechas, las siguientes:

La disertación leída en la sesión solemne del 1 de Octubre de 1869 por el socio efectivo Jorge Camelier, publicada en Lisboa, en forma de folleto, en el citado año 1869. En este notabilísimo discurso se investiga por el autor el origen filosófico y el origen civil del Notariado; a continuación hace un esbozo verdaderamente sugestivo sobre la historia del Notariado portugués, hasta muy entrado el siglo XIX, siendo muy interesantes las reformas que, al final de su obra, propone para organizar el Notariado a base de lo que él denomina puntos cardinales. «Si el sacerdote—dice—cuida del alma y el médico cuida del cuerpo, el Notario cuida de la honra y de la hacienda, intereses que son, después de los espirituales, los más sagrados.»

Por eso Jorge Camelier exige para el Notariado cualidades que,

por ser algo así como el evangelio de la profesión notarial, nos complacemos en consignar a continuación:

Son éstas las siguientes: «Una probidad que, como la de la mujer del César, no dé lugar a sospechas; una ilustración que dé luz en los variadísimos asuntos sobre los cuales se puede contratar; una urbanidad que, sin llegar a bajeza, entre en los límites de la paciencia; una diligencia que no se convierta en facilidades condescendientes; una caballerosidad y una austeridad que lo mismo se extienda a todas las relaciones sociales del Notariado que a su vida particular o a su modo de trabajar; y nunca, en último lugar, una escrupulosa, sincera y cordial camaradería y confraternidad.»

El discurso de Francisco Guilherme de Brito, pronunciado en la sesión de 15 de Octubre de 1871, y publicado en forma de folleto en 1872. Dedicado a la investigación del impuesto del timbre y papel sellado en Portugal, aporta datos interesantes para la investigación histórica del Notariado en su país.

Merecen también citarse, entre las disertaciones notables de la Associação do Tabeliado de Lisboa, la leída en la sesión inaugural del año social de 1916-1917, por el Notario José Antonio de Azevedo Borralho Junior, estudio sólo comparable al de su precursor Jorge Camelier en 1869. La de Mariano de Maia e Vasconcelos de Castro e Mendes, en la sesión inaugural del 15 de Noviembre de 1917, publicada en forma de folleto en Oporto. Y, por último, la conferencia leída en la sesión solemne de inauguración del año oficial de 1923 a 1924, por doña Aurora de Castro e Gouveia, Notario de Lisboa (1), cuya notable conferencia tuvo el siguiente título: *Do Notariado português, sua historia, evolução e natureza*, conferencia que merece los máximos honores; fué publicada primero en la revista forense *Procural*, y después en un folleto editado por la Associação dos Tabeliães de Lisboa. Los cuatro capítulos de que consta el folleto *Origen do Notariado de se publica, origen do Notariado em Portugal, evolução do Notariado em Portugal, natureza e excelências do Notariado*, son del mayor interés, y en ellos, sin que nuestro elogio implique galantería, sino merecida

(1) Entonces, porque en 1927 permutó su Notaría por la de Mora (Comarca de Monte-Mór o Novo).

justicia, no se sabe qué apreciar más, si la admirable labor del jurisconsulto o la escrupulosa investigación del historiador.

La evolución del Notariado en el siglo XIX hasta llegar a nuestros días, mejor dicho, las vicisitudes y vaivenes por que ha pasado, en la edad contemporánea, la institución de la fe pública en Portugal, se encuentra admirablemente compendiada en los notabilísimos trabajos de dos Notarios de Lisboa. Son estos los de José Antonio Lopes Ferreira, Memoria leída en la Associação do Tabeliado de Lisboa en 9 de Octubre de 1895, con el título *Varias considerações acerca do estado do Notariado em Portugal*; y los innumerables estudios e investigaciones, en artículos y revistas profesionales, en elocuentes discursos, y en admirados y admirables libros del Notario de Lisboa Tavares de Carvalho (1), en la actualidad Decano honorario de la Associação dos Tabeliães de Lisboa, y cuya obra fundamental, *Serviços do Notariado português* (segunda edición, 1923), ha de servirnos de norte o guía en nuestro estudio o exposición sobre organización y régimen vigente del Notariado en Portugal.

Por último, como síntesis o compendio de la bibliografía jurídica histórica del Notariado en aquel país, merece citarse, como trabajo admirable, el notabilísimo *Ensaio de bibliografia critica do Notariado português*, y a su autor, José Maria Adrião, Notario de Loures, comarca de Lisboa.

De estas fuentes de conocimiento proceden los datos de mayor relieve para fijar la historia del *Tabeliado* o Notariado de Portugal, y sin olvidar los trabajos precursores de Juan Bautista de Castro, fray Joaquín de Santa Rosa Viterbo, Juan Pedro Riveiro, Ignacio de Vilhena Barbosa (citados por Continho Riveiro (2), encontramos en ellas la orientación necesaria para aquilatar la psicología propia del país, avalada por sus tradiciones jurídicas sobre organización de la institución notarial y su régimen en el derecho vigente.

(1) Hoy, *Tavares de Carvalho* (Antonio), gloria del Notariado portugués, es Notario, con licencia ilimitada, de Alcacer do Sal, por permuta con su hijo don Fernando (Julio de 1927), si bien continúa siendo Presidente honorario de la Asociación de Notarios de Lisboa, de la que es Presidente efectivo May d'Oliveira.

(2) Disertación leída en la Asociación de Amanuenses del Notariado de Lisboa, el 21 de Enero de 1905.

CAPITULO II

Historia.—Bien puede afirmarse que en Portugal no surgió el cargo de *Tabelião* o Notario, en el sentido de oficio público para autorizar, autenticar o solemnizar los negocios jurídicos, hasta el siglo XII o el XIII, en cuya época pueden encontrarse ya notables testimonios sobre la existencia y reglamentación de los *Tabeliães* o *Notayros*.

Por la generalidad de los autores se afirma que en todos los pueblos o países que quedaron sometidos a la dominación romana, el precursor del Notario actual fué el *Tabellion* o *Tabularii* de aquel derecho; pero de la figura jurídica a que dió vida el derecho romano, al Notario, de hoy, media un abismo, como demostró admirablemente en su *Diccionario general del Notariado* Gonzalo de las Casas (1). Los scribas de los hebreos, los argentarios de los griegos y los tabelliones de los romanos no fueron otra cosa que meros escribientes, sin que ninguno de ellos tuviera la fe pública directa ni indirectamente.

Y esto, que acaeció en todos los países sujetos a la influencia del derecho romano, no pudo constituir una excepción en Portugal.

De aquí el que aun cuando ilustres autores encuentran el origen del Notario portugués en los *tabelliones* del derecho romano, o en los *tabularii* del mismo—Camelier—de la concepción embrionaria del cargo de Notario, que aquéllos significaban, a la diferenciación actual del órgano y de sus funciones, media una distancia inmensa.

Con muy buen criterio afirma Gama Barros (2) «que los *Tabelliones* no fueron cargos públicos, y que apenas significaban otra cosa que un modo de ganar la vida redactando los convenios de quienes no los sabían hacer por sí mismos».

Aurora de Castro Gouveia (3) sostiene doctrina similar, esti-

(1) Obra citada, págs. 267 a 269 del vol. VII, edición de Madrid, 1854.

(2) *Historia da administração pública em Portugal nos séculos XII á XV*, tomo III, págs. 721 y 722.

(3) *Do Notariado português*.

mando que el Notario portugués no apareció hasta mediados del siglo XIII, y que la primera manifestación de la institución notarial o del Notariado con fe pública, no surgió en Europa hasta las capitulares de Carlomagno, instituyendo los *judices chartularii*, funcionarios encargados de recibir las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes y reducirlas a instrumentos con fuerza y carácter de autoridad pública.

Extinguida la dominación romana, en todos los países que emergieron de las ruinas de aquel imperio, hubo siempre personas cultas que, sin carácter oficial, redactaban los convenios entre particulares (1). Mas es lo cierto, que en esta época—dominación visigótica—la figura de lo que pudiera estimarse como antecesor del Notario y oficio de fe pública, no se encuentra en Portugal, ya que durante la vigencia del Código visigótico a lo sumo aparecen preceptos sobre el número de testigos y su número en algunos actos y contratos; la ignorancia era tal, que sólo por clérigos—casi las únicas personas que sabían leer y escribir—se intervenía en la redacción de contratos y documentos, a pesar de las medidas disciplinarias de los Concilios de los siglos IX, X y XI, que les prohibía el ejercicio de funciones notariales.

El Notario portugués no aparece hasta el siglo XIII, y como cargo perfectamente reglamentado, hasta el siglo XIV, al decir de muchos, como consecuencia del renacimiento del derecho romano. Lo cierto es que ya en el reinado de Don Alfonso II (1211 a 1223) se encuentran en Portugal oficiales públicos con denominación de *Tabeliães*, cuya intervención en los instrumentos de derecho privado les daba naturaleza de escritos auténticos; en el foral de Canedo (1212), en el foral de Campo (1213) y en el Edicto de Don Alfonso II contra el Decreto civil del Prior de los Dominicanos, se emplea ya con perfecta claridad la palabra *Tabelião*, y su alcance o diferenciación perfecta con los *testemunhas* o testigos.

Mas la verdadera reglamentación del Notariado portugués fué promulgada en el reinado de Don Denis, en 12 y 15 de Enero de 1305, completada más tarde por los preceptos de las Ordenanzas llamadas Alfonsinas, Manuelinas y Filipinas.

(1) Jorge Camelier, *Disertação lida na Associação dos Tabeliães de Lisboa, em sessão 1.º de Outubro de 1869.*

El Estatuto legal de los *Tabeliães*, llamado *Regimento*, dado por Don Denis, se estima de tal importancia, que algunos autores, como Aurora de Castro (1), entienden que las reformas del Notariado de entonces a hoy no han sido grandes, «de tal modo—dice—que, transcurridos seis siglos, los Notarios portugueses de hoy se parecen asombrosamente a los que hubo en los tiempos de Don Denis. Y en tanto que el transcurso de los siglos modificó profundamente las atribuciones de la Magistratura judicial y casi se olvidaron los antiguos sistemas orgánicos de las instituciones civiles y de la Magistratura administrativa, y las organizaciones militares mudaron completamente su faz, sólo el Notariado, como roble gigantesco, subsistió, casi indiferente, al vendaval de los tiempos y al impetuoso torrente de las reformas. Bien se puede afirmar que el Notariado portugués es la más tradicional de las instituciones portuguesas».

Estas afirmaciones son exageradísimas, pues aun reconociendo un fundamento de verdad en las mismas, es evidente que entre aquel Notario creado por *Regimentos* de Don Denis y el Notariado actual de Portugal, en orden a la cultura y la regulación del cargo, media un abismo, si se tiene en cuenta, como enseñan Correa Telles y Camelier, que en aquella época los *Tabeliães*, aun sujetos a examen regulado por las Ordenanzas Alfonsinas, Manuequinas y Filipinas, apenas si estaban obligados a probar otra cosa «que sabían leer y escribir bien», incluso en tiempos muy posteriores, como puede apreciarse estudiando el *Regimento dos desembargadores do Paço*, de 27 de Julio de 1582.

