

Antología de la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario»

Por JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ

SUMARIO: *Presentación.*—I. DERECHO EN GENERAL: *La escuela de Tubinga; La plenitud del orden jurídico.*—II. DERECHO CIVIL: 1. *Parte general: El requisito de la viabilidad del nacido en el Código Civil.*—2. *Derechos reales: El ius ad rem en el Derecho civil moderno; La teoría del título y el modo; Justa causa traditionis; Cotitularidad o comunidad. Gesamte Hand o comunidad en mano común; El usufructo de acciones del artículo 486 del Código Civil; Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca.*—3. *Obligaciones y contratos: Convenciones de no responsabilidad; El precontrato. Notas para su estudio; La donación mortis causa y el Código Civil.*—4. *Sucesiones: Herederos y legitimarios; Las conferencias del doctor Ferrara. Observaciones; Comentario a la Resolución de 22 de diciembre de 1950; La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?*—III. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL: *El Registro de la Propiedad español; Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario; Naturaleza del procedimiento registral; Apuntes sobre la anotación preventiva en el Derecho hipotecario español; En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles; El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles; La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.*—IV. DERECHO MERCANTIL: *El derecho de voto del accionista; El depósito irregular y su aplicación en el Derecho mercantil.*

PRESENTACION

Un trabajo de la índole del presente quizá necesite más que ningún otro de una presentación que explique su finalidad, sus límites y los criterios tenidos en cuenta.

La idea básica de la antología es aportar a la celebración de los cincuenta años de la Revista una visión de lo que ha sido a través de sus propias páginas escogidas. De tal forma que aquí, más que hablar de la Revista, se ha pretendido que ella hable por sí misma, o, mejor dicho,

de hacerle hablar por medio de sus páginas, ofreciendo al lector una muestra, siquiera mínima, de la formidable aportación que supone para el *Derecho español*.

La tarea, en gran medida ardua y comprometida, imponía desde un principio el señalamiento de límites que la hicieran practicable. De dos tipos son estas fronteras, sólo en parte autoimpuestas y como tales arbitrarias. En primer lugar, la antología se limita temporalmente a los primeros XXV años o, mejor dicho, tomos (1925-52, pues en los años 37, 38 y 39 no apareció). Con ello se logran ventajas evidentes como son la obtención de una perspectiva adecuada y la disminución del riesgo, no obstante siempre presente, de preterir importantes contribuciones. En segundo lugar un límite de espacio material, aunque flexible, existente, exigía un volumen relativamente reducido, conforme, por lo demás, con el modesto fin perseguido. De otra parte, una mayor extensión aumentaría paradójicamente las omisiones al relajar los criterios de selección, que, en definitiva, quedarían confundidos. También la inclusión de la antología en el número extraordinario, conmemorativo de los cincuenta años, reclamaba un volumen proporcionado.

Los criterios de selección han sido fundamentalmente dos: la importancia objetiva del trabajo y la de su autor, que han coincidido, naturalmente, en muchas ocasiones. Se han tenido en cuenta de una manera especial: el interés del tema, las repercusiones en la doctrina y legislación y en algún caso la relevancia de polémicas que nacieron y se desarrollaron en las páginas de la Revista. Por esto último es por lo que se han recogido páginas de más de un artículo sobre un mismo punto, pero, a título excepcional, sólo en una ocasión.

Aparecen páginas de veinticinco trabajos, es decir, precisamente uno por año, pero sin que se haya seguido el criterio de que todos los años estén representados. No obstante, dieciocho tomos de los veinticinco tienen su representación, lo que supone, a mi juicio, un reparto suficientemente proporcionado. Sólo de un autor ha sido recogido más de un trabajo. Se trata del fundador de la Revista, don Jerónimo González. Con ello se ha querido rendirle un merecido homenaje y destacar su gran aportación a la Revista.

No se ha pretendido ofrecer una selección exhaustiva por temas, ni mucho menos, de modo que quedaran cubiertas las diferentes ramas del *Derecho* y dentro de éstas sus distintas partes. Pero se ha procurado que el abanico de temas fuera lo suficientemente amplio y variado, si bien la mayor densidad corresponde, naturalmente, a los *Derechos Reales e Inmobiliario Registral*.

El seleccionador de textos quisiera haber evitado muchas omisiones,

que deberán imputarse a los límites y criterios ya señalados o a la limitación personal del propio seleccionador. Parece justo y, por tanto, obligado recordar aquí los nombres de algunas personas que colaboraron de manera especial en la Revista y cuyos trabajos, por una u otra razón, no aparecen en la antología. En los comentarios de jurisprudencia hay que destacar la labor de Taulet, Rodríguez-Lueso y Mañueco; en recensiones de libros, la de Riaza, Bravo López y Falkenstein. Antes de la guerra son de mencionar los nombres de Campuzano, Gil Socii, Lacal, Lezón, Marín Monroy, Royo Martínez, Uriarte Berasátegui y Villares Picó. Después, además de algunos de los anteriores que continuaron publicando en la Revista, recordemos a Azpiazu, Bas y Rivas, Giménez Arnau, Gómez Morán, Hermida Linares, López Torres, Menchén Benítez, Ramos Folques, Ruiz Martínez y Ventura Traveset, y otros cuya mención haría excesivamente larga esta lista. Téngase en cuenta, una vez más, que nos referimos siempre a la labor realizada en la Revista hasta el año 1952.

Como la naturaleza de una antología determina en gran medida que, en definitiva, prevalezcan los juicios del seleccionador, es también justo que éste asuma toda la responsabilidad. Las críticas, seguramente bien fundadas, aunque inevitables, deberán tener en cuenta que el material sobre el que ha recaído la elección sobrepasa con mucho las veinte mil páginas y que su reducción a poco más de cien puede explicar mejor que nada las dificultades con que se ha tropezado.

Por último he de hacer constar, lo que al mismo tiempo que deber de gratitud es una satisfacción, que he contado con la ayuda y consejos de personas que reunían un conocimiento completo de la Revista y del Derecho en general. A ellas mi reconocimiento expreso.

I. DERECHO EN GENERAL

LA ESCUELA DE TUBINGA

1935, págs. 561-575

La «Escuela de Tubinga» es el último de una serie de artículos, que don Jerónimo publicó a lo largo de 1935 en la Revista, todos sobre el método. Ya en 1930 había plasmado su preocupación por los temas metodológicos en un artículo publicado en la Revista, precisamente con este título «Métodos jurídicos». Los del año 1935 son una ampliación en profundidad de aquella preocupación, abarcando desde la escuela exegetica francesa hasta la jurisprudencia de intereses. Las simpatías de don Jerónimo por esta última dirección son evidentes, pero sin dejarse arrastrar —como él mismo dice— hasta el fin. Don Jerónimo fue quien primero se ocupó entre nosotros de esta dirección metodológica, que, como dice Hernández-Gil (Metodología de la ciencia del Derecho, Madrid, 1971, página 297), es probablemente la que ha logrado mayor popularidad en el moderno debate metodológico. Don Jerónimo expone magistralmente en este artículo el significado y alcance de esta dirección, sus relaciones con la escuela del derecho libre y sus ataques a la jurisprudencia de conceptos, concluyendo con una admirable página en la que resume el valor de la jurisprudencia de intereses.

I

La jurisprudencia de intereses debe sus desarrollos a la tenaz labor de dos profesores que, deseosos de liberar al Juez de la tiranía de los conceptos y de empujarle por los espléndidos campos de la vida social, se alistaron en las filas del modernismo judicial paralelamente al llamado movimiento del Derecho libre (*Freirechtsbewegung*); pero temerosos de los abismos que los anárquicos entusiasmos abrían a sus pies, anclaron

su doctrina en la roca de ley y buscaron en su inspiración y finalidad un criterio objetivo. Por ello resultaron sospechosos a uno y otro bando, sufrieron los ataques en ambos frentes y se ven en la constante necesidad de justificar su posición y desvanecer los *malentendus* de los adversarios.

Ya en el prólogo de su obra *La avería gruesa*, que remonta al año 1889, HECK realizaba el carácter metódico de su tarea, que tendía a demostrar la dependencia en que el Derecho se halla respecto de las necesidades humanas, y la significación del factor *finalidad*. También allí aparece la indicación de que el intérprete debe acomodarse a los términos prácticos y finalistas del problema y hasta la recomendación hecha al Juez de que llene las lagunas con su propia creación, decidiendo *de lege ferenda* cuando la investigación *de lege data* no tenga resultado.

Estas ideas cristalizan en un discurso leído en la Universidad de Tübinga el 6 de febrero de 1912, que, tras una breve exposición de la disputa sobre el método jurídico, enfoca el problema de la adquisición o captación del Derecho, la jurisprudencia de conceptos, las nuevas direcciones teleológicas y las trascendentales reformas con que los modernistas tratan de corregir la estéril y perjudicial labor de los Parlamentos en el ordenamiento jurídico privado (rebajar el Código Civil a la categoría de un texto académico, distinguir de tareas políticas y no políticas, con atribución de éstas a organismos censurados por las Cortes; institución de un Justicia mayor (*Reichsjustizamt*) (1).

La interpretación de la Ley en su relación con la jurisprudencia de intereses se desenvuelve con mayor precisión en un extenso trabajo publicado en el *Anuario para la práctica civil* de 1914 (2), donde la tarea del Juez, lejos de limitarse a la subsunción lógica, reviste los caracteres de un proceso de obediencia racional que atiende al contenido, a los motivos y a la causa del mandato, a los precedentes históricos y a los intereses concurrentes, contradictorios y obstaculizantes. HECK confiere a los conceptos solamente una función ordenadora y retrocede a la causa fundamental del precepto, diferencia e integra las relaciones sociales, cualifica los impulsos interesados como más finos y adecuados al estudio de las necesidades y separa los problemas de conocimiento o nomotesia de los problemas de valoración. Demostrada la aplicabilidad y la independencia del nuevo método, desvirtuados los argumentos contrarios, basados en la voluntad del legislador y en la separación liberal de los Poderes, invoca como inspiradora de su sistema la *experientia vitae*, y termina con la afirmación de que la jurisprudencia de intereses facilita y asegura a

(1) *Das problem der Rechtsgewinnung*, 2.^a edición, 1932, Mohr, Tübingen.

(2) *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Existe edición separada. Tübingen, Mohr, 1914.

los profesionales la apreciación de lo jurídico concreto, con independencia de los ideales políticos y de la intuición del mundo por cada uno formada, y en vez de ser un reflejo de las corrientes filosóficas de moda, se deriva directamente de la función encomendada al Juez por las Constituciones modernas.

La doctrina aparece en su completa madurez, consciente y acometedora, en la obra de HECK sobre construcción de conceptos publicada en 1932, que estudia en la primera parte los problemas básicos de la discusión sobre el método, por el orden siguiente: 1.º, los fines de la ciencia y la dependencia jurídica de la jurisprudencia de intereses; 2.º, los tres conceptos instrumentales del método (intereses, conceptos y construcción); 3.º, el nacimiento de la norma jurídica; 4.º, el fallo judicial, con referencia a la jurisprudencia constructiva y a la de intereses; y 5.º, la tarea de la ciencia: extensión de los materiales normativos y sistema interno de la adquisición o captación de preceptos, y de su presentación o exposición en el procedimiento deductivo e inductivo; con un apéndice sobre las controversias constructivas y la posibilidad de múltiples conceptos. La segunda parte está dedicada a rebatir las observaciones de OERTMANN sobre la probable infidelidad del sistema a la Ley, el riesgo de que la depreciación del concepto perturbe las exposiciones sintéticas y las dificultades que presenta en la enseñanza, con unas advertencias finales que destacan el carácter funcional y biológico de la jurisprudencia de intereses (1).

Y para presentar dos espléndidas muestras del valor práctico de su método, HECK ha publicado un tratado elemental del Derecho de obligaciones y otro del Derecho de cosas, en los que pone de relieve las diferencias más notables entre ambas jurisprudencias, por lo que se refiere a la estructura y desenvolvimientos doctrinales, al mismo tiempo que da un notable ejemplo a los que quieran seguirle por el camino de la investigación y ponderación de intereses (2).

Con igual tesón combatía su colega MAX RÜMELIN, conocido en nuestra Patria por las citas de su estudio sobre la autocontratación (1888), en los siguientes discursos leídos con motivo de las académicas distribuciones de premios en la Universidad de Tubinga: *Bernardo Windscheid y su influencia en el Derecho privado y en la jurisprudencia* (1907); *El nuevo Código Civil suizo y su significación para nosotros* (1908); *La equidad en el Derecho* (1921); *Rodolfo de Ihering* (1922); *Eugenio Huber* (1923); *Intuición jurídica y conciencia jurídica* (1925); *La igualdad ante la Ley* (1928); *La fuerza vinculadora de la costumbre y su fundamento*

(1) *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tubinga, 1932. Mohr.

(2) *Grundriss des Schuldrechts*, 1929. *Grundriss des Sachenrechts*, 1930.

(1929); *Cambios experimentados en la jurisprudencia y en la doctrina* (1930).

A pesar de todo, el público alemán, los profesionales y aun los especialistas no se hallaban enterados de la significación del movimiento, que confundían con las ramificaciones de la corriente del Derecho libre, y si no se había llegado a una conspiración del silencio, por lo menos faltaban en los expositores las citas precisas y la exacta valoración de las orientaciones, así como sobran las impugnaciones de ideas que también HECK y RÜMELIN combatían (1).

La escuela tubigense de Derecho privado, o de la jurisprudencia de intereses (*Tübinger Schule der Privatrechtslehre-Tübinger Interessenjurisprudenz*), se afirma y reconoce oficialmente en el volumen publicado, con motivo de cumplir los setenta años MAX RÜMELIN, en su honor y en el de HECK y BENNO SCHMIDT, y en los trabajos que vienen apareciendo en el más que centenario *Archiv für die Civilistische Praxis*, editado en aquella población por MOHR.

II

Por recientes que sean las investigaciones sobre finalidad en el Derecho, y por grande que sea la influencia de la escuela vienesa, que quiere dejar reducida la jurisprudencia a una especie de álgebra de las normas, en los antiguos y modernos expositores de la teoría de interpretación se encuentran términos, como los de voluntad, mente, intención y propósitos de la Ley o del legislador, que hacen una referencia más o menos directa al *fin* perseguido, y aun el gran público, el hombre del medio de la calle o el del rincón del hogar, comprenden sin ningún esfuerzo que el Derecho se establece para algo y perciben inmediatamente el lado práctico de las instituciones.

Pero el método teleológico (de *telos-eos*, fin, y *logos*, discurso) se caracteriza por encauzar la investigación en plano diferente del que corresponde a la interpretación positivista, por denegar al concepto jurídico su fuerza trascendente y su exactitud matemática y por abrir el paso a consideraciones intuitivas o emocionales de innegable subjetividad.

Sólo que la investigación de fines concentra las dificultades. El fin último, Dios, al cual los escolásticos ordenaban toda la existencia (*omnia ordinanda ad Deum*), la finalidad divina sobre cuyo conocimiento asentaba TREDELENBURG el Derecho (*der Anerkennung des Göttlichen Zweckes*) son tareas que sobrepasan los medios de una ciencia práctica

(1) *Die Leugnung der Interessenj. Archiv. f. die Civ. Pr.* 137 Band, 49.

como la jurisprudencia, y la catalogación de fines secundarios nos envuelve en problemas metafísicos y sociales de enorme complejidad y trascendencia.

Por eso, HECK, que reconoce como una especie del método teleológico el de intereses, deslinda su ámbito y fija con gran modestia sus pretensiones. La nueva dirección del pensamiento centra el Derecho sobre las exigencias de la vida, y así se habla de método teleológico y de jurisprudencia realista, sociológica, de valores y también de intereses. Esta dirección se bifurca: algunos de sus representantes atribuyen la potestad de captar o adquirir el derecho al Juez exclusivamente y le liberan de la Ley (*Freirechtslehre*), pero son muchos más los que siguen fieles a la Ley (*gesetzzestreue Teleologie*) y han de luchar al mismo tiempo frente a la jurisprudencia de conceptos, con los partidarios del derecho libre. De suerte que a la negación que formulan de aquella jurisprudencia corresponde la positiva referencia a las necesidades vitales, y a la negación del derecho libre, el postulado de la aplicación leal de la Ley (1). El método de la jurisprudencia de intereses recibe sus bases e inspiración de la experiencia y exigencias del trabajo jurídico, no descansa en una especial intuición del Universo, en un sistema filosófico o en fundamentales aportaciones de otras ciencias. Aunque independiente y extraño a las elucubraciones metafísicas, no desdeña los estudios matemáticos, naturalistas ni de cualquier otra clase; pero ante todo es eminentemente profesional, de juristas, y se halla orientado o polarizado hacia los variadísimos intereses que tutela un ordenamiento jurídico. Sus discusiones no versan sobre la concepción del mundo ni sobre los posibles ideales, sino más bien sobre los medios para alcanzar los fines comunes. Tampoco se deja el método llevar por los postulados materialistas, y enfoca con instrumentos propios la estrella polar de la eterna justicia.

Sobre la teoría *genética* de IHERING y con ciertas aproximaciones al derecho justo de STAMMLER, HECK desenvuelve la teoría *productiva* de los intereses, colmando con sus trabajos las lagunas de la ley. Como instrumentos de trabajo maneja: 1) los *intereses*; 2) los *conceptos*, y 3) la *construcción*, nociones que toma del lenguaje ordinario y afina en su aplicación a la jurisprudencia.

En el lenguaje corriente, la palabra *interés* pone de manifiesto la significación que los bienes de la vida tienen para el hombre y, en su consecuencia, el deseo de tales bienes. Pero no solamente el deseo que se destaca en el campo de la conciencia, sino también el impulso inconsciente. Finalmente, son intereses, en sentido objetivo, las relaciones que provocan el deseo o el impulso. Usualmente se amplía el sentido hasta

(1) *Archiv f. die Civ. Praxis*, 133, 117.

comprender los intereses de un grupo, de la comunidad, del público, de la humanidad, y en el término van involucrados no sólo los intereses patrimoniales, sino los bienes ideales: éticos, religiosos, de la justicia... La política, entendida como lucha por la participación en la formación del Derecho o en la promulgación de la ley, refleja intereses de capas sociales, partidos, etc.

La jurisprudencia de intereses sirve a la vida con toda su complejidad, tiende a satisfacer estos anhelos y se propone la supresión de conflictos privados, del choque de ideales legislativos y de las antinomias de los intereses públicos frente a los privados. Dentro de los intereses que el legislador ha de conservar o tutelar podemos distinguir tres grupos: los intereses vitales que la justicia impone y la ley protege al distribuir y decidir, la necesidad de promulgar mandatos aplicables (practicabilidad) y las ventajas de la comodidad o fácil obediencia de los preceptos. El trabajo científico, con tales conceptos, lleva a la admisión de nociones auxiliares: la norma jurídica de *decidir* conflictos de intereses, la *decisión*, ha de ponderar los contrapuestos y concurrentes, y esto ha de realizarse por medio de una *valoración*. El juicio valorativo vuelve a la representación de un ordenamiento trascendente, y también de un concreto ideal social.

Por eso STOLL avanza la designación de jurisprudencia de valores; los representantes del derecho público, la de jurisprudencia teleológica, y los criminalistas prefieren enfilear la teoría de los bienes jurídicos.

Sin embargo, HECK rechaza los intentos de sustituir a los intereses el fin, los bienes jurídicos o el valor. El precepto legal no recibe grandes luces de los últimos conceptos: es la diagonal del paralelogramo de fuerzas interesadas, cuyo estudio debe preocuparnos tanto como la valoración del interés predominante. Por otra parte, la frase *bienes jurídicos* se refiere a *valores objetivos*, y ambas significan algo que no es completamente sustituible a los estados de ánimo, a la predisposición del interesado. No se niega con tales réplicas la importancia de los conceptos auxiliares, pero para un trabajo de filigrana, como el de *poner en evidencia* los múltiples intereses comprometidos en sociedades, seguros, propiedad intelectual, etc., necesitamos un instrumental fino, así como para decidir los conflictos de la educación religiosa o de la comunidad matrimonial deberíamos emplear verdaderas balanzas de precisión.

IV

Los vocablos latinos *construere*, *constructio* indican en primer término la reunión, disposición y ordenamiento de materiales (edificación); después, los de partes u órganos (construcción de buques y máquinas),

y, en fin, los de signos, palabras o pensamientos (construcción geométrica, gramatical y filosófica) para la conclusión de una obra predeterminada o en proyecto.

Transportada a la jurisprudencia con variado alcance, significa, a veces, el procedimiento de investigación que reduce el objeto investigado a conceptos conocidos; otras, el enlace de un hecho con sus consecuencias jurídicas; según RÜMELIN, el encaje ordenado de una particular apariencia dentro del sistema por medio del análisis y de la síntesis de los conceptos elementales; según STOLL, cualquier desarrollo por el que una manifestación jurídica puede ser esclarecida mediante interpolación en el sistema de derecho con el descubrimiento de sus notas específicas. SAVIGNY hacía uso raramente de la palabra y sólo para expresar el encadenamiento de conceptos por el investigador o la construcción de relaciones jurídicas por el Juez. Después de IHERING, significaba la determinación de conceptos o relaciones jurídicas. Como hemos visto, la jurisprudencia constructiva otorgó al método una fecundidad y valor extraordinarios para colmar las lagunas del derecho, y la escuela de Tubinga, al mismo tiempo que censura esta dirección, utiliza la construcción de un concepto, a base de otros y para su mayor esclarecimiento y determinación.

De todos modos, la construcción es un procedimiento lógico que en la práctica integra la subsunción, en la teoría perfecciona el sistema y, en todo momento, sirve a la precisión y encadenamiento de los conceptos.

Por su autor, las construcciones pueden ser legales y científicas, porque también el legislador construye, distribuyendo las representaciones imperativas en conceptos particulares que, a su vez, se agrupan en otros preceptos. De igual modo, el Juez construye el caso litigioso mediante la legitimación de los conceptos aplicables, como el gramático, el discurso con las partes de la oración.

Pero la determinación de los conceptos científicos comprende dos operaciones mentales que HECK insiste en distinguir, con sumo cuidado, por su finalidad y consecuencias para evitar los antiguos abusos y falacias: la construcción normativa que determina un concepto deontológico por medio de otros conceptos de igual naturaleza, y la construcción sistemática que elabora los conceptos ordenadores o clasificadores. La jurisprudencia técnica no los distinguía, y trataba a estos últimos como causales y creadores de normas. Un concepto legal debe ser interpretado para decidir un conflicto de intereses, pero esta tarea es una cosa particular de interpretación y aplicación del texto, de resultados relativos y aislados para cada precepto. La subsunción lógica, bajo el concepto legal, es la vía normal para la jurisprudencia de intereses que en este momento se

separa de la escuela del derecho libre y se presenta, en cierto modo, como constructiva.

El fin de la determinación sistemática del concepto es la intercalación de los elementos del problema en el sistema científico, y para ello es necesario absorberlos en los conceptos superiores. Pero esta tarea no es de aplicación de la ley, sino solamente un problema de presentación y forma, cuya solución no nos autoriza para llenar las lagunas. Por el contrario, la investigación de intereses es el medio más importante para alcanzar ese objetivo y facilitar el empleo de la analogía. HECK sostiene, contra OERTMANN y STOLL, la posibilidad lógica de construcciones sistemáticas diversas en su presentación, pero equivalentes en el fondo, y repite aquí la clasificación de inclusiones determinativas y típicas, según el investigador ponga de relieve las notas que *siempre* se encuentran en la serie o las que por *regla general* existen, salvando las excepciones.

Después de exponer estas ideas, HECK advierte que la *construcción*, como instrumento de trabajo, es inadecuado y sin importancia, por lo cual la palabra misma desaparecerá del lenguaje jurídico; pero sus partidarios la cubren con frases tan protectoras como las de ser «un medio imprescindible de presentación», «sin el cual difícilmente podríamos dominar la materia» y aún tratan de buscar procedimientos para escoger en cada caso la más exacta o adecuada al estado de nuestros conocimientos, negando la equivalencia de las que parezcan tener iguales títulos. El maestro cede a regañadientes, porque comprende que la tajante arista que separa su método del clásico pierde en rigidez, y concluye por reconocer que a veces el Juez, puesto en presencia de dos construcciones, siente un estridente vibrar de los intereses que le fuerza a adoptar una de ellas, algo así como un aparato de alarma que despierta al propietario en peligro.

Al terminar la lectura del citado artículo de STOLL (1), la cuestión parece reducida a buscar la construcción más justa, o sea la que pone de relieve y alumbra con plena luz las consecuencias del precepto legal o de la interpretación finalista como lógico desenvolvimiento del sistema científico.

V

La escuela de Tubinga tiene el indiscutible mérito de centrar los problemas capitales de la jurisprudencia sobre dos quicios de extraordinaria solidez: a) *el texto legal* que los partidarios del derecho libre habían arrojado por la borda en la borrasca que a fines del siglo pasado corría

(1) Archiv f. die Civ. Praxis, 133, 117.

la justicia; *b*) la doctrina del *interés* protegible, entendido, no en el sentido del materialismo histórico, sino como energía latente en las aspiraciones humanas, vulgares o nobles, prácticas o románticas.

Con ello ha dado el golpe de muerte al logicismo, o mejor, ha reducido la construcción a sus verdaderos límites, ha separado los problemas normativos de los cognitivos y de formulación sistemática y, sobre todo, ha llamado la atención de los juristas hacia los sectores vitales y hacia las funciones de la sociedad.

Pero sin listas de intereses, ni jerarquía de valores, ni módulos de reducción, ni reglas para medir las variadas dimensiones de los impulsos, deseos o anhelos humanos y la energía de las corrientes sociales, la ponderación de fuerzas o intereses es una ilusión más que una realidad asequible en corto plazo.

Por otra parte, la más ligera reflexión sobre la materia nos hunde en los abismos donde se forja el derecho y donde la función reguladora del interés parece anularse. No se olvide que la teoría del derecho puro prescinde en sus investigaciones de la finalidad, y que no todos los juristas comparten el desdén con que la jurisprudencia de intereses trata a Kelsen.

Así, pues, no nos dejamos arrastrar por el entusiasmo que Heck pone en sus palabras cuando compara el método en cuestión al sistema de Copérnico, aunque reconocemos lo que aquél tiene de práctico para el Juez que vacila en la interpretación de la ley o en la resolución de un caso no previsto por el legislador.

JERÓNIMO GONZÁLEZ

LA PLENITUD DEL ORDEN JURIDICO

1940, págs. 112-129

El comentario al libro de Carlos Cossío, La plenitud del orden jurídico y la interpretación de la ley (Buenos Aires, 1939), da pie a Legaz para este artículo, en el que, junto a una recensión del pensamiento de Cossío, se contienen, en una segunda parte, reflexiones propias de gran interés por precisarse el valor de la lógica para el Derecho, cuestión tan actual, y destacarse la concepción humanista de respeto a la libertad de la persona.

Ahora bien: del hecho de que el orden jurídico sea un todo herméticamente pleno no debe pasarse a lo que llamó BERGBOHM «fuerza de expansión lógica del Derecho» (*logische Expansionskraft des Rechts*), pues si bien es cierto que el contenido de las normas jurídicas encuentra expresión en forma lógica, lo es también que ese contenido no puede ser aumentado lo más mínimo por la Lógica: la Lógica puede poner orden en los contenidos, pero no crear contenidos nuevos. Por la Lógica no puede descubrirse en las normas ningún sentido nuevo que ya de antemano no estuviese contenido en ellos (1). Por importante que el elemento lógico aparezca dentro del orden jurídico, no es más que un elemento secundario; es un medio para un fin práctico, pues el Derecho tiene fines prácticos y no fines lógicos. Por eso, cuando decimos que el orden jurídico constituye un todo herméticamente pleno, lo hacemos pensando en esa norma según la cual está jurídicamente permitido todo cuanto no se halla jurídicamente prohibido, la cual no posee un sentido puramente lógico, sino precisamente ético. Pues el Derecho tiene sus raíces en la vida moral de la persona, y la vida es ética y metafísicamente

(1) Cfr. J. Móor: «Das Logische im Recht», en la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, pág. 172. Cfr. nuestro estudio: *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la escuela de Viena*, Barcelona, Bosch, 1933, págs. 270 y sigs.

libertad. Y a esa libertad pertenece incluso el aspecto puramente formal de la misma, aspecto o momento que si no puede considerarse como supremo, sí en cambio como fundamental, y en ese momento enraiza esta libertad jurídica de hacer lo que jurídicamente no está vedado hacer. Por eso, el postulado de la plenitud hermética, en cuanto dicha plenitud está determinada en última instancia por la norma de libertad, posee un profundo sentido moral.

Si el Derecho posee plenitud desde el punto de vista lógicoteorético, la función del Juez—aplicar el Derecho—es una función predominantemente lógica: lógica desde el punto de vista formal, creadora en su aspecto material. Formalmente, la función del Juez es formar el silogismo, cuya premisa mayor está en las normas y la *propositio minor* en el caso concreto; siendo su específica misión decidir rectamente en la conclusión. Lo mismo ocurre cuando la norma general le delega para obrar como obraría si actuase como legislador (según la expresión del Código suizo de las obligaciones): la norma ideal formulada entonces por el legislador es el contenido de la norma delegante, y el silogismo es idéntico. Sin embargo, *materialiter*, en la sentencia hay algo nuevo y distinto del simple silogismo: hay la continuación del proceso creador del Derecho. Esto es lo que ha puesto de relieve precisamente la escuela de Kelsen, que, por otra parte, representa un peculiar formalismo, aun cuando no precisamente ese feo formalismo de los juristas que ha contribuido al descrédito y crisis de la ciencia jurídica. Se apoya, pues, en un completo malentendido decir contra Kelsen, por ejemplo, que «si los límites del poder discrecional no son trazados por él mismo, sino por el Derecho, se puede reconocer que el imperio del Derecho está plenamente asegurado. Tal es el *absolutismo jurídico* moderno. Hay algo de común con el absolutismo político del siglo XVIII, en tanto que este último se traducía en términos jurídicos. El dogma de la omnipotencia de la ley ha cedido su plaza al de la omnipotencia del Derecho. La interpretación estaba ya proscrita, pues se creía que la ley podía preverlo todo. En nuestros días, los partidarios del absolutismo jurídico estiman que el Derecho lo prevé todo: la función del Juez se reduce a la construcción de silogismos; la tarea de la administración a lo mismo. Pero tal teoría ensancha la función del Derecho más allá de todo límite. En lugar de ser una fuerza social viva y activa, el Derecho pasaría al estado amorfo de una nebulosa» (1), después de haber dicho que «la construcción jurídica (kelseniana) no tiene nada que ver con la vida jurídica real», lo cual es verdad sólo si se piensa que la vida, jurídica o no, puede subsistir en sí como

(1) ALEXÉEF: «L'Etat, le Droit et le pouvoir discretionnaire des autorités publiques», en la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, pág. 218.

vida caótica, informe, ajena a toda forma, lo cual es precisamente lo que no tiene nada que ver con la realidad de la vida, la cual es vida en cuanto posee forma y racionalidad inmanentes. También aquí puede mostrarse que el formalismo filosóficojurídico kelseniano no es el formalismo jurídico que le imputan sus adversarios. En virtud de este formalismo, los órganos no legisladores estarían materialmente vinculados a la ley en términos tan absolutos que ninguna libertad de movimientos estaría permitida al Juez ni a la Administración. Lo contrario es la verdad respecto de KELSEN. En otro lugar hemos citado el siguiente caso, que confirma este aserto (1): En el verano de 1930, el Tribunal austríaco de Justicia Constitucional declaró la posibilidad de revisar la validez de los actos de la Administración por los cuales concedía ésta la dispensa del impedimento de vínculo anterior para contraer nuevos matrimonios; ahora bien, tal decisión del Tribunal de J. C. significaba el triunfo de la opinión contraria a la que en el anterior Tribunal había sostenido el propio KELSEN como ponente; pues según esta opinión, la Justicia estaba ligada al acto administrativo. Pero si se tiene en cuenta que por no existir en Austria una ley de matrimonio civil era asunto «discrecional» para la Administración el otorgamiento de semejante dispensa, no extrañará que la crítica adversa a KELSEN se revolviese contra éste alegando que «concedía a la Administración facultades creadoras de Derecho». Dejando, pues, a un lado la cuestión de fondo, resulta que para KELSEN la Administración, ligada sin duda formalmente a la ley, poseía un margen de libertad suficiente para conceder dispensas matrimoniales no previstas en la legislación; mientras que para los magistrados componentes del Tribunal de Justicia Constitucional en el verano de 1930, la Administración no poseía tal margen de libertad. Otra cosa es que en el fondo de toda esta cuestión jurídica hubiese un difícil y complicado problema políticosocial, cual era el de que la opinión sustentada por KELSEN resultase favorable al divorcio, mientras que en virtud de la decisión del Tribunal quedaban invalidados *ipso facto* alrededor de 50.000 matrimonios contraídos al amparo de la dispensa otorgada por la Administración, «en virtud de una delegación puramente formal de las normas generales», según el criterio kelseniano.

Señalemos también a este propósito que el formalismo y el logicismo de KELSEN son de tan peculiar índole que precisamente le impiden reconocer que el orden jurídico, en sí mismo considerado, posea logicidad inmanente. KELSEN afirma lo contrario. Es la ciencia jurídica la que hace

(1) Cfr. nuestro *Kelsen...*, cit., pág. 272.

del Derecho un «orden». «Si se distingue, dice (1), entre Derecho y ciencia jurídica, como se distingue entre naturaleza y ciencia natural, no se puede ver en el Derecho y en la naturaleza, en tanto que se les considere como objetos del conocimiento, más que puros alógicos.» Claro que a esto puede oponerse desde un punto de vista immanente que el Derecho no es lo mismo que la naturaleza, pues siendo aquél un producto espiritual, ha de conservar necesariamente las trazas lógicas del espíritu que lo crea. Para Kelsen es la ciencia jurídica la que produce las normas, es decir, los «juicios hipotéticos» en que, según él, éstas consisten. Pero ¿por qué no había de poder disponer el legislador de los mismos medios que el jurista y producir por sí mismo los juicios hipotéticos, antes de que la ciencia jurídica se lo atribuyera? Lo que en este punto tiene de verdadero la doctrina de Kelsen es que, como ya se ha indicado, lo lógico no es lo primario en el Derecho, el cual posee fines prácticos y responde a una exigencia moral, como moral es su fundamento en la vida de la persona; mas no por eso carece de logicidad immanente (2).

Cuando en España los problemas fundamentales de la ciencia jurídica vuelvan de nuevo a ser objeto de meditación—esperamos que ya lo son en la mente de nuestros mejores juristas—habrá que enfrentarse con estas cuestiones y con las infinitas con ellas vinculadas. Nuestra hora es excepcionalmente propicia para una renovación de las concepciones jurídicas vigentes. Y esta hora nos impone, además, el *imperativo de originalidad*, hasta el punto en que en la ciencia es posible dejarse guiar por el afán de originalidad, que en sí mismo no tiene nada que ver con el afán de verdad. Originalidad quiere decir aquí, simplemente, no petrificarse en el pensamiento tradicional y no dejarse arrastrar tampoco por concepciones nuevas vigentes en países europeos de mayor o menor afinidad política al nuestro, sólo por el hecho de su vigencia en esos regímenes afines (pero no idénticos). España tiene que decir al mundo «su»

(1) Kelsen: «Rechtswissenschaft und Recht», en la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, pág. 162.

(2) Cfr. nuestro *Kelsen...*, cit., pág. 274. Esta verdad no la destruyen críticas como la de Tezner (*Rechtslogik und Rechtswirklichkeit*, 1925, pág. 15), cuando dice que el Derecho «mag ein Sollensein, so hat es dennoch Seinsqualitäten. Es ist bald plum, bald hypokritisch, bald vollkommen, bald krüppelhafft, bald menschlich, bald barbarisch, bald vernünftig, bald irrsinnig wie das Hexenrecht, bald weise, bald idiotisch wie die formale Beweistheorie und das Zensurrecht des Vormärz, bald alles zugleich... Wie sollte auch das Recht Logik und nichts als Logik sein, da doch gar nicht geleugnet werden kann, dass eine Rechtsordnung bestimmte Rechtsinstitute logisch besser durchbildet haben könne wie andere...?» Pero afirmar la logicidad immanente del orden jurídico no es afirmar que éste sea «sólo Lógica», ni la Lógica que le es propia impide que se puedan emitir con plena razón juicios estimativos adversos acerca de las determinaciones jurídicas concretas, y que a esos juicios estimativos se les llame «faltas de lógica».

palabra. Y así como Santa Teresa encontraba a Dios aun en los pucheros, así también en estas áridas cuestiones relativas al orden jurídico, su plenitud hermética o sus lagunas, la posición y función del Juez, etc., debe encontrares viva, colándose por todos sus intersticios, esa concepción humanista, de respeto a la libertad profunda de la persona que ha de estar en la base del pensamiento español.