* * *

No es nuestro propósito, dado el carácter de este estudio, compendio o vulgarización del derecho notarial extranjero, aspiración única de esta obra, hacer un examen detallado, siguiendo paso a paso cada una de las disposiciones que regularon o modificaron la organización del *Tabeliado* portugués desde el siglo XII hasta las postrimerías del XVIII. Tiene mayor interés para nuestra finalidad apreciar en su conjunto las notas características de la organización del Notariado en Portugal durante los siglos menciona-

(1) Memoria citada, *Do Notariado português*.

dos, especialmente en la época de su mayor apogeo, que corresponde a los siglos xv, xvi y xvii, y como notas interesantes en la organización, encontramos las siguientes:

1.^a El *Tabeliado* aparece en esa época como una regulación intensa. El *Tabelião* o Notario es un verdadero funcionario público con carácter oficial, al que se le encomendó la autorización de los contratos y actos jurídicos más importantes de la vida, de tal modo, que no eran válidos sin su intervención.

La denominación *Notario*—*Notayro*—fué ya usada en documentos del siglo xi, y se substituyó más tarde por la de *Tabelião* (Gama Barros y Azevedo Borralho); pero más tarde volvió a emplearse en virtud de una petición hecha a la corte de Lisboa en 1439.

En dicha petición, según Borralho Junior, se decía: «Que generalmente, en todos los reinos o señoríos, los Escribanos de Notas se llaman Notarios, salvo en Portugal, que se les llama *Tabeliães*, nombre nada conveniente al poder y la fe que les corresponde...». «Por una carta del rey Don Juan, vuestro abuelo (el de Alfonso V), se mandó que para fuera de vuestro reino se les llamase *Notayros*.» A continuación, los *Tabeliães* solicitaban la merced de que en todas las escrituras que hiciesen en adelante se llamasen *Notayros*. Esta pretensión fué contestada por Don Alfonso V en los siguientes términos: «Mandámos que se guarde la Carta de mi abuelo, y que cuando hicieren escrituras para fuera se llamen *Notayros*, y en otro caso, no.»

Lo cierto es que la denominación de *Tabeliães* predominó en las disposiciones legales y en la práctica notarial hasta el siglo xix, y si las disposiciones vigentes no la emplean sustituyéndola por la de *Notarios*, todavía la Corporación Notarial de Lisboa se titula a sí misma *Associação dos Tabeliães de Lisboa*.

El ingreso en el *Tabeliado* mediante examen ante el *Chanceler-mor* o *Regedor da Casa da Suplicação*, estaba regulado por las *Ordenações* citadas. Así, por ejemplo, las *Ordenações Filipinas*, libro primero, título 20, número 21, y título 94, número 1.^o, «preceptuaban que ninguno podría ser nombrado *tabelião* antes de cumplir los veinticinco años de edad, ni después de nombrado dejar de casarse dentro de un año, siendo soltero o viudo, y no teniendo más de cuarenta años, bajo pena de destitución». «Estos

preceptos—dice Adrião—tendían a consolidar la fe pública notarial, por considerar que un hombre de veinticinco años debe poseer capacidad suficiente para comprender bien sus deberes y sus responsabilidades, animado por el afecto de familia, amoldado a comprender las necesidades de la vida y obligado a velar por su honra y dar consejos; mas perfecta y conscientemente puede atender a los encargos profesionales, mejor que un mancebo, soltero o viudo, libre, descuidado y holgazán» (1).

El *Regimento dos Tabeliães* de 15 de Enero de 1305, en el artículo 28 mandaba nuevamente que los clérigos no pudiesen ser *Tabeliães*. Esta medida tendía a evitar que los *Tabeliães* se sustrajesen a la jurisdicción del fuero secular. Mas sin duda, continuó tal prohibición siendo estéril, porque en 23 de Julio de 1433 se publicó en Cintra una Ley estableciendo que no hubiese *Tabeliães* que gozasen inmunidades del fuero eclesiástico.

Según Correia Telles (2), los *Tabeliães* sufrían el examen en el *Desembargo do Paço* y tenían que prestar juramento de servir bien y con verdad sus oficios, guardando íntegramente su *Regimento*, al servicio de Dios, del Rey y bien de la patria. Este juramento debía ser prestado ante el escribano de la Cancillería Mayor del Reino.

A pesar del *Regimento* y de las *Ordenações*, no faltaron las arbitrariedades. Así, por ejemplo, la Carta Regia de 18 de Diciembre de 1481 hace merced a un menor (*moço orfão*) del oficio de *Tabelião*, en Castelo de Vide.

2.^a Nota peculiarísima del Notariado portugués en esta época de los siglos XVI, XVII y XVIII, con algunas vicisitudes, fué el estar organizado a base de lo que hoy denominamos *Notaría única* en el *Paço do Tabelião*.

La distribución de escrituras entre los *Tabeliães* portugueses tuvo verdadera raigambre en Portugal, no obstante la rebeldía de muchos *Tabeliães* a cumplirla, rebeldía que dió lugar a múltiples disposiciones. Y la existencia de una *Casa Notarial*, donde los Notarios trabajaban en común, con el pomposo título de *Paço dos Tabeliães* (Palacio de los Notarios), era muy remota. Ya el artículo 21

(1) *A fe pública Notarial*. José Maria Adrião, Lisboa, 1921.

(2) *Manual do Tabelião*. Edición de 1819, págs. 6 y 7.

del *Regimento*, de 15 de Enero de 1305, determinaba que, en las villas donde morasen más de dos *Tabeliães*, tuviesen casa o palacio conocido donde les encontrare quien precisare de sus servicios; y la obligación de los *Tabeliães* de tener una casa común para ejercer sus funciones, aparece en las *Ordenações Alfonsinas* (1.^a-47-12), *Manuelinas* (1.^a-51-6) y *Filipinas* (1.^a-78). La primera llamaba a esta casa «*Casa apartada*» y las otras dos «*Casa deputada pera os Tabeliães de notas*».

Esto no quiere decir que los trabajos de los *Tabeliães* estuvieran constantemente sujetos a distribución, pues así se puede apreciar que en 23 de Mayo de 1603, los de Lisboa, suscribieron una concordia confirmada por el *Relação* y por Decreto Real para que cada uno hiciese las escrituras que pudiese sin distribución previa. Años después, el *Repartidor de los Tabeliães de Lisboa*, pidió que se guardase el *Regimento* antiguo, y que ninguna escritura se pudiese hacer sin ser distribuída previamente bajo pena de nulidad; esto fué a su vez modificado en 29 de Enero y 18 de Febrero de 1642, derogándose expresamente las disposiciones de las *Ordenações do Reino*, que estatúan la distribución.

Jorge Camelier, en contra de esta doctrina, sostenida por Barradas en su *Revista dos Tabeliães*, afirma que la distribución de las escrituras en Lisboa y Oporto, terminó en el año 1749. A nuestro juicio, la legislación y la práctica en aquella materia, debió ser muy variable, aun en tiempos posteriores, como lo demuestra el hecho de que en 16 de Junio de 1855, una ley prohibió, con carácter general, la distribución previa de las escrituras.

Lo más interesante de todo esto, en el aspecto de la organización notarial, prescindiendo de fechas, es la existencia en común de los *Cartorios* o *Escritorios de Notarios* en una casa denominada *Paço dos Tabeliães*, sobre la cual, especialmente con referencia a la Ciudad de Lisboa, se han realizado investigaciones interesantes por Barradas, Continho Riveiro y Gama Barros, entre otros.

Según Continho Riveiro, en 1530, los *Tabeliães* tenían sus *cartorios* (escritorios), en el llamado *Paço dos Tabeliães*; eran 18 y ocupaban 13 mesas, debidamente numeradas, teniendo cada uno detrás de la respectiva silla, en la pared, un nicho, donde estaba la imagen del santo o santa (su patrón), al que el *Tabelião* invocaba

en las horas de la amargura notarial. ¡ En esto de las horas de amargura notarial, sí que el tiempo no ha transcurrido !...

De los trabajos citados, puede sacarse la consecuencia de que hubo varios *Paços* y que el último estaba situado en la calle de *Padaria*. A fines del siglo XVII, algunos *Tabeliães* hacían sus escrituras fuera del *Paço*, entre tanto que otros continuaron funcionando en el *Paço dos Tabeliães* hasta principios del siglo XVIII, siendo el último documento que se considera autorizado en el *Paço*, un poder procedente del *cartorio de Antonio da Silva Freire*, cuya fecha es 18 de Junio de 1721.

3.^a Ofrece de particular el *Tabeliado* antiguo de Portugal, y su criterio perpetúa en la legislación novísima, que al lado del *Tabelião* o Notario con amplias funciones para el ejercicio de la fe pública, aparezcan los *serventuários* y *escribães* (escribientes); todos ellos, con nombramiento oficial, aun siendo elegidos libremente por el *Tabelião*, con facultades importantísimas, y en gran parte de carácter notarial, sobre todo, como sustitutos del *Tabelião*, a cuyo servicio se encontraban.

Así, según Gama Barros, los *serventuários* eran nombrados por el Rey, y ya existían en tiempos de Don Alfonso V. Sus facultades eran las de sustituir al *Tabelião* enfermo, ausente o de menor edad. Los *escribães* (escribientes) aparecen en fecha más remota, pues si bien en muchos diplomas antiguos se establecía que el *Tabelião* servirá sus oficios por sí mismo, ya en 1218, Martín Martins, *Tabelião de Guimaraes*, mandaba extender sus escrituras por un *escribiente*; y el *Regimento* de 12 de Septiembre de 1379, estaba (Gama Barros) que a los *Tabeliães* les fuese permitido que pudiesen tener escribientes escogidos libremente por ellos para anotar, escribir y hacer las escrituras.

Unos y otros debían prestar juramento, y sus cargos se proveían por Carta Real.

* * *

En el siglo XIX, las disposiciones que se dictaron en Portugal en relación con el Notariado, fueron innumerables, desenvolviéndose la institución notarial en un ambiente de decadencia, hasta las postrimerías del mismo.*

Bien puede afirmarse que esta época se caracteriza por la des-

composición notarial, revelada en múltiples intentos o proyectos de organización del Notariado que reflejan el estado de anarquía a que se había llegado. Así, en 23 de Noviembre de 1836, el Ministro Passos Manuel, lamentándose de que la ignorancia de los *Tabeliães*, en aquella época, ocasionaba la ruina de muchas familias, ordenó que se formulase un proyecto de ley orgánica del Notariado.

El 17 de Diciembre de 1869, persistiendo el mal, se nombró una comisión, de la que fueron alma los famosos *Tabeliães*, Barradas y Camelier, que cumplió su encargo en el admirable proyecto de constitución del Notariado portugués, de 24 de Enero de 1871, base de los trabajos ulteriores.

En 1887, Augusto Monteiro formula un nuevo proyecto. En 1895, Lopes Ferreira se dirige a la Asociación de *Tabeliães*, en una Memoria de carácter muy radical, leída en la sesión de 9 de Octubre de 1895, en la que pone de relieve el estado caótico y vergonzoso a que había llegado el *Tabeliado* en aquella época, «no existiendo—dice—la lealtad debida, ni la buena armonía y compañerismo, y sí un egoísmo desenfrenado y desprecio a los principios del bien y de la justicia».

Restando del cuadro que presenta una gran parte, pues en el siglo XIX, por lo que puede apreciarse en la bibliografía notarial de Portugal, existieron también *Tabeliães* que dieron honra a su patria y a la corporación a que pertenecían, el estado de descomposición notarial, motivado sin duda por la falta de una organización concreta y por aspiraciones muy diversas, era grande.