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA

II. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

EL REQUISITO DE LA VIABILIDAD DEL NACIDO EN EL CODIGO CIVIL

1927, págs. 824-835; 1928, págs. 1-13, 161-173, 321-333

Sobre el tema de la viabilidad se ocupó Pérez González además en la Revista de Derecho Privado de 1944 (págs. 273 y ss.). En el presente estudio defiende que el requisito de la viabilidad es exigido por el Código Civil, basándose en preceptos del Código que aluden explícitamente a la viabilidad (arts. 960 y 964), en la regulación contenida en otros artículos y en la tradición histórica, que examina con detenimiento. La opinión de Pérez González ha tenido eco en la doctrina y para ser rebatida fue necesario que los maestros De Castro y Castán—sobre todo el primero—se esforzaran en la crítica de los argumentos de indudable peso puestos en juego por el autor.

EL CONCEPTO DE LA VIABILIDAD

Con la palabra viabilidad se define la aptitud de las criaturas recién nacidas para la vida extrauterina.

Que el nacido sea viable, y en tal concepto titular de capacidad jurídica, es tema no exento de contradicción lógica.

Si la capacidad jurídica es el medio de procurar al hombre el goce de los derechos con los cuales satisface necesidades de la vida, cuando precisamente es ésta la que de modo irremisible falta, no tiene razón de

ser la concesión o reconocimiento de personalidad a un ente fugaz que no es más que una apariencia de vida.

Contrariamente, si la capacidad jurídica en la cultura actual es un atributo inherente a la existencia del ser humano, no se puede privar a ninguno de la personalidad, aunque se tratara de una vida vacilante y efímera.

Que el nacido tenga aptitud para vivir, fue el principio dominante en las legislaciones bárbaras y en el Derecho feudal. De esta tradición quedaron gérmenes suficientes en el Derecho francés, y así el Parlamento de Burdeos mantuvo constante su jurisprudencia de exigir al nacido la condición de viabilidad (1).

Extensamente se propagó la doctrina entre los juristas franceses, y POTHIER exige al niño, para que sea capaz de suceder, que haya nacido en tiempo.

Los conceptos dominantes en los escritores juristas del siglo XVIII y principios del XIX tuvieron su estampación en los cuerpos de leyes, y así los compiladores franceses debatieron en forma prolija el requisito de la viabilidad (2), a propósito del tema de legitimación, concluyendo por exigir al recién nacido el requisito de la viabilidad, si bien entendieron por criatura viable la nacida a término, haciendo de esta suerte equivalente criatura viable y no abortiva.

La doctrina francesa posterior discute sobre si a las criaturas con vicios orgánicos que imposibiliten la vida debe negárseles la personalidad, y los partidarios de la nueva concepción se arraigan y vencen (3).

La obra de los compiladores franceses pasa textualmente al Código Albertino en Italia, y sus intérpretes y comentaristas, con escasas excepciones, aceptan la viabilidad en un concepto amplio (4).

He aquí, por tanto, dos clases o especies de viabilidad: propia e impropia.

Es viabilidad propia la que presenta el recién nacido a término, es decir: el que después de una gestación normal nace, pudiendo, por tal motivo, continuar su vida extrauterina.

(1) FERRARA: *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, Parte general, cap. XI, «La persona fidei».

(2) LOCRE: *Legislación civil común y criminal*.

(3) Partidarios de la primera tendencia (viabilidad propia) fueron en Francia: Troplong *des donations*, núm. 601, Zachariae; *Cours de droit civil*, s. 8 r., CHAVOT; *Comentarios al artículo 726*, FRENIER; *Des Donations*, I, núm. 100, AUBRY ET RAU, ss. Defienden la segunda tendencia (viabilidad impropia) DEMOLOMBE, MARCADÉ, MOUSLON, LAURENT, etc.

(4) El concepto amplio de viabilidad (viabilidad impropia) ha sido aceptado en Italia y continúa aceptándose, con las excepciones de PACIFICI, MAZZONI y SERAFINI.

Es viabilidad impropia la que posee el nacido vivo sin vicio orgánico esencial que le imposibilita continuar su existencia independiente.

Como se ve, el significado de viabilidad impropia es mucho más amplio que el de viabilidad propia, ya que éste queda recogido en el contenido de aquél.

Ahora bien; cuando un sistema positivo exige la condición de viabilidad, ¿qué ha de comprenderse bajo esta exigencia? ¿Solamente la viabilidad propia? ¿También la impropia? Opina WACHTER (1) que debe considerarse como tal viabilidad sólo la propia, porque cuando la gestación es normal, el único obstáculo que se opone al reconocimiento de la personalidad del feto es su unión intrauterina con la madre, enlace que, una vez roto, determina la capacidad y sería violento que si, después de nacido, muere por consecuencia fatal de un defecto orgánico, se le quite retroactivamente la personalidad que se le había concedido desde el momento mismo de su nacimiento, hasta que su muerte venga a poner de manifiesto su falta de viabilidad.

Dice PACIFICI-MAZZONI (2): Abundando en la tesis de WACHTER que si un niño adquiere gestación perfecta, manifiestamente ha alcanzado el desarrollo orgánico, según las leyes fisiológicas, para vivir la vida propia. Podrá ser muy débil el organismo del recién nacido, pero la debilidad no excluye la viabilidad. La viabilidad presupone necesariamente la vida, y la deficiencia orgánica esencial imposibilita aquélla, por la que es inútil tratar de la no viabilidad dependiente de semejantes vicios.

No puede influir la cantidad de tiempo que viva la criatura ni la calidad del motivo ocasionante de la muerte, o si existía o no antes del nacimiento o sobrevino después; basta que el feto haya traspasado el estado embrionario y tenga vida independiente, largo o breve.

Inexactamente, dice este autor, propone SAVIGNY que existe incongruencia en admitir la falta de viabilidad por lo precoz del parto y no admitirla por una imperfección orgánica que haga imposible toda vida ulterior. Se trata, por el contrario, de dos cuestiones distintas: el feto unido al seno de la madre en estado de embrión, no ha adquirido la capacidad de vida independiente. Puede nacer muerto o morir durante el parto, y puede suceder que naciendo vivo, viva algún tiempo después del parto. Pero esta vida no debe ser confundida con la vida independiente del seno materno, necesaria para obtener la capacidad jurídica (3).

(1) *De partu vivo non vitali*.

(2) *Instituzioni di Diritto civile italiano*, vol. II, parte general, págs. 32 y siguientes, 5.ª edic., Florencia, 1914, y en el *Trattato delle Successioni*, I, 66.

(3) Notas de VENCI a las *Inst.* de PACIFICI, vol. 36; la VII del vol. II, 2.ª edición cit.

En contraposición a la tesis anterior, defendiendo, por tanto, que debe comprenderse la viabilidad en su sentido impropio, se aducen los siguientes argumentos:

Si el legislador diera personalidad al nacido, pero inhábil para vivir por inmadurez de gestación, por lógica consecuencia debiera también negar personalidad al que naciendo vivo y de gestación normal no puede, sin embargo, continuar la vida por deficiencia orgánica esencial (1).

El derecho como institución social debe regular relaciones duraderas entre los hombres, y su objetivo debe ser lógico y práctico.

No teniendo el recién nacido viabilidad, venga este defecto de donde viniere, no se debe reconocer la capacidad, sin que el legislador pierda tiempo en investigar motivos que la realidad, sin esfuerzo alguno, ya le brinda.

Aceptando la teoría de WACHTER, ¿no aparece más claro, para dejar de reconocer la capacidad, el hecho de que a la criatura le falten órganos esenciales para la vida? ¿Le parece más natural a WACHTER que sea considerado como capaz un feto falto de cabeza y que dé sólo reflejos de vida, que la de un recién nacido, sin otra imperfección que la de ser demasiado endeble por haber nacido prematuramente? El argumento de WACHTER se vuelve contra su propia tesis, pues si la criatura nace viva, aunque producto de una gestación inmadura, ¿por qué se le va a negar retroactivamente la personalidad por el hecho de la muerte posterior? (2).

Ante la viva discusión de los autores, de la que sólo hemos recogido aspectos, se han situado muy diferentemente los Códigos vigentes, pero a nuestro propósito baste decir que la viabilidad, en su concepto impropio, se ha salvado y es exigida por los de Francia e Italia, rechazando la concesión de la personalidad a la criatura abortiva y al feto nacido con defectos orgánicos o funcionales que hagan certeramente imposible la vida, pues sólo significan una quebrada esperanza de vida humana.

II. ¿EXIGE NUESTRO CÓDIGO CIVIL EL REQUISITO DE LA VIABILIDAD EN EL NACIDO?

1) No puede dudarse que el Código Civil exige dichos requisitos. Pero mientras los Códigos de Italia y Francia (3) exigen expresamente el requisito de la viabilidad, nuestro Código, en cambio, si bien lo menciona varias veces, como término ya concretado y conocido, del cual depende la

(1) DEMOLOMBE y demás defensores ya citados de la viabilidad impropia.

(2) FRANCESCO ISNANDI: *Principio a termine della personalità dell'individuo*, Torino, 1898.

(3) *Cód. Italiano*: Arts. 161, 724, 764, 1.053 y 1.088.

Cód. Francés: Arts. 314-30, 715-20 y 906 al final.

verificación de determinados efectos jurídicos, no llega, sin embargo, a su formulación general y expresa como *conditio iuris* del nacimiento.

Así, al reglamentar las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta, nos dice en su artículo 960: «... Para evitar la suposición del parto o que la criatura que nazca pase por *viable* no siéndolo en realidad»; en el artículo 964 de la misma sección dice: «... Habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo si naciere y fuere *viable*», y, por último, en el apartado primero del artículo 745 dice: «Son incapaces de suceder: 1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30».

El artículo 30 aludido dice así: «Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

Muy variadas son las referencias indirectas que en el Código existen al problema de la viabilidad, pero tratándose de prevenciones reguladoras de otras materias como legitimación concepción, etc., hacemos caso omiso de ellas (1).

La simple lectura de los textos citados acreditan que la viabilidad está exigida.

Tal es la opinión de los autores españoles, sin excepción alguna (2). Todos dirigen sus actividades en este punto a estudios críticos del artículo 30 del Código: los unos justificando sus apartados en razones de conveniencia, los otros formulando juicios desfavorables por creerlos en

(1) Sobre presunción y doctrina de legitimidad de los hijos y postumidad en su sentido especial: Arts. 108, 109, 110, 111, 112 y 113.

Sobre precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta: Artículos 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966 y 967.

Sobre influencia legal de la concepción y sus aplicaciones: Arts. 627, 644, 745 y 814.

(2) NAVARRO AMANDI: *Cód. Civil reformado*, Madrid, 1889. Dice que el requisito de la viabilidad está exigido en la condición que se previene en el artículo 30, «que viva veinticuatro horas». PEDREGAL, en *Texto y comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1889, págs. 96 y sigs., encuentra exigida la viabilidad en calidad de presunción, *iuris et de iure*, en el requisito de las veinticuatro horas de vida que previene el artículo 30. FALCÓN, en su *Exposición doctrinal del Derecho civil común y foral*, Barcelona, 1893, págs. 110 y ss., afirma que el requisito de la viabilidad es pedido por el Código bajo la fórmula de «que viva veinticuatro horas». MUCIUS SCAEVOLA, en sus *Comentarios al Código Civil*, opina que la viabilidad está requerida en la condición de «que viva veinticuatro horas», del artículo 30. Igual opinión sustenta MANRESA en sus *Comentarios al Código Civil español*. SÁNCHEZ ROMÁN, en sus *Estudios de Derecho civil español común y foral*, 2.ª edición, Madrid, 1911, tomo II, págs. 174 y 175. VALVERDE, en su *Tratado de Derecho civil español*, tomo I, pág. 131, ed. 1909, Valladolid. DE DIEGO, en su *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, tomo II, pág. 89, y CASTÁN, en su *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1924, tomo I, pág. 47, etc.

contradicción con postulados de la ciencia, pero todos, absolutamente todos, reconocen que el artículo citado exige el requisito de la viabilidad.

La tradición jurídica española constituye también clara justificación de nuestro aserto.

Podemos afirmar, sin ningún género de dudas, que no existe pueblo que en su legislación ni en literatura antigua nos aventaje en reglamentación y estudios sobre viabilidad (1).

El Fuero Juzgo, en sus leyes 18 y 19, tít. II, libro XIV; la ley tercera, tít. VI, libro III del Fuero Real; la ley 16, tít. VI, Partida VI; ley 4.^a, tít. XXIII, Partida IV, y la ley 5.^a, tít. XXIII, Partida IV del *C. del Rey Don Alfonso*; la ley XIII de las de Toro; la ley 2.^a, tít. V, libro X de la Novísima Recopilación.

Los Fueros municipales exigen unánimemente el nacimiento vivo y un tiempo variable de vida bajo la condición del bautismo y plazos que oscilan desde las veinticuatro horas hasta los diez días. El *Proyecto de Código Civil de 1851*, en su artículo 107, y la *Ley del Matrimonio civil de 1870*, en su artículo 60, que con mejor redacción gramatical pasa al artículo 30 de nuestro vigente Código Civil.

Las notas que anteceden significan una constante preocupación del legislador a través de siglos, exigiendo el requisito de la viabilidad bajo diferentes condiciones y pretextos: unas veces pidiendo que, para ser persona, la criatura viva diverso número de días, otras veces horas, o que sea bautizada; como complemento, que no sea monstruo o prodigio, o bajo la fórmula más suave de que tenga figura humana.

Los nombres de ANTONIO GÓMEZ, NOLASCO DE LLANO, ALFONSO DE AGUILA, LLAMAS MOLINA, PACHECO GUTIÉRREZ, etc., significan una continuación estimadísima en la literatura de la viabilidad al comentar este problema en los Cuerpos legales (2).

La conclusión a que nos llevan los antecedentes anotados es la de aceptar como un hecho indudable que nuestro Código Civil exige la viabilidad como requisito esencial para el reconocimiento de la personalidad.

2) Problemas que al exigir la viabilidad plantea nuestro Código Civil:

¿En qué precepto del sistema se formula esencialmente el requisito de la viabilidad?

Recordemos a este efecto los diversos artículos en los que se hace referencia a la viabilidad: El artículo 960, incluido en la sección pri-

(1) MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, art. 30.

(2) ANTONIO GÓMEZ: *Comentarios*. NOLASCO DE LLANO: *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez*. ALFONSO DE AGUILA: *Adiciones a don Hermenegildo de Rojas*. LLAMAS MOLINA: *Comentario crítico jurídico literal a las 83 leyes de Toro*. PACHECO: *Comentario histórico-crítico y jurídico a las leyes de Toro*. GUTIÉRREZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, etc.

mera del capítulo V del título III, libro III del Código Civil, bajo la rúbrica «De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta», se refiere a las peticiones que los interesados pueden hacer al Juez competente, al objeto de evitar la suposición del parto o que la criatura que nazca pase por viable, no siéndolo en realidad.

Como se deduce de su simple lectura, el requisito de la viabilidad se exige a los efectos sucesorios, pero no se define ni se expresa cuál sea la circunstancia o circunstancias que delatan su existencia. El término viabilidad está usado como conceptuación ya conocida sobre la que se siguen elaborando reglas.

Iguals comentarios nos sugiere el texto del artículo 964, incluido en el mismo capítulo y sección.

Relativamente al artículo 745, referido a señalar cuáles son las personas incapaces de suceder, nos muestra como tales las abortivas, y al definirlas en forma negativa, se remite al artículo 30, indicando que aquéllas en quienes concurran las circunstancias prevenidas en el mencionado texto tienen conceptuación opuesta a las abortivas, o sea, calificación de viables.

Por consecuencia de la revisión a que obliga este artículo, así como con objeto de agotar en la investigación planteada todos y cada uno de los textos en los que nuestro Código Civil se refiere a la viabilidad, es preciso entrar en el estudio del artículo 30.

La lectura de este texto, ya reseñado, descubre su finalidad: Prevenir las circunstancias que han de concurrir en el feto para adquirir la categoría de persona jurídica. El Código Civil, con este pretexto, tiende a resolver el discutido tema del origen de la personalidad.

Con los apartados de este artículo se nos da el conocimiento de las circunstancias que revelan la existencia de la personalidad y, por tanto, elementos de juicio para formular una definición legal: Es persona el feto que, desprendido completamente del seno materno, vive veinticuatro horas y tiene figura humana.

Si a tal fin nos conduce el artículo 30, a diferencia de la de enseñanza que obtuvimos al analizar el resto de los artículos del Código que hacen referencia a la viabilidad, y si, por último, reiteramos la opinión unánime de los autores españoles de encontrar la exigencia de la viabilidad en el artículo 30, creemos queda suficientemente probada la afirmación que encabeza este apartado.

Ahora bien; ¿en qué condición de las varias requeridas por el artículo 30 está exigida la viabilidad?

Los apartados que constituyen este artículo en calidad de exigencia conjunta y esencial para que a los efectos civiles se repute nacida una

criatura, son: *a)* Separación completa del seno materno; *b)* que nazca viva; *c)* que tenga figura humana, y *d)* que viva veinticuatro horas.

El requisito de la separación completa del seno de la madre indica el efecto natural del parto, pero nada supone en relación con el hecho de la vida. En la separación puede producirse un ser muerto. Si nada supone con relación al hecho de la vida, menos supondrá aún, si cabe, respecto a la «aptitud» para la vida, que es sustancia de la viabilidad.

Exige el artículo 30 el requisito de nacer vivo. Ello constituye un presupuesto esencial para que exista la viabilidad, pero no la viabilidad misma. La vida supone un presente, una situación fisiológica actual. La viabilidad supone una aptitud para continuar esa misma vida, define una situación de futuro.

Dos últimos requisitos exige el artículo 30: que viva veinticuatro horas y que tenga figura humana. La primera supone un plazo que ha de sobrepasar quien nazca vivo, una existencia independiente que sigue desarrollándose. En ella fijan la viabilidad todos nuestros jurisconsultos.

La figura humana implica una identidad o similitud orgánica y morfológica con el patrón humano, pudiendo estar referida a deficiencias orgánicas esenciales.

De lo expuesto se deduce que la viabilidad es exigida por el Código Civil en su artículo 30 y que la exigencia se encuentra establecida en el apartado de las veinticuatro horas o en el de la figura humana o en ambos conjuntamente.

El estudio de estas exigencias, de indudable origen bárbaro y románico, respectivamente, nos incita, como sucede siempre que se trata de instituciones de abolengo, a plantear una investigación histórica. Con ella no sólo aspiramos a concretar definitivamente cuál sea la condición o condiciones que en nuestro artículo 30 exigen la viabilidad, sino, además, como conjunto de conocimientos necesarios para poder desarrollar la segunda parte de este trabajo.

Recordemos a este propósito lo que se indicó en las líneas preliminares de este trabajo, con referencia a los problemas que en punto a viabilidad nos inquietaban: «El uno consiste en delimitar definitivamente el precepto de nuestro Código Civil, en el que se formula el requisito de la viabilidad. El otro, consiste en investigar la construcción útil y adecuada al sistema positivo, para dirigir certeramente la aplicación de aquel principio». Y, en efecto, la evolución histórica de la exigencia de las veinticuatro horas y el requisito de la figura humana nos dará el presupuesto de conocimientos necesarios para emprender la segunda parte de nuestro estudio.

Sólo a título de anticipo expondremos en breves líneas algunas de las consideraciones sobre que va a versar la futura labor:

Aceptada y demostrada la exigencia de la viabilidad en las prevenciones indicadas, ¿consiste la viabilidad del nacido en vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno? ¿Ha de ser tal requisito categóricamente definidor, de tal suerte que el nacido que muera antes de las veinticuatro horas no es viable, cualesquiera que sea su perfecta gestación? Y, del mismo modo, ¿el feto antes de término propiamente abortivo o con deficiencias orgánicas fundamentales es viable, a pesar de todo, por sólo el hecho de haber vivido las veinticuatro horas cumplidas? ¿Significará este plazo un signo de viabilidad, susceptible de prueba en contrario?

En cada uno de los supuestos planteados hemos de barajar los conceptos: de definición, con sus significados de representación formal de un concepto; de presunción *iure et de iure*, como suposición absolutamente cierta de una realidad probable, pero no probada; la presunción *iure tantum*, como supuesto que admite prueba en contrario; las formas positivas y negativas de estas mismas presunciones; la ficción, etc.

Basta lo dicho para comprender la justificación del estudio histórico que emplazamos como complemento necesario de este trabajo y precedente indispensable del que sigue.

BLAS PÉREZ GONZÁLEZ

2. DERECHOS REALES

EL "IUS AD REM" EN EL DERECHO CIVIL MODERNO

1933, págs. 253-262, 330-340, 411-424, 519-528, 584-595,
641-658, 721-733, 801-810, 881-895;
1934, págs. 15-24, 97-107

De entre los numerosos artículos que FONCILLAS publicó en la Revista, todos los cuales han sido reunidos recientemente en un extenso volumen, éste es uno de los más importantes por su amplitud y contenido. Se trata de un interesante y documentado estudio histórico-comparativo de la figura desde sus orígenes hasta las modernas codificaciones. Se estudia la figura medieval y su evolución posterior hasta la codificación prusiana de 1794, examinándose detenidamente la doctrina desarrollada a partir de sus preceptos. A continuación se expone la cancelación de la figura por el Código Civil alemán, el ius ad rem y la noción del derecho anotado, para desembocar en la teoría de la responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento de una obligación y su aplicación al caso de adquisición de la propiedad. Estas páginas, dedicadas a la responsabilidad del tercero, me parece deben ser recordadas como las primeras en nuestra doctrina sobre el tema. En ellas el autor hace un amplio estudio de las doctrinas alemana, francesa y suiza, que no debería haber sido olvidado, como al parecer ha sucedido. Por ello precisamente es por lo que parece que estas páginas, en las que el autor plantea a la manera moderna el mismo problema que la figura del ius ad rem resolvió, son las que deben figurar en la antología.

NUEVA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA. LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD
DEL TERCERO CÓMPLICE EN EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN

La cuestión que nos proponemos examinar es si en el derecho moderno puede volverse a concepciones análogas a la del *ius ad rem* o, cuando menos, a un resultado parecido al obtenido por esta teoría en el siglo XVIII. No se plantea la cuestión de saber si ha de reconocerse la existencia de un derecho intermedio entre el derecho real y el derecho de obligación, sino que se ha formulado el problema de la manera siguiente. El concurso aportado por un tercero a los hechos constitutivos de la in-ejecución de una obligación contractual, ¿hacen al tercero responsable frente al acreedor? (1). En una palabra, es el problema de la responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento de una obligación.

Esta manera de considerar el problema no tiene nada de sorprendente si se tienen en cuenta las interpretaciones análogas presentadas por LEYSER, HOMMEL, y entre los más recientes, FOERSTER y DERNBURG. Sea que admitan o que rechacen la opinión que considera el acto del tercero como delictuoso, parten todos de este punto de vista para encontrar la solución.

Notemos, sin embargo, que una respuesta afirmativa a esta primera cuestión no hace renacer necesariamente, y por ella sola, la concepción del *ius ad rem*; sin embargo, combinada con el principio de la reparación en *natura*, podría llegarse al mismo resultado.

Las legislaciones callan, generalmente, sobre el problema de la complicidad del tercero en la ruptura de un contrato.

Que nosotros sepamos, sólo el proyecto de Código Civil húngaro de 1900 contenía un artículo aplicable a esta hipótesis, y era el 1.077, que decía: «Aquel que intencionalmente determina a otro a violar su compromiso respecto a una tercera persona responde solidariamente con el deudor del daño resultante de la violación del compromiso».

A) *El problema en derecho francés.*

La hipótesis ya es antigua en su jurisprudencia. Era el caso de venta de un inmueble, consentida por el vendedor a un tercero de mala fe, en perjuicio de un primer adquirente que no ha inscrito su título, y este caso ha sido planteado después de la Ley de 1855 sobre transcripción en materia hipotecaria.

Se advierte inmediatamente que el problema se plantea, ante todo, en materia de obligaciones de hacer.

(1) Comp. BARTIN, AUBRY et RAU, 5.^a ed., VI, § 444, pág. 338.

Es el caso del dueño o patrón a quien un tercero, otro patrón, le arrebató uno de sus obreros.

Hay igual ejemplo en las obligaciones de no hacer: un tercero, con conocimiento de causa, se asocia a una persona que está ligada con otra en virtud de una cláusula de no concurrencia.

Es también otro supuesto la operación hecha por el mandatario con un tercero de mala fe en perjuicio del mandante.

Se encuentran igualmente hechos análogos en las aplicaciones antiguas de teorías clásicas; por ejemplo, la inejecución de una promesa de venta.

Podrían citarse más casos, pero la idea es siempre igual: el tercero que atenta contra el lazo contractual perfeccionado entre dos contratantes comete un acto delictual.

El problema era edificar sobre tales materiales dispersos una teoría general sobre la responsabilidad del tercero.

La doctrina, durante largo tiempo, no se ha dado cuenta de la posibilidad de una acción directa del acreedor contra el tercero.

PLANIOL y BAUDRY-LACANTINERIE no mencionan este problema.

Es PIERRE HUGUENEY quien en 1910, en una tesis notable sobre la «Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle», proclama el primero el derecho del acreedor a esta acción, y esta teoría, en sus grandes líneas, es la del Derecho francés actual.

Varios autores, como DEMOGUE (1), LAMBERT (2), BARTIN (3), RIPERT (4), la han repetido, retocándola con frecuencia en algunos puntos.

Todos están de acuerdo en declarar la responsabilidad del tercero, pero no lo están sobre el carácter de esta responsabilidad, y sus opiniones divergen en cuanto a los casos en que la aplicación de la teoría se impone.

A primera vista se está inclinado a considerar al tercero como responsable en virtud del mismo contrato cuya ejecución ha impedido. Sin embargo, se objeta que, permaneciendo extraño al contrato, no ha podido cometer una falta contractual, y, por consecuencia, si hay que reprocharle una falta, ésta será necesariamente de carácter delictual.

Pero de todos modos se opone un obstáculo a esta manera de ver.

Los autores se preguntan (5) si el artículo 1.165 del Código Civil francés excluye tal interpretación, puesto que declara que las convencio-

(1) *Revue Trimestrielle*, 1921, pág. 727. «Droit des obligations», II, pág. 862; III, pág. 378.

(2) «Nota Dall.», 1922, II, pág. 153.

(3) AUBRY et RAU, 5.^a ed., VI, § 444, pág. 338.

(4) «La règle morale dans les obligations civiles», 1925, págs. 297 y sigs.

(5) BARTIN, AUBRY et RAY, VI, pág. 338; HUGUENEY, pág. 202.

nes no producen efectos más que entre las partes y que no perjudican a los terceros.

Este artículo, consagración del adagio *Res inter alios acta, tertio neque nocere neque prodesse potest*, podría constituir un obstáculo insuperable, según la interpretación que reciba, y, por consecuencia, es indispensable examinar el contenido del mismo.

A *priori* dos soluciones parecen posibles. O bien se admite que un acto jurídico es legalmente inexistente respecto a los terceros, o se afirma en principio que la situación de derecho creada por un acto tiene una existencia independiente.

La convención despliega inmediatamente efectos respecto a terceros cuando el contrato hace nacer un derecho real, cual es el caso de transferencia de la propiedad mobiliaria. Pero incluso si la convención sólo es creatriz de un derecho personal, no debe creerse que ella sea inexistente respecto a los terceros (1).

La cuestión es saber si una parte puede invocar su contrato para obtener en su propio nombre reparación por las consecuencias de un delito. Los autores (2) hacen notar que el Derecho romano respondía ya afirmativamente a esta cuestión. «Si un tercero, dice PAULO (D. IV, 3, 18, 5), destruye la cosa que un deudor había prometido entregar a su acreedor, la opinión general es dar a éste la acción de dolo contra el autor del delito».

La cuestión no existe en Derecho francés, porque el acreedor deviene propietario en virtud de la convención misma; pero la hipótesis surge, sin embargo, por ejemplo, a propósito de una cláusula de indemnización adjunta a un contrato de suministros (3).

La ciudad de París concertó un contrato con la Compañía parisina de alumbrados por gas, en virtud del cual esta Sociedad tomaba a su cargo todos los gastos de las reparaciones del material del alumbrado que de propiedad de la ciudad se encontraba en la vía pública. La Compañía se delegaba para la ejecución de este contrato en un empresario. Sobrevino un accidente, producido al chocar un carruaje con uno de los postes del alumbrado. El empresario, obligado a reparar el daño, ejercitó un recurso contra el tercero, causante de la falta que motivó el accidente. La «Cour» de casación decidió que el demandante tenía incontestablemente interés en que el reverbero de gas no fuese destruido, puesto que el perjuicio debía recaer sobre él; en su cualidad de parte lesionada tenía acción para reclamar y, fundándose en el artículo 1.382 del Código

(1) Ved JUILLE: «Effet des actes jurid. des tiers» (*Thèse*), Lille, 1904.

(2) BARTIN, AUBRY et RAU, VI, pág. 338; HUGUENY, pág. 205.

(3) Cass 4 Mars, 1902; S. 1.902, I, 224, resumida por HUGUENY, pág. 206.

Civil, podía exigir al demandado la reparación del daño que le era imputable.

Por consecuencia, el artículo 1.165 significa que las convenciones no crean derechos más que en provecho o detrimento de las partes contratantes. Pero ello no quiere decir que un contrato no pueda ser opuesto a los terceros o invocado por ellos mismos en su favor.

Ese artículo, por tanto, no se opone a un sistema que declara responsable al tercero, y cuya falta, si la hay, consiste en el hecho de haber impulsado a un contratante a la ruptura de su compromiso; pero éste precisamente es el punto que reclama ahora nuestra atención.

Examinemos si el tercero ha cometido verdaderamente un delito.

Dos sistemas han sido establecidos para demostrar la responsabilidad delictual del tercero.

Se puede poner a su cargo una responsabilidad delictual propia e independiente, o se puede declarar, con HUGUENEY (1), que el tercero no puede incurrir más que en una responsabilidad calcada sobre la del deudor mismo.

Lo primero consiste en decir que un tercero, todas las veces que atente a la relación establecida entre el acreedor y el deudor, comete un delito; es la idea que se desprende de la jurisprudencia francesa; pero se le objeta que hace considerar como delito todo, tanto la violación de un derecho relativo—un derecho de obligación—como la de un derecho absoluto—un derecho real—, y la cuestión se plantea en saber si el derecho de obligación, siendo un lazo entre dos personas, ofrece base a los atentados de los terceros.

Los autores franceses (2) dicen que la obligación se reduce a un derecho del acreedor frente al deudor y que por esta razón es imposible concebir que un tercero pueda lesionarla.

Ello quiere decir que el carácter relativo de la obligación debe ser considerado como un principio fundamental y el tercero no estará, pues, en situación de atentar contra la relación de obligación existente entre un acreedor y un deudor.

Pero admitido esto no se puede llegar a deducir que el tercero sea libre de perjudicar al acreedor, aunque al decirlo así no se trata tampoco de reconocer a la obligación, en lugar de un carácter relativo, un carácter absoluto, idea ante la cual HUGUENEY retrocede con justo título.

Pero hay otros autores que se colocan en otro punto de vista. Así ORTOLAN (3) declara que en todo derecho existe una obligación general de abstención que pesa sobre la masa, sobre el conjunto de todas las

(1) HUGUENEY, *ob. cit.*, pág. 222.

(2) IDEM, *ob. cit.*, pág. 211.

(3) «Generalisation du Droit romain», París, 1855, pág. 75.

personas, y que consiste en la necesidad, para todos sin distinción, de dejar al sujeto activo del derecho el retirar el provecho, la utilidad que su derecho le atribuye y de no plantearle ningún conflicto.

Pero en el derecho real esta obligación general es única y en el derecho de obligación existe, sí, el derecho del acreedor, la facultad de constreñir a una persona individualmente determinada a una acción o una inacción; pero, además, subsiste el derecho dirigido frente a todos.

Parece que la jurisprudencia francesa, protegiendo al acreedor contra el atentado a su derecho por un tercero, ha querido reconocer la existencia de este derecho de protección general, tanto en materia de derechos reales como en los derechos personales, y, por tanto, será preciso asimilar las dos categorías de derecho, al menos en lo que concierne a sus efectos frente a tercero.

Pero la jurisprudencia pone una condición para esa protección, y es que el tercero, para ser responsable, debe tener conocimiento de la relación entre acreedor y deudor y haber facilitado con su actividad la ruptura del lazo contractual; esta condición no existe en los derechos reales.

Los dos grandes grupos de derechos no se parecen en este aspecto y la teoría de ORTOLAN no encuentra aplicación en Derecho francés positivo.

Otra opinión ha sido sostenida por DEMOGUE, que atribuye al acreedor un derecho protector contra los atentados de un tercero (1).

Este derecho DEMOGUE lo asimila a los derechos de la personalidad, tales como son enunciados por el artículo 2.383 del Código Civil portugués (2).

Hay falta cuando se atenta a estos derechos, protegidos por la Ley. El derecho puede ser personal o real. DEMOGUE enumera los derechos siguientes: el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la reputación, derecho de libre circulación, de propiedad y, finalmente, el derecho al respeto de los contratos por los terceros.

Es en este sentido en el que hay que interpretar una nota de BARTIN (3). No se trata, pues, de transformar el derecho de obligación en un derecho

(1) «Traité générale des obligations», III, pág. 368.

(2) Artículo 2.383 del Código Civil portugués: Los daños resultantes de la violación de los derechos originarios pueden ser relativos a la personalidad física o a la personalidad moral; los daños provenientes de la violación de derechos adquiridos no conciernen más que a los intereses materiales.

Este artículo remite al artículo 359 del mismo Código, donde se enumeran los derechos de la personalidad reconocidos.

Artículo 359. Se llaman derechos originarios aquellos que derivan de la naturaleza propia del hombre y que la ley civil reconoce y protege como la fuente y el origen de todos los demás. Estos derechos son: 1.º, el derecho a la existencia; 2.º, el derecho a la libertad; 3.º, el derecho de asociación; 4.º, el derecho de propiedad; 5.º, el derecho de defensa.

Ved artículos 360 a 366 inclusive del mismo Código portugués.

(3) AUBRY et RAU, 5.ª ed., VI, pág. 338, nota.

absoluto, sino de reconocer que el lazo contractual entre acreedor y deudor está al abrigo de los atentados de parte de un tercero.

Sólo la existencia de este derecho puede explicarnos la jurisprudencia concerniente a dicho artículo 1.165.

No se trata de un derecho que nace en virtud de la conclusión de una convención, sino de un derecho inherente a la personalidad existente siempre en estado latente. Nos quedará por ver cómo este derecho puede ser lesionado.

Aparte esta crítica de orden teórico, dirigida al sistema de la responsabilidad autónoma, se han formulado objeciones sacadas de la práctica.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS

LA TEORIA DEL TITULO Y EL MODO

1925, págs. 81-92

Este es uno de los primeros trabajos, concretamente el segundo, de entre los numerosos que el fundador de la Revista publicó en ella. Al tema dedicaría además otros artículos («Desde la teoría del “título y modo” al llamado principio del consentimiento» y «Título y modo en el Derecho español»), que vienen a constituir una unidad. En ellos se contiene una revisión crítica fundamental de la teoría en cuestión, llegando a resultados muy discutidos. Es difícil elegir entre las páginas de los tres artículos, pero me parece que aquellas dedicadas a los orígenes de la teoría y a su desenvolvimiento ulterior exponen magistralmente el problema, y han ejercido una influencia decisiva sobre todos los autores que después se han ocupado del tema. Don JERÓNIMO hace gala de una erudición profunda, difundiendo entre nosotros lo más selecto de las obras alemanas sobre la materia. En este trabajo se pone de relieve la gran contribución de don JERÓNIMO a la cultura jurídica española, sobre la que volcó un ingente caudal de ideas de la doctrina europea, no sin hacerlas pasar antes por los filtros de su crítica. Esto es lo que sucede en los trabajos de don JERÓNIMO sobre el título y el modo, que además constituyen páginas inolvidables para quienes oyeron su contenido en la Universidad. Así Díez-Pastor en su semblanza de don JERÓNIMO (en RDP, 1946, pág. 803) dice: «No recuerdo haber oído nada más bello en la Facultad de Derecho que sus conferencias primeras sobre “Título y modo”, tan distantes de cuanto por entonces se nos descubría».

La teoría del *título* y del *modo* de adquirir tiene, en efecto, sus raíces más hondas en los requisitos de la *traditio* romana, pero han sido necesarias poderosas corrientes filosóficas e influencias características del derecho medieval para que asumiera la forma absorbente y dogmática que presenta a fines del siglo XVIII en la técnica jurídica (1).

(1) Vide HOFMANN: *Die Lehre vom titulus und modus acquirendi*, Viena, Manz'schen Buchh., 1873, págs. 3-42.

Dos principios fundamentales regulaban la adquisición por acto jurídico de las cosas en el derecho romano clásico: el primero declaraba que el dominio de las mismas no se transfería por el nudo pacto, sino por la tradición y la usucapión.

L. 20 C. de pactis 2,3.

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

El segundo exigía para la transferencia del dominio por medio de la tradición, que ésta fuese precedida de una venta o de otra *justa causa*.

L. 31 D. de Adq. rer. dom. 41,1.

Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut aliqua justa causa proecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Pero este último texto de PAULO, como otros de ULPIANO (1) y GAYO (2), tan sólo enseñaba que la tradición, como cualquier acto jurídico necesitaba, aparte de su forma, una legitimación del consentimiento, un fundamento psicológico, de índole subjetiva (*causa*).

La comparación de este elemento con el correlativo de la prescripción contribuyó a dar un carácter objetivo y autónomo a la causa, asimilándola al título, hasta el punto de que uno de los pasajes del Código Justiniano (3) que principia *Nullo justo titulo procedente* se ha entendido (4) aplicable a ambos modos de adquirir (*traditio* y *usucapio*).

Las llamadas *Petri exceptiones* emplean ya la palabra *título* en vez de *causa* (*Aliquo titulo alii tradat*) (5), y el Braquilogo, después de definir el justo título como aquel en cuya virtud se transfiere el dominio de las cosas, distingue con técnica demasiado moderna los títulos de compra, permuta y donación (6).

De aquí que en las escuelas se usasen indistintamente las expresiones *justa causa* y *justus titulus*, tanto para desenvolver la doctrina de la tradición como para exponer la de la usucapión, que en cierto modo la completaba.

(1) Ulp. fragm. tit. 19, par. 7: *Scilicet si ex justa causa tradita sunt nobis.*

(2) GAYO, II, par. 20: *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tibi tradidero, sive ex venditionis causa sive ex donationis, sive quavis alia ex causa, tua fit ea res sine ulla juris solemnitate.*

(3) L. 24. C. de rei vind. 3,32.

(4) Vide KINDEL: *Das Recht an der Sache*, pág. 112. Las Glosas correspondientes hacen tan sólo referencia a la usucapión y a la prescripción.

(5) Liber II, cap. 13, que al referirse a la doble venta indica que *si postea aliquo titulo alii tradat vendendo aut donando, facit eum dominum.*

(6) *Las Petri exceptiones legum Romanorum*, de cuyo autor sólo se sabe el nombre, fueron escritas en Valencia de Francia antes del siglo XII (vid. SAVIGNY: *Hist. du droit Romain du M. A.* Trad. Guenoux, II, 82). *El Braquilogo* (*Brachylogus juris civilis*) es un compendio didáctico, cuya técnica precisa hace muy sospechosa la antigüedad que en un principio se le ha atribuido (SENCKENBERG lo cree del tiempo de JUSTINIANO. SAVIGNY, *op. cit.*, II, pág. 161).

La teoría recibió un nuevo impulso que más tarde había de desnaturalizarla, con el desarrollo de las categorías de posibilidad y efectividad, que los aristotélicos árabes y europeos habían de poner en boga, relacionándolas con la sustancia y la existencia. «En este sentido Alberto el Grande (1193-1280) enseñaba: la forma es el complemento de la posibilidad (*actus et complementum*), por ella lo general se transforma en lo efectivo (el ser concreto). JUAN SCOTO ERIGENA decía: todo lo real, con excepción de Dios, tiene una existencia limitada en el espacio y en el tiempo; y denominaba a esto ser de algún modo, subsistir (*aliquo modo esse subsistere*). Salta a la vista como había de influir este concepto en el *modus acquirendi*. Todavía ha de indicarse que, partiendo de las distinciones aristotélicas, con cualquier ocasión, oportuna o no, se establecían divisiones de las causas (*causae*) y especialmente entre la *causa efficiens proxima* y la *causa efficiens remota*, y tras ello entre la causa de la potencia (*causa potentiae*) y la causa del acto (*causa actus*). Y esto no solamente en los escritos filosóficos, sino en todas las disciplinas que caían dentro de la investigación escolástica. No necesitamos asegurar que los juristas no iban a ser una excepción de esta moda (1).

Así la Glosa después de preguntarse: ¿Luego el dominio se adquiere por diversas causas? Responde: «mira la *causa próxima*, esto es, la tradición o adquisición de la posesión, no la *remota*, o sea la causa por la que lo tradición se hace» (2). Con lo cual el título, causa próxima de la tradición (*causa sc. traditionis seu titulus*), resulta causa remota del dominio, y la misma adquisición de la posesión (*traditio*), causa próxima del dominio, contenida todavía en los límites de la técnica romana, aparece ya en aptitud de ser generalizada como *modo* a casos diversísimos. La Glosa, sin embargo, no pensaba en centrar la *causa remota* sobre una obligación de transmitir, y se contentaba con exigir para la *traditio*, dada su naturaleza de negocio bilateral, un acuerdo de voluntades. Ahora que este acuerdo no se concebía en la forma moderna, contrato real de naturaleza abstracta, sino basado en una causa anterior, ya en el orden del tiempo, ya en el de la razón (*tempore vel ratione precedens*), con arreglo a los cánones aristotélicos.

La cristalización objetiva de la *justa causa precedens* se encuentra con precisión en JASON DE MAYNO, que después de definir el título, causa hábil para transferir el dominio, lo identifica con el contrato indepen-

(1) HOZMANN, *op. cit.*, pág. 37.

(2) LANDSBERG (*Die Glosse des Accursius*, pág. 105) censura a HOFMANN por haber atribuido esta Glosa (*Nec enim sicut, ad leg 3, par. 4 D. de adq. vei. am. poss.* 41,2) al jurisconsulto AZÓN.

diente (causal) y le niega energía suficiente para producir la transmisión si no va acompañado de la entrega (*apprehensio possessionis*) (1).

¿Pero no resulta inexplicable que la obligación de dar, nacida del contrato, que no tiene ningún elemento de naturaleza real, al unirse a la posesión, que carece de sustancia jurídica, engendre el dominio, derecho real perfecto?

El lazo que une a estas dos esferas (real y personal) y que sirve de fundamento a la expansión medieval del dogma estudiado, ha sido puesto de relieve por las investigaciones que desde hace medio siglo se han realizado sobre el *ius ad rem*, tipo jurídico intermedio del *ius in re* y del *ius obligationis*.

III

PERFECCIÓN DEL DOGMA

Antes de la redacción del último texto legal citado, la teoría del título y modo, gracias a las contribuciones jurídicas y filosóficas, se había consumado. JUAN APEL (1486-1536), en su obrita *Isagoge per dialogum in IV lib. inst.*, censura a los que incluyen la donación entre los modos de adquirir, porque lógicamente debe figurar al lado de la compra y del mutuo, y exponiendo la doctrina de la tradición, aconseja no se confundan los modos de adquirir con los contratos, delitos, cuasi-contratos y cuasi-delitos. Con mayor energía en la *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam adcommodata*, repite el consejo y agrega: una cosa es el dominio y otra la obligación; el primero es algo perfecto; la segunda, en verdad, cosa imperfecta. Así como también son diferentes la causa del dominio (es decir, el modo de adquirir) y la causa de la obligación (por ejemplo, el contrato). No hay nada de común entre los modos de adquirir y la obligación, a menos que no nos refiramos a que los contratos frecuentemente son causa de la tradición. En su consecuencia, la tradición es un modo de adquirir el dominio de naturaleza más débil (*infirmior*). Todo lo cual si hubiese venido a la mente de BARTOLO, no le habría permitido distinguir entre el título singular y el universal, sino más bien entre contrato y modo de adquirir.

La ocupación, hallazgo, tradición, etc., son causas próximas y generales del dominio, el contrato es causa remota título de dominio (2).

A pesar de que APEL fue considerado como el inventor de la teoría, se ve que la limitaba a ciertos casos de adquisición derivativa, advirtien-

(1) Véanse los textos en HOFMANN (*op. cit.*, pág. 40).

(2) Vide HOFMANN, *op. cit.*, pág. 21.

do que fuera de la tradición, aprehensión o retención no había lugar a distinguir los dos elementos. Pero recogidas estas nociones por metafísicos eminentes, cuando la jurisprudencia se hallaba decadente, y en unos tiempos que daban más valor a las distinciones escolásticas que al estudio de las fuentes, sufrieron una verdadera deformación por hipertrofia.

Nuestro DOMINGO DE SOTO, en su tratado de *Justitia et iure* (1), contesta a la pregunta «*Quid sit titulus*»: Verdaderamente el título es la base del dominio, la raíz de la que brota. Es, pues, título del dominio la naturaleza, la ley, el contrato, la elección... El título del obispo es la elección. El título por el cual alguien posee una casa, es la herencia natural, la compra, la prescripción.

LUIS DE MOLINA amplía la idea: los jurisconsultos llaman título del dominio o del derecho la raíz de donde sale el dominio o un derecho cualquiera público o privado, mientras la tradición es una condición de su existencia regular (2).

Siguiendo en el mismo camino, aunque con mayor precisión, señala LAUTERBACH (3) la diferencia entre causas y modos de transferir el dominio. La causa precede, como eficiente, menos principal e impulsiva, provocando el *ius ad rem*, la acción personal para exigir la tradición. El modo es el acto o instrumento mediante el cual se adquiere el *ius in re*. Otra cosa pasa en los modos originarios, donde no pueden separarse la causa y el modo, que coinciden.

Un momento detenida la evolución del dogma por los primeros juristas de la escuela de Derecho natural y por los grandes comentaristas franceses, que apenas conceden valor a la distinción, surge con tal fuerza en las obras de WOLFF, que THIBAUT lo considera producto (*Philosopheme*) de su escuela.

Efectivamente, en el fondo de su filosofía palpita el pensamiento escolástico de que todo cuanto está libre de contradicción, o es posible, encuentra en la existencia o actualidad su término natural. En cierta manera, confunde la representación de lo no contradictorio con la realidad de su contenido. Así, pues, el modo de adquirir es el hecho por el cual nos hacemos partícipes de un derecho cualquiera. El título, la razón legal por cuya virtud un hecho puede provocar tal derecho. El concepto no sólo se extiende a los modos originarios, por ejemplo, a la ocupación, en donde funciona como título la ley natural (4), y a la prescripción, en donde la nuda posibilidad equivale al título, sino que se refiere a todos los

(1) Libro IV. Quæstio. I.

(2) *Vide* los textos en HOFMANN (*op. cit.*, pág. 18).

(3) *Ibidem*, pág. 16.

(4) *Quod occupatione rerum nullius adquiratur dominium*. Es el punto de vista que más tarde ha de adoptar el Código Civil austríaco, artículos 380-385.

derechos subjetivos y a las situaciones jurídicas en general. Así, WOLFF habla de los modos de adquirir la patria potestad. El modo equivale a un mero acontecimiento jurídicamente cualificado por el título, de suerte que en cualquier modificación del estado de derecho operan ambos elementos como un par de fuerzas. Inútil añadir que en este sistema mediante el *ius ad rem* (título) se adquiere el *ius in re*.

Prestan su decisivo apoyo a la doctrina DARIÉS (1714-1791) y HEINECIO. El primero, a quien STAHL llama el más significado y consecuente discípulo de WOLFF, concreta los principios generales sentados por su maestro, en la especial materia de la adquisición de los derechos reales, y afirma categóricamente que sin título y modo de adquirir nadie puede tener un derecho real. (*Sine titulo absque modo acquirendi nemo ius in re quadam habere potest.*) Quien alegue la adquisición de un derecho real debe probar primero el hecho adquisitivo y después que tal hecho contiene la razón suficiente de aquella adquisición. Esta razón es la *causa remota de la adquisición*. Aquel hecho se llama causa próxima. *Causa remota vocatur titulus, proxima vero modus acquirendi*. Pero el nombre del citado autor, muy poco conocido en nuestra Patria, apenas si puede ponerse al lado del que durante los dos primeros tercios del pasado siglo ha resonado constantemente en nuestras cátedras de Derecho Romano, y a quien se debe la póstuma divulgación de un dogma que ya se descomponía en los sepulcros doctrinales. HEINECIO, cuyas Instituciones, Relaciones y Elementos tantas ediciones alcanzaron en nuestras imprentas (1), entra en el estudio de la que llama causa del dominio, distinguiendo la remota de la próxima: aquélla se dice título hábil para transferir el dominio (*veluti pro empto, pro legato, pro donato, pro dote, pro suo, pro derelicto, pro permutato, pro transacto, pro adjudicato*) y confiere inmediatamente (2) sólo un *ius ad rem*, no el dominio, mientras la última, modo de adquirir, constituye el *ius in re*. Ambas distan entre sí tanto como el cielo de la tierra (3).

El título no confiere un *ius in re* si no va acompañado de tradición; pero son excepciones de esta regla: 1) El derecho de hipoteca; 2) las servidumbres negativas; 3) las cosas adjudicadas en los tres juicios divorcios, y 4) las adquisiciones por última voluntad.

Al terminar el segundo tercio del siglo XVIII, esta teoría se ha generalizado en los países germánicos, y su influencia en la cátedra es incontro-

(1) «Las recitaciones a los elementos de HEINECCIO son el texto seguido generalmente en las Universidades». (GÓMEZ DE LA SERNA: *Prólogo al curso histórico-exegético del D.º R.º*, VII, tercera edición, Madrid, 1863, Sánchez.)

(2) *Qui omnes αμεσο ius ad rem tantum, non dominium operantur*, Elementos Jur. Civ., Ed. Nova Hosp. Mat. Boix, 1846, pág. 132.

(3) *Recitaciones del Derecho civil romano*, trad. de Collantes, séptima edición, tomo I, Valencia, Aguilar, 1879, pág. 223.

vertible. Sobre ella se moldea el Derecho Nacional Prusiano (1), como más tarde el Código Civil austríaco. En cambio, la doctrina francesa, siguiendo las huellas de CUYACIO y DONELLO, no se deja influir por la distinción. POTHIER la desconoce y con él los redactores del Código Napoleón.

Todavía no había comenzado el siglo XIX cuando HUGO y THIBAUT, a los cuales siguieron SCHÖMAN, KONOPAK, BUCHER y SEUFFERT, atacaron con tal energía la doctrina, que bien pronto fue reputada falsa e insostenible (2) y relegada a las notas eruditas de los libros doctrinales.

¿Cómo se verificó esta renovación técnica y perdió su cetro una teoría que todavía en nuestra Patria rige los destinos del derecho hipotecario?

En otro artículo intentaremos dar una idea de la reñida y aun no acabada discusión que llevó a nuestra técnica desde el título y el modo al llamado principio del consentimiento.

JERÓNIMO GONZÁLEZ

(1) Preussisches Allgemeines Landrecht de 1794.

(2) El estudiante español que casi considera de derecho divino la teoría del *título y modo*, se desorienta cuando tratando de profundizar la materia, se halla con esas frases de ARNDTS u otras parecidas: «La doctrina es teóricamente insostenible y prácticamente inútil» (STROHAL); atacada esta teoría en el año 1790 por HUGO; después por THIBAUT, SCHÖMAN, y de nuevo por HUGO, quedó reducida a la nada, desapareció por completo de los libros doctrinales y a todo más es citada desde entonces como una curiosidad histórica (KRAINZ-PFAFF-EHRENZWEIG).

JUSTA CAUSA TRADITIONIS

**1934, págs. 495-503, 721-737, 801-817, 883-895;
1935, págs. 17-24, 81-86, 161-175, 241-250, 321-334**

El tema de la iusta causa traditionis, de gran importancia por sus implicaciones teóricas y prácticas, ha merecido siempre especial atención de la doctrina. En el trabajo de SERRANO hice una gran erudición, un conocimiento muy profundo de la doctrina, especialmente de la alemana del siglo XIX, que ocupándose con ahínco del tema, presidida por la autoridad de SAVIGNY, llegó a soluciones fundamentales, recogidas al fin en el BGB. Al lado de esta erudición, el autor realiza una crítica mesurada de las distintas opiniones sin esquivar la difícil tarea de interpretación de los textos romanos, en especial los de JULIANO y ULPIANO, representativos de una de las más célebres antinomias del Digesto. La reconstrucción del texto de JULIANO, la exposición de la doctrina de las condictioes y de las injustae causae, junto con el estudio de la regla que exige el pago del precio en la compraventa para que se produzca la transmisión de la propiedad, son parte destacada del trabajo. Pero con todo, hemos elegido las páginas finales por recogerse en ellas los resultados de la investigación, que a trueque de su complejidad ofrece un producto claro.

RESUMEN DE TODA LA INVESTIGACIÓN ANTERIOR

El requisito de justa causa, en la transmisión de propiedad, por tradición, es un hecho incontrastable de que nos hablan los textos y de los que es imposible hacer caso omiso (L. 20, C. *De pactis*, 2, 3; L. 24, C. *De reivindicazione*, 3, 33; L. 31, D. *De acquirendo rerum dominio*, 41, 1; Gayo, II, § 20).

Pero la *justa causa traditionis*, aunque en la inmensa mayoría de los casos sea una obligación, no obstante hay casos de extraordinaria notoriedad que hacen necesario decir que aquélla no es de contenido obligatorio (comp. lo dicho de la *condictio ob turpem causam*).

Puestos dentro de estos dos límites extremos, necesidad de justa causa, y no ser ésta o no tener necesariamente un contenido obligatorio, había que construir un nuevo concepto de justa causa. Es lo que hicieron los autores y lo que hemos hecho nosotros.

Justa causa es el acuerdo de voluntades (L. 36, D., 41, 1) de dar y recibir una cosa o un derecho real, de las que la más importante es la voluntad de dar (*Inst.*, II, 1, 40) y que ordinariamente se incorpora en un contrato u *obligatio* (Gayo, II, 20), sin valor constitutivo de la tradición, y cuya falta es meramente impeditiva (con lo que se la distingue de la causa *usucapionis*, en quien concurren los caracteres opuestos) y que no esté incurso en una prohibición legal.

Hemos dado una reconstrucción más de los famosos textos de ULPIANO y de JULIANO, admitiendo la nueva concepción que parece exacta de FRANCISCI acerca del modo como el *accipiens* se hace propietario de la cosa tradida. Con ella hemos desvanecido la contradicción que parecía existir entre los dos textos y hemos puesto de relieve lo que se debe a la labor de los compiladores bizantinos o justinianeos.

Consecuencia de nuestra definición de justa causa se imponía la consideración cuidadosa de las llamadas *injustae causae traditionis*.

Con más extensión que ninguna otra he tratado de la regla de las XII Tabas, que prohíbe la transmisión de propiedad a falta de pago del precio en la compraventa (§ 41, *Inst.*, *De rerum divisione*) por juzgarla la más importante. Creo haber puesto de relieve que su permanencia en las compilaciones justinianeas es un tributo pagado a la idea de una vigencia sempiterna de las XII Tabas, que por nadie fueron derogadas expresamente.

Las demás *injustae causae traditionis*, que he agrupado en un capítulo especial, las he distribuido en tres grupos: *furtum*, tradiciones inválidas por consideración de la causa jurídica propiamente dicha y casos especiales (todos aquellos en que entra la consideración de la medida; *donatio inmodica*, etc.) y dudosos (la tradición hecha *aleae ludendae* causa-juego y apuesta prohibidos).

Podría, pues, ahora decirse que las tradiciones serán inválidas en cuanto haya en ellas una causa injusta, y válidas todas las demás en que aquella circunstancia no se dé.

Finalmente, nos ha confirmado en nuestra tesis la propia teoría de las *condictiones*, principalmente de las *ob turpem* y *ob injustam causam*, que ni son dos facetas de una misma y única acción personal, ni es una clasificación introducida por JUSTINIANO, sino que ya era conocida por los propios juristas clásicos.

La idea tan extendida, y admitida casi como dogma, de la contradicción absoluta de *condictio* y *vindicatio*, ha caído por tierra con un examen más sereno de la cuestión, y concretamente, por lo que a nosotros interesa, resulta que las *condictiones ob injustam causam* (o sea, las que se dan en los casos de *traditiones ob injustam causam*) no excluyen nunca una *vindicatio*, cuando ésta es aún posible.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO

COTITULARIDAD Y COMUNIDAD. GESAMMTE HAND O COMUNIDAD EN MANO COMUN

1946, págs. 145-157, 227-235, 378-397,
508-520, 613-625

Como es sabido, la figura de la Comunidad en mano común o «Gesammte Hand» viene siendo utilizada en nuestro Derecho para explicar la naturaleza de ciertas comunidades, especialmente de la comunidad matrimonial de bienes, de la comunidad hereditaria, etc. Pero hay que reconocer que muchas veces ello se ha hecho sin un conocimiento exacto de lo que dicha figura representa o, en su caso, dándolo por supuesto. Este trabajo de GARCÍA GRANERO representa un esfuerzo considerable en el estudio de este tipo de comunidad, que al mostrar sus características y régimen presta una contribución fundamental para juzgar la corrección de aquellas explicaciones sobre la naturaleza jurídica de comunidades en concreto. Por eso parecen especialmente interesantes las páginas dedicadas por el autor a estudiar la dogmática de este tipo de comunidad, poniendo de relieve sus diferencias con la romana, y concretamente la distinta consideración de la cuota.

I. DOGMÁTICA DE LA «GEMEINSCHAFT ZUR GESAMMTEN HAND»

La estructura técnica de la *Gemeinschaft zur gesammten Hand* o comunidad en mano común exige, para su mejor comprensión, un paralelo constante con el *condominium iuris romani*, para, de este modo, poner de relieve en todo momento sus capitales diferencias.

Sin pretender lograr un concepto técnicamente depurado, puede ser definida la comunidad en mano común como *aquella situación de cotitularidad por virtud de la cual un derecho o, más frecuentemente, un ente patrimonial, pertenece indiviso y conjuntamente a varios sujetos, unidos por un vínculo o relación de carácter personal, y de tal modo que sólo*

colectivamente están autorizados para ejercitar las potestades jurídicas que les son atribuidas.

a) *Titular o sujeto de la cosa o patrimonio común.*—Como toda situación de cotitularidad, la *gesammte Hand* implica una pluralidad de sujetos en la titularidad de las mismas facultades. Al igual de lo que ocurre en el condominio romano, el sujeto es plural; pero mientras en éste el titular está constituido por varias personas aisladamente consideradas, en aquélla, por el contrario, el sujeto es *una reunión o conjunto de individuos colectivamente considerados*. De aquí que todos los comuneros constituyen una colectividad en la que desaparece su individualidad como titulares independientes (1), siendo aquélla la que ostenta la titularidad de los poderes jurídicos. Titulares son todos en su conjunto, en su reunión (2), no de por sí en su autonómica individualidad. El sujeto es una persona colectiva, o, como dice FERRARA (3), *una pluralidad de personas coligadas*.

Lo que la comunidad germánica presenta de característico—hacen notar ROSSEL y MENTHA (4)—es la constitución de un ente, señor de la comunidad, que se compone de varias personas unidas íntimamente entre sí, pero sin formar, no obstante, esta unión una persona moral.

«En la persona jurídica—expresa FERRARA (5)—el sujeto es una unidad ideal distinta de la totalidad concreta de los asociados; en la *gesammte Hand*, el sujeto es una pluralidad obligada de personas; allí hay una titularidad única; aquí, una titularidad plúrima.» El sujeto es, pues, la totalidad de los individuos; ahora bien, totalidad entendida como suma, no como unidad distinta e independiente de los individuos que la componen (6). Estos son titulares en tanto en cuanto son miembros de la corporación.

b) *Régimen de aprovechamiento de la zona común; ausencia de cuotas.*—Estando el derecho vinculado a la colectividad, al grupo o suma de titulares individuales, de ahí que el poder de cada uno de ellos se extiende a la totalidad de la cosa, no a una parte de la misma, siquiera sea

(1) MESSINEO: *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920, págs. 42-43; STOBBE: «Miteigenthum und gesammte Hand», en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IV, 1864, pág. 219; DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, trad. española de Serrano Súñer y Santa-Cruz Tejeiro, vol. I, Madrid, 1929, página 573; JOSSEAND: «Essai sur la propriété collective», en *Livre du centenaire*, I, París, 1904, pág. 368; DONDERIS TATAY: *La copropiedad*, Madrid, 1933, pág. 26; CASTÁN: *Derecho civil*, II, pág. 196; VERGA: *Le comunione tacite familiare*, 1930, páginas 137 y 138.

(2) FERRARA: *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 436.

(3) FERRARA, *idem*, pág. 50.

(4) ROSSEL y MENTHA: *Manual de Droit civil suisse*, segunda edición, II, número 1.210, pág. 308.

(5) FERRARA, *ob. cit.*, pág. 439.

(6) MESSINEO, *ob. cit.*, pág. 43.

ideal. La comunidad germana asume el esencial carácter de ser un *dominium plurium in solidum* (1), fundamentalmente opuesto, por tanto, al conocido principio romano (2).

Cada comunero aparece, pues, investido de todas las facultades de goce y aprovechamiento sobre la cosa entera, pero sin que esto determine la exclusión de los demás (3), sino más bien un armónico concurso de todos ellos. Todos pueden usar de la cosa por entero, mas sin que ninguno pueda pretender para sí una cuota o porción exclusiva (4), ya que el disfrute de la cosa es colectivo, está destinado no a los fines particulares de los miembros, sino a los fines solidarios del grupo. Por eso el *aprovechamiento se hace en forma indeterminada*, es decir, sin que estén prefijadas las cuotas o porciones que cada condueño tiene derecho a obtener; cada uno de éstos saca aquella utilidad de que tiene necesidad, indiferentemente de si los otros gozan más o menos (5). El provecho que deriva al patrimonio por el trabajo de uno de los comuneros es común a todos, así como el daño causado por uno de los miembros lo sufre el conjunto de ellos.

Y, asimismo, las deudas de la comunidad son también deudas de los comuneros, afectan a éstos de forma indivisa, por lo que viene a surgir entre los mismos una responsabilidad colectiva y solidaria (6).

«La esencia de la relación en mano común—apunta ENNECERUS (7)—consiste en que los derechos competen a varias personas conjuntamente y en que las obligaciones se dirijan conjuntamente contra varios.»

De esta especial forma en que se efectúa el disfrute de la cosa o patrimonio común surge una distinción radical entre la comunidad de tipo romano y la *gesammte Hand*. En aquélla *es esencial la idea de cuota*; en ésta, por el contrario, *la noción de cuota es desconocida*. Tanto es así, que son muchos los autores (8) que consideran la ausencia de cuotas como la característica fundamental de la comunidad en mano común. Sin embargo, dicha afirmación debe hacerse con cierta cautela. En rea-

(1) STOBBE: *Handbuch des deutschen Privatrecht*, IV, págs. 226-227; MESSINEO, *ob. cit.*, pág. 43, y FLÓREZ DE QUIÑONES: «Comunidad o servidumbre de pastos», en *Revista de Derecho Privado*, junio 1933, pág. 178.

(2) «*Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse; nec quemquam partis corporis dominium esse, sed totius corporis pro indiviso, pro parte dominium habere*» (Celso, fr. 5 y 15, Dig. 12, 6).

(3) MESSINEO, *ob. cit.*, pág. 43; STOBBE: *Miteigenthum und gesammte Hand*, citada, págs. 215 y 233.

(4) FERRARA: *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 50.

(5) FERRARA, *idem*, pág. 435; VERGA, *ob. cit.*, pág. 138; MESSINEO, *ob. cit.*, página 43.

(6) FERRARA, *ob. cit.*, pág. 436.

(7) ENNECERUS: *Derecho civil, parte general*, vol. I, págs. 302-303, nota 6.

(8) *Vid.*, por ejemplo, MESSINEO, *ob. cit.*, págs. 44-45; VERGA, *ob. cit.*, pág. 138.

lidad, como aclara COSACK (1), en la *Gemeinschaft zur gesammten Hand* todo comunero tiene también una parte propia en el derecho común (pues de otra forma no sería partícipe—*Teilhaber*—), pero lo que ocurre es que dicho derecho parcial—*Anteilsrechts*—no puede, normalmente, ser actuado de por sí en forma independiente. Y análogamente escribe GIERKE que la *gesammte Hand* no excluye toda cuota-parte, sino solamente aquella que determina la división en porción separada e independiente (2). La cuota-parte—*Quotenteilung*—ha de existir en toda relación de cotitularidad, y la comunidad germana lo es. *La cuota es una exigencia conceptual, más bien institucional*, de toda situación en que varios sujetos concurren con derechos rivales sobre una misma cosa.

Lo que ocurre es que, aun existiendo la cuota, tanto en la copropiedad romana como en la propiedad mancomunada, en cada una de ellas tiene una significación y un alcance jurídico totalmente distinto. La cuota, en el sentido romanístico del término, viene a ser la síntesis de la posición actual del condómino y representa de antemano no sólo la medida del goce que le corresponde, sino también la cuantía y medida del derecho mismo; la cuota romana es una porción fija y determinada del derecho principal, pertenece al comunero con carácter exclusivo, forma parte de su patrimonio privativo y, por ende, es susceptible de enajenación y transmisión. La cuota, en la comunidad germana, significa tan sólo que su titular forma parte de ésta, que es copartícipe; pero sin atribuirle una porción, siquiera sea abstracta, del derecho común, ni ser tampoco un módulo o criterio determinativo de la medida o proporción en que ha de gozar de la cosa común, ya que el aprovechamiento se hace en forma colectiva e indeterminada. La cuota viene a ser, simplemente, a modo de expectativa para el caso de disolución o ruptura del vínculo personal (3), o sea una determinación hipotética establecida eventualmente en previsión de que la comunidad llegue a disolverse.

En este sentido sí cabe hablar de la inexistencia de cuota en la comunidad de derecho germánico y distinguirla por ello de la comunidad romana o por cuotas ideales.

(1) COSACK: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Jena, 1924, vol. II, lib. V, página 2.

(2) «Die gesammte Hand schliesst nicht jede Quotenteilung, sondern nur die durchgreifende Theilung in getrennte Antheile aus» (GIERKE: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, Berlín, 1873, página 947, nota 23). Vid. también GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, I, 1895, páginas 676 y sigs., y II, págs. 389 y sigs., y HEUSLER: *Institutionen des deutschen Privatrecht*, I, 1895, págs. 238-240. También WIELAND: *Les droits réels dans le Code Civil suisse*, I, págs. 110 y sigs.

(3) STOBBE, *ob. cit.*, págs. 215, 221, 237 y 239; GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, I, págs. 679-680.

c) *Indisponibilidad e intransmisibilidad de los derechos de los comuneros; indivisibilidad de la comunidad.*—Siendo así que no existen cuotas propiamente dichas, y que no se atribuye a cada titular una fracción de bienes, no existe la posibilidad de disponer o enajenar. La ausencia de cuotas determina en el comunero *la carencia de la potestad dispositiva individual* respecto a una porción específica del derecho o cosa común (1). Claro está que, si bien son inalienables las participaciones que a los comuneros corresponden, sí que cabrá enajenar su contenido económico, su estimación pecuniaria, ya referida al producto líquido periódico, ya al resultado neto de la liquidación, pero bien entendido—como hace notar ROCA SASTRE (2)—«que esto no es una cesión en sentido técnico, pues no puede subrogarse el cesionario en el lugar del partícipe ni asumir el ejercicio de sus derechos en la comunidad, pues la titularidad del comunero es personalísima».

Del mismo modo, al morir el comunero *no transmite a sus herederos derecho alguno*, pues su participación es intransmisibile (3). Al desaparecer un titular, o se produce un fenómeno de *acrecimiento* (4) a favor de los demás miembros, o bien, por el contrario, en el puesto vacante se subrogan otros, pero por reglas independientes de las sucesorias, y no con derechos proporcionales a la posición en la cual subentran, sino con derechos iguales a los de los miembros originarios (5).

Al no haber un derecho concreto, una participación limitada y precisa, no cabe intentar su realización por medio de la división, y por ello, mientras dura la comunidad, es improcedente el ejercicio de la *actio communi dividundo* (6).

d) *Gestión y administración.*—Por estar el derecho vinculado a la comunidad, al grupo colectivo, es éste únicamente el que puede disponer. Al exterior, los comuneros se presentan como un todo (7), de suerte

(1) FERRARA, *ob. cit.*, págs. 51 y 434; CASTÁN: «Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre 1929, pág. 234; DONDERIS, *ob. cit.*, pág. 26; FLÓREZ DE QUIÑONES, *op. y lug. cit.*, págs. 178-179.

(2) ROCA SASTRE: «La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo 1930, pág. 169.

(3) GIERKE: *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, pág. 950.

(4) GIERKE, *idem*, pág. 950.

(5) STOBBE, *ob. cit.*, págs. 236-239; HEUSLER, *ob. cit.*, II, págs. 407-409; FERRARA, *ob. cit.*, pág. 436; VERGA, *ob. cit.*, pág. 139; FLÓREZ DE QUIÑONES, *ob. y lug. cit.*, págs. 178-179.

(6) DE RUGGIERO, *ob. cit.*, pág. 573; FERRARA, *ob. cit.*, págs. 434-435; DONDERIS, *ob. cit.*, pág. 26; ROSEL y MENTHA, *ob. cit.*, II, núm. 1.224, pág. 138.

(7) FERRARA, *ob. cit.*, pág. 435.

que—como dice SOHM (1)—sólo el mancomún, colectivamente, puede disponer y decidir.

Por otro lado, no es extraño el supuesto de que se cree *un órgano de gestión*, que reúna en sí todas las potestades gestionales, representacionales y dispositivas que, en principio, corresponden a la colectividad; sin que pueda esto considerarse como determinativo del nacimiento de un nuevo ente jurídico (2).

e) *Vínculo personal*.—La especial fisonomía de esta forma de comunidad obedece al vínculo personal que liga estrechamente a los interesados en la misma. A diferencia del condominio romano, en el que son irrelevantes las condiciones personales de los copropietarios, siendo éstos o pudiendo ser extraños, en la *gesammte Hand*, por el contrario, los comuneros se encuentran unidos por *íntimos lazos personales* de sangre, de familia, de cohabitación (3), concediéndose una atención preferente a las condiciones personales de los copartícipes, cuya posición jurídica—indica WIELAND (4)—constituye una titularidad personalísima.

Es más, y sin incurrir en exageración, puede afirmarse que, ante todo, la *gesammte Hand* es una comunidad personal (*personenrechtliche Gemeinschaft*) preexistente a la misma relación de comunidad económica, a la que genera por su propia virtud y eficacia y de modo reflejo o secundario (5).

En cambio, en la comunidad de tipo romano, las relaciones entre los condueños son puramente patrimoniales, ajenas a todo aspecto personal, y las obligaciones que de ellas emanan les afectan objetivamente como obligación real o *propter rem*, surgidas exclusivamente a causa de la re-

(1) SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1936, pág. 411.

(2) ROCA SASTRE, *ob. y lug. cit.*, pág. 169; MESSINEO, *ob. cit.*, págs. 46-47; STOBBE, *ob. cit.*, pág. 246; GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, I, págs. 682 y sigs.

(3) FERRARA, *ob. cit.*, pág. 435. Se explica fácilmente este peculiar carácter de la *gesammte Hand* si se piensa que su origen está en el antiguo Derecho de familia germano. Más tarde, con la evolución de la comunidad en mano común, especialmente cuando penetra en la ciudad, este lazo personal se debilita y se hace más amplio, surgiendo así la *gesammte Hand* entre personas ligadas solamente por relaciones de trabajo; así nacieron las asociaciones familiares de comercio de las grandes ciudades italianas del Medievo. Vid. VIVANTE: *Trattato di diritto commerciale*, Milán, 1923, II, págs. 92-93; GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1936, I, pág. 185. Igualmente las *sociétés taisibles* de las clases rurales en el antiguo Derecho consuetudinario francés. Vid. BASTID: *De la fonction sociales des communautés taisibles de l'ancien droit*, París, 1916.

(4) WIELAND: *Les droits réels dans le Code Civil suisse*, I, pág. 111.