Sin duda alguna persistió en los primeros años del siglo XX. Por eso, no obstante el gran servicio prestado a la Institución Notarial por el Decreto de 23 de Diciembre de 1899, en Octubre de 1907, el Gobierno de João Franco, nombra una comisión de ilustres jurisconsultos y Notarios para que formule un proyecto de organización notarial, proyecto que si no llegó a convertirse en Ley, como consecuencia de las vicisitudes políticas por que atravesó el país, no resultó estéril, y dió lugar más tarde a los Decretos de 26 de Abril de 1918 y 10 de Mayo de 1919, con los cuales principalmente se inaugura en Portugal la época de reconstitución del Notariado.

Más a pesar de todo, el estado de complejidad, por la multitud

de disposiciones, subsistía en forma tal, que Tavares de Carvalho, en la segunda edición de su obra *Serviços do Notariado Português*, editada en Coimbra en 1923, se expresa en los siguientes términos :

«Después del Decreto de 14 de Septiembre de 1900, muchas otras disposiciones fueron promulgadas acerca del Notariado portugués, y eran tantas las leyes, decretos y circulares, que en 1920 se imponía la necesidad de ordenarlas en forma tal que pudiera conocerse sin esfuerzo los preceptos legales vigentes.» Y agrega después : «Y lo que no pudimos hacer en doce años, lo hizo el Ministro de Justicia en menos de un mes. Autorizado en 25 de Agosto de 1922 para codificar las disposiciones legales referentes a organización y funcionamiento del Notariado, pudiendo al mismo tiempo adicionarlas y alterarlas, el Gobierno, en 21 de Septiembre siguiente, publicó la nueva reforma del Notariado, derogando íntegramente el Decreto de 14 de Septiembre de 1900 y las disposiciones ulteriores.»

En efecto, de un somero examen de la legislación vigente en la época citada, podemos apreciar que, al decretarse la reforma de 1922, las disposiciones legales relativas a la organización y funcionamiento del Notariado, eran, sin contar los preceptos del Código Civil, Código de Comercio y otras leyes de carácter general, las siguientes : El Decreto de 14 de Septiembre de 1900, fundamental en la materia ; el de 4 de Junio de 1905, la Ley de 8 de Junio de 1916 ; y otros Decretos posteriores, de 26 de Abril y 8 de Octubre de 1918, 10 de Mayo de 1919 y 20 de Febrero de 1920.

A esta situación puso término la ley de Bases número 1.364 de 25 de Agosto de 1922, que consta de cuatro artículos :

El primero, de autorización al Gobierno para codificar todas las disposiciones legales referentes a la organización y funcionamiento del Notariado, ampliándolas, suprimiéndolas o modificándolas, conforme tenga por conveniente para el buen orden y ejecución de dichas Bases.

Con arreglo a esta Ley se publicó el importantísimo Decreto número 8.373, de 18 de Septiembre de 1922, que constituye la legalidad vigente sobre organización y régimen del Notariado en Portugal. Está dividido en siete títulos y algunos de ellos en diferentes capítulos, conteniendo al final la tabla de emolumentos no-

tariales y el mapa del número y residencia de los Notarios (demarcación notarial).

En 2 de Abril de 1923 se publicó el Decreto número 8.746, que introduce algunas ligeras modificaciones en el articulado del Decreto anterior. Otro Decreto número 11.716, de 12 de Junio de 1926, modificó las disposiciones del de 1922, sobre nombramiento de los Notarios. Y el Decreto número 15.344, de 10 de Abril de 1928, regula la organización y funcionamiento del Consejo Superior Judicial, desapareciendo el Consejo Superior Notarial que condicionaba el citado Decreto de 1922.

Por último, merece especial noticia la publicación del *Código del Notariado*, que es el Decreto número 15.304, de 2 de Abril de 1928. Este Código debía entrar en vigor y entró, según el artículo 271 del mismo, en 12 de Abril del mismo año, pero pocos días después, el Decreto número 15.404, del 25 de Abril de 1928, señalaba como fecha de su implantación el 1.º de Julio. El Decreto número 15.651, de 28 de Junio, dejó definitivamente en suspenso el vigor del Código hasta que se publique una nueva edición del mismo y resuelva las dudas y reclamaciones formuladas, edición que al escribir estas líneas (Octubre de 1928) no se ha publicado.

No obstante estar en suspenso el *Código del Notariado*, disposición legal importantísima, constituye en orden a Portugal, y bien puede decirse que también en orden al examen de la organización y régimen mundial del Notariado, la última palabra, y por lo tanto a él habremos de referirnos a la vez que al Decreto de 1922, ya que dentro de nuestro estudio elemental, las modificaciones que experimente el régimen notarial portugués en virtud de una nueva publicación, no afectarán gran cosa a los puntos esenciales y a la visión integral de lo que es hoy la organización notarial en aquel país.

MATEO AZPEITIA.

Notario.

Las conferencias del Dr. Ferrara⁽¹⁾

IV

Así, pues, es necesario encontrar un límite y distinguir las invasiones legítimas de las ilegítimas, y adviértase que el problema abarca tanto las ingerencias directas como indirectas, porque también las primeras pueden ser tolerables e indiferentes. Si uno se asoma a la ventana y arroja el humo de su cigarro sobre la propiedad limítrofe, y si un niño se entretiene en lanzar pompas de jabón a la finca ajena, realizan inmisiones materiales directas, y sin embargo, no darían lugar a una acción negatoria o a un resarcimiento de daños. En su virtud, se trata de una cuestión de *límites y tolerancia*.

El ejercicio de la propiedad debe ser hecho *civiliter*. La relación de vecindad crea una obligación de coexistencia de la propiedad, y, por lo tanto, impone el deber de sufrir ciertas incomodidades, las que nacen de los usos *normales y ordinarios de la vida*, pero no de las inmisiones *extraordinarias y dañosas*. Sin embargo, nosotros damos la vuelta al principio, diciendo no que el propietario debe de hacer un *uso normal de las cosas y no producir daño*, sino viceversa, que el *vecino debe tolerar las inmisiones que tengan caracteres y medida ordinaria*, ya que si el propietario hace un uso anormal de sus cosas, pero sin invadir la esfera del vecino, no puede formularse ninguna queja, no obstante el daño que amenace por la situación de ambas propiedades. Nos parece exacta la colocación del problema en el Código civil germánico (artículo 906), a cuyo tenor, el propietario de un predio no puede impedir la inmisión de gases, vapores, calores, etc., sino en cuanto estas ingerencias dañan notablemente su propiedad o la utilización de la cosa propia.

(1) Conclusión de la del número anterior.

Se trata, en su consecuencia, de un límite *externo* puesto a las invasiones de otro, no de un límite interno al ejercicio de la propiedad.

CONDICIONES DE LAS INVASIONES ILEGÍTIMAS

1.^a Es preciso que exista una *inmisión directa o indirecta* en el predio ajeno, entendiéndose esto no sólo de substancias materiales, sino también de imponderables (emanaciones de gases, ondas acústicas, luminosas, eléctricas, energías, trepidaciones, sacudidas, infiltraciones, penetraciones de animales o insectos en explotación, caza o abejas, etc.), que provenga de un *hecho voluntario del agente*, o como consecuencia de un *establecimiento* u organización creados por el propietario.

Estas ingerencias en la esfera interna del propietario vecino invaden el campo propio de su derecho, son penetraciones en el *territorio* del derecho ajeno.

2.^a Es necesario que la inmisión (directa o indirecta) sea tan *considerable* por razón de la cantidad o de la intensidad, o por la duración, o por las circunstancias excepcionales de tiempo o de lugar, que produzca un *daño objetivo* en el predio vecino, o en su consistencia material, o por la *persona del propietario*, en el sentido de que el daño sea sensible *para cualquier persona que se coloque en el puesto del propietario*. Es decir, una perturbación grave e intolerable que deteriore la cosa o disminuya el goce del propietario.

Cuando falte una u otra condición, no se concederá ninguna acción al particular interesado.

En su virtud, no son resarcibles los daños ocasionados por la vecindad que no impliquen inmisiones. Mientras que uno permanezca en la esfera interna de su derecho y realice actos de propiedad, sea que al excavar corte las venas acuosas o agote el pozo de otra finca, o construyendo a la distancia debida un edificio, quite la perspectiva o la luz al vecino, modifica *las condiciones externas*, interceptando el aflujo de elementos o beneficios naturales al fundo ajeno, pero no realiza ninguna invasión o violación jurídica, aunque el predio vecino sufra una notable depreciación.

Además, no son resarcibles los daños que provengan de la vecindad de casas de tolerancia, salas de juego, cementerios, hospitales, etc.

Por otra parte, deben ser toleradas las perturbaciones e incomodidades causadas por el vecino, que corresponden a las *exigencias medias y normales de la vida, en relación con un determinado lugar y en un tiempo determinado* (según un criterio relativo y objetivo), sin que tenga importancia que tales disturbios por casualidad resulten intolerables, como consecuencia de las *condiciones subjetivas* del propietario vecino, por razones de salud, hiperestesia, o por una especial industria (si bien en este último caso, el principio de la *ocupación previa* de un destino económico puede poner en juego las normas relativas a la culpa y encontrar satisfacción por otro camino).

¿Cuáles son los efectos de la violación de estas obligaciones de vecindad?

Son dos: de un lado, *un derecho a la cesación del estado de hecho perjudicial*; de otro, *la obligación de resarcir los daños*.

Algunas veces no se puede alcanzar el primer resultado, en cuanto si la explotación de un establecimiento industrial ha sido autorizada administrativamente, la acción judicial, para suspender su ejercicio, tendería a revocar el acto administrativo, por lo cual en este caso tan sólo resta el resarcimiento del daño, pero tratándose de un daño continuo, el resarcimiento puede ser satisfecho de una manera *permanente*, con una cantidad periódica, mientras dure el perjuicio que representa la disminución del goce, disfrute del predio, derecho que, siendo inherente a la propiedad, no es un crédito personal, sino un crédito *propter rem*, que, en su consecuencia, pasará al nuevo propietario, en caso de transferencia de la propiedad.

OBSERVACIONES

En esta conferencia, el profesor Ferrara se ha propuesto dar una idea general de las relaciones jurídicas que la contigüidad de los predios engendra entre los propietarios (*jura vicinitatis*) y los resultados a que llega después de una investigación, siempre elegante, pero que a algunos parecerá fatigosa, son recomendables por su prudencia y moderación en la ciencia jurídica española, que, por su parte, apenas si ha profundizado la materia. La afirmación de que el vecino debe soportar las inmisiones

que tengan *caracteres ordinarios* en la medida corriente ya ha sido examinada incidentalmente en esta Revista (1), al estudiar la extensión de la propiedad y el derecho de las abejas, y encontrará un fácil camino en nuestros Tribunales al amparo del párrafo segundo del artículo sexto del Código civil, que declara fuente del derecho la costumbre del lugar. Con ello se continuará la corriente española, que solamente autorizaba al propietario para hacer de la cosa o en la cosa *lo que quisiere según Dios e segund fuero*, palabras que, conforme a una de las inteligencias aceptadas en la glosa de Gregorio López, hacen referencia a las máximas trascendentales del derecho divino, en donde encuentra la facultad de disponer una suprema limitación (*ista verba referantur ad facultatem disponendi, ut sic non devi etur á jure Divino*). Bien es verdad que en la definición legal de la propiedad, traducida del Código civil francés, y que se halla contenida en el artículo 348 de nuestro Código civil, no se consigna esta reserva y se alude únicamente a las limitaciones establecidas en las leyes, pero el criterio del Tribunal Supremo responde a los principios tradicionales.