(5) STOBBE, *ob. cit.*, pág. 232; HEUSSLER, *ob. cit.*, I, págs. 236-239; MESSINEO, *obra citada*, pág. 46; ROCA SASTRE: «La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo 1930, pág. 167; ROSSEL y MENTHA, *ob. cit.*, II, núm. 1.210, pág. 308.

lación en que se hallan con la cosa, y exonerables por abandono (1). Este carácter estrictamente patrimonial o pecuniario de la *communio romana* explica suficientemente la determinación y concreción dineraria de la cuota, así como su alienabilidad y transmisibilidad.

En resumen, la *gesamte Hand* tiene una base eminentemente personal, mientras que la *communio romana* tiene un fundamento puramente real o económico.

JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ

(1) ROCA SASTRE: «La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre 1929, página 652.

EL USUFRUCTO DE ACCIONES DEL ARTICULO 486 DE NUESTRO CODIGO CIVIL

1933, págs. 896-905

Es éste uno de los primeros trabajos de A. DE COSSÍO, en el que precisamente aborda un tema al que se ha prestado muy poca atención y que además, como el mismo COSSÍO indica, carece al parecer de precedentes y concordantes en otras legislaciones. El autor se enfrenta, pues, con un tema prácticamente virgen, dando muestra de su preparación y capacidad. Partiendo del usufructo de derechos, considera a esta figura ceñida a las acciones propiamente reales y plantea el interrogante de si estamos realmente ante un verdadero derecho de usufructo. El problema se resuelve examinando fundamentalmente su contenido, los derechos del usufructuario y del propietario, en el sentido de que el llamado usufructo no es más que un derecho de crédito dirigido a obtener del propietario que el mismo ejercite la acción o que ceda la representación para ello.

A. *Derechos del usufructuario.*—El derecho que el artículo citado concede al usufructuario no es un usufructo del predio, derecho real o cosa mueble, sino un derecho de ejercicio de la acción, y sólo más tarde de usufructo de la cosa o derecho a que ésta se dirige.

De tres maneras diferentes podía la ley haber condicionado este ejercicio: o concediendo al usufructuario facultad para por sí solo y en propio nombre—como hace el Código alemán en el caso de usufructo de créditos que no producen interés (§ 1.074)—ejercitar la acción; o estableciendo, como hace el aludido cuerpo legal con relación al usufructo de créditos que producen interés (§ 1.077), una solidaridad entre usufructuario y propietario, de modo que tanto el uno como el otro, y los dos en propio nombre, puedan ejercitarla (1), o, finalmente, autorizando al

(1) El usufructo de créditos ha sido construido por el Código alemán—según KOHLER—en los sin interés como un usufructo del derecho a la administración

usufructuario para ello, pero sólo como representante del propietario. El Código Civil, que opta por lo primero en el usufructo de créditos del artículo 507, se decide por esto último en el caso que nos ocupa.

Pero, aun dentro de esta solución, cabían dos nuevas posibilidades: o conceder al usufructuario una representación legal, del tipo de la que el artículo 60 confiere al marido, el 155 al padre o el 262 al tutor, o, por el contrario, exigir al propietario que conceda esta representación. De los términos del artículo citado se deduce claramente que el Código ha elegido esta segunda forma, pues, de no ser así, bastaría para obtener la necesaria legitimación la titularidad del usufructo.

El propietario está obligado a prestar la representación y los medios de prueba de que disponga. No hay, pues, *relación directa* entre el sujeto (usufructuario en este caso) y el objeto (la acción) y, por lo tanto, falta el elemento interno del derecho real.

Pero es sabido que, junto a este elemento, la doctrina moderna ha puesto de relieve el externo de su existencia *adversus omnes*. También de éste carece nuestra figura. Distinguiré según se trate de una acción dirigida a un bien inmueble (predio o derecho) o, por el contrario, a un bien mueble.

Según la técnica registral, una acción dirigida a la propiedad de bienes inmuebles o a la constitución, declaración o modificación de derechos reales no puede ser inscrita sino en forma de anotación preventiva (artículo 42, § 1.º, de la Ley Hipotecaria), y esto sólo «cuando se ordene por providencia judicial citada a instancia de parte legítima» (art. 43, § 1.º, de la misma ley), o, lo que es lo mismo, «por el que *demandare en juicio*» (art. 42, § 1.º). Es decir, que antes de la presentación de la demanda la acción carece de existencia registral. Pero como el contenido del derecho concedido por el artículo 486 al usufructuario es sólo la prestación de los elementos necesarios para poder presentar y fundamentar esa demanda, es claro que el tal derecho carece de efectos reales, jugando, con relación a terceros, los artículos del Código Civil referentes al derecho de obligaciones.

En el caso de que el objeto de la acción sea una cosa mueble, el principio famoso «*en fait de meubles possession vaut titre*», consagrado en el artículo 464 de nuestro Código Civil, nos hace llegar a la misma conclusión.

B. *Derechos del propietario*.—Demos la vuelta a la relación jurídica. ¿Podrá el propietario ejercitar la acción sobre la que recae el llamado usufructo, o deberá, por el contrario, quedar sometido al arbitrio del usu-

autónoma, y en los que le producen, como un usufructo de la coadministración (*op. cit.*, pág. 338).

fructuario, y su derecho frente a éste consistirá, a lo sumo, en una acción inversa, como la que nace en favor del deudor en las obligaciones unilaterales? Si el usufructuario (acreedor) gozase de un verdadero *jus exigendi*, no habría duda de que sí, ya que éste, en su carácter de absoluto, implica tanto el derecho de exigir como el de no exigir. Pero en nuestro caso el titular del derecho a que la acción se refiere no deja ni un momento de ser señor de la misma, y buena prueba de ello es que el Código Civil se guarda de imponer, ni directa ni indirectamente, una limitación tan esencial a su derecho, y que si concede al usufructuario facultades para su ejercicio es sólo en calidad de representante.

Por otra parte, el hacer del usufructuario un árbitro del derecho del propietario sería convertir a éste, inútilmente, en juguete de aquél; y conceder al segundo una pretensión jurídica para obligar a accionar al primero, una complicación innecesaria que conduciría además a resultados absurdos, por ejemplo, en el caso de que la persona del usufructuario coincidiera con la que había de ser demandada.

Ninguna razón aconseja, pues, dejar en la incertidumbre un derecho con todos los perjuicios que tal estado trae siempre consigo: la intención del legislador no pudo ser otra que la de conceder al usufructuario un medio que le proteja de una posible inacción del propietario.

Resumiendo: que nos encontramos ante una mera relación obligatoria en que el usufructuario (acreedor) puede exigir del propietario (deudor) una prestación consistente o en *el ejercicio de la acción* o en *la concesión de la representación para ejercitarla él mismo*. Un verdadero caso de obligación con facultad alternativa: *uno in obligatione et plures in solutione*.

Pero llegados a este punto, podemos preguntarnos: ¿qué tiene esta figura de común con el usufructo? A primera vista parece atractivo el entender la acción como representación de la cosa (1) y, admitiendo que objeto del usufructo no es ésta, sino su valor, concluir que el ulterior usufructo, causado por el triunfo de la acción, no es sino continuación del existente en la actualidad y en esencia idéntico a él; de este modo, los autores alemanes incluyen entre los modos de nacer el usufructo la

(1) «Is qui actionem habet ad rem recuperandam—decía PAULO—ipsam rem habere videtur» (*D.*, 50, 17, 15). La subrogación supone, según BEYER: 1.º Un objeto que es separado del patrimonio al cual pertenece. 2.º Mediante este objeto que se separa debe ser adquirido otro objeto. 3.º Este segundo objeto (no sólo la pretensión jurídica a él dirigida) debe entrar en el patrimonio del cual el primero ha sido separado. 4.º Esta adhesión patrimonial debe producirse independientemente de la voluntad del adquirente. (BEYER: *Die Surrogation bei Vermögen im bürgerlichen Gesetzbuche*, Marburgo, 1905, págs. 12 y 15.) Dudo que el caso ante el que nos encontramos llene estos requisitos.

subrogación. Pero, después de lo dicho, tal construcción me parece imposible con arreglo al contenido de nuestra ley.

En los créditos sin interés—dice CROME—objeto del usufructo lo es el del crédito, que ha de ser obtenido mediante la prestación correspondiente (1); y FISCHER: en el usufructo de créditos y derechos de garantía, cuando aquéllos y ésta son sin interés, no existe sino una expectativa al usufructo del futuro capital (2); lo mismo podríamos decir en Derecho español con relación al usufructo de acciones: que sólo existe un derecho de usufructo sobre la cosa o derecho, condicionado al triunfo de la acción, con efectos, naturalmente, retroactivos, según se desprende del artículo 1.120 de nuestro Código (3), o, dando un paso más, yo me atrevería casi a decir que un derecho de usufructo actual sobre la expectativa del propietario.

ALFONSO DE COSSÍO

(1) CROME, *op. cit.*, pág. 545.

(2) FISCHER, *op. cit.*, pág. 213.

(3) No se puede por eso confundir el derecho del artículo estudiado con el que el artículo 1.111, por ejemplo, concede al acreedor, pues si bien tiene de común con él el fin que persigue—evitar que la inactividad del propietario de la acción perjudique al titular del derecho—y el procedimiento que adopta—ejercicio de aquélla, por parte de este último, en nombre y representación del primero—, de él le separan esenciales diferencias: cae el uno dentro de los derechos de obligación; de los reales, el otro; éste tiende a hacer efectiva la deuda mediante su cumplimiento, y aquél, sólo la prestación secundaria o transformada, que es la responsabilidad patrimonial. (Véanse Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1911, 2 de junio de 1920, 4 de abril de 1921, 25 de junio de 1927 y 4 de junio de 1928.)

NOTAS ACERCA DE LA NATURALEZA Y CONTENIDO DE LA SUBHIPOTECA

1930, págs. 440-457

Cuando Díez PASTOR escribió este trabajo, la doctrina española apenas había dedicado atención a la interesante figura de la subhipoteca. El luminoso trabajo de Díez PASTOR, como lo califica ROCA, vino a llenar, pues, un vacío, y lo hizo de una manera original, clara y práctica. Sus conclusiones han sido después aceptadas por algunos (como DE LA CÁMARA, ADC 1960, p. 449, nota 214) y combatidas por otros (como GULLÓN, El derecho real de subhipoteca, Barcelona 1957), pero siempre tenidas en cuenta. La dificultad del tema es obvia debido a la escasez normativa y a la complejidad de los problemas implicados, entre los que destaca la necesidad de soslayar una doble ejecución, sin olvidar los derivados de la relación entre ambos créditos y que la garantía suponga una auténtica sujeción de la finca al pago del crédito subhipotecario. El autor, después de estudiar las diferentes posibilidades de configuración de la subhipoteca, se decide por considerarla como una prenda del crédito hipotecario, a lo que llega basándose en la unión entre crédito e hipoteca derivada del carácter accesorio de esta última.

II

LA SUBHIPOTECA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Es difícil determinar la naturaleza jurídica de la subhipoteca, porque son escasos y poco precisos los preceptos que a ella se refieren. Son, fundamentalmente, el artículo 107, número 8.º, de la Ley Hipotecaria, antes transcrito, que permite hipotecar con ciertas restricciones el derecho de hipoteca voluntaria, y el artículo 151, número 4.º, del Reglamento Hipotecario, al cual no ha concedido, a nuestro juicio, suficiente

importancia la doctrina patria. Según este artículo, la subhipoteca sólo es plenamente eficaz cuando se constituye con sujeción a las normas para la cesión de un crédito hipotecario (150, L. H.).

A base del primero de estos artículos, admite la doctrina, sin dificultad, la constitución de una hipoteca sobre otra hipoteca, sin examinar las consecuencias de esta construcción, y sin ocuparse de la suerte del crédito personal asegurado con la hipoteca. GALINDO y ESCOSURA se limitan a reproducir las palabras de la Exposición de Motivos de 1861: «aunque sin una declaración expresa se sobreentendería que el derecho de hipoteca, *como los demás derechos reales enajenables*, es susceptible de ser hipotecado, se consigna en la ley para evitar dudas y para fijar también la extensión de los derechos del acreedor hipotecario». MORELL tampoco encuentra dificultades en esta figura. Un análisis un poco detenido las descubre, por el contrario, innumerables.

El precepto, tan lacónico, del artículo 107 de la Ley Hipotecaria no da por sí solo base suficiente para definir la naturaleza jurídica del derecho de subhipoteca, limitándose como se limita a conferir una facultad al acreedor hipotecario sin regular las consecuencias de su ejercicio. Precisa acudir a las reglas generales emanadas de principios básicos de nuestra legislación para deducir cuál sea el verdadero objeto de la subhipoteca, su alcance y efectos y los preceptos que han de regularlos.

2. Veamos en primer lugar el objeto sobre que recae la subhipoteca. Puede hipotecarse el derecho de hipoteca voluntaria (107, 8.º). Pero el derecho de hipoteca se constituye siempre para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (1.857, Código Civil), de la que es normalmente accesorio (en mayor o menor grado, no es ésta la ocasión de especificarlo). El derecho de hipoteca está adscrito a la garantía de un crédito determinado, y no puede pasar a garantizar otro distinto sin que ocurra una de estas dos cosas: o que con este fin se la desligue del crédito primitivo y deje de estar afecta a su cumplimiento, pasando a garantizar el segundo crédito exclusivamente; o que a la responsabilidad del segundo crédito se sujete el primero y el derecho real de hipoteca conjuntamente como accesorio de él.

La primera de estas operaciones es posible, conforme al Derecho alemán (Código Civil alemán, § 1.180); pero en el español no es admisible, y aunque lo fuera, no estaríamos ya ante una subhipoteca, sino ante una figura muy distinta: la sustitución del crédito garantizado. No podemos admitir, por consiguiente, sino que a la garantía del crédito subhipotecario quedan afectos el crédito hipotecario y el derecho real de hipoteca, y, según su propia naturaleza, el primero como principal y el segundo como su accesorio. Si se hipotecara el derecho real separadamente del

crédito, el acreedor subhipotecario no adquiriría una verdadera garantía, primero, porque el valor patrimonial de la hipoteca sólo puede hacerse efectivo en función de pago del crédito, y ese valor patrimonial es el que busca el acreedor; y segundo, porque si el crédito quedaba a disposición del acreedor subhipotecante, podía, aceptando el pago del deudor, extinguir la hipoteca, burlando los derechos del subhipotecario (1).

Sí, pues, la subhipoteca recae tanto—y aun más directamente—sobre el crédito garantizado como sobre el derecho real de hipoteca, ¿cuál será su verdadera naturaleza?

La hipoteca sólo puede constituirse sobre bienes inmuebles y derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles, nunca sobre un crédito. La figura propia de derecho de garantía constituido sobre un crédito es la prenda (interpretando ampliamente el artículo 1.864, en relación con el 430, del Código Civil). En este supuesto, la construcción de la subhipoteca habrá de hacerse en uno de estos dos sentidos: o admitiendo que la subhipoteca es una figura compleja y encierra conjuntamente una prenda de crédito y una hipoteca sobre otra hipoteca, o que se trata simplemente de una prenda constituida sobre un crédito del cual la hipoteca es accesoria y sigue su suerte. La primera solución no es aceptable, porque no da base para resolver las complejas relaciones de los dos créditos entre sí y con el derecho real de hipoteca, y porque vuelve a incurrir en el absurdo, ya antes rechazado, de presentarnos un derecho de hipoteca constituido sobre otra hipoteca accesoria de un crédito independientemente de él y sin verdadero contenido económico; ya que, en definitiva, no hace más que yuxtaponer dos derechos distintos: la prenda de crédito y la hipoteca sobre la hipoteca sin verdadera trabazón entre sí.

Por exclusión, no hay más remedio que afirmar: que la denominación de subhipoteca es poco exacta; que se trata realmente de una prenda de crédito garantizado con hipoteca; que la relación principal recae sobre el crédito, y que el derecho real de hipoteca queda sujeto únicamente como accesorio, en virtud de la clásica regla *accessorium sequitur principale*. GALINDO Y ESCOSURA, siguiendo a la Exposición de Motivos de 1861, dicen que es posible hipotecar una hipoteca por su carácter de derecho real enajenable; sin embargo, en ninguna parte dice la Ley Hipotecaria que sea enajenable el derecho real de hipoteca ni regula su enajenación, sino *la del crédito hipotecario* (art. 150), que tácitamente implica la de la hipoteca misma. De donde la consecuencia lógica de su razonamiento nos lleva a afirmar que el gravamen subhipotecario recae inmediatamente sobre el crédito, y sólo por vía de consecuencia queda sujeta a él la hipoteca. Si queremos dar su verdadero nombre a esta figu-

(1) V. COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de D. c.*, t. V, pág. 306.

ra hablaremos no de subhipoteca, sino de prenda constituida sobre un crédito hipotecario.

A primera vista, el artículo 151, número 4.º, Reglamento Hipotecario, da un argumento contra esta tesis cuando exige, para tener por constituida con plenos efectos la subhipoteca, las formalidades propias de la cesión de crédito hipotecario, que, como es sabido, exceden con mucho de las necesarias para pignorar un crédito y se asimilan a las propias de la constitución de hipoteca. Esta consideración no es decisiva. Aunque los efectos de la pignoración del crédito sólo alcancen a la hipoteca en virtud de su condición accesorio, no por eso dejarán de concretarse en su día en los asientos correspondientes del Registro, a través del cual se han de producir y quedan naturalmente sujetos a las exigencias normales del principio de publicidad, no de otro modo que lo está la misma cesión del crédito hipotecario, que, como veíamos antes, sólo por su carácter accesorio transmite la hipoteca (1.528, Código Civil).

Por donde resulta que una consecuente aplicación de los principios fundamentales de nuestro sistema jurídico nos aproxima a la construcción aceptada en las legislaciones que antes examinábamos: la subhipoteca, en el fondo, no es ni puede ser otra cosa que la pignoración de un crédito al cual va unida como accesorio una hipoteca. En su estudio será esencialísimo determinar las facultades del acreedor subhipotecario sobre el crédito personal pignorado, de que no se ocupa nuestra Ley Hipotecaria.

JOSÉ LUIS DíEZ PASTOR

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

CONVENCIONES DE NO-RESPONSABILIDAD

1928, págs. 401-413, 481-496, 561-576,
641-656, 721-736, 881-896

Los problemas abordados por el amplio estudio de VICENTE GELLA son de gran interés por hallarse en el centro mismo del Derecho de obligaciones. Escalonadamente son examinados temas desde los más generales a los particulares, pudiéndose apreciar la obtención gradual de importantes resultados, que plasmados en las conclusiones al fin del trabajo permiten una visión rápida de buen número de problemas relacionados con la validez, admisibilidad y límites de las convenciones de no-responsabilidad. Los obstáculos a su admisibilidad son analizados detenidamente con gran sentido crítico y las soluciones favorables a las convenciones en cuestión se fundamentan en fines prácticos insoslayables. Los límites vienen bien precisados, para lo que se ha partido previamente de un análisis cuidadoso de las normas permisivas e imperativas.

CONCLUSIONES

Llegados al término de nuestra Memoria, sólo nos resta exponer las conclusiones que de ella se desprenden:

I. La importancia económica y jurídica del tema viene determinada por la extraordinaria expansión de la responsabilidad, que constituye uno de los fenómenos más caracterizados del Derecho moderno.

Este crecimiento de la responsabilidad es debido: en el ámbito contractual, a la multiplicación de los contratos que ha seguido al gran desenvolvimiento económico de nuestra época; y en el campo extracontractual, al gran número de accidentes que ha ocasionado la aplicación prác-

tica de diversas invenciones. El incremento de la responsabilidad tiene, pues, por causa un aumento correlativo de la actividad.

II. La ampliación de la responsabilidad debe ser interpretada no como una investigación más prolija del sujeto responsable con un fin punitivo, sino como una eliminación del sentido moral de la responsabilidad, en el que ésta equivale a pena; acentuando, por contra, su aspecto patrimonial, en cuanto el daño significa un empobrecimiento injusto por parte de la víctima. Esta interpretación de las orientaciones modernas confirma la afirmación de IHERING de que la historia de la pena es su abolición constante.

III. Temiéndose que la extensión de la responsabilidad comprometiese la seguridad de los negocios, surgieron las convenciones de no-responsabilidad, revistiendo dos formas típicas: cláusula de exoneración y seguro de responsabilidad civil.

IV. Para determinar la licitud de estas convenciones es preciso delimitar previamente el campo en que la voluntad privada puede actuar con eficacia, esto es, separar en el organismo jurídico las normas imperativas de las permisivas; tarea nada fácil, según vimos, pero de cuya realización se deriva la consecuencia importantísima de que para decidir la suerte de un convenio es preciso poseer una pluralidad de puntos de vista, ya que los imperativos de la ley son múltiples, y en el caso singular sometido al análisis puede existir lesión de uno cualquiera de ellos.

V. Sentada la división de la responsabilidad en contractual y aquiliana y concretado su dominio respectivo, se debe establecer una primera división en el estudio del tema, según la clase de responsabilidad a que afecte la cláusula.

VI. Las convenciones de no-responsabilidad aquiliana han sido tradicionalmente declaradas nulas, como consecuencia del fundamento atribuido a la responsabilidad: la culpa subjetiva. Renovado hoy este principio, se inicia en el Derecho moderno una corriente favorable a la validez de tales convenciones, siempre que no se incurra en dolo o culpa lata, ni se trate de lesiones que afecten a la vida o a la integridad de las personas.

VII. En el campo contractual, donde han sido primera y casi únicamente aplicadas las cláusulas de no-responsabilidad, provocaron una enconada oposición, nacida del falso carácter atribuido al principio de que nadie puede exonerarse convencionalmente de su culpa.

VIII. Centrada la cuestión sobre este punto, los esfuerzos de la doctrina favorable a la cláusula se encaminan a demostrar el descrédito de este principio por medio de dos argumentos: uno de orden histórico, su-

gerido por el Derecho romano; otro de analogía, fundado en la licitud del seguro de responsabilidad civil.

IX. Estos dos argumentos no tienen la misma virtud persuasiva. El segundo de ellos descuida un punto importante, cual es la diferente situación de la víctima en la cláusula y en el seguro. El primero, en cambio, bien que él haya sido objeto de escasa atención por la doctrina, constituye una prueba evidente de la licitud de la cláusula de exoneración, por revelar su examen cómo los principios del Derecho romano, envueltos en una cuestión de orden más general—*natura contractus*—, han pasado a las codificaciones civiles.

X. La cláusula de no-responsabilidad es, en principio, plenamente válida, porque, de la misma suerte que en el Derecho romano, tienen en el Derecho actual naturaleza permisiva las normas jurídicas que rigen la responsabilidad entre contratantes.

XI. La cláusula de no-responsabilidad tiene el límite del dolo y de la culpa lata, porque un contratante no puede eximir a otro de la observancia de deberes que, cual el de probidad y mínima atención, tienen carácter público.

XII. En las aplicaciones prácticas de la cláusula es preciso introducir importantes restricciones, referentes unas a la forma de emisión de la voluntad y otras al contenido de la voluntad misma. Al primer grupo pertenecen las que reputan insuficiente un acto unilateral del deudor para declinar su responsabilidad. Al segundo, las disposiciones protectoras de la parte económicamente más débil en los contratos de adhesión.

XIII. Las disposiciones singulares de que en diferentes países ha sido objeto la cláusula de no-responsabilidad en el transporte ferroviario son normas imperativas protectoras de la libertad del consentimiento. Es decir, no afectan a la estructura elemental y autónoma de la cláusula, sino a la naturaleza específica del contrato de adhesión, tratando de impedir que por la desigual posición de las partes el contrato se convierta de sinagmático en unilateral.

XIV. En Derecho marítimo ha obedecido la admisión de las cláusulas de exoneración a la necesidad de proteger la marina mercante nacional.

XV. En los contratos relativos a las personas, la cláusula de no-responsabilidad debe ser declarada ineficaz, primero, porque los preceptos que afectan a la seguridad de las personas son de orden público, y segundo, porque dada la situación angustiosa de la posible víctima, jamás expresaría la cláusula de no-responsabilidad insertada en estos contratos la bilateralidad real de un acuerdo.

XVI. Finalmente, una visión de conjunto del Derecho contemporáneo permite resolver en una unidad superior la contradicción aparente de las reglas jurídicas. A la extensión de la responsabilidad llevada a cabo por el Derecho podría reprocharse su oposición con la tendencia protectora de la actividad manifestada en otros sectores jurídicos. Estimular la actividad negocial con unas disposiciones y deprimirla al mismo tiempo con la amenaza de una responsabilidad muy onerosa, ¿no es un contrasentido? Un estudio detenido del espíritu del Derecho actual induce a decir que no. La extensión de la responsabilidad no debilita la acción, porque el Derecho no exige que las resultas de un daño repercutan sobre el propio patrimonio del autor. El autor actúa a modo de intermediario entre la colectividad y la víctima; se le declara responsable no para sancionar su imprudencia, sino porque él es quien, habiendo creado una actividad, puede mejor que nadie prever sus riesgos y, por tanto, asegurarlos.

El Derecho aspira a atenuar la gravedad de los daños repartiendo sus consecuencias patrimoniales entre un gran número de personas. Y por esta razón solidarista se rechaza la cláusula de no-responsabilidad en aquellos casos en que sería inhumano que la víctima de una lesión sufriese las consecuencias ella sola.

Todo permite afirmar que el movimiento de renovación registrado en el Derecho es a la par beneficioso para el responsable y para la víctima.

FAUSTO VICENTE GELLA

EL PRECONTRATO. NOTAS PARA SU ESTUDIO

1934, págs. 1-14, 81-96, 161-180, 245-259, 321-336,
401-411, 481-494, 561-575, 651-660

En el año 1934, cuando MORO publicó su tesis doctoral en la Revista, no había en España otro trabajo sobre el precontrato que el primero de ALGUER (RJC 1931, pp. 113 y ss.), en el que todavía recogía la doctrina dominante. Después, el mismo ALGUER publicaría su más conocido artículo, «Para la crítica del concepto de precontrato» (RDP 1935-36), en el que rectifica sus anteriores conclusiones y somete a revisión la teoría clásica del precontrato. El estudio de MORO, situado cronológicamente entre ambos trabajos, como dice don FEDERICO DE CASTRO («La promesa de contrato», ADC 1950, p. 1168), «advierte del valor de las enseñanzas de la práctica, que no obstante todas las dudas teóricas, ha usado continuamente y sigue utilizando la fórmula de la promesa de contrato». Lo más destacado del trabajo de MORO quizá sea esto, junto con un conocimiento profundo de las diferentes teorías, y su entusiasmo en la defensa del precontrato como contrato que obliga a la celebración de otro posterior. Por ello ha parecido que las páginas más representativas del trabajo son aquellas en las que el autor defiende la posibilidad lógica y jurídica del precontrato.

POSIBILIDAD LÓGICA Y JURÍDICA DEL PRECONTRATO

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

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

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

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

Más que la voluntad, interesa al Derecho la declaración de la voluntad. TUHR (2) ha hecho constar que si el hombre no puede aceptar el compromiso de querer más tarde, ni tampoco puede por la ley imponérsele, es debido a lo que nosotros llamamos la facultad de decisión libre. Puede el hombre obligarse a obrar y esta acción puede ser una declaración de voluntad.

Se ha expuesto desde hace varios siglos que la voluntad declarada de deber y de querer concluir un contrato en lo futuro niega la voluntad contractual presente, y más aún, su declaración. El contrato se estima como la fuente más destacada de las obligaciones; obsérvese, sin embargo, que el contrato puede celebrarse en cumplimiento de determinadas normas que se imponen a la voluntad de las partes. Modernamente se ha desenvuelto el llamado contrato obligatorio o coactivo (3) (*Erzwungene Vertrag*). Y este concepto, que parece contradecir, en parte, la exposición tradicional del consentimiento, que consideraba defectuosa la voluntad, falta de espontaneidad y de libertad, se regula ahora como causa determinante de la celebración de los contratos. Aquí nos basta con afirmar que el precontrato no puede incluirse entre los contratos coactivos, como ya hemos indicado, porque la obligación de celebrar un negocio futuro,

(1) Der heutige insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag und die Bedeutung des I. 20 D. 12, 5., *ob. cit.*, pág. 14.

(2) *Allgemeinerteil d. deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. II, pág. 5.

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

idea común a ambos, tiene por fuente la voluntad de las partes en el precontrato, en tanto que, en los contratos coactivos, es ajena a esa voluntad.

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

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

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

Conviene analizar si el precontrato es una institución impuesta por las necesidades de la vida o integra una de tantas construcciones de valor teórico indudable, destinada sólo a la exposición doctrinal. Evidentemente, no se trata de una figura propia de aquellas épocas de la humanidad que nos revelan como formas usuales del tráfico la permuta o la compra-

(1) Véase *ob. cit.*, pág. 50.

(2) Véase *ob. cit.*, pág. 17.

(3) Véase *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 71, págs. 51 y sigs.

venta en sus aplicaciones más elementales; es más propio de la vida económica moderna, de tiempos en que la economía del crédito ha superado a la economía del dinero; se trata, en fin, de un negocio jurídico que pone de relieve la perspicacia del hombre de negocios de hoy y que revela la pretensión de influir en la incertidumbre del futuro.

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

Incluso los menos simpatizantes con la institución estudiada, TUHR, entre ellos (3), admiten su existencia en casos como los siguientes: A promete a B celebrar con X un contrato de préstamo o de venta de cosa determinada. Sólo cree posible justificar la promesa de celebrar un contrato en casos concretos, así en los contratos sobre transferencias inmobiliarias, en que han de precisarse las fincas objeto de aquéllos, de manera clara y precisa para que su identidad se pueda establecer de conformidad con las exigencias del Registro, lo cual no se logra cuando se venden por una persona «todos los inmuebles que posee en término de Z» o aquellos que hayan de corresponderle en una herencia que se expresa. Estos contratos no pueden valer más que como promesa de contratar (4),

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

(2) Véase *ob. cit.*, pág. 6.

(3) Véase *ob. cit.*, pág. 235.

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

por la que las partes se obligan a cooperar a la conclusión de un contrato susceptible de ser inscrito.

Opuestos a la utilidad de los precontratos se mostraron los redactores del Código Civil alemán (1), porque entendieron que los resultados prácticos que permitía obtener podían alcanzarse por caminos más sencillos y breves. El precontrato hemos visto que asegura a una persona el ejercicio de un derecho sin obligarle a usar de él, y ese mismo resultado puede lograrse con una oferta mantenida durante cierto plazo, bastando que el interesado a quien se dirija preste su aceptación en tiempo hábil, para que tengamos realizado el contrato principal.

Las críticas se enderezaban primeramente contra los contratos unilaterales, pero se extendieron a los bilaterales. Y en este punto creemos ciertas las razones de CARRARA (2), según el cual las partes que se encuentran en la situación ya descrita, que aspiran a celebrar un contrato que no pueden ejecutar en seguida, raramente lo celebran y aplazan su ejecución. Buscan un medio que, obligándoles en cierto sentido, les permita, por otra parte, quedar en libertad hasta que puedan cerrar el contrato. Pretenden madurar las condiciones y circunstancias en que ha de celebrarse el contrato futuro; el precontrato no pone fin al período de formación del contrato, señala tan sólo una etapa del mismo, pero nos interesa destacar que constituye un estadio con valor especialísimo, generador de obligaciones. A las fases normales para la celebración de un negocio jurídico se agrega otra extraordinaria con el precontrato, cuyo interés especial estriba en que señala el límite en el que desaparece la potestad libérrima de los contratantes para volverse atrás en las negociaciones entabladas, porque con el precontrato las partes han quedado ya obligadas; es un medio para la producción del negocio principal a que se aspira.

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

(1) Véase SCHLOSSMAN: *Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte* en *Ihering Jahrbücher*, tomo XLV, pág. 1.

(2) Véase *ob. cit.*, pág. 43.

ciertos rodeos de los particulares y convertir el precontrato en contrato principal.

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

SEBASTIÁN MORO LEDESMA

LA DONACION "MORTIS CAUSA" Y EL CODIGO CIVIL

1952, págs. 321-336

En este artículo, VALLET DE GOYTISOLO contesta a las objeciones que a su anterior estudio sobre el mismo tema, publicado en los Anales de la Academia Matritense del Notariado, había opuesto JOSÉ PARRA JIMÉNEZ en las páginas de la propia REVISTA CRÍTICA (1952, pp. 185 y ss.).

El citado estudio de VALLET en los Anales despertó gran interés y opiniones contrarias como las de FUENMAYOR (ADC 1951, p. 1082). En el presente estudio VALLET responde punto por punto a la crítica de PARRA, mostrando bien el elenco de problemas que el artículo 620 del Código Civil plantea y dando una visión sucinta de su original interpretación y de algunas objeciones que se le formularon. El trabajo, de carácter eminentemente polémico, condicionado por los límites de una respuesta, da constancia, sin embargo, del talento y método de VALLET, pues en él afloran su conocimiento de los clásicos, del Derecho vigente y su planteamiento finalista de los problemas jurídicos, sin que falte una gran precisión en el manejo de argumentos gramaticales y lógicos, que, no obstante, quedan subordinados a las consideraciones teleológicas.

4. ELEMENTO SISTEMÁTICO

Aducimos los artículos 177, 618, 641, 827 y 1.331.

Nuestro contradictor objeta:

a) «Por lo que toca al artículo 618, no vemos inconveniente alguno en que la donación a que se refiere el artículo 620, ordenada en testamento, siga siendo un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que le acepta.»

Pero—replicamos—¿dónde y cuándo debe hacerse esa aceptación? El artículo 618, con respecto a las donaciones directas, de primer grado, debe

interpretarse en relación con los artículos 623 y 629 del Código Civil. Por tanto, debe aceptarse en vida del donante. En cambio, el artículo 991 para la sucesión por causa de muerte, dispone que nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar. Además, toda aceptación requiere una oferta recepticia; ¿puede decirse que tenga carácter recepticio la declaración testamentaria antes de fallecer el testador?

b) En cuanto a los demás preceptos citados, alega que, «en general, no parece lícito, para una interpretación sistemática del artículo 620, argüir aquellos preceptos del Código aparentemente inconsecuentes con su enemiga a los pactos sucesorios. Son preceptos excepcionadísimos, con su particular razón de ser cada uno de ellos, que no admiten extensión por analogía a más supuestos que los contemplados concretamente en cada uno».

Aunque así fuese, demostrarían que, por lo menos en dichos supuestos excepcionales, puede seguir viviendo la donación *mortis causa*. Donación que, por otra parte, dada su revocabilidad, no participa de la enemiga a los pactos sucesorios.

c) Finalmente, asegura PARRA que una interpretación sistemática del artículo 620 no puede echar en olvido el artículo 658 del Código Civil, ni mucho menos el artículo 667.

No lo entendemos así. Es más, creemos que nada tienen que ver con esta cuestión, pese al respeto que sentimos por nuestros maestros los anotadores de ENNECCERUS (II-2.º, pág. 115).

El artículo 658, en su § 1.º, dice que: «La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley.» Basta su lectura para borrar toda duda de que el precepto transcrito tenga algo que ver con las donaciones *mortis causa*. Estas no suponen *sucesión* en sentido estricto. Aparte de que fuera del artículo 658 existe algún supuesto de sucesión, también admitido en el Código, aunque sea excepcionalmente (v. gr., principalmente en los artículos 177, 1.331).

El artículo 667 contiene aquella definición del testamento tan duramente criticada por la doctrina. Pero, para PARRA, significa algo más: «la gran verdad—asegura—del artículo 667 es que no se puede disponer de los bienes para después de la muerte, sino testando»..., «disponer de todo o parte de los bienes para después de la muerte y testar, es una y la misma cosa en el sistema de nuestro Código Civil (1).

(1) Podríamos objetarle a PARRA que la donación *mortis causa* no es una disposición de bienes para después de la muerte, sino una donación efectiva en el último instante de la vida del donante. Así lo dijo MARCELO (Dig. XI, I, 15): «in

Pero ¿dice eso el artículo 667? A juicio nuestro, dice menos. Sólo esto: «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento.»

En primer lugar, el artículo 667 únicamente contiene una definición —por lo demás poco afortunada del testamento—, sin pretender otra cosa. Su *ratio* sólo es ésta. Luego no es lícito entender sus palabras más allá del fin perseguido por ellas. No consta patentemente que quisiera atribuir al testamento la exclusiva de las disposiciones *mortis causa*, como ocurriría en caso de haber comenzado diciendo: «Todo acto...» o «Todos los actos...» Ciertamente que emplea el artículo determinado «el» y no el indeterminado «un». Pero no juzgamos lícito que, por el mero uso de determinado artículo, se deba entender que un precepto que patentemente sólo pretende dar una definición imponga una prohibición y atribuya un monopolio no formulado directa ni expresamente.

En segundo término, si el artículo 667 dijese semejante cosa, sería inexacto y quedaría desmentido sin salir del Código Civil. El propio PARRA reconoce que se aducirán, en contra de su tesis, «los supuestos excepcionales en que nuestro Código permite disponer para después de la muerte mediante formas extratestamentarias». Aun cuando replica que «si bien se examinan todos y cada uno de esos casos, son estipulaciones accesorias a un acto principal, contenido en los capítulos matrimoniales o en la escritura de adopción; son actos de disposición queridos en cuanto se ha querido el acto principal al que están subordinados y a cuyo régimen formal han de someterse necesariamente. Pero disponer de los bienes contemplando la muerte cara a cara y sólo la muerte, no un acto principal como el matrimonio o la adopción, eso sólo puede hacerse mediante el testamento».

Claro que, a fin de que PARRA tuviese razón, habría que exceptuar, por lo menos, además de la adopción y los capítulos matrimoniales, a los contratos celebrados con un tercero, sean onerosos (art. 827) o gratuitos (artículo 641), y, tal vez, en todo caso, la mejora directamente dispuesta por acto *inter vivos*, con o sin entrega de bienes, en los supuestos en que sea revocable (art. 827). Y, además, el artículo 667 debería decir, para no contradecirse con tales excepciones, que: «El acto por el cual una persona *exclusivamente* dispone para después de su muerte, etc...» Definición que también sería inexacta, porque en el testamento también se

extremum tempus... vitae», «*ut moriente eo*». También TRIFONINO: «*in tempus, quo ipse moreretur*», y lo ha rubricado SAVIGNY (*Sistema del Derecho romano actual*, traducción de Mesia y Poley, 2.ª ed., § CLXX, págs. 168 y sigs., nota a), que así explica la validez de la *mortis causa stipulatio* (por la que el donante prometía constituirse deudor *cum moriar*, es decir, en el último instante de su vida) y la eficacia de la donación en caso de conmorcencia de donante y donatario.

disponen otras cosas. Entre ellas, el reconocimiento de hijos naturales, de efectos inmediatos.

Y es que, como dijimos, el artículo 667 no pretendió establecer un monopolio, sino tan sólo dar una definición del testamento.

Por eso no puede sacarse de él más jugo del que tiene. Si quiso únicamente formular una definición no deben buscarse en él unas prohibiciones que de modo patente no resulten del mismo. El *fin* de la norma, su *ratio*, más que su letra, son la clave de su interpretación y señalan los límites dentro de los cuales debe ser aplicada.

5. CUESTIONES TELEOLÓGICAS

a) *¿Son estas donaciones un peligro para la estabilidad jurídica?*

Termina PARRA su trabajo exponiendo la razón que, a su juicio, «fue uno de los motivos de descrédito de la institución ante los legisladores, y no podría resucitarse ahora sin que el propósito de éstos quedara fracasado». Claro que su afirmación no tiene apoyo alguno en que descansar. Ya que tan sólo cita como prueba el juicio de dos autores franceses: COLIN y CAPITANT, posteriores a nuestra codificación y que hablaban de las cosas de su patria, sin ocuparse de las nuestras.

Veamos cuáles son esos pretendidos motivos. Los resume y concreta en «*la posibilidad de que se destruya y cancele una enajenación perfectamente válida, haciendo resurgir el antiguo dominio del transmitente, en virtud de un cambio de voluntad de éste, en perjuicio, incluso, de terceros*».

¿Suponen realmente ese peligro las donaciones *mortis causa*?

La respuesta requiere una subdistinción entre donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo y donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio.

Estas últimas, según expusimos en nuestro referido trabajo (págs. 746 y sigs.), no están comprendidos en el artículo 620 y, en consecuencia, deban regirse por las normas ordinarias de las donaciones *inter vivos*. Han perdido, por tanto, su antigua característica natural, el *ius proenitendi*. A no ser que el donante haga uso de la facultad que le concede el artículo 639, e incluso el propio artículo 641 (según se admite o no la reversión potestativa por el donante). Lo mismo que en cualquier donación *inter vivos* con cláusula de reversión—propia y debidamente dicha—referida a causa distinta de la premoriencia del donatario. Todo esto está vivo. Permitido en el propio Código Civil. Basta leer los citados artículos 639 y 641.

Las donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo son hoy—a la inversa que en la época inicial de esta institución—las más características donaciones *mortis causa*, casi diríamos, las donaciones *mortis causa* propiamente dichas. A ellas, exclusivamente, alude el discutido artículo 620, al aludir a las «que hayan de producir su efecto por muerte del donante».

Pues bien: ¿cómo referir a ellas las acusaciones que PARRA formula? (Y, caso de merecerlas, ¿no debieren compartirlas todos los legados y demás disposiciones testamentarias?) ¿Dónde percibe el peligro de que, con ellas, se destruya y cancele una enajenación perfectamente válida, en perjuicio incluso de terceros?

Cabe también que a las donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo vaya unida una transferencia actual y precaria de la tenencia de la cosa pendiente de donación. Pero, entonces, ¿es que esa posesión precaria del posible titular futuro lleva consigo una incertidumbre mayor que la que pueda suponer la transmisión anticipada de la posesión a los herederos instituidos o entre quienes, por acto *inter vivos*—conforme al artículo 1.056 del Código Civil—, el testador distribuyó previamente su herencia?

Ese tremendo peligro, que PARRA figura, queda, pues, en nada. En un espejismo. En una pesadilla, un mal sueño.

b) *¿Qué utilidad puede rendirnos esta vieja institución que no podamos obtener de las disposiciones testamentarias?*

ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado*, vol. I, págs. 575 y sigs.) señala alguna de sus ventajas. Pero, en todo caso, no cabe dudar que, como dice el mismo maestro: «La ley tiene que admitir la mayor variedad de tipos o fórmulas en que manifestarse la voluntad dirigida a conseguir algún efecto jurídico... Es preferible que el legislador adopte francamente la figura de la donación *mortis causa*, corrigiendo su ordenamiento si es preciso, que no con un criterio ciegamente simplista, obligue a los particulares a descubrir nuevas fórmulas jurídicas.»

Nuestro discutido trabajo lo concluíamos proclamando de que las donaciones *mortis causa*, tanto en sus formas directas como en sus figuras superpuestas o en sus variedades indirectas y dando eficacia *mortis causa* a determinadas donaciones *inter vivos* que como tales no valen, pueden seguir prestando relevantes servicios. Prescindiendo, tal vez, de las formas directas cuya utilidad puede cubrir el testamento, en los demás supuestos no podría suplirse su vacío con disposiciones testamentarias. Las reversiones o reservas *mortis causa* a favor de tercera persona contenidas en actos *inter vivos*, las compras con pacto de sobrevivencia

en régimen civil común, los mismos seguros de vida con tercero beneficiario (1), la renta vitalicia con tercer beneficiario *post mortem* del cedente, el depósito para entregar a tercera persona a la muerte del depositante, o el respeto de la voluntad de un causante que había comprado para su mujer a nombre de ella, e incluso, las ventas simuladas que encubren una donación, cuya efectividad no se quiere *inter vivos*, sino *mortis causa*, etc., por sí solos justificarían, en bien de la Justicia y el Derecho, la supervivencia de esta institución, que no puede morir, y que si muriese renacería de sus propias cenizas. Como el Ave Fénix.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

(1) Nuestro buen amigo IGNACIO NART nos decía recientemente: «Sin la donación *mortis causa* no puede explicarse satisfactoriamente el seguro de vida con tercero beneficiario».

Creemos que tiene razón. La estipulación a favor de tercero ni el negocio abstracto, jamás podrán explicar por sí solos la relación de valuta entre estipulante y beneficiario. (Ver las págs. 806 a 820 de nuestro trabajo de referencia.) El negocio abstracto no es más que una cortina, que impide toda indagación. Pero nada explica. Además, en nuestro Derecho, no caben los negocios absoluta ni sustancialmente abstractos. El artículo 1.277 no sólo no excusa la causa, sino que llega a presumirla, creando con ello, por natural paradoja, la *abstracción puramente procesal de una causa sustantivamente necesaria*. (Ver SANAHÚJA: «Estudio del reconocimiento de deuda», *La Notaría*, año 1945, págs. 207 y sigs., y ROCA SASTRE, *op. y volumen últ. cit.*, págs. 490 a 494.)

4. SUCESIONES

HEREDEROS Y LEGITIMARIOS

1943, págs. 661-670

Este trabajo de DÁVILA es el punto de partida de una polémica doctrinal, que tuvo su cauce de expresión en la Revista y que desbordó sus páginas en conexión con un renacimiento de los estudios de Derecho sucesorio.

La tesis de DÁVILA se resume en las palabras: «donde hay herencia, no hay legítima», de modo que mantiene la incompatibilidad de las cualidades de heredero y legítimo entre sí. SOLS GARCÍA combatió esta tesis, oponiendo la contraria de la compatibilidad de ambas condiciones («El heredero: ideas para su estudio», en la RCDI, 1944, págs. 568-578). A la discusión se sumaron en la misma «Revista Crítica»: VIRGILI SORRIBES («Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica», 1945, págs. 479-494), que sostuvo una teoría ecléctica; LACAL (1945 y 1948), y CREHUET (1948). Fuera de la Revista son de mencionar, en relación con el tema, los trabajos de ROCA SASTRE (RDP, 1944), PORPETA (1945), GONZÁLEZ PALOMINO (AAMN, 1946), GONZÁLEZ COLLADO (AAMN, 1946) y VALLET (RGLJ, 1946, y RDP, 1948). Ello da cuenta de la indudable repercusión del trabajo de DÁVILA y justifica por sí solo el interés de las páginas que encendieron aquella polémica.

VI. INCOMPATIBILIDAD ENTRE HEREDERO Y LEGITIMARIO

Ya hemos visto anteriormente que entre ambos existe incompatibilidad en cuanto que el legítimo tiene que aceptar todos los actos, disposiciones o limitaciones que recaigan sobre su propio patrimonio cuando reúne la cualidad de heredero. Por ello se confirma forzosamente el lema

«donde hay herencia, no hay legítima». Se precisa separar ambas instituciones fijando los caracteres propios de cada una.

1) El legitimario (de igual forma que el heredero del Derecho germánico) sucede por derecho propio y no por la voluntad de su causante. Su sucesión se basa en la Ley que le otorga en razón de ciertos principios, especialmente de parentesco próximo. El heredero, por el contrario, recibe su designación por voluntad del testador o por la Ley, en su defecto. La habíamos dicho que la voluntad del hombre decide sobre ello (arts. 658, 763 y sigs.).

2) La legítima es siempre un activo hereditario. Sea una parte, unos bienes, un crédito, etc. Por eso se llama en algunas legislaciones (Francia, Italia...) reserva. Así, artículo 806: «Legítima es la porción de bienes...». La doctrina y la jurisprudencia han puesto de relieve el problema cuando se ha tratado de ver la responsabilidad del cónyuge viudo por las deudas hereditarias. Pero ha planteado mal el problema, porque no ha visto la distinción que estamos haciendo. El cónyuge viudo no tiene obligación, como ningún legitimario, de pagar las deudas del causante. La legítima no se establece para que el heredero forzoso contribuya al pasivo, sino para que reciba del activo. Ahora bien, si el cónyuge viudo estuviere instituido heredero (cosa no frecuente), entonces, como cualquier otro heredero, tendría que contribuir al pasivo hereditario. Véanse las observaciones de CASTÁN y la poca decisión de la doctrina para acometer el problema. Por ello el Tribunal Supremo, ni como cónyuge supérstite ni como heredero forzoso, ha podido condenarle al pago de las deudas hereditarias, que sólo incumben al heredero voluntario o legal.

El heredero no sucede en un activo o en un pasivo. Es el continuador del causante, y como tal sucede en todo aquello que es transmisible, el activo o el pasivo. Al heredero no le importa, ni es requisito esencial, que el causante tenga o no bienes. No obstante esta afirmación, los mismos textos legales ligan la existencia de bienes a la cualidad de heredero en términos que parece no concebirse en algún caso heredero sin bienes. Así, el artículo 667, y más todavía el 763, que tiene un sabor germánico y nada romano. Nada tiene que ver la existencia de un activo ni la facultad de disponer, ni la capacidad para adquirir bienes para ser nombrado heredero.

3) El legitimario puede percibir anticipadamente algo a cuenta de su legítima. No es obstáculo el artículo 816, ya que no se trata de transigir o renunciar, sino de percibir a cuenta para ser imputado en su día. Así: el artículo 1.035, 654... La práctica notarial, especialmente la antigua, habla de recibir a cuenta de la legítima o donaciones como anticipo de legítima, y éstas son fórmulas correctas.

Sobre la herencia nada puede recibirse anticipadamente, ni es objeto de tráfico, cuenta o partición (así, art. 1.271, salvo los pactos sucesorios). Además, no puede decidirse sobre la cualidad de heredero hasta el momento que el instituyente ha fallecido.

4) El legitimario tiene garantizados sus derechos contra la futura sucesión antes y después de la muerte del causante. En los actos *inter vivos*, el legitimario que se ve amenazado de la ruina del patrimonio de su causante puede pedir la declaración de prodigalidad (art. 222), y en los actos *mortis causa*, con las medidas cautelares generales o las específicas de los juicios universales. Si el legitimario es heredero, debería acatar totalmente todas las disposiciones de su causante porque así es el sistema, ya se trate de venta o gravamen. En lugar de consentimiento, lo correcto sería demostrar en forma auténtica que el heredero forzoso había aceptado voluntariamente la herencia de su causante. Si, por el contrario, el legitimario ha renunciado a la herencia y aceptado solamente la legítima, entonces comprendemos la norma del artículo 20 (consentimiento de los herederos forzosos para la enajenación o gravamen).

5) El legitimario puede impugnar todos los actos que haya realizado su causante en contra de su legítima o con fraude (art. 654 del Código Civil). Esto no puede realizarlo el heredero. Situación muy análoga a la del legitimario es la del heredero a beneficio de inventario (artículo 1.023).

6) La herencia y la legítima se distinguen como dos aspectos de la sucesión distintos. En la renuncia de herencia aceptando la mejora (que es una parte de la legítima) (art. 833); el tutor testamentario que se excusa de la tutela y pierde lo que voluntariamente le hubiese dejado el testador, salvo creemos el derecho de legítima (art. 251); el albacea que no acepta el cargo (art. 900).

VII. CONCLUSIONES

Resumimos inmediatamente el estudio realizado en la forma siguiente:

1) Donde hay herencia no hay legítima, y por ello heredero y legitimario no puede darse en una misma persona, de igual manera que nadie puede tener derechos contra sí mismo. El heredero es el continuador del causante, y por ello asume toda su personalidad y patrimonio en lo que tiene de transmisible y representable. El legitimario es un pariente próximo que tiene derechos contra el causante mismo y por ello contra el heredero.

2) El testador puede imponer al llamado legitimario cuando es heredero todas las condiciones, limitaciones y restricciones que tenga por conveniente, ya que tiene que aceptar la herencia en la forma que se le designa o renunciar a ella.

3) La legítima y la herencia son dos aspectos de la sucesión distintos. Puede renunciarse o aceptarse independientemente una de otra.

JULIÁN DÁVILA GARCÍA

LAS CONFERENCIAS DEL DOCTOR FERRARA OBSERVACIONES

1930, págs. 53-69

En el año 1930, FERRARA, en conferencias que fueron recogidas por la Revista con observaciones de don JERÓNIMO, se ocupó del tema de las legítimas, entre otros, iniciando la tesis de que la legítima española se obtiene como la reserve francesa por una delación legal a título hereditario. Esta opinión fue combatida inmediatamente por don JERÓNIMO en sus observaciones, pero influyó posteriormente en otros autores como FUENMAYOR, ORTEGA PARDO, GÓMEZ MORÁN, ESPINAR LAFUENTE y GARCÍA VALDECASAS. (Véase VALLET DE GOYTISOLO: Las Legítimas, Madrid, 1974, págs. 182-183, notas 7 y 8).

En sus observaciones don JERÓNIMO puso el acento en la premisa, de la que partiera FERRARA, del origen germánico de nuestra legítima, para combatirla, destacando las diferencias entre la evolución de nuestro Derecho y los de Francia y Alemania.

De las páginas que vienen a continuación corresponden a FERRARA las inmediatas, y las ulteriores, a partir de «Observaciones», a don JERÓNIMO.

Este análisis histórico nos abre el camino para poder establecer la naturaleza jurídica de la legítima en el derecho moderno. Veamos cuáles son sus caracteres esenciales:

I. El derecho a la legítima es un *derecho hereditario ex lege*. La legítima es *pars hereditatis*, no *pars bonorum*. La ley divide el patrimonio de la persona en dos *masas distintas*: la parte legitimaria y la parte disponible. La primera se subdivide en dos cuotas, como se verá después, pero por ahora no nos ocupamos de ello. La cuota legítima constituye una parte de la herencia intangible e inalterable, reservada exclusivamente a los herederos necesarios. Sobre esta parte del *as hereditario*, el *de cujus* no puede disponer, y si dispone, la disposición testamentaria queda anulada y re-

ducida hasta el margen de la legítima. La legítima, pues, es una *cuota hereditaria*, reservada, incondicionalmente, a los legitimarios, sea que falte el testamento o que consista en una simple atribución de legados, sea que haya un testamento que atribuya a los legitimarios una porción de bienes, inferior a aquélla que les corresponde. Así, pues, los herederos forzosos son *herederos por virtud de la ley* y están necesariamente en la sucesión.

Pero los legitimarios, además de tener un *derecho sustancial* a la herencia, conservan todavía la *garantía formal* del derecho romano, esto es, el derecho de ser expresamente instituidos o desheredados, porque en caso de preterición, la institución es nula. Se comprende, sin embargo, que esta garantía no tiene hoy el mismo significado y valor que antiguamente, porque puede existir testamento sin institución de herederos, y por otro lado, la institución puede referirse a una parte mínima del as hereditario. Pero el principio tiene siempre importancia, porque en el caso de institución de un heredero extraño, con preterición del heredero forzoso, se produce la apertura de la sucesión intestada.

De que el derecho a la legítima sea un derecho hereditario, derivan las siguientes consecuencias:

1.^a El derecho a la legítima *nace en el momento de la apertura de la sucesión*. No se tiene derecho a legítima mientras que vive el *de cujus*. *Viventis non datur hereditas*.

2.^a Para tener derecho a legítima es necesario ser heredero. Quien renuncia a la herencia se vuelve extraño a la sucesión y no puede reclamar la legítima, aun cuando pueda conservar el legado o una donación recibida del *de cujus*, hasta el importe de la cantidad disponible (artículo 1.036 del Código Civil).

3.^a Es nula toda renuncia a la legítima y la transacción sobre la misma como pacto sucesorio (arts. 655 y 816 del Código Civil).

II. El llamamiento a la legítima implica *una vocación a título universal*. Porque la legítima es una cuota de herencia, y se halla determinada, según los casos de concurrencia, por una porción alícuota abstracta y constante del patrimonio (dos tercios a los descendientes, mitad a los ascendientes); la devolución de tal cuota constituye *llamamiento a título universal* (art. 660 del Código Civil). El legitimario no es un acreedor de una parte del valor de los bienes, sino que es llamado a una cuota abstracta de la herencia.

Si el heredero forzoso está solo, recibe la porción legítima completa; si son varios, la cuota legítima se atribuye a todos por *vocación colectiva* y *solidaria*, y por tanto, con derecho de acrecer, en caso de premoriencia,

incapacidad o renuncia de uno de los llamados (a no ser que tenga lugar el derecho de representación).

Puesto que los legitimarios, sean o no llamados por testamento, son herederos, se deduce que están obligados en sus *relaciones internas* a colacionar las liberalidades recibidas, según las reglas de los artículos 1.035 y siguientes, y, por otra parte, en las *relaciones externas* son responsables de las deudas hereditarias, o mejor, se hallan obligados solidariamente (artículo 1.084 del Código Civil). También se hallan obligados al pago de los legados, sólo que éstos no pueden lesionar el derecho a la legítima, pues en este caso pueden hacerlos anular en todo o en parte.

III. El derecho a la legítima es un *derecho real de propiedad* sobre los bienes hereditarios. Los legitimarios son *investidos* directa e inmediatamente por la ley en la copropiedad de los bienes hereditarios, y la legítima es debida en plena propiedad, sin que el testador pueda imponer sobre ella ningún peso ni condición (art. 813 del Código Civil). La legítima, en su virtud, constituye un límite objetivo del derecho a disponer, correspondiente al de *cujus*, a título gratuito (art. 806 del Código Civil). Y por esto, el legitimario puede reclamar *in natura* su porción sobre todos los bienes que compongan el as hereditario, inmuebles, muebles, créditos, de modo que su cuota no sólo sea respetada *en cantidad*, sino que corresponda *cualitativamente* a la composición del as hereditario.

Resulta, por tanto, infundada la pretensión del heredero ex testamento de pagar la cuota del legitimario en dinero o en bienes, a su elección, aun cuando se trate de actos *ad supplendam legitimum*. Además, es nula toda cláusula testamentaria que tienda de cualquier manera a impedir que la legítima se transmita franca y libre, bajo la amenaza de caducidad, cláusula penal y otras semejantes.

En fin, la legítima se halla garantizada con la acción de reducción, por efecto de la cual se anulan, en primer lugar, todas las disposiciones testamentarias que resulten lesivas, o se reducen proporcionalmente hasta la altura de la legítima, y cuando la nulidad o reducción de las mismas no basta, se sube hasta las donaciones, suprimiendo o reduciendo las de fecha más reciente, hasta llegar sucesivamente a las más antiguas en sentido retrógrado (arts. 655, 656 y 817 del Código Civil).

La reducción es una *reintegración o reconstitución in natura* de aquella parte del patrimonio familiar reservada por la ley a los herederos forzosos, que tiene carácter *real*, en cuanto puede promoverse por los herederos contra los terceros detentadores de los inmuebles donados o enajenados por los donatarios, porque tales liberalidades se entienden resueltas en el momento de la apertura de la sucesión, hasta el importe de la lesión, y por esto se recuperan los bienes libres de todo gravamen

e hipoteca. Para el ejercicio de la acción de reducción no es necesario que el heredero acepte a beneficio de inventario, como está mandado en otros sistemas positivos (véase, por ejemplo, el art. 972 del Código Civil italiano).

El legitimario, pues, es un *sucesor a título universal* de una cuota intangible del patrimonio hereditario, formado por la masa relicta y los bienes donados, que trae su título inmediato de la ley, aunque estuviera llamado por testamento, sin perjuicio de imputar en su cuota las liberalidades recibidas en vida, a no ser que hayan sido hechas con dispensa de colación.

OBSERVACIONES

En la sexta y última de sus conferencias, el doctor FERRARA, siguiendo un plan que podemos llamar clásico para el desenvolvimiento monográfico de una institución jurídica, estudia los precedentes de la legítima en el Derecho romano, la naturaleza de las reservas germánicas y el influjo recíproco de ambas corrientes, para llegar a una rigurosa sistematización del instituto en el Derecho moderno.

Nada tendríamos que oponer a tal desarrollo si se tratase de exponer la materia en el Derecho francés o alemán; pero en el Derecho español, los pronunciados matices de la legítima y de la reserva que el conferenciante ha puesto de relieve se funden, desde hace muchos siglos, en una concepción de líneas románicas que se imponen a través de las variaciones regionales, y nos impide traducir en nuestras lecciones los antecedentes e informes que los juristas franceses nos dan sobre las diferencias entre los *Pays de droit écrit* y los *Pays de coutume*, o reproducir las consideraciones que desde ZACHARIAE hasta ENDEMANN, por no citar más que un civilista moderno, hacen los alemanes de la pasada centuria.

En los *países de derecho escrito* se conservaron la técnica y las reglas del Derecho romano, la *querella* para anular el testamento, caso de preterición, y la *condictio ex lege*, para obtener el complemento de legítima, acción real la primera y personal la segunda; mientras en los *países de costumbres*, unida a la idea confusa de la copropiedad familiar, se desenvuelve lentamente la teoría de la reserva, concedida aún a los parientes colaterales, siempre que asumiesen el carácter de herederos, contra las disposiciones testamentarias exclusivamente, y por lo que tocaba a los bienes *propres*, no sobre los adquiridos.

En tales estatutos y legislaciones, así como en los *derechos particulares* de los antiguos Estados alemanes a medida que van recibiendo el Derecho romano, pueden seguirse las reacciones de ambos institutos en

los preceptos que fijan el número de los herederos forzosos, las cuotas legitimarias, la necesidad de asumir el carácter de heredero, las defensas adoptadas contra la libertad de testar y la naturaleza de la legítima como *pars hereditatis*. Todo ello, sin la claridad y la precisión con que el doctor FERRARA, proyectando conceptos modernos sobre situaciones jurídicas arcaicas, nos presentan la materia; porque las intuiciones populares desconocían la diferencia entre las sucesiones a título universal y las que se efectuaban a título singular, daban únicamente valor al enriquecimiento y no veían en la herencia el aspecto unitario del *as romano*.

Por lo que toca a nuestra Patria, la palabra y el concepto de *reserva* se distanciaron en la técnica jurídica de la institución de la legítima, y desde las primeras disposiciones legislativas dictadas para los godos y los hispano-romanos aparece la reacción contra la libertad de testar, fundada más bien en consideraciones sociales y éticas que en la copropiedad germánica. Todo el texto de la ley primera, título V, libro IV, del *liber judiciorum* es un completo alegato contra los abusos de los padres y ascendientes, en que no hay la menor alusión a las costumbres teutónicas: «Como nos damos cuenta—dice el rey CHINDASVINTO—de los hechos ilícitos que se realizan, creemos oportuno poner un remedio legal para lo futuro. Muchas personas en verdad viven de una manera irregular, y para satisfacer sus apetitos o por otras malas pasiones, transfieren sus bienes a personas extrañas y despojan sin motivo a sus hijos y descendientes, que no han cometido ninguna culpa grave, inutilizándoles para que sean útiles a la colectividad, en vez de hacerles beneficiarios de lo que no es más que el producto de su trabajo personal, unido al de sus padres. Y para que en este caso no padezca, como nunca debe padecer, la pública utilidad, ni quede desatendido el afecto natural que todos los padres deben profesar a sus hijos y descendientes, derogando la disposición legal en cuya virtud el padre, la madre, el abuelo o la abuela pueden transferir sus bienes, si quisiesen, a una persona extraña, y también la mujer casada puede hacer de su dote lo que tuviese por conveniente, prescribimos como prudente medida para que sea por todos observada, que los padres y abuelos, sin perder por completo la facultad de disponer de su patrimonio, no puedan separar por una indiscreta voluntad a los hijos y descendientes, de su misma sucesión».

La discusión entablada acerca de cuál fuera la ley derogada por el rey CHINDASVINTO, pone de relieve la constante y decisiva orientación de nuestra jurisprudencia, pues lo mismo los autores que, siguiendo a CÁRDENAS, estiman que la ley derogada era la del breviario de ALARICO, vigente entonces, que los que, siguiendo a MARTÍNEZ MARINA, MARICHALAR y MANRIOUE, ANTEQUERA y ESCRICHE, entienden que la libertad de dis-

poner de sus bienes en favor de extraño correspondía lo mismo a vencedores y vencidos, apenas hacen alusión al sistema sucesorio de los germanos, ni a la copropiedad familiar, origen de las reservas. Modernamente, ZEUNER, BRUNNER y UREÑA afirman que en el código de EURICO se encontraba ya la disposición relativa a la libertad de testar, que la ley de CHINDASVINTO declara derogada, y esta opinión, que reproduce la de nuestro ESCRICHE, si no queda a cubierto de los ataques de LACOSTE, demuestra el desvanecimiento de la tradición germánica desde el primer siglo de la invasión, sea por el largo contacto del pueblo visigótico con la legislación romana, sea por la influencia de la Iglesia en favor del testamento y de las donaciones *pro anima*, sea por la observancia del breviario de ANIANO, sea por la costumbre de transferir *mortis-causa* por medio de solemnidades judiciales (*Gemächte*)...

Por todo ello, es necesario reconocer que el espíritu del derecho español se halla en estas palabras del señor SÁNCHEZ-ROMÁN: «Las legítimas, en el concepto de institución legal en España, y aun en Roma, no tuvieron un carácter sustantivo y esencial, como entidad jurídica de propia naturaleza, sino más bien *negativo* y de limitación mayor o menor de la libertad del *ius disponendi* por causa de muerte, y en relación con el primario fundamento de la facultad de testar, a título de necesidad de protección y defensa en favor de descendientes y ascendientes, y aun hermanos, y como medio de satisfacción o compensación a naturales deberes derivados del orden familiar y reclamados fuertemente por la equidad, cual frenos y restricciones a los casos en que aquéllos pudieran ser desconsiderados u olvidados por parte del testador, haciendo uso excesivo de su libertad en la disposición de sus bienes; pero sólo desde este punto de vista de relación, de equidad y de humana asistencia y hasta de buen parecer, en un criterio racional, de aquella libertad en la disposición de sus bienes, consecuencia del reconocimiento de su fundamental derecho de testar».

FERRARA-JERÓNIMO GONZÁLEZ

COMENTARIO A LA RESOLUCION DE 22 DE DICIEMBRE DE 1950

1951, págs. 303-310

A lo largo de muchos años, GINÉS CÁNOVAS ha venido desarrollando una labor ejemplar en la Revista. En la época que nos ocupa ha publicado diversos trabajos, como «El arrendamiento y lo institucional. Precio, prórroga y retracto» (1948, pág. 229), «La accesión y el Registro de la Propiedad» (1952, pág. 903), junto con notables recensiones a conferencias, pero lo más característico de su tarea son sus interesantes comentarios a las resoluciones de la Dirección. Por ello, con las dificultades derivadas de su gran número y calidad, se ha seleccionado uno de entre ellos, que parece de los más representativos.

¿EN LOS SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA O DE DELACIÓN RETARDADA DE LA HERENCIA, REPRODUCIDA O DEFERIDA, CABRÍA ESTIMAR CREADA POR LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL EN LOS SUJETOS UNA SITUACIÓN JURÍDICA DE PENDENCIA, DURANTE LA CUAL SE EVITARÍA LA INDEFENSIÓN Y ABANDONO DE LOS BIENES E INTERESES DE LOS «CONCEPTURUS», MEDIANTE UNA TITULARIDAD INTERNA CONFERIDA AL FIDUCIARIO (O «PSEUDO-USUFRUCTUARIO» DE LA DOCTRINA) QUE SALVARÍA LA ANÓMALA CONCESIÓN DE PLENOS PODERES DISPOSITIVOS AL MISMO Y EL OBSTÁCULO QUE IMPLICA EXTENDER LA REPRESENTACIÓN A PERSONAS INEXISTENTES?

Resolución de 22 de diciembre de 1950 (B. O. de 14 de febrero de 1951).

Don Ramón Orellana Noguera otorgó testamento el 14 de julio de 1930 ante el Notario de Sevilla don Francisco Monedero Ruiz, en el que instituyó heredera universal en usufructo vitalicio a su esposa, doña Trinidad Ruiz García, y dispuso que «al fallecimiento de su citada esposa

pasaran los bienes de su herencia, también en usufructo vitalicio, a su sobrina política doña Trinidad Broquetas Ruiz, de trece años de edad, y al fallecimiento de ésta, pasara el pleno dominio de los bienes objeto del usufructo a los hijos o descendientes legítimos que dejara la usufructuaria, doña Trinidad Broquetas, o en su defecto a los herederos testamentarios o legítimos de la misma, a todos los cuales instituye desde luego nudos propietarios». Don Ramón Orellana Noguera falleció el día 21 de febrero de 1932, y como consecuencia de la partición de sus bienes se adjudicaron, entre otros, a doña Trinidad Ruiz García el usufructo vitalicio de una participación proindivisa de 12.482,50 pesetas en el valor total de 82.140 pesetas dado a la casa número 62 de la Alameda de Hércules, de Sevilla, que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Doña Trinidad Ruiz García falleció el 19 de junio de 1937, por lo que el usufructo vitalicio pasó a doña Trinidad Broquetas Ruiz de conformidad con lo establecido en la cláusula anteriormente transcrita del testamento de don Ramón Orellana; y doña Trinidad Broquetas, previa autorización judicial por ser desconocidas las personas llamadas a la nuda propiedad de la participación que usufructuaba en la indicada finca, la vendió a otro partícipe del dominio, que la requirió al efecto para cesar en el condominio, conservándose el precio recibido, 12.482,50 pesetas, en poder del Notario autorizante de la escritura, don Joaquín Muñoz Casillas, para su inversión en valores del Estado con arreglo a lo dispuesto por el Juzgado, depositándose títulos de la Deuda por valor de 14.000 pesetas nominales, que fueron comprados en el Banco de España a favor de doña Trinidad Broquetas Ruiz, como usufructuaria, y de los hijos o descendientes legítimos que dejase dicha señora a su fallecimiento, y en su defecto, de los herederos testamentarios o legítimos de la misma, como nudos propietarios.

Presentada para su inscripción en el Registro primera copia de la escritura de venta se puso a continuación de la misma la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento sólo en cuanto al usufructo de la participación proindiviso de doña Trinidad Broquetas Ruiz al folio 232 vuelto del tomo 665, libro 102 de la segunda Sección, finca número 3.661, inscripción sexta, y no admitida la inscripción de la nuda propiedad por no aparecer inscrita a favor de los transmitentes por ser inciertas las personas a quienes, conforme al testamento de don Ramón Orellana Noguera, pueda corresponder el pleno dominio».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección, con revocación del auto presidencial, declara no inscribible la misma en cuanto a la nuda propiedad, en méritos de la docta doctrina siguiente:

«Que constituye regla general en el ordenamiento jurídico vigente, aunque carece de la formulación expresa que tiene en otras legislaciones civiles extranjeras, la de que el heredero ha de existir en el momento de la apertura de la sucesión, porque entonces es cuando debe apreciarse su capacidad para suceder al *de cuius*, y este criterio, que goza de unánime aceptación en la dogmática civil, se halla también reconocido por la jurisprudencia patria, viene a ser *conditio iuris* del llamamiento y obliga, en principio, a examinar con máxima cautela los llamamientos hereditarios hechos a favor de los *nasciturus nundum concepti* que no revistan la forma expresamente consignada en el artículo 781 del Código Civil.

Que la necesidad de que al operarse la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios exista una persona que pueda hacerse cargo de ellos, y que la determinación de la capacidad presupone la personalidad y las razones prácticas que aconsejan que los bienes no permanezcan durante largo tiempo en manos ajenas, han motivado la exigencia aludida, cuyo rigor fue atemperado en diversos sistemas legislativos, tanto por la facultad reconocida a los padres para legar o donar a los hijos bienes, con la carga de que los transmitan a los que tengan nacidos o por nacer, solamente en primer grado, como por atribución del carácter de sustitución fideicomisaria a todas las instituciones hechas a favor de los no concebidos al abrirse la sucesión, y lo mismo se prohíba o se admita la atribución fideicomisaria, mediante la facultad de que puedan adquirir por testamento los no concebidos que nacieren de persona que viva al morir el testador.

Que este mismo sentido de flexibilidad puede inferirse en los supuestos de delación retardada de la herencia, reproducida o deferida, cuando se estime la institución de los nacederos hecha bajo condición suspensiva, sistema que por la laguna de nuestro ordenamiento jurídico para la tutela y protección de tales situaciones requeriría de ser admitido decidir afirmativamente la licitud de tal condición, convirtiendo el elemento accidental del negocio jurídico en esencial, para concluir que el sujeto del derecho subjetivo no es un requisito fundamental cuando el derecho sea condicional.

Que planteada la cuestión debatida en tan concretos términos, puesto que la calificación registral se limita a denegar la inscripción de la nuda propiedad, por estimar inciertas las personas a las que haya de corresponder en su día el pleno dominio, es decir, no hallarse inscrito el derecho que se transmite, de conformidad con lo prevenido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, cabría estimar creada por la indeterminación temporal en los sujetos una situación jurídica de pendencia durante la cual se evitaría la indefensión y abandono de los bienes e intereses de los *concepturus*, mediante una titularidad interina conferida a la usufructuaria, que salvaría la anómala concesión de plenos poderes dispo-

sitivos a la misma y el obstáculo que implica extender la representación a personas inexistentes.