La doctrina del abuso del derecho, sin embargo, no se contiene hoy en tan modestos límites, más bien ha sufrido una verdadera hipertrofia y amenaza demoler los fundamentos del derecho positivo. No faltan ciertamente autores que la niegan sustantividad, y para los cuales, la frase *abuso del derecho* encierra una palmaria contradicción, pues si el derecho es una norma ética que otorga facultades justas, no se comprende cómo esta facultad pueda ser objeto de un ejercicio desordenado y abusivo. Para otros, el problema existe, pero lejos de hallarse diferenciado por límites especiales y sustantivos, es un nuevo planteamiento de cuestiones discutidas en todo tiempo bajo nombres diversos: absolutismo de las leyes, arbitrio judicial, equidad, derecho justo, etc.

Sea de ello lo que quiera y admitiendo la sustantividad del tema a los fines de su exposición, hemos de advertir que su ámbito se ha ampliado prodigiosamente, pasando desde los derechos reales a los de obligación, al derecho de familia, al derecho hereditario... y del derecho privado al público.

(1) Véase el número 1.º, página 36, y el número 26, página 116

Sobre sus orígenes sigue discutiéndose: es indudable que los romanos concedieron a la buena fe un importantísimo papel en la reglamentación de instituciones tan importantes como la posesión, la contratación y la usucapión, sin llegar nunca a confundir los campos de la moral y del derecho. No todo lo permitido es honesto, decía Paulo, para señalar la línea divisoria de ambas circunscripciones, pero al frente de la Instituta coloca Justiniano el precepto «honeste vivere», como uno de los pilares de la jurisprudencia. Cualquiera que sea la opinión que se sustente sobre la distinción de la Moral y del Derecho, ya se les considere como círculos concéntricos de radios variables, ya como círculos excéntricos, ya como aspectos diversos de una misma relación ética, nunca se han negado las influencias recíprocas de ambos conceptos, la íntima fusión de las normas correspondientes y el paso de una a otra esfera con el mudar de los tiempos y el progreso de la sociedad.

La influencia de la intención en el ejercicio de los derechos subjetivos, tardó mucho en recibir la investidura de la ley. El artículo 226 del Código civil alemán, producto de una laboriosa discusión, preceptúa que el ejercicio de un derecho no está permitido cuando solamente puede tener por finalidad el causar un daño a otro. Los términos restrictivos de esta redacción dejan al juzgador un estrecho campo, porque concentran la noción del abuso en la negativa absoluta de que el titular pueda ejercitar su derecho con un fin distinto y como las acciones humanas pueden orientarse en múltiples direcciones, resultará sumamente difícil la prueba imputada al perjudicado en orden a la no existencia de otros motivos que el de causar daño.

La categórica exteriorización del Derecho, el predominante valor que los elementos externos adquieren en las relaciones jurídicas, parece imponer un criterio de mayor objetividad, y por eso se ha buscado en la surgencia de un daño y en la relación de éste con el beneficio del titular, una base más sólida para establecer la doctrina del abuso del derecho. Sólo que aquí figuran en primera línea las célebres reglas jurídicas: «No se entiende que actúa dolosamente quien usa de su derecho»; «Nadie hace daño, si no ejecuta lo que no tiene derecho a hacer»; «El que usa de su derecho a nadie daña». Estos aforismos dejan en la sombra el perjuicio económico y no le conceden el valor de elemento jurídico, más que

cuando es causado por la violación de una norma o por una culpable negligencia. Frente a este lógico criterio, poco significa el segundo de los principios fundamentales que Justiniano coloca al frente de su obra maestra y que prohíbe terminantemente dañar a otro (*Alterum non ledere*).

Estaba reservado al derecho del siglo xx el recoger los precedentes éticos y sociales que imponían a la propiedad las restricciones necesarias para impedir que por un exagerado respeto a las facultades del propietario se provocaran o fomentaran daños y peligros de extraordinaria cuantía; y así, en los códigos modernos se multiplican las normas sobre el estado de necesidad, las situaciones peligrosas y los supuestos en que con el objeto de evitar considerables perjuicios a una persona se le autoriza para aprovechar, deteriorar, o destruir la cosa ajena. Así, dice el artículo 701 del Código civil suizo: «Si alguno no puede preservarse o preservar a otra persona de un daño inmediato o de un peligro inminente más que invadiendo la propiedad de otro, éste se halla obligado a sufrir el ataque, con tal que sea de poca importancia en comparación del daño o del peligro que se trata de prevenir.»

Pero desde estos avances jurídicos hasta sentar la norma general de que el ejercicio de un derecho es abusivo cuando la ventaja que se propone obtener el titular es muy pequeña, en comparación de los perjuicios que ha de causar a otras personas, hay toda la distancia que media entre el *estado de necesidad* y el *abuso del derecho*.

La lucha, en fin, se ha remontado en estos últimos tiempos al campo de las más altas especulaciones jurídicas, y el concepto del derecho subjetivo ha sido sometido a un escrupuloso análisis para poner de relieve el germen de los actos abusivos. Si admitimos que el ordenamiento jurídico concede al titular la *facultas agendi*, tan sólo en atención a múltiples razones, entre las cuales se destacan hoy las económicas y sociales, y no está dispuesto a entregarle este señorío en cuanto su voluntad las desatiende, podemos llegar a fundar la doctrina del abuso del derecho sobre el ejercicio antisocial o antieconómico del poder otorgado. La doctrina adquiere entonces una energía extraordinaria y ocupa un campo de dilatados horizontes, porque en la inmensa mayoría de los casos los Tribunales habrán de contrastar la finalidad que el propietario, el

acreedor, el padre de familia o el titular de un derecho en general se proponen conseguir, con la *ratio legis*, y aun con las nuevas tendencias que la jurisprudencia progresiva trata de infiltrar en los viejos artículos de los Códigos fundamentales. Por esta vía se puede llegar muy lejos, demasiado lejos, y la doctrina, con su prodigiosa fecundidad, puede servir de pabellón que cubra las más atrevidas rebeldías.

En efecto, la norma legal se nos presenta bajo la forma de un supuesto, seguido de un mandato y casi siempre acompañado de una sanción ; pero no enumera las razones múltiples, variadas, históricas y utilitarias que han movido al legislador, ni alude siquiera a las poderosas corrientes doctrinales o a los oscuros sentimientos y a las intuiciones populares que han motivado la promulgación de la ley. Dejar en cada caso al juzgador la tarea de examinar si se han cumplido o no las finalidades perseguidas por el texto legal, equivale a privar a éste de su peculiar energía y a transformar el arbitrio judicial en caprichosa arbitrariedad.

Las legislaciones que han dado carta de naturaleza a la doctrina del abuso del derecho, corrigen su extraordinaria trascendencia, exigiendo, en primer lugar, la ostensibilidad, casi diríamos el escándalo del acto abusivo, y en este sentido, el artículo 2.º del Código civil suizo se refiere al abuso *manifiesto* del derecho, como para evitar que con este pretexto se abra camino a indocumentadas teorías o peligrosas tendencias. No es suficiente, al efecto de poner en juego tal norma, la dureza de un acreedor para con su deudor, ni la altiva exigencia de un propietario que se cree soberano de su casa y hacienda.

Por otra parte, tampoco se concede al damnificado acciones procesales directas para oponerse al ejercicio abusivo, o exigir la reparación inmediata, sino que se le protege por medios indirectos, ordenando a los Tribunales que no protejan el ejercicio abusivo, en forma que recuerda la antigua *exceptio doli*.

Por lo que a nuestro país toca, no necesitamos recordar que la Teología moral del siglo de oro ha puesto en primera línea los deberes del propietario y no se hallaba muy propicia a mantener el carácter absoluto e inflexible de los que hoy llamamos derechos subjetivos, pero la técnica especial examinada no ha entrado en nuestra legislación hasta que el Directorio promulgó el Real decreto

de 13 de Diciembre de 1923, en cuyo artículo 5.º se lee: «Los Tribunales y autoridades desestimarán, en todo caso, las reclamaciones que los arrendadores o inquilinos formulen con manifiesto abuso de derecho.»

Fácil sería espigar en el Código civil para reunir una gavilla de preceptos en que la buena fe es protegida, y la malicia y el dolo, desestimados, así como abundan las sentencias del Tribunal Supremo en que se parafrasea el adagio *neque malitiis indulgendum est*, mas la jurisprudencia todavía no ha salvado el abismo que existe entre estas orientaciones y la moderna teoría.

Esta ha sido objeto de varios estudios, entre los que se destacan la tesis doctoral del actual ministro de Hacienda Sr. Calvo Sotelo, que lleva por título *La doctrina del abuso del derecho* (Madrid, 1917), y el trabajo sobre *Las nuevas orientaciones del derecho*, publicado por el Sr. Escobedo y González Alberú en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (números 29 y siguientes).

Para el primero, partidario de la doctrina abusista, todo derecho subjetivo es, de un lado, una prerrogativa a la que la ley señala cuna, lugar, duración, límites y fin, mientras, de otro lado, todo derecho es una fuerza económicosocial, al mismo tiempo que una categoría moral, y de aquí la posibilidad de que un derecho subjetivo se ejercite dentro de la red estrechísima del derecho positivo, pero fuera de esa otra red más amplia de prescripciones económicasmorales.

Por el contrario, según el Sr. Escobedo: «Nos encontramos frente a un asunto acerca del cual ha tomado gran incremento la literatura jurídica, a mi entender, apartándola generalmente de su verdadero significado y alcance. Se juzga por los partidarios del abuso del derecho que dentro del orden jurídico vigente cabe abusar del derecho, de cualquier derecho legislado, y después de fijar el contenido del abuso, pretenden aducir remedios para evitarle. Bien escudriñados, sin embargo, los fundamentos de la doctrina, se manifiesta ella inexacta, deficiente y utópica. Verdad que tiende a hacer efectivas aspiraciones jurídicas de nuestro siglo, pero también lo es que por afán de novedad desencauza cuestiones ya clasificadas sistemáticamente en la ciencia del Derecho, aparentando forjar problemas que, designados mediante distinta terminología, venían latentes tradicionalmente; baste recordar las clásicas ins-

tituciones del absolutismo legal de las fuentes supletorias del Derecho, interpretación de las leyes, biología jurídica, arbitrio judicial, conflictos de derechos, relaciones entre la moral y el Derecho, individualización penal, etc., etc., para soslayar la verdad del aserto.»

Desenvuelve después el autor su idea de que tanto puede darse ejercicio abusivo por parte del titular como oposición abusiva por parte del sujeto pasivo de un derecho, y que si ambos se hallan en condiciones de aprovechar el derecho objetivo para fines inadecuados a su contenido, el abuso del derecho debiera más bien denominarse *abuso de ley*.

Como final de su meritorio estudio, estampa varias conclusiones que, no obstante su complicado tecnicismo, y precisamente por esta característica, merecen ser meditadas por cuantos quieran abarcar en su conjunto la teoría estudiada.

Son erróneas las siguientes apreciaciones:

«Primera. Sentar el absolutismo subjetivo de la facultad y el objetivismo de las restricciones, concretando a la primera el abuso subjetivo y rechazándole relativamente a las segundas.

Segunda. Fijar criterios específicos para la determinación del abuso de la facultad a que puede conducir, con aquiescencia de la ley, este absolutismo subjetivo unilateral. Máxime sostener el criterio del apartamiento de la destinación económica social del Derecho, en el momento de su actuación, puesto que él conduce a consecuencias contradictorias con el alcance que los mismos abusistas otorgan a su doctrina.

Tercera. Separar substantivamente la limitación subjetiva de la objetiva, constituyendo la primera en dote exclusiva de la facultad y asignando la segunda, también exclusivamente, a sus restricciones.

Cuarta. Considerar el arbitrio judicial como simple corolario de la doctrina del abuso.»

Ellas deben ser restituídas a los puntos de vista que a continuación se expresan:

«Primero. El absolutismo subjetivo que se presenta por los abusistas como impureza unilateral, no es otra cosa que el clásico absolutismo legal, que implica posible impureza bilateral. El abuso subjetivo, que se circunscribe por los abusistas al ejercicio de

la facultad, es extensivo al uso de la restricción ; no se trata, pues, de abuso de Derecho, sino de abuso de ley.

Segundo. Los llamados criterios específicos para determinar la impureza subjetiva no son otra cosa que simples factores de la vida jurídica, llevados por el legislador al campo de lo subjetivo, y encomendados a la acción de la jurisprudencia, en cuanto se escapa a la rigidez legal. La destinación económica social del Derecho es uno de tantos factores jurídicos, tenidos en cuenta por el legislador al formular la ley, y si en el momento de la aplicación de ésta pugnan Derecho y destinación social, se plantea un problema de biología jurídica, porque la ley deja de ser justa.

Tercero. Toda limitación es de índole objetiva, en cuanto emana de la ley, ya mediante preceptos casuísticos y detallados, como acostumbraba a hacerse en regímenes de absolutismo legal ; ya al través de fórmulas amplias y comprensivas, cuyo espíritu se encomienda hacer efectivo a los Tribunales, como se pretende proceder por las nuevas orientaciones jurídicas.

Cuarto. En el arbitrio judicial se funden doctrinal y legalmente las pretendidas innovaciones de la doctrina del abuso del Derecho.»

JERÓNIMO GONZÁLEZ

Apéndice foral aragonés

En la solemne apertura del año académico corriente, en la Universidad de Zaragoza, ha leído nuestro eximio colaborador, D. Gil Gil y Gil, profesor de Derecho civil en aquel Centro, un discurso sobre el tema «Precedentes inmediatos y ligera crítica del Apéndice al Código civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón», que ha sido lujosamente editado y lleva como anexos :

1.º «El proyecto de Código civil de Aragón», redactado por la Comisión de representantes de 1889 (publicado en 1899).

2.º El «Proyecto de ley, en el cual se contienen, como Apéndice del Código civil general, las instituciones forales y consuetudinarias que conviene conservar en concepto de excepción del mismo Código para el territorio de Aragón», redactado por la Comisión especial constituida conforme al Real decreto de 24 de Abril de 1899 (impreso en 1904).

3.º El Apéndice al Código civil, aprobado por Real decreto de 7 de Diciembre de 1925.

Aragonés por nacimiento, residente siempre por decidida voluntad en Zaragoza, Catedrático de Derecho civil hace casi un cuarto de siglo, ejerciendo la profesión de Abogado durante más de cuarenta y dos años y habiendo recibido las enseñanzas de su tío y maestro, el renombrado jurisconsulto aragonés D. Joaquín Gil Berges, era materia obligada de su trabajo el examen crítico del texto legal hoy vigente.

En un primer apartado expone los precedentes más notables del Apéndice y la impresión que ha causado su promulgación, con una franqueza que pone de relieve la clara extirpe aragonesa del autor.

«Debo consignar, pues otra cosa sería falta de sinceridad u ocultación de la verdad, a lo que no estoy ni quiero estar acostumbrado, que al margen de cuantos elogios se tributaron públicamente en la ocasión dicha al repetido Apéndice, *solo voce* se oyen a Letrados y Notarios en ejercicio, a funcionarios de la carrera judicial y a simples aficionados teóricamente a estudios jurídicos, frases y comentarios que nada tienen de laudatorios para nuestro Apéndice foral, viendo en el mismo todos los aludidos un semillero de conflictos de derecho, por la obscuridad de redacción frecuente en dicho texto y sus grandes lagunas entre las disposiciones, por no contener todas las del antiguo Derecho foral dignas de ser indiscutiblemente conservadas.»

Entra después el maestro en lo que constituye la parte fundamental de su discurso, y enuncia, con entera imparcialidad, una serie de juicios, laudatorios a veces, y con tono de censura otras, que vamos a extractar, empleando sus propias palabras y recogiendo de preferencia los errores e inconsecuencias del Apéndice, más necesitados de corrección o de mayor relieve.

LIGERA CRÍTICA DEL APÉNDICE AL CÓDIGO CIVIL CORRESPONDIENTE AL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

Estimo oportuno subdividir esta segunda parte de mi trabajo en una sección que pudiera llamarse general, por tener ese carácter las consideraciones en ella contenidas, y varias que podrían apellidarse especiales, por contraerse cada cual de estas últimas a puntos concretos que he creído dignos de examen, entre los distintos que el repetido Apéndice nos ofrece.

A) *Consideraciones generales.*

a) Contenido del Apéndice. ¿Sólo lo expuesto en las 36 páginas que constituyen la edición oficial (y de ellas procede descontar once que suman portadas y Decreto aprobatorio), es lo digno de conservarse de aquellas venerandas instituciones jurídicas que constituían el Cuerpo legal denominado «Fueros y Observaciones del Reino de Aragón?»

b) Redacción del Apéndice. Débese, como es sabido, a los dignísimos y competentes jurisconsultos que constituían la Comisión permanente de la General de Codificación.

Integrada dicha permanente por varios señores vocales, más su presidente, sólo los señores Isábal y Piniés pueden ser considerados, especialmente [el primero, como jurisconsultos aragoneses. Esto de una parte, y de otra la especie de sugestión que sobre sus compañeros ejercía la poderosa inteligencia, así como el especial carácter de D. Antonio Maura, dió por resultado que la obra resulte producto de personas extrañas a nuestro territorio.

c) ¿Sirvió de algo la información consentida y abundantemente practicada, a tenor de lo dispuesto en Real decreto de 25 de Febrero de 1924? Dícese en la repetida exposición que fueron estudiados concienzudamente todos los pareceres, y luego se añade que «entre la natural diversidad de éstos y la saludable crítica que el conjunto de éstos deparó, pudo verse que la Comisión había exagerado su respeto a la tradición regional, por lo que el texto definitivo está expurgado de algunos elementos de localismo arcaico».

De las dos afirmaciones oficiales resultantes del párrafo transcrito, la segunda de ellas es preciso reconocerla como cierta, porque reducidos los 90 artículos contenidos en el primitivo proyecto de Apéndice a los 78 que nos ofrece el Apéndice vigente, esa merma será el expurgo de los llamados elementos de localismo arcaico.

En cambio, aquel concienzudo estudio de pareceres resultantes de la información practicada no ha debido servir para cosa importante, porque en el Apéndice promulgado aparecen las mismas omisiones que se notaron en el proyecto y que se solicitaron insistentemente fueran subsanadas por varios de los señores que a la información acudieron.

Si atendemos a que el Apéndice sólo es, como en el mismo se dice, obra de compilar nuestra legislación, con sacrificio de costumbres locales respetabilísimas, y además no vemos aplicada ni pretendida en los restantes territorios forales obra semejante, la duda y el recelo se producen en nuestro ánimo, inclinándonos a pensar que quizá se haya hecho un flaco servicio a los aragoneses.

e) Casi en defensa propia. Porque la mínima parte que al

autor corresponde en el proyecto de Apéndice que formuló la Comisión constituida en Zaragoza conforme al Real decreto de 24 de Abril de 1899, me obliga a impugnar algo de lo dicho en el Apéndice vigente.

Afirmase en éste que es para el mismo antecedente valioso y verdadera base el precitado proyecto, pero que se ha considerado preferible al plan adoptado por éste atenerse al Código civil, para facilitar la inteligencia y la aplicación coordinada en Aragón de las disposiciones regionales y de las comunes allí vigentes.

Y agradeciendo el piropo que entraña el primero de los aludidos conceptos para el mentado proyecto, hemos de confesar que no comprendemos cómo puede ser éste antecedente y base para aquél, existiendo tan esenciales diferencias de criterio, de contenido y de extensión entre uno y otro.

Comprendiendo menos todavía se diga que se abandona un plan calificado de metódico para atenerse al del Código civil, siendo así que el repetido proyecto de Apéndice sigue fidelísimamente a dicho Cuerpo legal, repitiendo a la letra epígrafes del mismo expuestos en idéntico orden del que allí se sigue (véanse los índices correspondientes); sin más variante que denominar «de la familia» al libro I y traer a éste dos instituciones, el contrato de bienes con ocasión del matrimonio, y la viudedad foral, por el carácter familiar que tienen indudablemente ambas materias.

Se ha perdido como vigente en Aragón casi todo nuestro Derecho foral porque no podía suceder otra cosa; porque la generación actual, salvo merítísimas y escasas excepciones individuales, ni conoce ni quiere las instituciones forales que fueron timbre de gloria inmarcesible para nuestro antiguo Reino, y motivo de legítimos entusiasmos para quienes nos precedieron en el estudio y en las aplicaciones prácticas del derecho foral aragonés. Tan querido por aquéllos, que una simple discusión en el inolvidable Congreso de Jurisconsultos aragoneses estuvo a punto de convertirse en uno de los llamados lances de honor, entre los congresistas don Joaquín Costa y D. Mariano Ripollés, según referencias que considero ciertas.

¿Quiénes, entre los actuales jurisconsultos aragoneses, salvo la honrosa, brillante y casi única excepción de D. Marceliano Isábal, podría osar compararse a la pléyade de jurisconsultos de fines del

siglo XIX, vista morir en su mayoría por el infrascrito, compuesta de los señores López Arruego, Franco y López, Guillén y Caravante, Savall, Penén, Blas, Santapau, Martón, Costa, Nadal, Comín, Espondaburu, Villar, Alvira, Isábal, Gastón (D. Leonardo), Aybar, De la Peña, Moner, Nadal, Ripollés, Canales, Escosura, Lasala, Ventura, Otto (D. Antonio), Cabañero, Casajús, Sasera, Tapia, Muñoz Nougues, Sánchez Gastón, entre otros más que omito por no dar exageradas dimensiones a la lista y por olvidos que suplico me sean perdonados?

B) *Consideraciones particulares acerca de algunos detalles de nuestro Apéndice foral.*

Aun cuando fueron numerosas las señaladas al proyecto de 1924 en la información practicada, y la casi totalidad se han padecido también en el vigente Apéndice, sólo haré notar las que considero más graves e injustificadas.

Debe ocupar el primer lugar, sin duda alguna, la cometida al no consignar concretamente, como uno de los preceptos de carácter general de nuestro Apéndice, la regla sintetizada tradicionalmente en el principio *Standum est chartae*. Expresivo no sólo de regla hermenéutica, como algunos, mezquina y erróneamente, han querido entenderlo, rectificados por autores castellanos con notable acierto, sino de la obligación para el Juez de fallar con preferencia, aun enfrente de la ley escrita, conforme a las cláusulas de los documentos, con tal de que no contengan nada imposible o contrario al derecho natural.

Débase semejante laguna al criterio que sostenía en el asunto, según referencias, D. Antonio Maura; creía tan eminente letrado (*alicuando bonus dormitat Homerus*) que el establecimiento del principio y sus naturales consecuencias era crear un Estado dentro de otro Estado. Sin considerar: *que* antiquísima práctica en Aragón, demostraba, por el mejor medio de prueba posible, que no había motivo para semejante temor.

Con el silencio impuesto en el Apéndice al repetidísimo principio, queda de plano suprimida la primera y más fecunda fuente de Derecho en el foral aragonés.