Por último, que aun cuando se prescindiera del valor que es necesario atribuir a la voluntad del testador, ley de la sucesión, y en virtud de una analogía, más o menos forzada, se consintiera que la usufructuaria como administradora de los bienes de la herencia tenía facultades dispositivas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 804 del Código Civil, en relación con el 186, que preceptúa los requisitos de la enajenación por el representante legítimo del ausente, en este expediente concurren las siguientes circunstancias de trascendencia decisiva para su resolución: a) que la sobrina y heredera del causante, doña Trinidad Broquetas Ruiz, menor de edad, emancipada, soltera, usufructuaria de una participación de la casa de referencia, acompañada de su madre, como presunta nudo propietaria, acudió al Juzgado y alegó que había sido requerida por los demás copartícipes en la finca para que se aviniera en la división, y a fin de evitar el juicio declarativo correspondiente solicitó autorización para enajenar, que concedió el Juzgado en una resolución que tal y como se transcribe en el testimonio del auto, inserto en la escritura, impide conocer sus fundamentos legales; b) que se ratificaron en el expediente tanto la menor como su madre, doña Carmen Ruiz García, quien prestó también el consentimiento y licencia necesaria para poder llevar a cabo la enajenación; c) que ocho años después de haberse obtenido la autorización judicial se formalizó la enajenación, hallándose entonces casada la usufructuaria, y en tan largo lapso de tiempo es muy razonable presumir que puedan haberse alterado sustancialmente las circunstancias en que se fundó el Juez, aunque sea de carácter permanente la alegada indivisión de la finca, que por sí sola no puede motivar el derecho de disposición por la mera probabilidad de ejercicio de la *actio comuni dividundo*, y d) haberse verificado la venta sin la pública subasta y previo avalúo preceptuados por el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el número primero del 2.011 y 2.046, de conveniente aplicación, para operar en tan delicados supuestos con las mayores garantías, alejar toda sospecha de acuerdo fraudulento y evitar perjuicios a los interesados.»

* * *



Si tuviésemos nosotros un precepto como el artículo 694 del Código italiano de 1942, que dice así:

«La autoridad judicial puede autorizar la enajenación de los bienes objeto de la sustitución en caso de utilidad evidente, disponiendo la reinversión del precio obtenido.

»También puede, con las necesarias cautelas, autorizar la constitución de hipotecas sobre los mismos bienes, en garantía de créditos destinados al mejoramiento y transformación de los fondos.»

Con una norma semejante—repetimos, siguiendo a GONZÁLEZ PALOMINO, del que copiamos el precepto italiano citado—, no se plantearían problemas como el de la resolución precedente.

Para algún autor—autor de máxima autoridad: ROCA SASTRE—, la cuestión no es insuperable.

La aplicación de la doctrina de la subrogación real a los bienes sujetos a fideicomiso—dice («La subrogación real», *Revista de Derecho Privado*, núm. 385, abril 1949)—o a una prohibición de enajenar, no puede ser más fundamentada, siempre, claro está, que en cada caso responda a una razón de utilidad (o de necesidad) y que se efectúe con las debidas garantías que impidan lesión a terceros interesados.

Un caso frecuente de utilidad se da cuando se trata de bienes de escasa o nula rentabilidad (solares, por ejemplo), con cuya permuta o con el dinero de su venta puedan adquirirse otros de rentabilidad segura o mayor. Los intereses del fiduciario y fideicomisario quedan favorecidos o mejorados, lo cual estará seguramente acorde con el pensamiento del causante, ya que hay que suponer que éste no quería condenar a sus herederos o legatarios a conservar unos bienes que poco o nada producían y que incluso su tenencia podrá reportarles perjuicios.

Admitida en estos casos la figura de la subrogación real—añade— (¿pero cuál, la que nuestro autor, admirado autor, denomina *institucional*, o sea, la *que actúa sin necesidad de precepto especial de la ley ni de convención de los particulares interesados?*, pág. 288. Así, en principio, es convincente. Su parte vulnerable es su contraste con el articulado del Código), admitida, repetimos, según ROCA, dicha figura, el medio adecuado sería la intervención judicial en acto de jurisdicción voluntaria, en cuyos expedientes deben, a su juicio, ser citados los fideicomisarios o interesados, y como éstos pueden ser personas desconocidas o inciertas, e incluso muchas veces puede tratarse de *nascituri*, entonces lo procedente es citar a todos mediante los oportunos edictos y que el Ministerio Fiscal intervenga en el procedimiento.

Con anterioridad al estudio de ROCA, otro ilustre Notario, don MANUEL DE LA CÁMARA, en un magnífico trabajo publicado en la citada Re-

vista—números 376-377 (julio-agosto 1948, «Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria»)—, había llegado a idéntica conclusión por lo que respecta a los bienes afectos a dicho supuesto (aunque sin mencionar dicha teoría).

La solución de la partición—*sin amenaza de resolución*—la ve CÁMARA en los artículos 801 al 804 del Código Civil, y especialmente en este último precepto, que regula las funciones del administrador de los bienes de la herencia referida bajo condición suspensiva.

Y a la objeción que pudiera hacerse de que si bien los fideicomisarios son herederos sujetos a condición suspensiva, *el fiduciario no es un administrador de la herencia*, advierte que no se trata de sostener la identidad entre la posición del fiduciario y la del administrador de la herencia, sino sólo de buscar la coincidencia de la función de ambos, en un determinado momento, que sea suficiente para justificar la aplicación, con relación a dicho momento, al primero, de normas relativas al segundo.

En cuanto a la enajenación, *sin que igualmente queden afectos los bienes del fideicomiso de condición resolutoria*, señala CÁMARA que el control de la finalidad subrogatoria que debe presidir la enajenación, el de la solidez de la inversión proyectada y su efectiva realización, que es lo que elimina el peligro que pueden correr los fideicomisarios, se obtiene sometiendo la enajenación a la exigencia de la autorización judicial. Y de los artículos 186 y 804, aplicados a estas hipótesis, resultará que para que el Juez conceda su autorización será menester que se acredite la necesidad de la enajenación, debiendo, además, al concederse dicha autorización, especificarse el empleo que haya de darse a la cantidad obtenida (párrafo 3.º, art. 186 C. C.).

GONZÁLEZ PALOMINO—tan original como culto—, al que al principio aludimos, en su magistral conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander, en el verano de 1948, tras alardes de ingenio que cautivan, siquiera por lo inesperados, con algunos no se puede estar en un todo conforme (1), llega a la misma conclusión. Pero su investigación

(1) Tal, por ejemplo, cuando afirma, refiriéndose al número 3 del artículo 513 del Código Civil, que el usufructuario adquiere la cosa por abandono del dueño o nudo propietario. Para nosotros, según expusimos en nuestra conferencia sobre «El abandono en la hipoteca», la propiedad principal nunca se integrará por una suerte de derecho de accesión, con lo que sin ella es inconcebible, aunque viéramos una excepción en el original artículo 599, que, como excepción, no se debe generalizar. El mismo GONZÁLEZ PALOMINO nos da la razón, pues dice—pág. 64—que el usufructuario adquiere la cosa por *ocupación*, es decir, no por usufructuario, sino como ocupante. Y si se trata de su *pseudo-usufructo* porque el fiduciario es heredero y cuando consolida los bienes es como tal en los supuestos del artículo 759, en relación con el 784, o sea, cuando el fideicomisario está sujeto a con-

del problema arranca de la realidad histórica del mayorazgo castellano. ¿Si los bienes amayorazgados podían enajenarse con determinados requisitos y determinadas circunstancias, y era lo más, por qué no hacerlo mismo con los seudousufructuados, que es menos? La enajenación o gravamen de los bienes ha de regirse por el artículo 186, lo que evitará la necesidad de la subasta, a más de la autorización judicial. Lo que sí *aconseja* es alguna tasación judicial. El Juez, al autorizar la enajenación o el gravamen, determinará el empleo de la cantidad obtenida (art. 186), y el fiduciario debe dar cuenta al Juzgado de la inversión; igual que se hacía en vida del mayorazgo. Naturalmente que todo esto precedido de un estudio acertadísimo y previo de la Sentencia de 17 de marzo de 1934, con su referencia al artículo 801, exégesis del artículo 804, etc.

* * *

Ciñéndonos a la Resolución que nos ocupa, nosotros—acaso optimistas—creemos ver en ella una franca acogida de la doctrina expuesta. Del último y fundamental Considerando deducimos que de no darse las circunstancias del tiempo transcurrido—ocho años—desde la autorización judicial a la efectividad de la venta, con el peligro clarísimo de que las razones de utilidad y necesidad en que se apoyara dicha autorización hubiesen variado; ser entonces—al pedirse la autorización al Juzgado—soltera la seudousufructuaria (se nos ha «pegado» el lenguaje y la técnica de GONZÁLEZ PALOMINO) y casada en el momento de la venta, y verificarse ésta sin pública subasta, la Dirección hubiera abierto camino a la fuerte—por lo necesaria—corriente doctrinal de la enajenación de bienes de fideicomiso.

Las palabras con que se inicia el mismo Considerando abonan nuestra opinión. Porque «el valor que hay que atribuir a las palabras del testador» no puede ser otro sino que tanto el primero como el segundo llamado a la herencia obtengan utilidad, ventaja y beneficio de sus bienes; ello unido a la alusión clara, directa—cita, mejor—de los artículos 186 y 804 del Código Civil, en los que se apoya la doctrina, nos inducen, afirmamos una vez más, a la esperanza de ver definitivamente despejado el camino.

Por si no bastara, ¿cómo interpretar lo expresado al final del anterior Considerando—penúltimo de la Resolución—, que hemos consignado de encabezamiento?

dición. Recomendamos como uno de los trabajos más sugestivos producidos por este gran jurista que es GONZÁLEZ PALOMINO, al que venimos refiriéndonos, *Enajenación de bienes pseudo-usufructuarios*, Editorial Reus, 1950.

Recordemos lo escrito por CÁMARA. *El fiduciario no es un administrador de la herencia*, pero hay que buscar la coincidencia de la función del mismo con el administrador de ésta, para justificar la aplicación en tal momento al fiduciario de los preceptos por que se rige el que administra.

¿No va más lejos la Dirección? Sus palabras—doctísimas palabras—eliminan uno de los problemas más graves a su vez: el de la representación de los no concebidos sobre que tanto se ha escrito (véase, a más de los citados ROCA, CÁMARA y GONZÁLEZ PALOMINO, a LACAL, esta Revista, 1947, págs. 252 y ss. «El tema de los 'nondum concepti'»).

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

LA PARTICION HEREDITARIA, ¿ES ACTO TRASLATIVO O DECLARATIVO DE PROPIEDAD?

1929, págs. 641 y 740-749

En 1929 la doctrina española, salvo alguna excepción, se mostraba partidaria del carácter traslativo de la partición, aunque, a lo que se me alcanza, no se hubiera dedicado al tema ningún trabajo especial. En este artículo, ROCA vino a plantear la cuestión de una manera detenida y en profundidad. Después de examinar el problema en el Derecho Romano, intermedio y en las legislaciones modernas, señala las diferencias entre la comunidad romana y la germánica, inclinándose por la asimilación de la comunidad hereditaria a esta última. Por lo que se refiere al Derecho español se pronuncia de manera decidida por el carácter declarativo de la partición con argumentos importantes, que supusieron un decisivo ataque a la teoría traslativista, que ya no pudo considerarse dominante. La fundada crítica de ROCA a esta teoría abrió el camino a ulteriores estudios, que, como el de MARTÍN LÓPEZ (RDP 1936), partieron de ella, iniciando la tesis, que puede denominarse intermedia, hoy dominante, de la naturaleza determinativa o especificativa de derechos.

Por lo tanto, faltando en esta clase de comunidad la adjudicación de una cuota sobre cada cosa singular de la masa relicta, que es precisamente la base del sistema traslativista, es imposible el cambio, conmutación o traslación recíproca de partes indivisas entre los comuneros, surgiendo entonces lógicamente el fenómeno de eliminación o de retroacción de condiciones de la fórmula declarativa, antes expuesta.

b) La esencia constructiva de la figura *patrimonio*, considerada como relación jurídica abstracta, comprensiva y sintética entre un titular y el conjunto o universalidad de todos sus elementos patrimoniales activos y pasivos e independientes de estos mismos elementos en sí conside-

les, tanto como *declarativas*, considera la Resolución de 23 de julio de 1925 las funciones del contador (1).

g) La legislación del Impuesto de Derechos Reales, íntimamente ligada con el Derecho privado, teniendo que acomodarse a ella y pudiendo considerarse, en muchos casos, como su interpretación auténtica, viene a corroborar el carácter no traslativo de la partición. Así, la partición de herencia, como tal, no es acto sujeto al impuesto, porque siendo éste un tributo sobre transmisiones de bienes, no ve transmisión alguna en el acto meramente particional y no sólo ni en el artículo 2.º de la Ley de 28 de febrero de 1927, ni en el 5.º de su Reglamento de 26 de marzo de igual año, ni en la tarifa, se comprende el concepto partición, sino que el párrafo 27 del artículo 19 del Reglamento la excluye del impuesto, no como exención, sino como un caso de no sujeción. En cambio, cuando no se trata de un acto verdaderamente particional, lo sujeta al impuesto. Así sucede cuando se adjudica al heredero bienes que exceden del importe de su haber, pues entonces sujeta a tributación el exceso adjudicado (2), excepto en los casos previstos en los artículos 1.056 y 1.062 del Código Civil.

Por supuesto que las adjudicaciones en pago o para pago a extraños están sujetas al impuesto.

h) Que un estudio serio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo conduce a tener por declarativas las particiones hereditarias en nuestro Derecho, pues si bien las Sentencias dichas de 11 de junio de 1897 y 29 de enero de 1916 declaran que es traslativa, dichas decisiones no hacen más que exponer en un Considerando la doctrina repetida de que la partición es traslativa, según la Ley 1.ª, título XV, de la Partida sexta, aplicándola, en la primera, en un caso de prescripción, y rechazando su aplicación en la segunda, sin penetrar en ambas, por razones del planteamiento del recurso, en el fondo de nuestro problema.

En cambio, el Supremo, en Sentencia de 18 de noviembre de 1879, declaró que la facultad de hipotecar no legitima la hipoteca de parte fija y determinada de un inmueble que el condómino designe a su arbitrio, sino la de aquello que le pueda pertenecer luego que se haga la división, acto que es el verdaderamente declarativo de la propiedad en favor de

(1) Respecto a las adjudicaciones en pago del haber hereditario a un coheredero de todos los bienes, con la obligación de satisfacer a los otros su parte en metálico, la Resolución de 10 de enero de 1903 la estima como enajenación. No obstante, la de 23 de julio de 1925, en un caso excepcional, resuelve lo contrario. El artículo 1.056 del Código Civil lo considera este caso como un supuesto de mera partición.

(2) Art. 6.º, pár. XIV; art. 9.º, pár. VIII; art. 24, pár. X, del Reglamento del Impuesto. La Sentencia del Supremo de 13 de diciembre de 1922 confirma esta doctrina.

cada partícipe y que el testamento—dice la Sentencia de 31 de enero de 1903—constituye, por sí solo, título traslativo del dominio, sin necesidad de que para esta transmisión se otorgue escritura de partición de bienes, la cual sólo es necesaria para poner término a la comunidad inherente a la indivisión.

También las Sentencias de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 7 de mayo de 1924, etc., al negar a cada coheredero derecho específico, cierto y efectivo sobre bienes singulares de la herencia, ni en cuotas de los mismos, vienen a corroborar nuestra tesis, pues inutilizan la premisa base de la conclusión traslativa del cambio de partes indivisas.

i) Ni del artículo 1.068 puede deducirse que, según el Código, la partición sea traslativa, ni tampoco de la citada Ley de Partidas (1), pues además de que de esta última no se deduce tal solución, el término opuesto a la palabra *exclusiva* de aquél no es necesariamente el concepto de coparticipación, sino que puede también ser la noción de un estado de limitación, restricción o comprensión recíproca que la partición resuelve, y que si bien establece el artículo 1.069 la evicción y saneamiento en la participación, esto no atribuye naturaleza traslativa, pues no tiene otra finalidad que mantener la proporcionalidad de las cuotas, y por esto, al sufrir un lote una evicción, la igualdad o exactitud que debe reinar en la partición está perturbada, dice POTHIER (2), y es preciso restablecerla. Por esto, los autores extranjeros consideran el caso como una *garantía de cuota*. Además, el que las legislaciones de sistema declarativo, y principalmente el Código francés, la admitan (art. 884), prueba que siempre procede en la partición, independientemente de que ésta sea traslativa o declarativa. Así lo estima MANRESA (3), al decir que es indiferente para la procedencia del saneamiento en caso de evicción que la partición se considere traslativa de propiedad o simplemente declarativa.

j) Los partidarios de la teoría traslativa, al conceder exagerada importancia al papel del coheredero durante la indivisión, llegan a atribuirle el doble carácter de causahabiente en la indivisión y de transferente y adquirente en la partición, y aparte que esto es inadmisibles a todas luces, y sería, de suceder así, pródigo en sorpresas e insospechadas consecuencias, es preciso hacer constar que el período de indivisión constituye un estado incidental y transitorio, una situación jurídica excepcional, aniquilable por la retroacción de la partición, de modo que hasta del tracto sucesivo hipotecario se puede prescindir, sin que haya solución

(1) «Partición, es departimiento que fazen los omes entre sí de las cosas que han comunalmente por herencia o por otra razón... e tienese cada uno por pagado con su parte...», ley 1.ª, tít. XV, part. 6.ª

(2) *Successions*, cap. IV, pár. III del art. 5.º

(3) *Successions*, tomo VII, pág. 712.

de continuidad, y que no sólo el asiento del derecho hereditario, al inscribirse la adjudicación particional, queda al aire y sin virtualidad, sino que cabe, y generalmente así sucede, que el título hereditario y la partición acudan simultáneamente, provocando una inscripción única y directa del causante al coheredero adjudicatario, sin traducirse en los libros hipotecarios aquella situación de indivisión o comunidad hereditaria.

k) Las vacilaciones y contradicciones de algunos autores patrios, que al tratar este punto, después de considerar nuestra partición de efectos traslativos considerán, como MUCIUS SCAEVOLA (1), nuestro artículo 1.068 análogo al 883 del Código francés y al 1.034 italiano; o como MANRESA (2), hallan en el artículo 450, a su modo de ver de efectos declarativos, la confirmación del artículo 1.068, según él de doctrina traslativa; o como COVIÁN (3), añaden que acaso pueda afirmarse que en sustancia, aun dado nuestro sistema, la partición sea declarativa de la propiedad, al menos por lo tocante a los efectos que produce en relación a terceros, llegando a dudar hasta que los romanos siguieran la teoría traslativa; o siguen a SÁNCHEZ ROMÁN (4), para el cual también la partición es un procedimiento jurídico, un medio de delimitación y ejecución del tránsito jurídico de la personalidad patrimonial del difunto a los herederos, constituyendo el conjunto ordenado de operaciones particionales, el acto traslativo y declarativo y justo título de adquisición para todos los efectos de derecho, y como VALVERDE (5), ven en el artículo 450 del Código la solución declarativa en la partición de una cosa común, si bien concretamente no se refiere a la comunidad hereditaria.

Estas dudas, así como la jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo y hasta la opinión ahogada de TREBACIO en el Derecho Romano, son prueba del poco sostén de la teoría traslativa.

* * *

Consideramos suficientemente demostrada la posibilidad de construir en nuestra legislación civil una teoría declarativa de los efectos generales de la partición hereditaria, no concibiéndose cómo a pesar de los artículos 450, 657 y 989 del Código Civil, y con tanto imitar al Código Napoleón y al italiano, no hubieran trasladado, en su articulado (de no tomar otra fórmula más técnica), el artículo 883 del Código francés, sino por una de tantas inconsecuencias en que nuestros codificadores incurrieron.

RAMÓN M. ROCA SASTRE

(1) *Ob. cit.*, tomo XVIII, págs. 51 y 68.

(2) *Ob. cit.*, tomo IV, pág. 242.

(3) *Ob. cit.*, tomo XIV, pág. 374.

(4) *Ob. cit.*, tomo VI, págs. 1922 y 1923.

(5) *Ob. cit.*, tomo II, pág. 238.

III. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL

1949, págs. 137-171 y 217-257

Este trabajo de NÚÑEZ LAGOS, que fue la Memoria presentada al Primer Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires 1949), ha tenido merecidamente una honda repercusión en muchos puntos. En él se estudian de una manera magistral los diferentes tipos de Registro inmobiliario, así como la evolución de nuestro Derecho y las influencias que éste ha experimentado de otras legislaciones. Donde su trascendencia parece mayor quizá sea en la cuestión de la unidad o dualidad del tercero protegido por la Ley Hipotecaria. Sus conclusiones, en gran medida aceptadas por la mayor parte de la doctrina, han suscitado una importante polémica. Aunque autores anteriores llegaban a resultados parecidos, es mérito de NÚÑEZ LAGOS haber puesto de manifiesto la tesis de la distinción del tercero del artículo 32 y el del artículo 34, de modo que se ha podido decir por LACRUZ («Derecho Inmobiliario», Barcelona 1967, pág. 213) que en un examen genético tal distinción es sencillamente indiscutible. De entre las múltiples páginas que podrían figurar en la antología elegimos precisamente aquellas en que plasma de una manera perfectamente clara la que se ha dado en llamar «tesis dualista».

LOS CONCEPTOS DE PUBLICIDAD Y TERCERO EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD

Hemos visto cómo estos registros obedecen a la historia del «prior tempore»... La «publicidad» quiere evitar la clandestinidad, abolir los gravámenes ocultos. El registro es el órgano de notificación por excelencia. La publicidad es una notificación *urbi et orbe, erga omnes*. Pero el

«principio de publicidad» es algo más que un aparato de consulta e información: es una regla jurídica: lo inscrito perjudica a todo el mundo; *nadie puede alegar ignorancia de lo que consta en el Registro* (1). Hay una trasposición de ideas desde el campo de la promulgación y publicación de las leyes.

I. A este sistema respondía en España:

A) El anteproyecto Luzuriaga de 1851:

«Artículo 1.858. Ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte *efecto contra tercero*, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro público.»

«Artículo 1.786. La hipoteca... solamente desde la inscripción surte efecto contra tercero.»

B) El artículo 24 de la Ley de 1861 (25 de la Ley de 1909), hoy desaparecido:

«Los títulos inscritos surtirán su efecto aun *contra* los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común.» (Estos acreedores tenían prioridad sobre los hipotecarios en la legislación de Castilla: la inscripción no podía dejar de afectarlos, si actuaba *contra* todos.)

(1) Lo encontramos formulado en: Baviera, Ley de 1.º de junio de 1822: «25. Por consecuencia de esta publicidad de los Registros, todo lo que se haga sobre la fe de la inscripción y sin fraude, debe producir en Derecho e hipotecariamente todos los efectos conforme a estas inscripciones. Nadie se puede prevaler de su ignorancia de aquello que está contenido en los Registros. Quien se crea lesionado, no tendrá más que un derecho personal de demanda por daños y perjuicios contra quien en Derecho proceda». En Sajonia, Ley de 6 de noviembre de 1843: «22. Todo acto de buena fe consecuencia de la existencia de las inscripciones produce sus efectos legales. Nadie puede pretextar ignorancia de lo inscrito en el Registro».

Y esto no derivaba de que el Registro por su publicidad formal fuera conocido de hecho. Precisamente en las legislaciones germánicas estaba restringido el acceso del público a los libros. Así, Baviera, Ley citada: «24. Todo propietario de un inmueble, todo acreedor inscrito sobre este inmueble y todo interesado *que justifique sus títulos* pueden pedir manifestación de los Registros en lo que concierne a su interés, y tienen el derecho de obtener copia legalizada». «*Ninguna otra persona* podrá pedir esta comunicación a no ser que estuviere autorizada por el propietario.» Sajonia, Ley citada: «21. Todo propietario, acreedor inscrito u otro interesado puede tomar comunicación de los Registros, en cuanto a la parte que le concierne, y podrá hacerse expedir certificaciones; toda otra persona debe ser autorizada por el propietario». Y la Ordenanza prusiana de 20 de diciembre de 1783, artículo 72 del título primero, decía: «queda prohibido manifestar estos libros o permitir su inspección a persona que no sea el propietario del fundo, o esté autorizada por éste, o en virtud de orden del Tribunal». «74. Los Tribunales, sin excepción, no permitirán la manifestación de los asientos o la investigación en sus libros. En todo caso, examinarán si el requirente tiene un verdadero derecho o un interés fundado para hacer estas averiguaciones.»

C) El artículo 25 de la Ley de 1861, desaparecido en la de 1909:
«Los títulos inscritos no surtirán su efecto en cuanto a tercero sino desde la fecha de la inscripción.»

D) El derogado artículo 27 de la Ley de 1909:

«Se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito.» Se inscribe el acto o contrato. El tercero no entra en el Registro. El artículo 27 aparecía en la Ley de 1861 entre los 26 y 28 consagrados a la prioridad, y en un borrador de los redactores de la ley forma, con el 24 (25), un mismo artículo.

II. A este sistema todavía obedecen:

A) Los artículos 1.218, 1.219 y 1.227 del Código Civil:

«Artículo 1.218. Los documentos públicos hacen prueba, aun *contra tercero*...»

«Artículo 1.219. Las escrituras públicas hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados sólo producirán efecto *contra tercero*...»

«Artículo 1.227. La fecha de un documento privado no se contará respecto de tercero...»

B) El artículo 26 del Código de Comercio (Registro Mercantil):

«Artículo 26. Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en *perjuicio de tercero*...»

Se origina así, en torno del principio de prioridad, toda una escala de valores entre documentos y un concepto del tercero. Es tercero el que no ha intervenido en un acto o contrato inscrito (*tertius non agens*).

Las partes en toda relación jurídica son dos sujetos, con dos posiciones procesales o civiles contradictorias. Desde una posición se ataca, hay derecho o acción. Desde la otra, hay defensa, oposición, objeción, excepción. La contradicción sitúa a ambos sujetos frente a frente, como dos extremos de una línea recta. A esta recta *inter partes* la llamo relación jurídica determinante, porque determina al tercero, al mismo tiempo que lo excluye.

Al margen de esta relación jurídica determinante quedan los extraños (*Poenitus extraneus*). El extraño puede intervenir *a posteriori* en la relación jurídica determinante, bien al hilo, sumándose a una de las partes (adhesión de contrato; contrato de adhesión; intervención litis consorcial, coadyuvante, etc.), bien de través, cruzando perpendicular u obli-

cuamente la relación determinante. Al sujeto que se conecta colateralmente con la relación jurídica determinante se le llama tercero. La parte está obligada. El extraño, desligado. El tercero, inmediatamente ligado, pero postergado por el *prior creditor*.

El concepto de tercero abarca, pues, tres elementos:

a) Una *relación jurídica determinante*, que por exclusión define al tercero y lo expulsa, pero lo sitúa en la vecindad. El tercero es ajeno, pero es colindante. La exclusión señala un linde diferencial.

b) Una *vinculación colateral* con la relación jurídica determinante. Si, como después veremos, el tercero frente a la *actio in rem* tiene una vinculación *ob rem* con una cosa concreta y determinada—*eadem re*—, el tercero del sistema de la prioridad tiene una conexión genérica al patrimonio del deudor. El tercero es todo acreedor frente a la prenda genérica del patrimonio del deudor. El acreedor por acción real sobre cosa específica entra en el concurso, a veces postergado a hipotecas generales y ocultas, pero preferentes, o a créditos singularmente privilegiados (1). Es más: el mismo propietario tiene en este sistema el nombre y consideración de *acreedor de dominio*.

La relación determinante al ser inscrita toma una preferencia. El sujeto activo de esta preferencia es el *prius*. Es el *prior creditor*, envuelto en un envase *documental* inscrito. El principio de prioridad (en el concurso, primero; en los registros, después) enlaza y trama, ordena y enfila a todos los acreedores, ajenos al documento del *prior creditor* (tercero documental, *tertius non agens*) y ajenos al Registro, pero con acciones vivas contra el patrimonio del deudor. Todos estos terceros son *externos* al Registro, circunyacentes, conectados al patrimonio del deudor, pero situados radialmente en torno del *prior creditor* inscrito, a la espera de un residuo patrimonial, o del triunfo de una tercería. En la fauna de acreedores, el tercero externo es un ejemplar inferior. El Registro existe para desgracia común de los terceros circunyacentes. El tercero, para el Registro, es forastero. El tercero del sistema de la prioridad es un tercero perirregistral.

A este tercero, externo y peritabular, lo he llamado, de pasada, tercero documental. No obstante la inscripción, el *documento* y su fecha auténtica juegan un papel importante.

En primer lugar, como sucede en la legislación argentina (art. 3.137 del Código Civil) y en muchas legislaciones—no en la española—, quien inscribe dentro de plazo retrotrae los efectos a la fecha auténtica del documento.

(1) Los singularmente privilegiados tenían preferencia sobre las hipotecas. Véase MANRIQUE y MARICHALAR (*Recitaciones*, IV, págs. 634 y sigs.).

En segundo lugar, puede ocurrir, y debe ocurrir en muchos casos, que ese tercero externo traspase el umbral del Registro. No por eso se convierte en tercero interno, ni su situación cambia. Porque su situación de tercero se refería al *prior creditor*, a la relación jurídica en que éste era sujeto activo, al documento en que esta situación se contenía. Al inscribir el segundo acreedor, se convertirá en *prior creditor* frente a los no inscritos; pero frente al anterior *prior creditor* tiene la misma situación postergada, porque está tan excluido como al principio del documento anterior inscrito. Mas, por el contrario, si el documento anterior inscrito lo hubiera mencionado, aun sin ser parte y aun sin inscripción, el segundo acreedor tomaba la prioridad desde la inscripción, o desde la fecha del documento precedente (1). Es el mecanismo de las llamadas menciones.

En tercer lugar, el documento auténtico a veces vence a la inscripción. En los Registros de este sistema, en toda su pureza, la compraventa no está sujeta a inscripción. La venta no inscrita transmite la propiedad, que pasa a ser garantía de los acreedores comunes del comprador. Si el vendedor cae en quiebra, aunque sus acreedores inscriban antes que el comprador, serán pospuestos a éste en cuanto llegue el documento auténtico de compraventa, por cuanto los principios de prioridad y publicidad dan preferencia a los actos sujetos a inscripción e inscritos sobre los sujetos a inscripción y no inscritos; pero nunca sobre los actos—como la compraventa—no sujetos a inscripción. El comprador, con la tercería de dominio, vence a los acreedores anteriormente inscritos, pero de fecha posterior al documento gráfico de compraventa (2).

Realmente en este sistema del libro prendario (*Pfandbuchsystem*) no hay verdaderas inscripciones, sino transcripciones. Se transcribían los documentos en su integridad. Modernamente, ni eso: queda depositado uno de los dos ejemplares que se presentan al Registro, al paso que el otro se devuelve al interesado con la nota. Aunque nació el sistema en Alemania, el Código de Napoleón lo generalizó (3).

Este tercero externo, por un sentido traslaticio y vulgar de la palabra publicidad, lleva anexa la idea de *promulgación*. Los derechos nacen inter partes por los contratos. Pero el registro los promulga y los publica

(1) Un eco de ese sistema resonaba en los derogados artículos 7 y 29 de la Ley de 1909.

(2) Esto puede excepcionalmente en España resecpto de los créditos personales, que no están sujetos a inscripción, pero que pueden causar anotación preventiva por medio de un mandamiento de embargo. Quedan vencidos en la tercería frente al título público de dominio no inscrito. (Ver MORELL, respecto artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil.)

(3) Sufrió una gran reforma, aunque sin modificar el sistema del tercero externo, por la Ley de 1855.

frente a terceros. Por eso los actos inscritos son oponibles a tercero, perjudican a todos los terceros, y el derecho real se hace verdaderamente *real*, porque, publicado desde el Registro, surte efecto *erga omnes* (1).

La idea de promulgación de las leyes, de «sabed cuantos la presente vieren que...», conectada a un mal interpretado (2) *erga omnes*, ha tenido su paralelo en el concepto del derecho real. Tal vez por esto en Francia ha tenido tanta aceptación la llamada «teoría obligacional del derecho real», la obligación pasiva universal (ROGUIN, MICHAS, PLANIOL, DEMOGUE), el sujeto pasivo colectivo e indeterminado (AZCÁRATE). El derecho real es un agujero rodeado por un deber general de abstención (3) por el deber de los terceros de respetar la situación. Como ha dicho muy bien GONZÁLEZ PALOMINO (pág 35), «no se trata de ningún elemento para caracterizar el derecho subjetivo, sino del concepto de imperatividad de la norma jurídica». Toda ley que reconoce un derecho impone a todos el «non laedere».

Sin embargo, el tercero externo, si bien se examina, no tiene nada que ver con esa obligación pasiva universal, que ante el derecho ajeno, real o personal, no es más que la indiferencia de los espectadores, si están presentes, o la ignorancia de los extraños, si están ausentes. El tercero externo es tercero frente al *prior creditor*. Contra él tendría que entablar la tercería de dominio o de mejor derecho. Pero frente al deudor, frente al propietario responsable *ultra vires*, no es un obligado, sino un exento de esa obligación pasiva universal. La ley le dota de pretensiones contra el deudor siempre, contra el *prior creditor* algunas veces. Esto nos lleva a una tercera nota de todo concepto de tercero.

c) *Relatividad del tercero respecto de la relación jurídica determinante*.—El tercero es un sujeto determinado y definido por la relación jurídica determinante. Esta relación jurídica y el concepto de tercero están en la misma relatividad de sol y sombra. Por eso, el tercero varía de posición al variar la relación jurídica determinante, de igual forma que la sombra cambia de situación topográfica al variar el movimiento aparente del sol. El concepto de tercero es único, pero su posición se define con respecto a una relación jurídica variable. Para saber quién es tercero hay que responder: ¿dónde está la relación jurídica determinan-

(1) Es la concepción francesa. TROPLONG: *De la inscripción*, pág. 312.

Este sistema de Registro no lleva en sí ninguna idea de protección al tercer adquirente de buena fe. Este no tiene frente a los acreedores más defensa que la *purga*, y frente a la acción reivindicatoria ninguna, fuera de la posible usucapión, para la cual valen los documentos auténticos y no sus transcripciones. Para proteger al tercero de buena fe se ha acudido a la teoría de la apariencia, de escaso éxito jurisprudencial fuera del heredero y del acreedor aparente.

(2) La *actio in re* era ejercitable *erga omnes*, pero era *erga omnes possidentes*.

(3) WINDSCHEID, *Pand I*, núm. 38, nota 3. «El derecho real contiene únicamente prohibiciones.» (*Das dinglich Recht enthält nur Verbote.*)

te? El tercero no puede ser producido en sí mismo, sino desde fuera de sí mismo. El tercero externo, desde la relación jurídica determinante. El tercero interno, desde la *actio in rem*.

En todos los registros del sistema prendario la relación jurídica determinante está dentro del Registro. Los tercero, fuera. La inscripción tiene una eficacia irradiante y centrífuga.

EL TERCERO DEL ARTÍCULO 34

El tercero del artículo 34 es distinto del tercero de los artículos 13 y 32 de la ley. Se pueden diferenciar:

a) Por la relación jurídica determinante.

En los artículos 13 y 32 la relación jurídica determinante es ajena al Registro; en el 13 es además existente de *hecho*, pero sin forma documental; en 32, con forma documental (título). En el artículo 34 la relación jurídica determinante está dentro del Registro, en el asiento precedente al del tercero, tiene forma documental, pero de carácter registral.

b) Por la conexión transversal *ob rem*.

El tercero del artículo 32 está conectado con la cosa *por un título* inscrito, gratuito u oneroso, y es tercero en tanto no sea parte o heredero de parte. No se puede ser tercero a título hereditario. El tercero del artículo 34 está conectado *ob rem* por la *inscripción*, y sólo por la inscripción, y su conexión es únicamente a título oneroso.

c) Por el sujeto determinado.

El tercero del artículo 32 (o del 13) es un tercero civil que inscribe. Como tercero civil es el sujeto pasivo individualmente determinado por su contacto jurídico con la cosa. Sobre dicho sujeto pasivo se hacen efectivas, en ejecución de sentencia, las acciones reales. Las acciones reales perjudican directamente a tercero civil. Salvo que inscriba. Para este tercero el Registro es un burladero. El tercero del artículo 34 es un tercero meramente hipotecario, definido con referencia al asiento precedente, del que deriva su titularidad. El tercero del artículo 34 es un sucesor o causahabiente tabular a título singular, al que se protege contra las acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su *causante* o *transmitente*.