Otra omisión sensible e inexplicable constituye en la obra que

vengo examinando el no haber determinado quiénes son aragoneses, cual si no existiera en nuestro Derecho sobre esa materia conocidísimo Fuero elogiado por los tratadistas de Derecho internacional. Siendo más lamentable la omisión por parecer intencionada, pues fué advertida, en tiempo oportuno, para poder subsanarla, por varios y distinguidos señores informantes, y es regla general en los Códigos hacer la declaración omitida.

Mientras los autores de nuestros proyectos de Apéndice, recogiendo lo dispuesto en el conocido y exaltado *Fuero Actus Curiae super filiis Regnicolorum extra regnum natis, et super filiis non Regnicolorum intra Regnum natis* y combinándolo con otros recientes preceptos en vigor, precisaron de manera exacta, clarísima y sistematizada quiénes son aragoneses, los autores del exótico Apéndice vigente han tenido a bien no conservar aquella disposición regnícola; y nos han dejado sin saber quiénes son aragoneses, cual si quisieran privarnos de esa condición a quienes nos honramos en poseerla, o si pretendieran vengarse de la rectificación que al criterio castellano manifestado en el artículo 15 del Código civil primitivo, impuso la justa y recia crítica, triunfante en la edición reformada del Código dicho, por el fuerte espíritu de jurisconsultos procedentes de territorios forales.

Debo apuntar una laguna que se advierte en dicho Cuerpo legal, comparando lo omitido en el mismo con lo dispuesto en ocasión solemne para nuestro derecho regnícola y lo prevenido en el proyecto de Apéndice de 1904.

Los redactores de este proyecto disponen en el artículo 12 de su trabajo, que «lo establecido en el presente Apéndice no se aplicará a las cuestiones que con los particulares sostenga el Estado, como demandante o como demandado, ni a los contratos que las Corporaciones económicoadministrativas celebren en el ejercicio de las atribuciones que se regulan por sus respectivas leyes orgánicas.

Contrastando esa conducta de quienes redactaron el precitado proyecto de Apéndice, que no vacilaron en someter a regnícolas a los preceptos del Código general, cuando así lo exigía la debida conservación de disposiciones forales, con la omisión padecida por los redactores del Apéndice vigente, que nada han ordenado sobre el particular, siquiera se nos alcanza lo que seguramente sucederá.

Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes.—

Aplaudimos el epígrafe, por estar más conforme con los dictados de la doctrina y para no dar lugar al equívoco que podría producir el empleo de la palabra patria potestad.

Lástima, sin embargo, que no se haya proclamado ahora, en lo cual no había inconveniente alguno, el principio típico de nuestro Derecho foral deducido de la Observancia segunda *Ne pater vel mater pro filio teneatur*, de que, «por costumbre del Reino no se conoce en Aragón la patria potestad», en el sentido romano de la institución, entiéndase.

En cuanto a las relaciones respecto de bienes entre padres e hijos menores de edad legítimos o legitimados, establece el artículo 3.º del Apéndice la doctrina corriente en el derecho foral, que desconocía los peculios, y ciertas reglas aceptables, consecuencia de lo establecido por aquel derecho.

Incurre en la omisión de no establecer precepto alguno en cuanto a dicha clase de relaciones entre padre e hijos ilegítimos; a pesar de que el Derecho civil aragonés establecía reglas sobre la materia, y de que a la misma se dedican algunas en el proyecto de Apéndice de 1904.

De la ausencia.—Adviértense tan sólo dos omisiones de poca importancia: una, porque puede presumirse ordenado lo omitido, y otra, porque será de poca aplicación práctica la regla pasada por alto.

Aludimos a no haberse dispuesto que la declaración de muerte presunta de un ausente casado atribuirá a su cónyuge derecho de viudedad legal o universal según los casos; y a no haberse reproducido lo dispuesto en las Observancias Unica *De contratibus minorum*, cuarta *De privilegio absentium causa Republicae* y Unica *De privilegio minorum et majorum absentium Republicae*, conforme a los cuales, los ausentes en servicio del estado permanecen ilesos y, por consiguiente, no corre contra ellos prescripción ninguna.

De la tutela.

Siendo pocos los preceptos que a la tutela dedica el repetido Apéndice, son abonados, en cambio, a producir reparos o dudas en quien los examine.

Así es raro consentir a la mujer el cargo de protutora, no tratando aquel Cuerpo legal del protutor, y no consentirle formar

parte del consejo de familia (del que tampoco se habla directamente), consintiéndole el desempeño de cargos relacionados con la institución y de seguro más importantes.

Como también aparece dudoso por qué la mujer casada, sin reserva de administrar sus propios bienes, como sucederá generalmente en Aragón, no ha de poder ser tutora, cuando la tutela tiene principalmente por objeto la guarda de las personas; y la razón de atribuir al consejo de familia autorizar a la mujer soltera que contrae matrimonio después del nombramiento, para continuar en el desempeño de la tutela, en vez de autorizar a quien hizo la designación de tutora en favor de una mujer, para consentir continúe en su ejercicio a pesar de la celebración de matrimonio posteriormente al nombramiento.

De la mayor edad.

Como quiera que el antiguo Derecho aragonés no establecía excepción ninguna para el ejercicio de la capacidad jurídica de mayores de veinte años solteros, o de casados que habían cumplido los catorce, viénese a establecer un derecho nuevo para Aragón por los autores del vigente Apéndice, que sólo debió contener nuestras disposiciones forales dignas de conservarse.

De las servidumbres.

A tres artículos, del 13 al 15, queda reducida en el vigente Apéndice la regulación de la materia.

Inspirados los autores de aquél en su deseo de unificar, declárase en el primero de aquellos preceptos que todas las servidumbres continuas y aparentes, cualquiera que sea el derecho en que consisten o la obligación correlativa que impongan, pueden ser adquiridos por prescripción de diez años entre presente y de veinte entre ausentes.

Mas la distinción establecida en el texto, entre las aludidas servidumbres y las que no tengan los mentados caracteres, se opone a lo dispuesto por la Observancia 7.^a *De prescriptionibus*, pues según ella la prescripción de servidumbres, en general, tiene lugar por diez años entre presentes, si hubiere poseído pacíficamente viéndolo y sabiéndolo el demandante, y por veinte años entre ausentes.

Y menos mal que en ese criterio unificador no se llega a declarar imposibles de adquirir por prescripción las servidumbres

continuas no aparentes y las discontinuas, como ordena el artículo 539 del Código civil. Porque según uno de los apartados del aludido artículo 15 con respecto a las demás servidumbres, incluso las de *leñar, pastar y abrevar*, la posesión inmemorial pacífica y nunca interrumpida produce los efectos jurídicos de la prescripción adquisitiva.

O sea, en resumen, que las servidumbres no aparentes y las discontinuas en general queden sometidas, en cuanto a su adquisición por prescripción a tenor de lo ordenado en el vigente Apéndice, al régimen excepcional que el antiguo Derecho civil aragonés sólo establecía para determinadas especies de servidumbres.

De precepto nuevo podría considerarse en Derecho aragonés, a menos de estimársele comprendido en la facultad genérica reconocida por la Observancia 1.^a *De agua pluviali arcenda*, otro de los párrafos contenidos en el repetido artículo 14 del Apéndice.

Aludo a la facultad concebida al dueño exclusivo de un muro de abrir en él huecos para luces y vistas sobre suelo ajeno, y a disponer que en este caso el tiempo de la prescripción no se contará sino desde que hubiese prohibido por acto formal al vecino, cosa que a éste le sería lícita sin el gravamen.

No parece censurable la regla, pues si en pared medianera pueden abrirse huecos a los fines indicados, atravesando para ello la parte o porción de muro correspondiente a un extraño, por consentirlo así la Observancia 6.^a del título antes dicho, lógico y justo es que el dueño exclusivo de un muro pueda abrir en el mismo los aludidos huecos. Sin que sean de temer lesiones por sorpresa en el derecho del dueño del fundo contiguo, si el tiempo para consolidar por prescripción tales huecos sólo se cuenta desde el hecho obstativo, o del llamado legalmente acto formal de prohibición al vecino; porque éste, al verse impedido de ejecutar lo que a sus intereses o a sus simples deseos convenga, buen cuidado tendrá de interrumpir el plazo preciso para la prescripción del aludido derecho.

Como era justo, se ordena que la apertura de los aludidos huecos ha de ser sin balcones ni otros voladizos; si lo prohibido se consintiera constituiría una lesión para el dueño del fundo contiguo de su derecho de propiedad en sentido vertical.

En cambio, no se dice si en los huecos de referencia será obli-

gación poner rejas de hierro remetidas y redes de alambre, como se dispone cuando se trata de huecos abiertos en pared medianera, y la omisión determina la duda.

Esto aparte, parécenos algún tanto contingente la existencia y disfrute de los aludidos huecos, porque si el derecho no se consolida sino por el transcurso de determinado plazo, a contar desde el acto formal prohibitivo opuesto al vecino, en cualquier momento podrá éste exigir el cerramiento de los repetidos huecos, y el mismo acto avivará, o será acicate para pedir el cierre. Convirtiéndose de esa suerte el muro en una especie de cámara de rodaje sometida a múltiples pinchazos obturados con sus correspondientes porches.

Mejor hubiera sido consentir la apertura de huecos en muro perteneciente a dueño exclusivo y regular su disfrute y subsistencia, conforme a lo dispuesto en cuanto a huecos abiertos en pared medianera.

/ A éstos se refiere el artículo 15 del Apéndice, como se regula por el artículo 16 del propio texto la alera foral. No creyendo necesario observación alguna acerca de las reglas allá formuladas, por conformarse a lo establecido por el antiguo Derecho aragonés, y porque, además, la última de aquellas instituciones está llamada a desaparecer como consecuencia de la enajenación, en su mayoría, de los montes propios de Municipios y de haber disminuído la explotación de la ganadería no estabulada.

Finalmente, no se ha recogido en el Apéndice una servidumbre que la costumbre local impone en muchas localidades y está admitida por las conocidas y elogiadas *Ordinaciones de Montes y Huertas de la Ciudad de Zaragoza* (capítulo XCLVII). En el proyectado Apéndice de 1904 aparecía dedicado a tal servidumbre el texto siguiente:

«Artículo 238. Ningún propietario de era de trillar puede »construir tapias o edificios, ni colocar hacinas de mieses en la »misma o en sus márgenes, en condiciones que perjudiquen la libre circulación del aire para aventar en las eras confinantes.»

Claro que la omisión no tiene gran importancia, pero no puede negarse la justicia y utilidad de la servidumbre aludida, como se demuestra claramente en la exposición de motivos del precitado proyecto. Y claro, también, que, aun sin precepto escrito, segui-

rá imperando por costumbre, en las localidades donde las condiciones de emplazamiento de las eras así lo aconsejen, la referida servidumbre.

De los testamentos y sus formas.

Para mí es indudable que el Apéndice (artículos 21 a 26 y 28) admite tres clases de testamentos comunes.

Pero mejor hubiera sido, para evitar hasta pretextos de discusión, se hubiera hecho en la obra comentada, lo que se hizo en el proyecto de Apéndice de 1904. Donde se dice literalmente :

«Artículo 253. El testamento *común, abierto y escrito* requiere la presencia, con un autorizante, de dos testigos instrumentales, varones, vecinos del Municipio o la Feligresía en que se verifique el otorgamiento y mayores de catorce años.

»Artículo 254. El testamento *común, abierto y escrito* se otorgará, preferentemente, ante un Notario hábil para actuar en el distrito o demarcación en que se halle el testador y dos testigos idóneos, de los cuales, uno, a lo menos, sepa y pueda firmar...

»De no existir Notario en la localidad, o cuando, aunque lo haya, no se tenga seguridad de que llegará a tiempo para recibir la voluntad del testador, el testamento *común, abierto y escrito* se hará en alguna de las formas siguientes :

»A) Ante el Párroco competente de la población o ante el Presbítero que, en calidad de Coadjutor, Regente, Vicario, Ecónomo o sirviente accidental, ejerza en el momento el cargo por enfermedad, ausencia o vacante, o deba ejercerlo por incompatibilidad, asistidos también de dos testigos.

»B) O ante el propio Párroco o Presbítero como un testigo idóneo y una mujer de buena fama, y aun con el testigo solo o la mujer únicamente cuando no se dé medio de llenar las solemnidades señaladas en la letra precedente.»

Expuesto el pensamiento en los términos transcritos del repetido proyecto de Apéndice, imposible es discutir, ni dudar siquiera, acerca de la naturaleza de común atribuída al testamento autorizado por Párroco o Presbítero de las circunstancias dichas, en territorio de Aragón.

En cambio, con la redacción dada por el vigente Apéndice a idéntico pensamiento o criterio, hay pretexto para discutir.

Y no se crea que el asunto carece de interés ; pues si el tes-

tamento de referencia debe ser considerado y se le considera como común, conserva su validez y eficacia cualquiera que sea el tiempo intermedio entre su otorgamiento y la defunción del testador, mientras que, de considerarse a dicha disposición *mortis causa* como testamento especial, podría quedar aquélla ineficaz, a tenor del artículo 703 del Código civil.

Termina la sección del Apéndice ahora objeto de examen con un artículo que aplaudimos sin reservas, por afirmar algo que nuestro Derecho regional estableció y que debía conservarse, por ser frecuente en la práctica la observancia de lo que prohíbe en términos demasiado generales y absolutos el Código. Aludo al texto siguiente:

«Artículo 29. El testador puede encomendar a su cónyuge, solo o con asistencia de determinados parientes, que a modo de fiduciariocomisario, ordene y regule la sucesión de aquél, elija el heredero o los herederos y distribuya los bienes, ora libremente y sin otras cortapisas que los derechos atribuidos, con carácter forzoso por la ley, ora dentro de los límites que el testador señale y que no sean imposibles ni contrarios al derecho natural.

No se admite por el Apéndice vigente una forma o clase de testamento especial consentido por nuestro antiguo Derecho, a tenor del Fuero 1.º *De tutoribus, curatoribus manumissoribus spondalariis et cabezalariis*. En el cual texto se inspiró el proyecto de Apéndice de 1904 al redactar el artículo 255, que dice así:

«El testamento *común abierto y verbal* no se hará lugar más que cuando no sea asequible la asistencia de un autorizante con testigos en el orden del artículo 254 y le otorgará...

»B) O ante dos espondalarios de siete o más años cuando se otorgue en despoblado y no quepa cumplir mayores solemnidades.»

De la herencia, de la institución de herederos, de la legítima, de la sustitución y de la desheredación.

Solamente se dedican en el Apéndice al desarrollo de las aludidas materias cuatro artículos, los señalados con los números 30 a 33, ambos inclusive.

Y es el caso, salvo que mi cortedad intelectual me impida ver algo, que los precitados textos no disponen sino muy poco sobre herencia e institución de herederos, y nada respecto de sustitu-

ción en general, de donde resulta que sobran epígrafes o falta articulado.

El artículo 30 declara indirectamente que en nuestro territorio no hay más herederos forzosos que los descendientes legítimos respecto de sus ascendientes.

Y continúa así el precitado artículo: «Esta disposición libre se reduce a un tercio del caudal hereditario cuando existan tales descendientes capaces para heredar, sea su número cual sea. Cuando los descendientes sean dos o más, entre ellos podrá el testador distribuir, *discrecional* y desigualmente, los dos tercios de dicho caudal que, como legítima, corresponden a la descendencia.

Mas lo indicado en la palabra subrayada no es equivalente a lo que nuestros fueros disponían; mengua la libertad que estos concedieron a los testadores, y la voluntad antes libérrima de estos parece subordinada al criterio ajeno, concediendo como un recurso al descendiente que no se conforme con la cuota o lote de bienes asignado al mismo, ante un Tribunal que califique si la referida cuota es o no discrecional.

Nos parece preferible a lo ordenado sobre el particular en el vigente Apéndice lo que se formula en el artículo 264 del repetidísimo proyecto de 1904, que dice así:

«Artículo 264. Los ascendientes están facultados para distribuir con desigualdad a sus herederos forzosos las dos terceras partes de su caudal líquido que tienen obligación de reservarles según el apartado segundo del artículo 261. Les es lícito, en consecuencia, nombrar uno o más herederos universales, haciendo la elección indistintamente y sin preferencia ninguna de sexo o de primogenitura entre los descendientes de primer grado, y aun entre los de grados ulteriores, que no resultan excluidos de la consideración de herederos forzosos; pero deberán dejar en todo caso a cada uno de los demás descendientes no heredados que, directamente o por representación, tienen derecho a participar en los dos tercios del citado caudal líquido, la cantidad o porción de bienes que les plazca en concepto de legítima.»

En el artículo 32 del Apéndice se regulan los efectos de la preterición y de la desheredación que no tenga causa legítima; raro parece regular los efectos sin haber hecho antes alusión nin-

guna a causas, pues no pueden acostumbrarnos a semejante falta de lógica otras análogas padecidas por el Código general.

Y aun cuando se argüirá seguramente que causas de desheredación serán en nuestro territorio las establecidas en el Código general por el carácter de supletorio que éste tenía en Aragón, creemos que no habría estado de más incluir en el vigente Apéndice algo semejante al artículo 267 del proyecto de 1904, en donde se dispone que «las prescripciones del Código general sobre preterición de los descendientes y sobre causas de desheredación de los mismos, se observarán en las provincias aragonesas con sujeción a las reglas siguientes». Enumerándose, en efecto, cuatro reglas expresivas de los efectos consiguientes a los mentados hechos jurídicos.

Compréndese, en el propio artículo 32, una regla extraña en absoluto, tanto en la preterición como en la desheredación y que además nos parece formulada en sentido opuesto al resultante del Derecho civil aragonés; dicese en aquélla:

«A los legitimarios que a expensas de la casa hayan seguido carrera u obtenido colocación peculiar, se les imputará en pago lo invertido para la una o para las otras, salvo disposición en contrario que no sea inoficiosa.»

Con lo cual resulta impuesto por el Apéndice, *ministerio legis*, un caso de colación, siendo así que el Derecho foral aragonés rechazaba semejante institución en absoluto.

Aplaudimos el plazo de cinco años, señalado por el artículo 33 del Apéndice, para la descripción extintiva de las acciones de los herederos forzosos dimanados de su legítima, porque nos parece muy reducido el lapso de un año que para el mismo efecto extintivo de tales acciones señala el apartado segundo del artículo 268 del proyecto de 1904. Entendiendo, empero, por ser lógico y justo, que algo de lo dicho en este artículo deberá estimarse como racional aditamento del precitado artículo 33 del vigente Apéndice, a saber: que el plazo de los cinco años, antes aludido, deberá contarse desde el día siguiente al en que el heredero forzoso haya tenido conocimiento de la última voluntad del causante y esté en condiciones de ejercitar las acciones que de aquella voluntad puedan resultarle.

No consideramos omisiones de importancia la falta de precep-

tos especiales en el Apéndice acerca de los legados, de las sustituciones en general y del derecho de acrecer, entendiendo preferible que rija sobre esos particulares el Código general.

Y bien nos parece se haya omitido la prohibición que, según Franco, comentario al Fuero 6.º *De testamentis*, se imponía al hijo legitimado por rescripto del Rey (ahora por concesión real), de pedir, contra la voluntad de su padre, legítima, de solicitar se le libre del gravamen sobre ella impuesto o entablar la queja de testamento inoficioso.

De la sucesión intestada:

Mostrábanos el antiguo derecho foral aragonés una vez más su respeto al principio de troncalidad y el sentido en cierto modo familiar que atribuía a la propiedad, ordenando el retorno de determinados bienes, cuando el causante de un abintestato fallecía sin descendencia. A regular tales retornos dedica el Apéndice los artículos 36, 37 y 38; examinémoslos brevemente.

Refiérese el primero de aquellos textos al derecho concedido al cónyuge sobreviviente que hubiera asignado firma de dote al otro cónyuge, premuerto sin herederos forzosos, a recobrar los bienes en que consiste dicha firma. Habiendo lugar a este recobro, aun cuando los bienes hubiesen recaído ya por disposición del finado en descendientes comunes, si éstos a su vez mueren intestados y sin dejar prole antes que el cónyuge sobreviviente; en defecto de éste serán sus parientes quienes tengan derecho al recibo de los bienes constitutivos de la firma de dote.

Y se dispone por el artículo 37: «Cuando en el caudal hereditario del que fallece abintestato y no deja herederos forzosos existan los bienes mismos, sean muebles o inmuebles, que le hubiesen donado, vendido o enajenado, por cualquier motivo, los ascendientes o hermanos, cada uno de éstos, si vive, tendrá derecho a recobrar las cosas que de él procedan por los títulos expresados.»

«Para la aplicación del precepto contenido en el artículo anterior (dice el 38 del Apéndice), se entenderá que la persona de cuya sucesión se trata no ha dejado herederos forzosos, si aun habiéndolos tenido fallecen éstos abintestato y sin prole, en vida de los donantes o enajenantes. No obstante lo estatuido en este artículo, quedan a salvo las capitulaciones matrimoniales (copio a la letra,

péro mejor habríá sido decir las disposiciones ordenadas en capítulos) y los efectos o condiciones naturales de ellas.»

Siendo reproducción los tres precitados artículos de lo prevenido en los Fueros 1.º y 2.º *De successoribus abintestato*, así como reproduciéndose en aquéllos en su esencia lo dispuesto en concordes artículos del proyecto de 1904, no hemos de oponerles reparo alguno.

Y vamos ahora al examen del artículo 39 del Apéndice, que ordena la sucesión abintestato, en cuanto a la generalidad de los bienes de los *de cujus*, es decir, respecto de aquellas cosas que no están atribuídas privativamente a personas determinadas.

Tiene el precitado artículo un párrafo inicial que dice así: «Aparte de los recobros que los precedentes artículos regulan, en la sucesión intestada del que no deja descendencia legítima, por lo tocante a bienes adquiridos sin condición de reversión o llamamiento, a título de herencia, legado o donación, que provengan de cualquier ascendiente o de otro pariente hasta el sexto grado, se guardarán las siguientes reglas.»

Como se ve por el párrafo transcrito se trata de regular ahora la sucesión intestada de una persona en la cual se dé la condición negativa de no dejar descendencia, y respecto de bienes que, sin estar sujetos a los precitados recobros los haya adquirido el causante sin condición ninguna de reversión o llamamiento, de algún ascendiente o de otro pariente hasta el sexto grado. Examinemos ahora las reglas aludidas en el precitado párrafo inicial; son las siguientes:

«1.ª Los hermanos germanos o de doble vínculo, sin distinción de sexo, recibirán, siempre que sucedan solos, la totalidad de los mencionados bienes, sean éstos de la clase que sean.