El tercero del artículo 32 es el sujeto pasivo, pero directo e inmediato, de una acción confesoria o hipotecaria no inscrita, y su cualidad de tercero es una excepción procesal. El tercero del artículo 34 no es sujeto pasivo de la acción, pues la acción de nulidad o resolución va di-

rigida contra su *causante* y su cualidad de tercero no es propiamente una excepción, sino una objeción. Contra el tercero del artículo 32 hay acción. Es tercero civil, pero no procesal. Procesalmente puede ser parte. Contra el tercero del artículo 34 no hay acción extrarregistral ninguna. La acción tiene que estar basada en causas expresas en el Registro. O, por el contrario, la acción tiene por objeto destruir su cualidad de tercero, discutiendo la naturaleza de su título (oneroso o lucrativo) o su buena fe.

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS

DUALIDAD LEGISLATIVA DE NUESTRO REGIMEN INMOBILIARIO

1950, págs. 625-643

Este trabajo fue el tema de una conferencia pronunciada por DE LA RICA en la IV Semana Notarial de Santander y se publicó en la Revista en forma de recensión o síntesis hecha por el mismo autor. Posteriormente fue publicado en los Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo VII, que vio la luz en 1953, y no difiere sustancialmente del publicado en la REVISTA CRÍTICA.

El trabajo reviste una gran importancia por los temas abordados y las conclusiones a que llega el autor. Con su claridad habitual, examina cuestiones tan fundamentales como la génesis y finalidad de nuestra legislación hipotecaria, las relaciones entre la Ley Hipotecaria y el Código Civil, la doctrina del título y el modo y su relación con la propiedad inscrita, así como el carácter del Registro español. DE LA RICA llega a resultados precisos, defendiendo la dualidad de régimen de la propiedad inmobiliaria, según se halle o no inscrita. Se trata fundamentalmente de resolver el problema de la relación entre tradición e inscripción, y DE LA RICA lo hace valientemente y sin rodeos, atacando la cuestión en sus raíces. Por su trascendencia recogemos las páginas que contienen sus conclusiones, siempre presentes en la discusión de estos básicos problemas.

9. *Conclusiones.*—Los resultados que lógicamente se deducen de cuanto queda expuesto revisten indudable importancia y merecen ser compendiados con toda claridad, a fin de que sean fácilmente comprendidos; y quiera Dios, para bien de nuestro sistema—que tanto necesita de la afección y simpatía judicial—, que contribuyan a restablecer, en la doctrina y en la jurisprudencia, los conceptos relativos al tráfico de inmuebles inscritos en sus propios y auténticos términos, esto es, en los que fueron concebidos por aquellos insignes legisladores que a mediados

de la pasada centuria hicieron la más grande revolución legal de nuestro Derecho civil.

Son estos resultados:

1.º Es indudable que existe en nuestra legislación una efectiva dualidad de regulación de la propiedad inmueble, según ésta se halle o no inscrita en el Registro de la Propiedad.

2.º La Ley fundamental que rige la propiedad inmueble inscrita es la Hipotecaria. El Código Civil actúa, en cuanto a ella, sólo como subsidiario para suplir sus deficiencias y para normar las relaciones *inter partes*.

3.º La anticuada teoría del título y el modo, recogida con indiscutible insuficiencia normativa por el Código Civil, no rige ni puede regir para la propiedad y derechos reales inscritos, por ser inconciliable e incompatibles un sistema basado en un Registro público y un sistema basado en la tradición posesoria.

4.º La legislación hipotecaria está pensada y redactada totalmente de espaldas a la doctrina de la tradición, considerada como elemento indispensable para la constitución eficaz del derecho real *erga omnes*.

5.º El mismo Código Civil, respetuoso con la legislación especial hipotecaria, ratifica el pensamiento central de ésta y prescinde de la tradición cuando ésta se enfrenta con la inscripción en el Registro.

6.º La constitución eficaz plena de todo derecho real, incluso el dominio de inmuebles inscritos, se efectúa mediante la inscripción en el Registro. Mientras ésta no tiene lugar, esta constitución es menos plena, relativa, aunque haya mediado la tradición, pues no es eficaz respecto a tercero inscrito.

7.º La inscripción en nuestro sistema ni sustituye ni equivale a la tradición; simplemente, la ignora. Se inscriben los títulos jurídicos (actos causales) configurados con arreglo a la legalidad objetiva, una vez justificada la preexistencia de titularidad en el transferente, sin exigir justificación de la tradición real. Nos basta y sobra con la ficción de la instrumental.

8.º Finalmente, *inter partes*, aun tratándose de bienes inscritos, la tradición ha de estimarse necesaria para que el derecho real ingrese en el patrimonio de la parte adquirente, en el tiempo que media entre el otorgamiento del título transmisivo y su inscripción; pero una vez inscrito, la falta de tradición es irrelevante, según la jurisprudencia, entre las partes, pues el adquirente sucede en la titularidad al transferente y puede reclamar de éste la efectividad de la tradición, lo mismo que puede ejercitar su derecho dominial *erga omnes*.

RAMÓN DE LA RICA

NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

1949, págs. 575-586

La doctrina al tratar este discutido problema suele pronunciarse en favor del carácter de jurisdicción voluntaria del procedimiento registral. No obstante, las opiniones no son unánimes, y buena muestra de ello es el trabajo de GONZÁLEZ PÉREZ, decidido partidario del carácter administrativo de la función registral. Esta posición ha obtenido algún eco en la doctrina; así, LÓPEZ MEDEL sigue el criterio de GONZÁLEZ PÉREZ, y hay que reconocer que el procedimiento registral no encaja en la definición legal de la jurisdicción voluntaria, así como que el problema está, naturalmente, en dependencia del concepto que se tenga de la jurisdicción voluntaria.

III

EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL Y LA JURISDICCION VOLUNTARIA

1. Viendo la doctrina que la función calificadora no encajaba dentro de los caracteres típicos de la función jurisdiccional, la consideraron como actividad típica de jurisdicción voluntaria; en consecuencia, el procedimiento registral era un auténtico procedimiento de jurisdicción voluntaria. El argumento fundamental de los partidarios de esta tendencia —que ha llegado a ser actualmente la dominante, y acogida por la Dirección General en sus Resoluciones— es el de que en el «procedimiento hipotecario» no existe controversia entre partes, sino una mera petición, sobre la que recaía el juicio del Registrador en cuanto a su legalidad. Desde el punto de vista de la técnica procesal, la terminología no podía ser en ocasiones más defectuosa, no ya sólo entre los primeros autores que apuntan esta dirección, sino incluso en la moderna doctrina hipote-

caria (1), encontrándose frecuentemente la afirmación de que el Registrador es un auténtico Juez, conservador de la propiedad inmobiliaria (2).

2. Para ver hasta qué punto es admisible esta posición es necesario que nos enfrentemos con el concepto y naturaleza de la jurisdicción voluntaria. Aunque existe diversidad de opiniones, la tendencia dominante actual es considerar que no se trata de una auténtica actividad procesal; esto es, jurisdiccional, sino de una auténtica actividad administrativa (3), siendo la nota específica que diferencia esta actividad de las restantes administrativas el referirse al Derecho privado; de aquí que se haya criticado la denominación en su primer término, así como también en el segundo, en cuanto que no siempre es voluntaria. Pero no todos siguen este criterio amplio de considerar jurisdicción voluntaria toda administración de Derecho privado (4), sino que se ha restringido el concepto no ya en función de un grupo específico de actos, sino en función del órgano que realiza tal actividad, considerando jurisdicción voluntaria la actividad administrativa que se confía a órganos jurisdiccionales (5). Esto supuesto, es indudable que en su primera acepción no habría inconveniente en considerar a la función calificadora como típica de la llamada jurisdicción voluntaria, en cuanto que—como veremos a continuación—se trata de actividad administrativa que se refiere al Derecho privado. Pero si consideramos jurisdicción voluntaria únicamente a la actividad administrativa realizada por órganos jurisdiccionales, es improcedente atribuir tal carácter a la función calificadora, en cuanto que se realiza por órganos administrativos (6).

(1) Así, en la obra de BERAUD y LEZÓN—que indudablemente pueden incluirse en este grupo—se encuentra la afirmación de que estamos ante un *proceso verbal en modo alguno contradictorio*, en *Tratado de Derecho Inmobiliario*, 1927, t. II, páginas 24 y 29, sobre todo.

(2) Como muestra de la talla de los autores que mantienen esta postura, baste citar los nombres de JERÓNIMO GONZÁLEZ, en *Principios hipotecarios*, página 275, y *Estudios de Derecho Hipotecario*, t. I, 1948, pág. 434; COSSÍO: *Lecciones de Derecho Hipotecario*, 1945, págs. 44 y sigs., y ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 1948, t. II, págs. 11 y sigs.

(3) No obstante, ha mantenido recientemente la naturaleza jurisdiccional ALVAREZ CASTELLANOS, en 1945, en la *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3.

(4) En este sentido, KISCH—opinión que recoge CASTÁN en *ob. cit.*—, que considera como objeto de jurisdicción voluntaria «proteger y asegurar los derechos de los particulares, vigilar la conclusión de los negocios jurídicos, autorizarlos y darles forma o intervenir en la creación y en el ejercicio o liquidación de derechos y relaciones jurídicas», en *Elementos de Derecho procesal civil* (trad. de Prieto Castro), 1932, págs. 34 y sigs.

(5) GUASP: *Comentarios*, cit., I, pág. 278.

(6) Sobre la razón de que tal grupo de actividad se atribuyese en un principio a órganos jurisdiccionales, véase GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho Notarial*, t. I, 1948, págs. 76 y sigs.

IV

EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL Y LA FUNCION ADMINISTRATIVA

1. La función registral es una auténtica función administrativa, ya que se trata de la realización concreta por el Estado de una finalidad pública. Esta finalidad pública, que nos diferencia a la función registral de las restantes funciones administrativas, es la publicidad. Y dentro de las funciones registrales, la publicidad inmobiliaria será el objeto que nos diferencia el Registro de la Propiedad (arts. 1.º y 2.º de la L. H.). Ahora bien: no siempre ha sido la publicidad uno de los fines que el Estado había de realizar, sino que fue asumida por el Estado ante la convicción de que era una exigencia comunitaria asegurar el tráfico jurídico de la propiedad inmobiliaria, organizando los medios más idóneos para su realización. Se consideró que la seguridad de tal tráfico jurídico era un fin de interés general, que debía realizarse a través de la correspondiente función administrativa. Es cierto que la función registral exige una petición por parte del particular, no pudiendo realizarse de oficio por el Registrador (principio de rogación); pero esto no permite en modo alguno asimilar tal función a las jurisdiccionales, pues que, como vimos, el concepto de pretensión y el de petición de inscripción son distintos (1). Tal principio de rogación viene impuesto por la consideración de que la protección que el Registro confiere debe dispensarse a aquella persona a quien convenga la misma, si bien el Derecho va haciendo por diversos medios que el particular tenga que acudir al Registro casi siempre que se dé uno de los actos previstos por el Ordenamiento hipotecario, ante los efectos que para él supone el no inscribir, por la extensión que va teniendo la inscripción constitutiva.

2. Los procedimientos administrativos han sido objeto de muchos criterios de clasificación. Uno de los más extendidos es el que lo hace en razón a la finalidad (2); con arreglo a este criterio, el procedimiento

(1) «La calificación en su fondo no representa más que la resolución del Estado contra un particular que pretende, mediante la inscripción, adquirir unos derechos que el Estado le garantiza.» ARAGONÉS y CARSI, en *Compendio de legislación hipotecaria*, 1909, pág. 28, que defiende el carácter administrativo de la función calificadora. También le defendió en las distintas ediciones de sus *Comentarios*, CAMPUZANO: *Elementos de Derecho Hipotecario* (Notarías), 1931, pág. 35; *Nociones de legislación hipotecaria* (Abogados del Estado), 1934, pág. 197; *Principios generales de Derecho Inmobiliario y legislación hipotecaria* (Registros), 1941, página 244.

(2) Una clasificación de los procedimientos administrativos puede verse en ROYO VILLANOVA (A. y S.): *Elementos de Derecho Administrativo*, 21.ª edición, tomo II, págs. 858 y sigs.

registral es un procedimiento administrativo ordinario o de gestión—no de reclamación, sancionador o ejecutivo—, ya que está encaminado a la realización de los actos administrativos en que encarna la normal actividad de la Administración (1). Y dentro de estos procedimientos estará dentro del grupo correspondiente, según el criterio adoptado en la clasificación de la parte especial relativa a la materia administrativa, dominando la dirección, que le incluye dentro de aquellos procedimientos, a través de los cuales se realiza la función administrativa que tiende a asegurar el orden jurídico, garantizando los derechos privados del ciudadano (2).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

(1) BALLBE resalta, a los efectos de enfocar acertadamente la naturaleza de la función registral, los actos administrativos de admisión, en *Sistema del Derecho Administrativo*, Barcelona, 1947, pág. 10.

(2) Puede verse PRESUTTI: *Principii fondamentali di Scienza dell' amministrazione*, Milano, 1903, págs. 286 y sigs.; ROYO VILLANOVA (A. y S.): *Elementos*, citado, t. I, págs. 352 y sigs., y BALLBE: *Sistemática*, cit., que considera la función registral dentro del grupo que llama funciones legitimadoras junto de la función autenticadora—dentro de la cual está la función notarial—, en págs. 72 y sigs.

APUNTES SOBRE LA ANOTACION PREVENTIVA EN EL DERECHO HIPOTECARIO ESPAÑOL

1933, págs. 196, 282, 425 y 529

Este trabajo vino a llenar el vacío existente en la doctrina acerca de las anotaciones preventivas en nuestro Derecho. Quizá lo más importante de él sea precisamente haber abierto brecha en el estudio de esta figura, junto con su clasificación de las anotaciones por su función, en anotaciones de publicidad y de constitución, que introducida por este autor se mantiene todavía hoy en la doctrina y es considerada por algunos como la más importante y acertada (CHICO-BONILLA II, pág. 216).

Pero hasta ahora hemos dicho bien poco. Precisa preguntarse: ¿cuáles son estas relaciones y qué configuración revisten? ¿En qué sentido actúan los efectos de la anotación?

Conviene partir del estudio de ciertas relaciones de carácter real. Si un derecho real aparece revestido de todos los supuestos registrales de la inscripción, evidentemente no hay problema. Pero éste surge al faltar alguno, de tal naturaleza que la omisión pueda ser subsanada fácilmente. No siendo posible la entrada actual, su inscripción, la efectividad del derecho peligraría por la actuación de la publicidad material en su forma negativa (lo que no consta en el Registro es como si no existiese en la realidad). La ordenación jurídica—función protectora—no puede cerrar los ojos a tal situación, independiente de la voluntad del titular. La anotación suministra una vía normal que concede los beneficios del Registro, aunque subordinándolos a la perfección de la relación protegida.

Este es el primer grupo que encontramos de anotaciones preventivas. En su base hay un derecho real, posible o seguro—civilmente—, al que falta algún supuesto registral. Y los supuestos que pueden faltarle se refieren ya a un elemento objetivo—civil o registral en sentido estricto—

(número 7.º—en cuanto al legatario de cosa inmueble determinada—y número 9.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria); ya a la existencia misma de la relación pendiente de su reconocimiento judicial (números 1.º y 5.º, art. 42, de la Ley Hipotecaria) (1). Se trata en todas ellas de una mera medida de seguridad, cautelar; tienden a evitar que el juego de los principios registrales perjudique una relación posible. Son puras medidas de carácter preventivo. Aparte de los beneficios que a la relación puede aportar la anticipación y garantía de sus posibles efectos registrales, puede decirse que estas anotaciones no aúnan nada sustantivo, independiente de la relación anotada. En esto se distinguen del grupo que vamos a exponer ahora.

* * *

De la finalidad del Registro, antes expuesta, derivaría como consecuencia primera la de que en principio sólo los derechos de naturaleza real debiesen hallar acogida en él. Y esto no sólo en punto a inscripciones, sino también en materia de anotaciones preventivas. En esta primera e inicial consideración sólo podrían ser anotables aquellas relaciones de carácter real que no pudiesen entrar en el Registro en vía normal, según los criterios antes expuestos. Este concepto es, a todas luces, insuficiente. Procuremos completarlo.

Según él, los derechos de crédito no son susceptibles de entrar en el Registro, en su forma originaria, como obligaciones de dar, hacer o no hacer. Esto es evidente: así formulados, con incumplimiento que se resuelve en una mera obligación de resarcir, no pueden interesar al mecanismo del Registro.

Sin embargo, por razones de tutela preventiva o garantía final, la ley interviene en ciertos casos aunando a la obligación—que como tal queda fuera del Registro—una serie de efectos jurídicos independientes, extraños a la configuración y a la esencia de la relación obligatoria. La ley interviene directamente reforzando un puro derecho de crédito mediante la adición—en ciertas circunstancias—de un efecto sustantivo. Tenemos este caso, por ejemplo, cuando la ley concreta la garantía general que al acreedor ofrecen los bienes todos del deudor (art. 1.911 del Código Civil) en un bien determinado; cuando garantiza el cumplimiento de una obligación de dar ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de la cosa debida; cuando concede al acreedor refaccionario un

(1) La del número 5.º entra también aquí, aunque en ella se trate de una declaración sobre capacidad: el sistema de la Ley Hipotecaria le hace incidir en este sitio.

derecho de garantía especial, derivado de la ley, sustantivo, independiente de la construcción obligatoria del crédito de préstamo refaccionario. En todos estos casos hay, por decirlo así, una especie de novación del derecho de obligación originario, mediante la adición de un efecto real determinado que va desde la concesión de una expectación del inmueble (para los créditos de cosa) hasta un derecho accesorio de garantía (obligaciones de numerario), que, según los casos, se acerca más o menos al derecho de hipoteca, hasta llegar en algún caso a coincidir sustancialmente con él (refacción). Dentro de este grupo caen los números 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, 7.º (para el legatario de género) y 8.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria.

Y nótese bien que, así como en las anotaciones del primer grupo, lo que se anota es directamente la relación básica (derecho real o incapacidad), en las segundas, por tener en su base siempre un derecho de crédito, lo anotado no es la relación básica, sino en puridad la garantía accesorio de carácter real que la ley aúna al derecho. Sólo en razón de este refuerzo legal es posible su entrada en el Registro. Porque directamente sólo gozan de su protección las relaciones jurídicas de carácter real.

* * *

Esta es, por tanto, la clasificación fundamental que procede hacer de nuestras anotaciones preventivas. Ambos grupos presentan características de fondo tales que impiden toda confusión. Y no se trata de una mera distinción teórica de escaso interés. Porque la diversa naturaleza de cada uno implica toda una serie de consecuencias prácticas que se ponen de relieve, principalmente, en materia de conversión de las anotaciones en inscripciones definitivas.

Sintetizando, estos grupos se caracterizan del modo siguiente:

Primer grupo: Finalidad limitada a la publicidad registral. Son medios de carácter *puramente* preventivo. Dejan la relación anotada en el mismo estado civil que antes tenían, sin reforzarla en modo alguno, fuera de los beneficios de la publicidad. Son anotaciones que, frente a las del segundo grupo, tienen por función única *publicar sin constituir*. En su base existe siempre, por exigencia lógica, ya un derecho real, ya una limitación a la capacidad dispositiva, pero nunca un mero derecho de obligación.

Segundo grupo: Se caracteriza por la constitución registral, provisional y subordinada, de un derecho accesorio que viene a reforzar la re-

lación básica. A diferencia de las anteriores, éstas *publican constituyendo* y tienen siempre en su base una relación meramente obligatoria.

Los efectos que la anotación produce en cada grupo se deducen de lo expuesto. Se determinan: *internamente*, en relación al derecho mismo, constituyen una provisional anticipación de efectos mediante una pura medida cautelar, y, además, implican la obtención de una garantía accesoria de carácter real. Y *externamente*, en relación a terceros, son los derivados de la publicidad registral y del juego de los principios del sistema.

EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS

EN TORNO AL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EN CASO DE REMATE DE INMUEBLES

1945, págs. 153-167

GUASP había publicado en los años anteriores (1941 y 1942, RCDI) un extenso e importante estudio sobre «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria». En el año 1944, BENEDICTO BLÁZQUEZ se ocupó del tema, haciendo una crítica a algunas de las opiniones de GUASP, que a su vez contestó a BLÁZQUEZ en este artículo, centrándose en algunos puntos, de entre los que parece de especial interés el problema de la «subrogación» en la deuda garantizada con hipotecas preferentes. GUASP defiende la postura ya sostenida por don JERÓNIMO en 1929 («La memoria de este año», en la misma REVISTA CRÍTICA), y que hoy acepta la mayor parte de la doctrina.

GUASP centra su argumentación en la consideración de las expresiones subrogación y responsabilidad en sentido no propio, en la necesidad de evitar un enriquecimiento del rematante y en lo innecesario de la declaración del artículo 131, número 8, en otro caso. El importante escollo que para esta interpretación supone el artículo 1.205 del Código Civil lo salva negando la aplicación de las normas civiles a la ejecución procesal.

Pero, dejando a un lado esta interna discrepancia, conviene abordar directamente el fondo del asunto y preguntarse: en el «procedimiento judicial sumario», al adquirir el rematante el inmueble, ¿asume también la deuda del ejecutado? A mi juicio, la tesis afirmativa se impone, no obstante las observaciones de BLÁZQUEZ.

En efecto, la Ley Hipotecaria dice que «el rematante queda subrogado en la responsabilidad». Cualquiera que sea el criterio que haya de mantenerse respecto al concepto técnico de la subrogación, dos observaciones fundamentales en torno a la fórmula legal me parece que

pueden tomarse como punto de partida exento de discusión: primero, que «subrogación» equivale aquí, en una acepción amplia o vulgar del término, a «sustitución», a colocación de algo en el lugar que otra cosa ocupaba primeramente; segundo, que «responsabilidad» no se emplea en sentido estricto como sumisión (*Haftung*) distinta de la deuda (*Schuld*), sino como sinónimo de una situación jurídica pasiva (deuda, carga o responsabilidad). Los términos de la Ley Hipotecaria no están utilizados, pues, en su acepción técnica actual: el propio BLÁZQUEZ reconoce esto respecto de la «subrogación» y no lo niega (nada dice) respecto de la «responsabilidad».

Ahora bien: es evidente que si la ley declara, en todo caso, que algo cambia a consecuencia del remate en la situación jurídica pasiva que antes existía, esto no puede comprenderse sino a condición de entender que cesa la deuda (no sólo la responsabilidad real) del ejecutado y que nace la deuda (además de la responsabilidad real) del adquirente. Pues, en otro caso, no habría sustitución o modificación («subrogación») alguna: la deuda seguiría como antes; la responsabilidad (real), también. El hecho de que el responsable sea no ya el ejecutado, sino el rematante, no altera la responsabilidad (esta responsabilidad), puesto que, antes como ahora, viene determinada por la titularidad de la finca. Cabe preguntar: para establecer que el rematante sustituye al deudor en la responsabilidad real (sólo en dicha responsabilidad), ¿sería necesaria la declaración del artículo 131, regla 8.^a, según la cual ha de expresarse en los anuncios que el adquirente queda subrogado en la responsabilidad de los gravámenes? ¿No sería esto, en tal caso, una superflua aclaración? ¿Qué sentido tendría su inclusión en los anuncios cuando se trata de una consecuencia tan obvia, supuesta la subsistencia de los gravámenes, que nadie podría indudablemente ignorar? Para que haya un cambio en la situación jurídica pasiva es necesario que cambie la deuda y la responsabilidad personal, no simplemente que cambie el gravado por la responsabilidad real lo que es una consecuencia inmediata de la adquisición y no del mandato de la ley. Esto se confirma observando que, en ocasiones, la ley habla no de subrogación en la responsabilidad, sino de subrogación o aceptación de la obligación: así, en el artículo 131, la regla 10.^a dice que el acreedor podrá pedir la adjudicación... aceptando la subsistencia de las cargas anteriores y las preferentes... y subrogándose en la obligación de satisfacerlas, y la regla 13.^a afirma que en el acto de la subasta se hará constar que el rematante acepta las obligaciones consignadas en la regla 8.^a

No resulta discutible que la solución propuesta por BLÁZQUEZ al seguir considerando como deudor y personalmente responsable de las cargas anteriores al ejecutado, lleva en la práctica a soluciones extremada-

mente injustas. La finca era, en el acervo económico del deudor, la parte de patrimonio que compensaba el capital del préstamo recibido. Si dicha finca es expropiada y el capital continúa debiéndose, la situación económica de dicho deudor se altera faltando a toda equidad. Desde luego, será posible concebir, para salvar esta consecuencia inicua, determinados rodeos más o menos eficaces y más o menos viables: el propio BLÁZQUEZ, consciente del enriquecimiento injusto que esto supondría para el rematante, imagina determinadas soluciones, pero declara, más o menos explícitamente, su insuficiencia. Para él, «la verdadera solución estaba antes de la reforma en la consignación del importe». Como la consignación del importe es precisamente el criterio que el nuevo régimen trató fundamentalmente de evitar, se ve claro que negar la «subrogación» en el sistema de extinción de cargas es, si no una *contradictio in re*, por lo menos, una inconsecuencia grave.

Pero al admitir dicha subrogación, ¿no llevará consigo otra inconveniencia mayor al imponer al acreedor el cambio de deudor contra o, por lo menos, sin su consentimiento, vulnerando la prescripción del artículo 1.205 del Código Civil, a tenor del cual la sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor? Tal parece ser el argumento de mayor fuerza en contra de la «subrogación»: según dice BLÁZQUEZ, para admitir la «subrogación», «hay el obstáculo de que, según el naturalísimo precepto contenido en el artículo 1.205, sería necesario el consentimiento del acreedor, el cual ni siquiera es citado, sin duda porque su derecho queda asegurado con la subsistencia», y más adelante se añade que «en la obligación no puede ser sustituida la persona del deudor sin consentimiento del acreedor».

Sin embargo, frente a este razonamiento, se pueden oponer importantes contraobjeciones que eliminan el fundamento de la tesis adversaria. En primer lugar, cabría decir que siendo el artículo 1.205 del Código Civil un precepto general, y el artículo 131, regla 8.ª, de la Ley Hipotecaria una norma especial (y posterior, aunque esto no sería rigurosamente preciso para su vigencia), no puede esgrimirse contra el mandato de la segunda la prescripción del primero: si la fórmula de la Ley Hipotecaria, «subrogación en la responsabilidad», debe traducirse, como antes se ha defendido, por la de «sustitución en la deuda», nada en contra cabría deducir de disposiciones genéricas del Código Civil que no contemplan particularmente el supuesto actual. Pero sobre todo, es urgente hacer observar la improcedencia de la aplicación de normas del Código Civil a un acto de significación tan genuinamente procesal como lo es la realización forzosa, dominada, como todas las actividades procesales, por principios de Derecho público y no por principios de Derecho privado.

Precisamente cuando expuse en mi ensayo la insuficiencia de las concepciones contractualistas de Derecho privado para explicar la naturaleza jurídica del rematante, estudiaba genéricamente las posibilidades de aplicación de las normas civiles a la ejecución procesal para negarlas de modo expreso. En mi opinión, BLÁZQUEZ ha olvidado esta sencilla verdad: que el Código Civil no es una fuente de Derecho procesal y que sus preceptos, en cuanto preceptos civiles, no se refieren a la actividad procesal ni la vinculan.

Y no cabe decir que el principio de la no subrogación se deriva de tal modo de la equidad o de la naturaleza de las cosas que es innecesaria la invocación del Código Civil. Un Derecho procesal tan adelantado como el alemán regula este punto en el sentido defendido por nosotros, al decir que si subsiste (en el remate) un derecho inmobiliario, porque se incluye en la oferta mínima, sobre el adquirente recae también la responsabilidad personal: § 53 de la *Zwangsversteigerungsgesetz*. Me parece mucho más acertada esta invocación que la que hace BLÁZQUEZ del artículo 508 del nuevo Código procesal civil italiano, por la sencilla razón de que la legislación italiana no sigue en esta materia el principio de la subsistencia, sino el de la liberación de las cargas preferentes (artículos 585 y sigs.): ya se comprende, por tanto, que no hay posibilidades de inspiración en un sistema que parte de premisas absolutamente contrarias a aquellas que imperan en el nuestro.

JAIME GUASP DELGADO

EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EN CASO DE REMATE DE INMUEBLES

1944, págs. 227, 289, 362, 450, 508 y 553

BLÁZQUEZ sostuvo en este interesante artículo una posición muy matizada en el delicado problema de la «subrogación» en la deuda garantizada con hipotecas preferentes. Se trata de una cuestión muy debatida en las páginas de la Revista, como lo prueban los diferentes artículos de GUASP, RUIZ ARTACHO, LÓPEZ TORRES, REZA y, ya en 1929, de don JERÓNIMO.

A juicio de BLÁZQUEZ, el deudor ejecutado no se libera de las obligaciones garantizadas con hipotecas o cargas preferentes. Al acreedor no se le puede imponer el cambio de deudor. Los problemas derivados del pago realizado por el deudor propuso resolverlos mediante la subrogación del mismo en la posición del acreedor en cuanto a la garantía hipotecaria, solución que fue acogida por el Reglamento en su artículo 231. En las páginas que elegimos se muestra bien la preocupación del autor por encontrar soluciones prácticas aceptables para los serios problemas que la subsistencia de las hipotecas preferentes plantea.

8.º Cuando la regla 8.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria establece (para el procedimiento *sumario*) que el rematante quedará subrogado en la responsabilidad de las cargas y gravámenes preferentes, no se ha adoptado una designación técnica (para ello se necesitaría, entre otras cosas, que el deudor primitivo fuera totalmente sustituido por el nuevo deudor), ni siquiera una designación que coincida con la ya indicada del Código Civil (pues hay el obstáculo de que, según el naturalísimo precepto contenido en el artículo 1.205, sería necesario el consentimiento del acreedor, el cual ni siquiera es citado, sin duda porque su derecho queda asegurado con la «subsistencia», forma ya calificada de «simplista» por don JERÓNIMO GONZÁLEZ). No considero admisible, ni mucho menos, que la «subrogación» a que se refiere la Ley Hipotecaria produzca el efecto de liberar totalmente al primitivo deudor (1). No

(1) En contra, v. Dr. GUASP (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1942). Bien es verdad que no veo determinado claramente si es ésa su opinión concreta

creemos que para llegar a ese efecto liberatorio pueda ser invocado eficazmente el detalle de la regla 8.^a, que, al ser parte de una ley, se entendería que obligaba también al acreedor y que, por tanto, aun a sus espaldas inclusive, produciría efecto contra él. No creemos que el pensamiento de la ley, ni sus palabras, puedan entenderse en ese sentido.

9.º No obstante, se puede hoy decir que al aceptar el rematante (en el procedimiento *sumario*) las dichas responsabilidades, se «subroga» en la obligación de pago de las mismas. Es una subrogación parcial, «en cierto modo», en sentido vulgar, que no por eso se aleja de la significación real de la palabra, con lo cual queda justificado o, por lo menos, explicado el empleo de ésta. Si en el procedimiento sumario el rematante no sólo *acepta* esas responsabilidades de las cargas preferentes, sino que, además, declara que asume la deuda «si la hubiere», es natural que las relaciones entre rematante y deudor se regulen sobre la base de que el deudor primitivo *no debe pagarlas*, sino que debe satisfacerlas al rematante, y a eso llama la Ley Hipotecaria «subrogación de deudor». Insisto en que para el Código no es propiamente «subrogación», porque, según él (y según el sentido natural), no la hay cuando falta el consentimiento de los acreedores; pero hay subrogación parcial, subrogación «en algo».

Apuntando al fondo del asunto, ¿deberá el adquirente responder de la deuda personalmente? Si se ha seguido el procedimiento de apremio, no, a mi juicio. En el procedimiento sumario podría también, en principio, regularse la materia de forma que no responda: la finca, sí, y a través de ello, el adquirente..., si no la desampara en el momento oportuno, o sea, al reclamársele el pago como tercer poseedor que resulta. Puesto que en la obligación no puede ser sustituida la persona del deudor sin consentimiento del acreedor, y en buena economía jurídica no deben ser hechas otras alteraciones, sino las estrictamente necesarias, y puesto que mediante la venta del inmuebles se toca sólo, en principio, en la relación del dominio de la cosa dada en garantía, es lógico que, también en principio, el rematante al adquirir la finca adquiera sólo las obligaciones que se deriven del título de dominio; esto se llama en nuestro Derecho «quedar en la posición de *tercer poseedor*», con los derechos y obligaciones inherentes a tal calidad; deberá, pues, subsistir la responsabilidad personal real del inmueble, y sólo habrá lugar a la responsabilidad personal del adquirente cuando por no abandonar la finca en cierto momento quiera ya personalmente entrar en la lid, en la contienda a que da lugar la relación real. Ya hemos analizado el caso o su-

respecto a la subrogación expuesta en la regla 8.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, o si se refiere a la subrogación en principio, en términos generales. Da por bueno que la «subrogación» produce ese resultado. Trasplanta el concepto (concepto no bien fijado en la ley, en el Código Civil, y además un poco vago también en las mismas relaciones jurídicas, en el comercio jurídico).

puesto en que el acreedor cobre del deudor primitivo por haber utilizado no la acción real, sino la personal. Aun a riesgo de repetir, es conveniente examinar de nuevo el supuesto, enfocando ya la ventaja de poner remedio mediante la posible subrogación: hemos visto que el riesgo está en que el deudor primitivo pague dos veces. Dentro del vigente sistema de liquidación de cargas (sin cancelación), el daño se podría evitar reconociendo al deudor derecho a subrogarse en la posición del acreedor en cuanto a la garantía hipotecaria, una vez que éste haya dado carta de pago. No está regulado así expresamente en nuestro Derecho; la conveniencia desde el punto de vista del derecho constituyente—máxime si es discutido, como lo será seguramente en nuestro caso—no basta; y en cuanto al derecho positivo, los preceptos «más próximos» en este punto (artículos 1.209 y sigs.) no brindan perspectivas muy halagüeñas; en consecuencia, si el acreedor había cobrado del deudor o no había nada que cobrar y, en consecuencia, cancela la hipoteca, ésta se desvanece, y si la finca ha pasado a poder de un tercero y el rematante ha quedado insolvente, el daño para el ejecutado parece definitivo: ha pagado dos veces (o una, sin deber nada); como paliativo, ya hemos indicado que podría ejercitar las acciones precautorias procedentes, pero esto sólo sería eficaz y sin peligro de costas cuando la insolvencia del adquirente sea manifiesta. La verdadera solución estaba, antes de la reforma, en la consignación del importe. ¿Qué tecla del mecanismo legal se podría mover para conseguir «hoy», después de la reforma, un resultado justo, equivalente, o sea, la indemnidad del deudor ejecutado? Para evitar el enriquecimiento injusto del rematante se vislumbra un derecho en el deudor, una acción con miras a evitar que se esfume aquella garantía real que aseguraba una obligación de él, una obligación que él había de cumplir; pero que, según consta en el Registro, ha sido ya cargada en su cuenta con otro (con el rematante). ¿Podría ser cancelada esa hipoteca a espaldas del deudor? El interés de éste en el asunto es manifiesto, pues si *se cancela* a sus espaldas, puede sufrir perjuicio, no debía cancelarse esa hipoteca sin su consentimiento; esto es así, en teoría, en justicia. Pero de hecho, si el acreedor hipotecario cancela la hipoteca, aunque sea sin la asistencia del deudor primitivo, la cancelación se hace constar en el Registro. Es lo mismo que ocurre—siempre podemos observar este paralelismo—en el caso de *venta extrajudicial*, aun cuando en la escritura de esta venta extrajudicial se diga que el comprador se reserva parte del precio para atender a la responsabilidad hipotecaria; si después cancela el acreedor hipotecario por sí mismo, sin la anuencia del deudor, sin expresar quién es el que ha pagado la obligación, la escritura se inscribe. Esta es la práctica. ¿Es justa? ¿Es legal? Por lo menos, justa no es; pero legal... Nuestro Registro carece con frecuencia de la flexibilidad

necesaria para acoger soluciones simplemente justas; se mueve en forma más rígida, padece ciertos anquilosamientos (no soy partidario, por lo demás, de dar excesiva «holgura» a ese mecanismo); sin embargo, la regulación correcta, expresa, no es difícil.

Para evitar desagradables repercusiones en tales relaciones de Derecho personal resultante es bueno hacer constar en la escritura de cancelación que el importe de la hipoteca ha sido satisfecho por aquel adquirente que se reservó tal cantidad para atender a esta cancelación; es práctica que evita posibles acciones del deudor contra el rematante. No siempre se sigue esa práctica... y no suele pasar nada grave; pero mejor sería que la cosa quedara bien organizada, de modo que por vía de la responsabilidad real misma se resolviera el posible conflicto.