«2.ª Cuando concurren hermanos de distintos matrimonios, recaerá en los que sean de parte de padre el caudal de procedencia paterna y en los de parte de la madre el caudal de procedencia materna. Los concurrentes que sean germanos, o de doble vínculo, participarán con los consanguíneos o con los uterinos, respectivamente, en lo que provenga del común padre o madre.»

Nada cabe oponer a lo transcrito hasta ahora, porque las precitadas reglas tienen su tradición en nuestros antiguos Fueros an-

tes citados, que consagraban el principio de troncalidad, desarrollando el principio *Paterna paternis, materna maternis*.

Lo restante del artículo, en cambio, no puede pasar sin nuestra respetuosa censura, pues no hemos logrado entenderlo, como ha ocurrido también a personas de mucha mayor ilustración que el exponente, y porque su confusa redacción, tan oscura como contradictoria, ha dado lugar a confusiones y dudas. Sigamos copiando el texto; dice así:

«En los demás bienes del caudal hereditario que no sean de procedencia paterna ni de la materna, y por tal motivo no resultan asignados según la presente regla, se sucederá del modo que la siguiente ordena.

»3.^a Estos bienes últimamente mencionados, aunque existan hermanos del finado, y también la totalidad de la herencia cuando no haya hermanos, recaerá en los colaterales que tengan parentesco más próximo con el causante de la sucesión por la línea de la persona de quien el causante mismo hubo los bienes, concurrendo cuantos tengan dentro de cada línea igual grado de parentesco.»

Lo transcrito se presta a las consideraciones siguientes:

I.—Existiendo hermanos sobrevivientes no era precisa establecer la distinción entre los bienes a que aluden las dos primeras reglas y la última, puesto que todos han de recaer en favor de hermanos.

II.—De no ser así, se daría el absurdo de que en los bienes mentados en la última regla, los hermanos serían excluidos por parientes colaterales más remotos.

III.—Y que al conceder derecho preferente en cuanto a los bienes adquiridos por el causante de persona determinada a los parientes por la línea de la persona aludida, sin establecer límite alguno, podría vislumbrarse alguna contradicción entre la regla transcrita y el artículo 40.

Por si fuera poco lo expuesto, todavía contiene la repetida regla tercera un segundo párrafo, que también se presta a confusiones; dice así:

«Para suceder abintestato los hermanos del causante que hayan fallecido o sean incapaces, estarán representados por sus propios e inmediatos hijos, sin que este derecho de representación, en caso

alguno, se extienda a otros grados de parentesco colateral con el causante.»

Establécese, pues, en puridad un derecho de representación limitado a hijos de hermanos; pero como el principio no ha de concretarse, así nos parece al menos, al caso de suceder en los bienes aludidos en la regla tercera del artículo, sino que habrá de aplicarse a todos los casos en que pretendan suceder a un *de cujus* hermanos del mismo y sobrinos, hijos de hermanos que premurieron al causante de la sucesión de que se trata, entendemos que al precepto debió dársele una colocación más general, para aplicarlo a toda clase de bienes, cuando se dieran en los aspirantes a la sucesión las circunstancias personales, determinantes de la regla. Lo mismo ha establecido el Código civil (artículos 924 y 927), con la fortuna de haber formulado la regla en términos generales, claros y usuales que alejan toda contingencia de dudas y discusiones.

Mas, aparte este defecto, es el caso que los términos, poco precisos, del precepto antes transcrito de nuestro Apéndice han inducido a la duda, llevada ante los Tribunales de Justicia, de si en el caso de haber premuerto todos los hermanos a un determinado causante, debería partirse por estirpes o por cabezas (entre los varios sobrinos, hijos de hermanos distintos) la herencia del *de cujus* de referencia.

Para mí la solución es clarísima: procede dividir por cabezas los bienes de las personas fallecidas en casos como el aludido.

Si otra cosa se entendiera, aun cuando a ello sólo dé leve pretexto el párrafo antes transcrito, que el Apéndice, llamado por precepto legal a conservar instituciones aragonesas dignas de conservarse, y por natural exigencia científica ir unificando en lo posible la legislación civil española, habría venido a establecer una nueva regla jurídica que jamás existió en nuestro Derecho regional ni en el histórico de Castilla, ni aparece tampoco en el vigente Código civil, que, a la inversa, establece lo contrario.

Disposiciones comunes a las herencias, con testamento o sin él.

Dedica al asunto el Apéndice sus artículos 43 al 45, refiriéndose a la reserva de bienes, a la aceptación de la herencia y a la colación de bienes, respectivamente. Sobre los cuales preceptos sólo haremos una observación, pues en lo demás se conforman a nuestros precedentes jurídicos.

Aludimos a la especie de contradicción resultante entre el párrafo primero del artículo 45, al ordenar que «la colación de bienes no procede en caso alguno por ministerio de la ley», y haberse dispuesto en el párrafo sexto del artículo 32 lo siguiente: «A los legitimarios que a expensas de la casa hayan seguido carrera u obtenido *colocación* peculiar, se les imputará en pago lo invertido para la una o para la otra, salvo siempre disposición en contrario que no sea inoficiosa.»

Pues en caso de fallecimiento intestado de un causante surge el caso de colación legal ordenado en el artículo 32, párrafo transcrito, a pesar de que el artículo 45 previene que la colación no procederá, en caso alguno, *ministerio legis*.

De los contratos sobre bienes concernientes al matrimonio.

Otro quizá pudo ser el epígrafe de esta sección, puesto ya el Apéndice a reproducir literales títulos que, para materias idénticas, se contiene en el Código civil.

Nos parece algún tanto excesiva la declaración de que «aún en vida de ambos consortes, los efectos de la sociedad conyugal tácita cesarán de manera completa y definitiva en cuanto atañe a aquellos por la declaración de nulidad del matrimonio». Pues lo justo, como se reconoce en el Código general (1) habría sido, y nos inclinamos a creer será a pesar de todo, tomar en cuenta si hubo buena fe de parte de alguno de los contrayentes, y respecto del mismo, disponer que la sociedad conyugal tácita produciría todos los efectos posibles.

De la sociedad conyugal tácita.

Como reparos de carácter general hemos de oponer al contenido del Apéndice en la sección ahora objeto de examen:

Que quizá hubiera sido más ordenado anteponer el estudio de la sociedad conyugal paccionada al de la tácita, visto lo prevenido en el artículo 46.

Que, por no subdividirse la materia propia de la sección, se pase desde la lista de los bienes comunes, artículo 48 del Apéndice, a exponer los derechos y obligaciones del marido en la sociedad conyugal, sin solución de continuidad ninguna, y también a consignar, sin separación, las reglas aplicables a la sociedad conyugal

(1) Artículo 69.

continuada, al inventario de bienes y a la división de éstos entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto, o entre los respectivos sucesores de cada esposo.

Que, contra lo usual y corriente en los Códigos, no se enumeran los bienes privativos de cada cónyuge, pues no basta, como ahora por tal omisión ha de entenderse, que lo son cuantos no tengan calidad de comunes.

De la sociedad conyugal paccionada.

Pena produce seguramente entre los meros iniciados en el conocimiento del Derecho foral aragonés, que materia tan interesante y típica se desenvuelva en el Apéndice bajo el epígrafe transcrito en solos cinco artículos.

No consideramos muy foral la exigencia de que dos parientes de cada esposo sustituyan a los padres de los contrayentes, fallecidos aquéllos, en pactos novatarios, si no van transcurridos más de veinte años desde el matrimonio; y parece demasiado general y precisada de alguna distinción la obligación impuesta en todo caso al marido de asegurar con hipoteca el valor de los muebles dotales que reciba en calidad de sitios o inmuebles.

De la viudedad.

El artículo 68 del Apéndice, dice así:

«Dentro de los cincuenta días primeros de su viudez el cónyuge supérstite está obligado a terminar el inventario de los bienes raíces o inmuebles pertenecientes al finado, ora como peculiares suyos, ora por su participación en los comunes de la sociedad conyugal.»

Lo cual no exigían nuestras disposiciones forales, ni era tampoco preciso practicar respecto de bienes en que su propia naturaleza física constituye eficaz garantía de conservación. El derecho aragonés sólo exigía la obligación de hacer inventario y de prestar fianza para gozar de viudedad sobre bienes muebles, y aun consentía que el cónyuge premuerto pudiera relevar de ambas obligaciones al esposo sobreviviente. Lo que no sabemos si podrá subsistir ahora, dado lo terminante del precepto transcrito y de las expresas adiciones y desenvolvimientos que la regla tiene en otros apartados del propio artículo.

Termina el artículo comentado con un párrafo algún tanto os-

curo respecto de los efectos que producirá el transcurso del plazo señalado para hacer inventario sin haberlo terminado.

Del contrato de compraventa.

Bajo tal epígrafe tan sólo regula el artículo 76 de nuestro Apéndice el retracto de *abolorio*.

Ello no constituye sino parte insignificante de las disposiciones forales referentes a contratos que indudablemente merecían haberse conservado.

De los contratos especiales sobre ganadería.

También en este particular podemos decir que se han padecido omisiones injustificadas en el texto examinado, como se comprende considerando tan sólo que a ello se dedicaron 35 artículos en el proyecto de Apéndice de 1904.

LA REDACCIÓN

BIBLIOGRAFIA

Curso integral de Legislación hipotecaria.—Este nuevo libro es el más didáctico y ordenado que se ha publicado sobre legislación hipotecaria en la República cubana, respondiendo a la necesidad sentida entre los estudiantes de la Facultad de Derecho, que carecían de un texto adecuado, tanto más desde que fué creada la cátedra de Legislación hipotecaria en la Universidad de la Habana.

El *Curso integral de Legislación hipotecaria* no pertenece a ese género de obras que son exclusivas para los estudiantes, sino que ha de ser de gran utilidad para los Registradores de la Propiedad, Notarios, Jueces y, en general, para todos los señores Abogados.

También ha de ser de un valor inapreciable para los que deseen prepararse para tomar parte en las oposiciones para Registradores de la Propiedad que, muy en breve, han de efectuarse en aquella República.

Siendo tan complejo el estudio de la Legislación hipotecaria o Derecho inmobiliario, por la variedad de conocimientos que lo integran, se hace sumamente fácil, mediante esta obra, debido al plan adoptado por su autor, que enlaza, coordina y armoniza, de modo maravilloso, todo el Derecho en todas sus fases.

La persona que necesite hacer un estudio doctrinal de la Legislación hipotecaria encontrará en esta obra todos los elementos que pueda necesitar.

Debido al método observado en el *Curso integral de Legislación hipotecaria*, cada precepto que se cita va acompañado no sólo de los artículos de la Ley y Reglamento hipotecario, sino también de todas las disposiciones complementarias, debidamente ordenadas, con sus incisos o párrafos, todo cuanto pueda individualizarlo y precisar, teniendo su autor cuidado en la coordinación de

materias, así como en las concordancias, comentarios, críticas y aclaraciones.

Para que la obra resulte eminentemente práctica, su autor ha incluido en su texto todas las disposiciones o Decretos que se han publicado hasta el presente, relativos a la Legislación hipotecaria, y los formularios o modelos que, como oficiales, acompañan al Reglamento hipotecario, así como también los relativos a la Ley de refacción agrícola, de colonato y de molindas de Cañas.

Su autor, el Registrador de la Propiedad de Guane, doctor Ismael Segura y G. Menocal, es persona de reconocida autoridad en materia hipotecaria, y nos consta que ingresó en el Cuerpo por medio de oposiciones en las que obtuvo el número uno.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital: 50.000.000 de pesetas

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.