Sin perjuicio, pues, de ulterior análisis, opino que en el procedimiento de apremio el rematante queda sencillamente en la posición de tercer poseedor de la finca hipotecada; el riesgo, que hemos puesto de manifiesto, constituye una laguna del Derecho vigente, tanto para el caso de venta judicial como para el de venta extrajudicial, laguna que sólo tiene solución relativa en el no muy firme campo de las acciones personales. Tratándose de venta extrajudicial, se pueden orientar ya las cosas hacia esos efectos en la escritura misma de compraventa, para lo cual son instrumentos preciosos los artículos 1.124 y 1.506 del Código Civil, convenientemente enlazados con el artículo 37 de la Ley Hipotecaria; casi siempre será posible en estas compraventas extrajudiciales.

Con referencia al procedimiento sumario se ha insinuado ya por algunos que *sería injusto* que a la responsabilidad personal del deudor se agregara la responsabilidad personal del rematante, pues con esto—dicen—el acreedor se ve enriquecido gratuitamente con esa mayor garantía no estipulada. No considero decisiva la argumentación, pues un tal posible enriquecimiento del acreedor viene a resultar siempre en los casos en que el patrimonio del deudor es incrementado; al acreedor sirven no sólo el patrimonio actual del deudor, sino también los aumentos ulteriores; al acreedor aprovechan, en general, todos los derechos que constituyan el patrimonio del deudor hasta que se haga efectivo el crédito. En consecuencia, si por la relación contractual entre el rematante y el deudor puede éste ejercitar acciones contra el primero, es evidente que ello aprovecharía al acreedor, y esto, decimos, no constituye injusticia alguna. Por eso el argumento no es decisivo; parece más rígida aquella otra argumentación basada en la innecesidad jurídica de la subrogación, en la conveniencia de no hacer alteraciones innecesarias.

BENEDICTO BLÁZQUEZ

LA HIPOTECA EN GARANTIA DE RENTAS O PRESTACIONES PERIODICAS

1946, págs. 217-226

Dentro del mismo tema de la «subrogación» del rematante en las deudas garantizadas con hipotecas preferentes, el trabajo de RUIZ ARTA-CHO constituye, a mi juicio, una interesante aportación. Con gran claridad y argumentos bien fundados defiende la no «subrogación» del rematante en la obligación personal. Se sitúa, pues, en la línea de BLÁZQUEZ y en contra de la doctrina dominante. Aborda, además, el supuesto en que se adjudiquen al acreedor los bienes gravados con hipoteca en garantía de rentas. En tal caso, se plantea un interesante problema, que parece poner a prueba la tesis de la «subrogación» del rematante en la obligación personal.

Es un hecho claro que las repetidas reglas 8.^a y 13.^a del artículo 131 se refieren sólo a gravámenes de carácter real, pues aunque la 13.^a diga obligaciones, al referirse a las de la 8.^a se sobreentiende que quiso emplear la terminología antigua de obligaciones reales.

Ambas tratan no sólo de las anteriores al crédito del actor, sino también de las preferentes, y este dato puede ser de cierta importancia, pues si en la mayoría de los casos, por tratarse de gravámenes inscritos y poder por ello precisarse fácilmente los que sean preferentes, la exigencia legal quedará reducida a pura fórmula, no sucederá lo propio en otros.

Pueden existir, en efecto, sobre los bienes que se ejecutan, a más de aquéllos, créditos de distinta índole o naturaleza, asegurados por anotación preventiva (débitos de contribución, con o sin hipoteca legal, gastos de cultivo, semillas, etc.), en favor de entidades o personas privilegiadas o no, etc. Sabido es que la preferencia en las anotaciones no la decide la presentación de sus respectivos mandamientos. Todo ello nos indica que esa labor de señalar la preferencia dicha (que por fuerza ha

de realizar el Juez para al final de la ejecución cancelar las de inferior categoría al crédito que se ejecuta) no siempre es empresa fácil y menos para el interesado que carece de los elementos de juicio necesarios.

Por ello pudiera entenderse que lo que el legislador pretendió, como elemental norma de prudencia, fue que se advirtiera al futuro rematante concretamente de cuáles eran las cargas que habrían de quedar subsistentes, y después, quizá por evitar contiendas judiciales posteriores, que no se le admitiera su proposición sin la previa aceptación de las cargas aludidas; verdadera condición del rematante, como la llaman las reglas 10.^a y 11.^a del mismo artículo. Este criterio es el que se impondrá en la práctica de los Juzgados, de prevalecer la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1933, que ordena que para dar a conocer exactamente las cargas preferentes, los anuncios de las subastas tengan la mayor precisión posible.

Pero supongamos que así no sucediera, sino que tal exigencia fuese una advertencia judicial, tan innecesaria, al menos en la teoría del Derecho, como sus similares; una pura fórmula no sólo inútil, sino perjudicial, por ello, en el orden interpretativo, y que esos preceptos, en fin, sean tan carentes de sentido como se les supone: ¿podría, aun así, sostenerse que una disposición de Derecho procesal, adjetiva y de mero trámite, tiene la virtud de dar al traste con normas vigentes de Derecho sustantivo y tan importantes que constituyen verdaderos principios jurídicos?

No estimamos tampoco aceptable la consideración de equidad. En este aspecto no es lícito mirar la cuestión sólo del lado del deudor, ya que existen otros intereses dignos también de respeto.

Así lo son los del propio rematante, a quien la ley ni nadie le advirtió de que habría de asumir la obligación personal asegurada por hipotecas o gravámenes preferentes al crédito por que se siguió la ejecución. Lo único que le constaba era que había quedado subrogado en la responsabilidad real de tales cargas, dentro de ciertos límites prefijados por la misma ley, y que por ello se podrían hacer efectivas en su perjuicio si el deudor personal dejaba incumplidas sus obligaciones.

Cuestión aparte es la que se plantea cuando, en tal supuesto, paga después el repetido deudor personal. Es cierto que si en tal caso éste no puede reclamar del rematante la parte del valor de la finca o bienes que se presume descontó como valor de la carga, sufriría un evidente perjuicio y, en cambio, el rematante habría obtenido un injusto enriquecimiento.

Tampoco puede prescindirse del interés del titular del crédito preferente, a quien en justicia no puede imponérsele un cambio en su deudor personal.

Nuestra opinión es ésta: que el rematante no se subroga en la responsabilidad personal del deudor en cuanto a las hipotecas o gravámenes preferentes al crédito del actor en toda ejecución, ni tampoco en cuanto al mismo crédito por el que se sigue la ejecución cuando se trate de hipoteca en garantía de rentas o prestaciones. Todo ello por los fundamentos de Derecho siguientes:

1.º El artículo 1.911 del Código Civil, proclamando el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, dispone que del cumplimiento de sus obligaciones responde éste con todos sus bienes presentes y futuros.

Esta responsabilidad no puede limitarse sino por pacto expreso (como en la llamada hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 de la ley).

2.º La Ley Hipotecaria nunca ha contradicho tal disposición. Hoy, como una novedad (arts. 138 de la Ley de Reforma y 105 del Texto Refundido), la proclama al sentar que la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor.

3.º La sustitución de un deudor personal por otro no puede hacerse o no surte efecto sin el consentimiento del acreedor (art. 1.205 del Código Civil).

4.º Si en la venta voluntaria de la finca hipotecada, ya descuenta o retenga el comprador parte del precio (y hasta aun cuando asuma la obligación personal del deudor, sin el asentimiento del acreedor), todos reconocen, de acuerdo con el artículo 118 de la repetida ley, que no se produce la debatida subrogación personal ni queda por ello liberado el deudor, ¿por qué sostener lo contrario en la venta forzosa por ejecución?

5.º Si es principio de Derecho admitido por el Código citado que lo accesorio sigue a lo principal, ¿por qué siendo la hipoteca lo accesorio (al menos, jurídicamente) se han de invertir los términos y ha de ser considerada como el elemento principal?

* * *

El otro supuesto antes aludido es el de ejecución de las hipotecas por rentas o prestaciones en la que se adjudiquen los bienes gravados con aquéllas al propio acreedor.

SANZ FERNÁNDEZ (1) lo considera como una excepción al principio de subsistencia de la obligación de pago de las futuras pensiones y de la misma hipoteca con estas palabras: «La subsistencia de la obligación garantizada tendrá una excepción en el caso de que se adjudiquen las fincas al propio acreedor ejecutante. En este supuesto, que, como hemos

(1) *Ob. cit.*, pág. 433.

visto, implica extinción de la hipoteca, existirá también extinción de la obligación garantizada por confusión de los derechos de acreedor y deudor, ya que el primero sucede también en el aspecto pasivo de la obligación personal». Nada hemos de objetar en la extinción de la hipoteca, que, como acertadamente sostiene, es cosa natural de nuestro sistema, que no permite la hipoteca en cosa propia.

La extinción de la obligación personal por confusión, en tal caso, es la consecuencia a que fatalmente tenían que llegar los «subrogacionistas».

En efecto, si ya sostuvieron que la deuda garantizada por una hipoteca de las que quedan subsistentes se transmitía al rematante en la ejecución, ¿cómo iban a afirmar lo contrario cuando el rematante o adjudicatario fuera el propio acreedor ejecutante?

Es de todo punto inadmisibles tal extinción. Para demostrar lo absurdo de la misma, sin repetir lo antes expuesto, nos bastará tan sólo plantear un supuesto.

A. cede a B. una finca, y éste, a cambio, se obliga a pagar a A., mientras éste viva, una pensión anual de x pesetas.

B., para asegurar frente a tercero el cumplimiento de sus obligaciones, constituye sobre la misma finca hipoteca, cuya finca queda gravada en los términos que señala el artículo 157.

Si por falta de pago de alguna anualidad el acreedor entabla ejecución y en ella remata o se le adjudica la finca, consignando en el Juzgado el sobrante de su precio o valor después de reintegrado de la cantidad reclamada, ¿se extinguirá la obligación del deudor por confusión de derechos, quedando éste liberado de tener que pagar las pensiones venideras?

No creo haya quien conteste afirmativamente.

JUAN RUIZ ARTACHO

IV. DERECHO MERCANTIL

EL DERECHO DE VOTO DEL ACCIONISTA

1945, págs. 63-77 y 163-182

Este interesante trabajo de URÍA, que puede considerarse fundamental en este tema, conserva aún vigencia a pesar de haber precedido en ocho años a la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas. Pocas veces sucede esto después de una reforma tan profunda. La influencia del trabajo de URÍA en la ley es patente. En ella se han seguido las opiniones defendidas por el autor en este trabajo a propósito de buen número de cuestiones. Sirvan de ejemplo el ejercicio del derecho de voto por representante, los conflictos de intereses entre la sociedad y el accionista y, de un modo más claro, la prohibición de acciones de voto plural y el ejercicio del derecho de voto en los casos de usufructo y prenda de acciones.

En España, la emisión de acciones de voto plural no alcanzó el volumen ni la importancia que en esos otros países, y por ello el problema de su legitimidad y conveniencia no se ha presentado en términos agudos (1). En rigor, como el Derecho español no formula legalmente ni el postulado de la igualdad de derechos de los accionistas, ni el de la ecuación entre el derecho de voto y la participación en el capital social, no existen textos legales explícitos donde pueda fundarse la prohibición de esas acciones, razón formal en la que se apoyó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de marzo de 1936, para pronunciarse en favor de la validez del voto

(1) Sobre estas acciones en la doctrina española, CALVO SOTELO, *ob. cit.*, páginas 65 a 82; RUIZ SALAS: «Derecho vivo de las sociedades anónimas: Acciones preferentes de voto plural» (en la *Revista de Derecho Privado*, 1942, págs. 633 y sigs.); «JUAN HURTADO», *ob. cit.*; GARRIGUES: *Nuevos hechos...*, págs. 75 y sigs.

plural (1). Mas si desde un punto de vista estrictamente formalista y positivo no se puede negar la validez de esas acciones, el hecho innegable de los abusos a que dan lugar, unido a la circunstancia de que su creación lesiona gravemente los dos principios básicos de la sociedad anónima moderna y al ejemplo de las modernas legislaciones extranjeras, que rotundamente se pronuncian por la desaparición del voto plural, son motivos suficientes—a nuestro juicio—para desear que no se confirme ese fallo del Tribunal Supremo y que la doctrina se incline resueltamente contra esas acciones, teniendo bien presente que la prohibición de las mismas no significaría negativa a aumentar las facultades de la administración, porque la posición de los administradores de las sociedades anónimas puede ser fortificada por otros procedimientos menos peligrosos y que no dejen a la mayor parte de los accionistas huérfanos de protección y de tutela (2).

6. El derecho de voto no puede confundirse con el derecho de asistencia a las juntas generales. Entre ambos existen diferencias sustanciales. El derecho de asistir a las juntas es una especie de derecho anejo al

(1) El texto de la sentencia, en aquella parte que interesa, es el siguiente: «Considerando que en cuanto a las características de dicha emisión de acciones privilegiadas, consistentes en el percibo de un dividendo del 7 por 100 acumulable, preferencia sobre el activo en liquidación y *mayor participación en el voto*, precisa examinar si su otorgamiento ataca la medula del pacto social o sus bases esenciales, o bien los particularísimos derechos que los accionistas antiguos ostenten como inseparables de su cualidad de socio, sustraídos, por tanto, si no media su aquiescencia, del poder deliberante de las juntas generales y, como consecuencia de su ámbito resolutivo, únicas circunstancias que producirán la nulidad de los acuerdos adoptados sobre el caso, y adentrándose en el estudio del tema se observa, desde luego, que *ni el Código Mercantil ni los estatutos referidos contienen un precepto que prohíba... que del derecho de voto sea obligado participar a todos los accionistas en proporción idéntica*, y si además...» «Considerando, además, que al otorgarles una mayor participación en el voto no se priva por ello del suyo a los antiguos accionistas, ni aun siquiera las acciones preferentes adquieren preponderancia bastante para ejercer, con los que les corresponden, el control social..., debe concluirse sentando que con ese acuerdo no se arrebató ningún derecho sustancial, ni de los llamados políticos, a los actores, ni se quebrantaron las bases fundamentales del pacto en lo referente a aquellos otros que encajan de modo perfecto dentro del orden económico, y que, por tanto, en nada alteran su esencia, constituyendo por ello, en definitiva, los tomados por la junta general una modificación estatutaria que cabe dentro de la amplia norma contenida en el citado artículo 168.»

(2) Con evidente acierto, CALVO SOTELLO no estima aceptables las acciones de todo plural ni siquiera a título de resorte frente a las asechanzas fraudulentas de una sociedad rival, y afirma que existen otros caminos para garantizar la dirección de las empresas por manos españolas (*ob. y loc. cit.*). GARRIGUES dice que los motivos que determinaron la creación de esas acciones pueden considerarse desaparecidos, y que, en cambio, siguen siendo utilizadas como pretexto de manipulaciones realmente injustificadas y abusivas (*Nuevos hechos...*, pág. 78). «JUAN HURTADO» se muestra partidario de una solución intermedia; propone la conservación de las acciones dentro de un sistema de límites que condicione cuidadosamente su concesión y su ejercicio (*ob. cit.*).

derecho de voto, en el sentido de que la persona facultada para votar se halla implícitamente autorizada también para asistir a la junta general en que ha de emitir el voto. Pero el contenido de ambos derechos es distinto e independiente. Si es cierto que no hay derecho de voto sin el correlativo derecho de asistencia a la junta, en cambio, sí es posible y hasta frecuente que se dé el derecho de asistencia sin que su titular se halle investido de la facultad de votar. Ocurre esto en la práctica de dos maneras: una, porque el derecho de simple asistencia a las juntas generales puede ser conferido por los estatutos a personas que no tengan la condición de socio y que, por tanto, no pueden votar (así, es frecuente que los estatutos sociales faculden a personas que ocupan determinados cargos en la sociedad para asistir con voz a las juntas generales, y algunas legislaciones conceden ese derecho a los obligacionistas). Pero además, puede darse esa situación en el propio accionista, que en ocasiones estará facultado para asistir a la junta, sin poder ejercitar en ella el derecho de voto. Ocurre así cuando el socio no cumple los requisitos o formalidades previos que los estatutos fijan para el ejercicio del derecho de voto. Entonces, el incumplimiento de esos requisitos, cuando no sean también condición previa para ejercitar el derecho de asistencia a la junta, sólo afecta a la facultad de votar, y no puede impedir que el accionista intervenga personalmente en las deliberaciones de la junta (1).

13. Cuando al lado del derecho de propiedad coexisten sobre las acciones derechos reales de tercera persona, no siempre es fácil determinar el sujeto titular del derecho de voto.

El usufructo de acciones originó a este respecto una de las polémicas más movidas y variadas del derecho de sociedades anónimas. Sin el propósito de recoger aquí todas las posiciones y limitándonos a exponer las opiniones más destacadas, diremos que entre los cultivadores del derecho civil estuvo muy extendida la tesis de que el derecho de voto correspondía conjuntamente al usufructuario y al propietario de las acciones (2), y que como variante de esta posición puede señalarse la de aquellos autores que estiman que el usufructuario debe votar en los asuntos de carácter puramente administrativo, correspondiendo el derecho de voto

(1) Sobre la diferencia entre el derecho de voto y el de asistencia a las juntas generales, VICENTE Y GELLA: *Las resoluciones de la asamblea general de una sociedad anónima*, 1932, núm. 36. STAUB-PINNER: *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 12.^a-13.^a edición, 1926, art. 250, 17, y art. 252, 35.

(2) En este sentido, entre otros, GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, II, pág. 694, nota 75; CROME: *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, t. 3 (1905), art. 440, III, 28, pág. 547.

al propietario de las acciones en todos los demás asuntos (1). Se ha sostenido también que el derecho de voto corresponde al propietario cuando las acciones sean nominativas, y al usufructuario cuando se trate de acciones al portador (2). Pero las dos posiciones que han logrado reunir mayor número de adeptos y que, en definitiva, polarizan el debate son la de los que sostienen que el ejercicio del derecho de voto corresponde en todos los casos al usufructuario y la que entiende que ese derecho es siempre del nudo propietario de las acciones.

En favor del derecho de voto del usufructuario se argumenta en esencia que ese derecho tiene un contenido y una finalidad esencialmente administrativa, y que su ejercicio, además de ser una forma de aprovechamiento o disfrute de las acciones, entra en el círculo de las facultades de administración del usufructuario (3). Mas contra esa posición es fácil presentar una objeción insoslayable: la junta general de accionistas no delibera solamente sobre asuntos concernientes a la administración de la sociedad, decide también en asuntos que por su naturaleza y trascendencia no pueden ser reputados puros actos de administración social. El voto de los componentes de la junta puede acordar la enajenación de bienes sociales, la emisión de obligaciones, el aumento o la disminución del capital social, etc., y otras veces los acuerdos afectan sustancialmente a la vida misma de la sociedad (así la transformación, la fusión y, en último extremo, la disolución de ésta).

Por eso estimamos más sólida la posición que atribuye el derecho de voto al nudo propietario de las acciones. Ninguna otra respeta como ésta los principios ordenadores de la sociedad anónima. El derecho de voto es inherente a la cualidad de socio, y como la existencia de un derecho real de usufructo sobre las acciones no priva al nudo propietario de la condición de accionista, es él y no el usufructuario el verdadero titular de ese derecho consustancial a su condición de socio (4).

El supuesto de la prenda de acciones no ha planteado las dificultades y las dudas que el usufructo. En general, la doctrina está de acuerdo en

(1) Así, NAMUR: *Le code de commerce belge*, 2.^a ed., t. II (1882), núm. 1.117; SIVILLE: *Traité des sociétés anonymes belges* (1898), t. I, núm. 1.182.

(2) Puede verse STAUDINGER-KOBE: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, 7.^a-8.^a ed., t. 3 (1912), arts. 1.081 y 1.082, pág. 615.

(3) Entre nosotros sostiene esa posición DALMASES: *El usufructo de derechos*, 1932, núm. 112. Véanse, además, DURINGER-HACHENBURG, *ob. cit.*, art. 252, núm. 8; JACOBI: «Die Wertpapiere», en el *Handbuch des Handelsrechts*, de Ehrenberg, tomo IV-I, pág. 472; THALER: *Droit Commercial*, 8.^a ed., t. I, núm. 686; LYON-CAEN y RENADIO, *ob. cit.*, t. II-2, núm. 845.

(4) Véanse, entre otros muchos, K. LEHMANN: «Beitrage zur Lehre von den Erwerbsgründen des Aktienrechts», en la *Zeitschrift für Handelsrecht*, t. 51, página 402; STAUB-PINNER, *ob. cit.*, art. 252, núm. 6; WEIDER: *Niessbrauch an Aktien*, 1925, pág. 57; DERNBURG: *Bürgerliches Recht*, 4.^a ed., III, pág. 637.

que el acreedor pignoraticio no queda autorizado para votar en las juntas generales. El derecho de voto continúa perteneciendo al accionista propietario de las acciones. Como el accionista pierde con la prenda la posesión de las acciones, el acreedor pignoraticio tiene el deber de facilitar a aquél el ejercicio del derecho de voto, cumpliendo los preceptos estatutarios que exijan el depósito previo de las acciones como requisito para la asistencia a la junta (1).

RODRIGO URÍA

(1) Así, STAUB-PINNER, *ob. cit.*, art. 252, núm. 5; K. LEHMAN, *ob. cit.*, página 398; DURINGER-HACHENBURG, *ob. cit.*, art. 252, núm. 7. Hay que consignar, sin embargo, que el nuevo Código Civil italiano (art. 2.352) declara expresamente que, salvo convención en contrario, el derecho de voto corresponde, en caso de prenda c de usufructo de las acciones, al acreedor pignoraticio o al usufructuario.

EL DEPOSITO IRREGULAR Y SU APLICACION EN EL DERECHO MERCANTIL

**1932, págs. 81-96, 161-176, 241-256, 321-336, 401-416,
481-496, 561-576, 641-656 y 721-727**

Este extenso trabajo de GARRIGUES constituye una espléndida investigación sobre la figura del depósito irregular, en la que aporta importantes materiales históricos, al mismo tiempo que delimita con claridad el elemento de la custodia como esencial al contrato de depósito. Del trabajo resulta una crítica certera, con razones de indudable peso, a la asimilación del depósito irregular al mutuo.

Junto a páginas de indudable brillantez, destacan aquellas en las que el autor, enfrentado con los textos positivos, desemboca en una precisa crítica del artículo 1.768 del Código Civil y en una interpretación del artículo 309 del Código de Comercio, que, como dice el mismo GARRIGUES, además de estar fundada objetivamente en el texto legal, tiende a salvar la figura del depósito irregular de su identificación con el mutuo. La repercusión del trabajo en la doctrina posterior es indudable, como puede comprobarse leyendo, por ejemplo, el apéndice de CASTÁN VÁZQUEZ a la obra de SIMONE sobre los negocios irregulares (págs. 136-153). Por lo antes dicho elegimos las páginas que el autor dedica al Derecho positivo español.

42. Los redactores del Código Civil español, sin duda influidos directamente por el Código de Napoleón, participan de la repugnancia de este Código hacia el depósito irregular, y superándole en esta tendencia negativa, en lugar de limitarse a una declaración por vía de ejemplo, que confirme la obligación del depositario de sumas en moneda de devolver idénticamente la cosa recibida, incluyeron en el Código la declaración terminante del artículo 1.768, que elude toda posibilidad sobre la existencia del depósito irregular en nuestro Derecho común positivo.

El artículo 1.768 es categórico: Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito. El fundamento de esta disposición, desde el punto de vista de los redactores del Código, debe consistir en que el principio de la libertad de pactos que permite a los contratantes derogar o modificar a su voluntad los preceptos de la ley, tiene como límite el de que sustancialmente ha de quedar intacta la esencia de la relación jurídica que da nombre al contrato. Pero precisamente en el depósito irregular queda intacta la esencia del contrato de depósito, en cuanto que subsiste el elemento de la custodia de la cosa depositada, que puede reputarse como el elemento *sine qua non* de dicho contrato. Claro que en este punto no vamos a insistir, porque ha sido tratado reiteradamente en el desarrollo de este estudio. Se trataba sólo de hacer resaltar que debido a la subsistencia de ese elemento de la custodia en el depósito irregular, aun cuando este contrato no estuviera típicamente regulado en la ley, genéricamente está reconocido, en cuanto que en la misma se consagra la libertad de pactos, que sólo tiene como límite, según decíamos, el de que sustancialmente ha de quedar intacta la esencia de la relación jurídica que da nombre al contrato, límite que en ningún caso traspasa, según ha quedado demostrado, el depósito irregular, ya que no altera la esencia del depósito. Por tanto, el artículo 1.768 de nuestro Código Civil tiene un alcance excesivo al afirmar, en el supuesto que establece, que el contrato pierde el concepto de depósito. Y es que el Código considera de esencia en el contrato de depósito el hecho de que al depositario sólo pase la tenencia de la cosa y no el uso de la misma, como ocurre en el comodato, o el uso, y con él la propiedad, como pasa en el préstamo mutuo. Y sobre estos supuestos, la figura legal del contrato se impone a los contratantes en tales términos de necesidad, que todo pacto tendente a desviarse de ese tipo legal produce, *ope legis*, la conversión del negocio.

Claro que la hipótesis del artículo que comentamos es más amplia que la del depósito irregular, puesto que el permiso de uso tanto puede referirse a cosas no fungibles, como a cosas fungibles; en el primer caso tendremos un comodato, y la hipótesis del depósito irregular, que el Código Civil rechaza, sólo podría presentarse en el caso de haberse entregado cosas fungibles. A este supuesto se refiere la conversión en préstamo que el Código Civil señala.

Pero a pesar de la declaración terminante contra el depósito irregular contenida en el artículo 1.768, no faltan apoyos en el mismo Código Civil para poder afirmar la posibilidad legal del depósito irregular. Así, el artículo 1.200 dice que: la compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniere de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario. Tampoco podrá oponerse el acreedor por alimentos de-

bidos por título gratuito. Ahora bien, este artículo supone que lo depositado no es una cosa específica, sino una cantidad de dinero o una cosa fungible, porque si fuera lo primero, no habría necesidad de consignar la prohibición, ya que la imposibilidad de la compensación se deducía claramente del número 2.º del artículo 1.196. Es el mismo punto de vista, ya examinado, de COPPA-ZUCCARI al plantearse idéntico problema en la legislación civil italiana.

La razón probable de esta antinomia consiste en que nuestro Código Civil, en el artículo 1.200, se limita a copiar el 1.293 francés y el 1.289 italiano, sin reparar en la contradicción en que incurría con el 1.768. Pero claro que a nosotros no nos es dable formular las mismas conclusiones que a COPPA-ZUCCARI, en el sentido de admitir también en nuestro Código Civil la existencia del depósito irregular, porque en la legislación italiana no existe, como en la nuestra, un artículo que, como el 1.768, excluya taxativa y expresamente dicho contrato.

43. La interpretación del Código de Comercio vigente en materia de depósito irregular conduce a resultados distintos de los impuestos por la declaración del artículo 1.768 del Código Civil. Mientras éste rechaza terminantemente la figura del depósito irregular, los preceptos del Código de Comercio no la rechazan; bien que excluyan la aplicación de las normas propias del depósito. Por otra parte—esto es fundamental—, el Código de Comercio concede amplia libertad en la regulación de los depósitos verificados en Bancos, almacenes generales, sociedades de crédito o cualesquiera compañías, de suerte que aun admitiendo una interpretación de los preceptos del Código desfavorable para la sustantividad del depósito irregular, esta figura podría siempre, como en efecto ocurre, manifestarse en la vía jurídico-mercantil española al amparo de las disposiciones estatutarias que el Código de Comercio invoca como regla primordial en los depósitos mercantiles.

El depósito de cosa fungible por excelencia, el depósito de numerario, viene previsto en el artículo 307. Distingue este artículo el caso de que los depósitos de numerario se constituyan con especificación de las monedas o se entreguen cerrados o sellados (párrafo 1.º), de aquel otro en que los depósitos de numerario se constituyeran sin especificación de monedas o sin cerrar o sellar (párrafo 3.º). En el primer caso, claro es que no puede haber cuestión respecto de la existencia de un depósito regular. En el segundo supuesto, el Código dispone que el depositario responderá de la conservación y riesgos del depósito en los términos establecidos por el párrafo 2.º del artículo 306, el cual pone a cargo del depositario los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia, y también los que provengan de

la naturaleza o vicio de las cosas, si en estos casos no hizo por su parte lo necesario para evitarlos o remediarlos, dando aviso de ellos, además, al depositante inmediatamente que se manifestaren.

Vemos, pues, que el Código trata al depositario de numerario sin especificación de monedas, o sin cerrar o sellar, como a un deudor de cosa específica, informándose, por consecuencia, en el criterio subjetivo de la culpa para medir la responsabilidad del depositario en punto a su obligación de restituir. Esto nos demuestra claramente que en la hipótesis contemplada se impone implícitamente al depositario la obligación de mantener aparte las monedas depositadas para devolver luego las mismas. De otra suerte, es decir, si el depositario pudiera disponer del numerario depositado y devolver otra cantidad igual, es indudable que soportaría íntegramente el riesgo sin atender al daño de la imputabilidad, como cualquier deudor de cosa genérica (*genu nunquam perit*).

Que el depositario no puede disponer de la suma depositada, salvo pacto expreso, lo confirma, además, el artículo 309, que después vamos a comentar.

Pero conviene recoger, como deducción importante del artículo 307, la de que el mero hecho de depositar dinero sin cerrar ni sellar y sin especificar las monedas, no lleva implícita la concesión al depositario de la facultad de restituir, no las mismas piezas, sino *tantundem*. Como advierte COPPA (1), ya la Ley 24 D., *Depositum*, XVI, 3, declara que no es suficiente el simple hecho del depósito de dinero no individualizado para hacer surgir la figura del depósito irregular. En esa ley, PAPINIANO examina el caso de *pecunia numerata* dada en depósito y formula la doble hipótesis del depósito regular (*ut corpora nummorum eadem redderentur*) y del contrato *qui egreditur depositi notissimos terminos*, esto es, del depósito irregular. Y como observa MANTICA (2), *si ex numeratione dominium pecuniae depositae esset translatum* (como resulta de la Ley 31, *Locati*, XIX, 2), *responsio et distinctio Papiniani esset inepta. Quae tamen supponendo duod dominium non sit translatum, videtur esse rationabilis*.

A esta interpretación del artículo 307, que considera como depósito regular el depósito de dinero simplemente contado, habría que someter el supuesto del número 9 del artículo 175 del Código, que incluye entre las operaciones que corresponden principalmente a la índole de las compañías de crédito la de recibir en depósito toda clase de valores en papel y metálico. Claro está que, como un depósito regular consistente en dinero sería una figura en contradicción con la finalidad económica de

(1) *Ob. cit.*, pág. 11.

(2) *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, 1662, libro X, título III, núm. 28. *Apud* COPPA, *ob. cit.*, pág. 12.

tal depósito, al quedar la compañía de crédito imposibilitada para disponer de las sumas depositadas, las consecuencias jurídicas impuestas por el artículo 307, párrafo 3.º, habrían de ser en todo caso modificadas por los estatutos de la compañía depositaria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 310 del Código de Comercio. De este modo, los depósitos bancarios de dinero constituyen, conforme a los reglamentos de los Bancos, verdaderos depósitos irregulares, según hemos de ver después.

El artículo 309 del Código de Comercio prevé especialmente el caso de que el depositante disponga de las cosas objeto del depósito. Siempre que con asentimiento del depositante dispusiera el depositario de las cosas que fueran objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendara, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado.

Confrontando este precepto con el artículo 1.768 del Código Civil, se advierte que las interpretaciones tienen que ser distintas. Nótese que no dice que en tal caso el contrato *sea* o *se convierta* en un préstamo por ministerio de la ley, como hace el Código Civil. El Código de Comercio supone que los interesados celebraron un nuevo contrato, como consecuencia del cual el depositario, con asentimiento del depositante, dispone de las cosas objeto del depósito. En tal caso no hay duda de que el depósito es sustituido por el nuevo contrato: «Siempre que con asentimiento del depositante dispusiere el depositario de las cosas que fueran objeto del depósito..., cesarán los derechos y deberes propios del depositante y depositario». Esto es categórico. ¿Qué reglas se observarán entonces? Cuando se dio nombre al contrato novatorio serán las del préstamo, comisión o del contrato celebrado en sustitución del depósito. Pero ¿y si no se celebró ninguno, sino simplemente se autorizó al depositario para disponer de las cosas depositadas?

Vamos a ceñirnos al caso que aquí nos interesa: depósito de cosa fungible. Supongamos que el depositante accede a que el depositario disponga «para sí o sus negocios» de la cosa depositada. Indudablemente, aquí hay una novación de contrato, porque se varía el objeto de una de las obligaciones del depositario (art. 1.203, núm. 1.º, Código Civil); en vez de devolver la cosa recibida (art. 306, Código de Comercio), devuelve otra de la misma especie y calidad. Pero ¿implica esta novación de la obligación del depositario la extinción del contrato de depósito y su reemplazamiento por una de préstamo mutuo? No puede dudarse que sí, cuando los interesados manifiestan su voluntad dirigida a la conversión del negocio. Mas si esta voluntad no se expresa, esto es, si los interesados

no celebran un contrato de préstamo en sustitución del de depósito, parece que el artículo 309 habrá de aplicarse, esto no obstante, en su parte propiamente imperativa, a saber: la declaración terminante de que «cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario», porque esto ocurre *siempre* que el depositante disponga de las cosas que fueron objeto del depósito. Y, sin duda, cesan en este caso las obligaciones propias del depósito regular, porque la obligación propia del depósito consiste en devolver la misma cosa recibida, y en nuestro caso esta obligación ya no puede cumplirse. ¿Qué derechos y obligaciones nacen entonces en sustitución de los que «cesan»? A mi juicio, aunque los interesados no lo hayan expresamente querido, se aplicarán también las reglas y disposiciones propias del préstamo mercantil, si no porque los contratantes hayan sustituido este contrato en depósito (en cuyo caso no puede haber duda, según se ha dicho), sí, al menos, porque el mutuo es el contrato más semejante a este otro del depósito cuya cesantía decreta nuestro Código.

Ahora bien, es menester dejar bien afirmado que en tal caso el depósito no se convierte en un préstamo mutuo. Lo que ocurre, sencillamente, es que como el depositario de cosa fungible que dispuso de ella con asentimiento del depositante, soporta el riesgo en concepto de propietario y se aprovecha de los frutos, rigen las mismas normas que para el préstamo, principalmente en lo que concierne a la situación jurídica de carácter real (1).

Y no se diga que es inconcebible la existencia de un contrato desprovisto de las reglas correspondientes a su denominación y sometido en todo a las de un contrato afín, porque a más de que el mismo legislador, utilizando el procedimiento de la mal llamada «analogía invocada por el legislador» o analogía legal (2), somete íntegramente, a veces, ciertas instituciones a la reglamentación dictada para su afines (v. gr., art. 346 del Código de Comercio español; art. 401 del Proyecto de Código de Comercio italiano de 1925), no es tampoco cierto que en nuestro caso se borre por completo la fisonomía del depósito, pues ésta subsiste en la

(1) GIERKE, *ob. cit.*, t. III, pág. 737.

(2) Es muy dudoso que la llamada analogía, invocada por el legislador, constituya propiamente analogía, toda vez que mediante este recurso que el legislador emplea, no se intenta, como en la analogía, crear una norma para el caso no previsto. Aquí existe la norma y no hay, propiamente hablando, casos imprevistos —supuesto normal de la analogía—, sino casos cuya reglamentación, para evitar la repetición innecesaria de preceptos legales, se envía a otra parte del Código, teniendo presente, claro está, la analogía entre las dos instituciones. Pero esta analogía será la razón que haya impulsado al legislador a identificar la regulación de ambas instituciones (realizando un verdadero *rinvio* dentro del Código) cuando no encuentra previsto en la Ley el caso en cuestión, pero nunca la analogía en su propio sentido de procedimiento técnico de integración de textos.

finalidad del contrato (*initium et causa* consistente en la custodia y deseo de favorecer preferentemente al depositante), sin contar otras diferencias entre mutuo y depósito irregular, referentes a la cuantía del interés, iniciativa del contrato, etc.

Hemos de reconocer, sin embargo, que la precedente interpretación del artículo 309 del Código de Comercio, aunque no deja de estar objetivamente fundada en el texto legal, responde también en gran parte al deseo de salvar la figura del depósito irregular de su identificación legal con el mutuo. Sería, por tanto, altamente recomendable que, con independencia de las posibilidades que permite la fórmula del artículo 310 del Código de Comercio, se diera cabida en el articulado del Código al tipo de contrato que estudiamos.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE