



Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas
CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICOS

ESTUDIOS SOBRE LA PUBLICIDAD
EN EL DERECHO PRIVADO

I

- I. LOS DERECHOS REALES EN EL DERECHO PRIVADO SUIZO
II. LOS PRECEPTOS DE FORMA EN EL DERECHO PRIVADO SUIZO

POR

EUGENIO HUBER

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE BERNA

TRADUCCIÓN Y NOTAS

DE

ENRIQUE R. RAMOS

MADRID

1919

JUNTA PARA AMPLIACIÓN DE ESTUDIOS

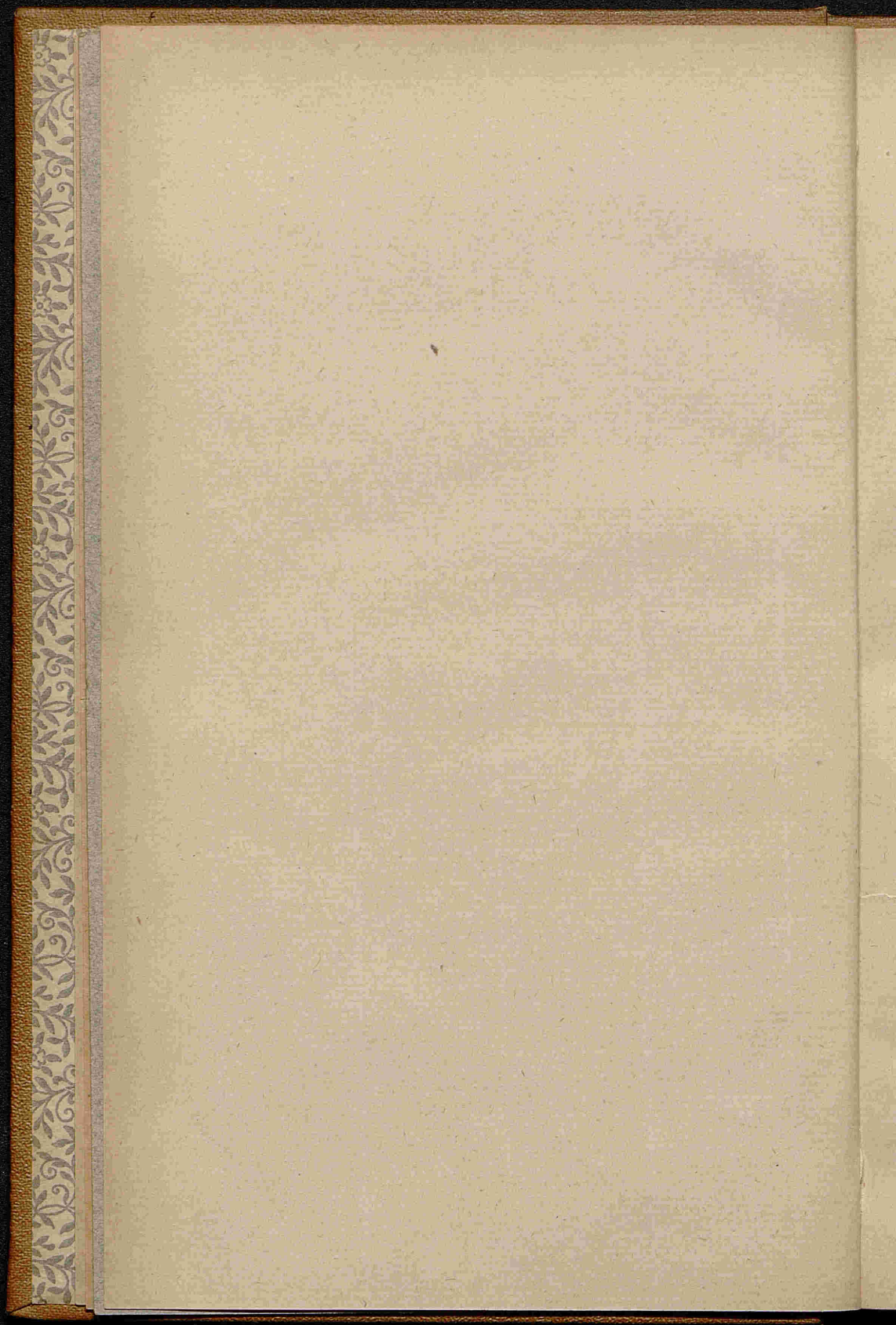
OBRAS PUBLICADAS POR EL
CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICOS

Pesetas.

ABENHAZAM DE CÓRDOBA.—Los caracteres y la conducta. Tratado de moral práctica. Traducción española por M. Asín.....	5
ABENTOMLÚS DE ALCIRA.—Introducción al Arte de la Lógica. Texto árabe y traducción española por M. Asín. Fasc. I: Categorías. Interpretación.....	7
ABUSALT DE DENIA.—Rectificación de la mente. Tratado de Lógica. Texto árabe, traducción y estudio previo por C. A. González Palencia.....	4
ALARCÓN Y SANTÓN (M.).—Textos árabes en dialecto vulgar de Larache.....	4
ALAS (L.), DE BUEN (D.) y R. RAMOS (E.).—De la Usucapión.....	6
ALAS (L.), DE BUEN (D.) y R. RAMOS (E.).—De la Prescripción extintiva.....	6
ALONSO CORTÉS (N.).—Casos cervantinos que tocan a Valladolid.....	3,50
ARIGITA Y LASA (M.).—Cartulario de D. Felipe III, rey de Francia.....	8
CANDIL Y CALVO (F.).—Pactum reservati dominii...	3
CASTRO (A.) y DE ONÍS (F.).—Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes. Edición y estudio. I: Textos.....	12
CAZURRO (M.).—Los monumentos megalíticos de la provincia de Gerona.....	3
GÓMEZ MORENO (M.) y PIJOÁN (J.).—Materiales de Arqueología española. Cuaderno primero: Escultura grecorromana. Representaciones religiosas, clásicas y orientales. Iconografía.....	8
GRAS Y DE ESTEVA (R.).—Zamora en tiempo de la guerra de la Independencia, 1808-1814.....	3
HINOJOSA (E. DE).—El elemento germánico en el Derecho español.....	2
JUSÉ (E.).—Libro de Regla o Cartulario de la antigua Abadía de Santillana del Mar.....	6
LONGÁS (P.).—Vida religiosa de los moriscos.....	6
LÓPEZ-AYDILLO (E.).—El obispo de Orense en la Re-	

ESTUDIOS SOBRE LA PUBLICIDAD EN EL DERECHO PRIVADO

I



352408000002

BG TNT-JAE/518

Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas

CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICOS

ESTUDIOS SOBRE LA PUBLICIDAD
EN EL DERECHO PRIVADO

I

- I. LOS DERECHOS REALES EN EL DERECHO PRIVADO SUIZO
II. LOS PRECEPTOS DE FORMA EN EL DERECHO PRIVADO SUIZO

POR

EUGENIO HUBER

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE BERNA

TRADUCCIÓN Y NOTAS

DE

ENRIQUE R. RAMOS



MADRID

1919

*Centro de Estudios Históricos. — Sección de Derecho.
Dirección de D. Felipe Clemente de Diego.*

INDICACION PRELIMINAR

La Sección de Derecho del Centro de Estudios Históricos se propone, como tiene anunciado, estudiar el problema de la publicidad en el derecho, reduciendo su intento, de momento por lo menos, al campo del derecho privado. En un sentido amplio todo lo externo de los actos jurídicos, todo lo que es su forma o exteriorización, su apariencia o visibilidad, constituye la publicidad de los derechos: esta simple indicación basta para hacer comprender lo extenso del propósito. Pero si se piensa además y particularmente en la institución del Registro de la Propiedad, en la enorme trascendencia que una buena organización del crédito territorial y del mobiliario pueden tener en la economía de un país, en los diversos métodos seguidos para su organización y desarrollo y en la necesidad de compararlos si nuestro trabajo ha de aspirar a ofrecer una base modesta a estudios más prácticos y a orientaciones legislativas, se comprenderá la extensión y el tiempo que exigiría una obra de conjunto. De aquí que se haya preferido acudir a las monografías, donde pueden tratarse con más libertad las cuestiones, con extensión varia según su importancia y sin sujetarlas a la medida y a la proporción que un libro impone.

En el curso de nuestra labor habrán de tratarse materias y examinarse instituciones y puntos de vista poco familiares a nuestra técnica jurídica y a nuestro sistema

de derecho positivo. Un avance de aquéllas y de éstos pretendemos dar con los discursos que se traducen a continuación, creyendo a la vez que prestar un servicio a nuestra cultura honrar esta colección de folletos inaugurándola con el trabajo del eminente profesor de Berna, Eugenio Huber, autor del Código civil de su país, obra muy construída y sólida en su sistema y muy moderna en sus tendencias.

A nuestra antigua admiración por el maestro únase ahora la expresión pública de nuestra gratitud (1).

(1) Los dos artículos que se traducen son dos conferencias pronunciadas por Huber, y que junto con una tercera, titulada «División de la propiedad en el Derecho privado suizo», fueron publicadas en 1914 bajo el núm. 54 de la colección Gmür, *Abhandlungen zum Schweizerischen Recht*.

Hemos procurado ser muy respetuosos con el texto original, aun a trueque de no ser a veces muy claros en la exposición. Todas las variaciones introducidas en el texto, las adiciones a las notas y referencias al derecho español van entre paréntesis cuadrados [].

Para facilitar la inteligencia de la doctrina damos al final la traducción de aquellos artículos del Código civil suizo (ZGB) y del Código de las obligaciones (OR) que se refieren a puntos esenciales de doctrina.

LOS DERECHOS REALES EN EL DERECHO PRIVADO SUIZO

La distinción entre derechos *personales* y *reales* nos pone frente a uno de los problemas más importantes en el sistema del Derecho privado. Según que un derecho se coloque bajo una u otra de dichas categorías se derivan, partiendo de la interpretación lógica, consecuencias completamente distintas. Hablamos de derechos y de relaciones de derecho personales y reales, y llamamos también instituciones de derecho personales y reales a las que se establecen para su ordenación respectiva. Bajo las últimas se colocan en el "Derecho de las Cosas," frente al dominio los derechos reales limitativos. Otra distinción cercana a ésta es la de derechos *relativos* y *absolutos*, que no coincide, sin embargo, con la mencionada de que aquí nos ocupamos.

Al oponer los derechos reales a los personales, lo hacemos teniendo inmediatamente en cuenta el objeto de la relación jurídica, lo que no acontece al distinguir los relativos de los absolutos. Reconocemos la existencia de un derecho real sólo cuando el objeto de la relación es una cosa (1); pero a una cosa puede referirse también una relación jurídica personal, como, por ejemplo el arren-

(1) [Cosa en el sentido del art. 90 del BGB (Cód. civ. al.), son sólo los objetos corporales.]

[Véase lo que se dice más adelante sobre la causa.]

damiento; por consiguiente, no son reales todas las relaciones que tienen por objeto una cosa, sino que únicamente lo son bajo supuestos especiales (1).

En general y en principio se está hoy de acuerdo en que una relación jurídica sólo puede existir entre sujetos y que sujetos del derecho y de la obligación sólo pueden serlo personas (2); por consiguiente, la relación con una

(1) Sobre este principio puede verse la exposición de Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, pág. 208, en la que justamente se hace resaltar la posibilidad de la modificación de los derechos absolutos y relativos: los derechos absolutos pueden ser eficaces con más intensidad frente a unas personas que frente a otras, y pueden también no existir para terceros de buena fe, mientras que frente a otros terceros continúan produciendo efectos. De igual modo pueden los derechos relativos dar lugar a un cierto efecto frente a cualquiera, como, por ejemplo, el derecho *personal* de los coacreedores, que tiene que ser reconocido en el concurso del deudor. El patrimonio total del deudor responde a la masa de acreedores. Así se explica la regla del artículo 2.093 del Código civil francés de que el patrimonio del deudor representa un «gage commun» [(véase el art. 1.911 del Cód. civ. esp.)] de todos los acreedores. Considerados de este modo los derechos reales se les concibe como privilegios; por eso se encuentra representado muy frecuentemente en el antiguo derecho el acreedor hipotecario como acreedor privilegiado. Véase con más extensión en mi *Schweiz. Privatrecht*, IV, págs. 841 y ss., especialmente 843, not. 6, y también IV, págs. 821 y ss., y Leu, *Eidg. Stadt. und Landrecht*, III, págs. 623 y s.

(2) El acuerdo está muy condicionado: depende de lo que se entienda por objeto de la relación. Nos aparece como tal inmediatamente la prestación del deudor, es de-

cosa no deben entenderse nunca como si la cosa tuviera facultades u obligaciones; y si alguna vez se habla así y se dice que un inmueble debe algo, se trata de un modo abreviado de expresión para designar como deudor al actual propietario del inmueble.

La relación con la cosa se nos presenta en dos formas completamente distintas: en unos casos descansa

cir, aquello a que está obligado; pero no se debe pasar por alto, que el objeto de la relación jurídica puede estar en muy distintas situaciones con el sujeto obligado. Y aquí deben ser cuidadosamente puestas de relieve las relaciones con una cosa, que son tan intensas que pueden en muchos aspectos ir más allá que la relación obligatoria del sujeto deudor. ¿Quién se conformará con decir que el objeto de la propiedad es la obligación de todos de reconocer al titular en sus relaciones con la cosa? No se sale bien de esta dificultad más que colocando frente al propietario y como opuesto a él a la comunidad representada por el orden jurídico. De este modo es objeto de la propiedad la cosa en su significación para el orden jurídico, y la obligación de los demás no se muestra ya como lo primario, sino solamente como lo secundario. Sobre esta base puede decirse además que la cosa es el objeto de la relación jurídica de propiedad. Pero donde una relación de derecho entre dos sujetos tienda con su objeto a producir la propiedad, se podrá por lo menos designar a la cosa como objeto mediatamente de la relación. Y finalmente, allí donde la relación jurídica debe llevar a la posesión de una cosa (posesión en el sentido del art. 919 del Cód. civ. suizo), se da una situación que de igual suerte permite reconocer mediatamente una cosa como objeto de la relación. En este sentido hablamos en el texto de la relación de un acto jurídico [relación jurídica] con respecto a la cosa.

sobre una relación jurídica creada entre personas determinadas *con una causa especial de derecho*, relación que sólo produce efectos entre las partes; en otros casos, por el contrario, tenemos una relación con la cosa que sin referencia a una causa especial puede, en cuanto se dé ocasión, exteriorizarse *frente a cualquiera* según las reglas del derecho objetivo. En los primeros casos, a pesar de referirse a una cosa, se acostumbra a hablar de relaciones jurídicas personales, y en los segundos, por el contrario, de relaciones jurídicas reales. Es, por consiguiente, condición del derecho real en su relación con la cosa, *que se ejercite frente a otro sujeto de derecho sin que precise una FUNDAMENTACIÓN que descanse en una causa especial de derecho*. El derecho real muestra, por consiguiente, dos cualidades: por una parte se refiere a una cosa, y por otra produce para el titular sus efectos frente a cualquiera sin una causa de derecho que afecte especialmente al sujeto pasivo. A primera vista están muy próximos los derechos reales de los personales que se refieren a una cosa, y se sabe cuán fácilmente se pasa de una figura jurídica a la otra tratándose de una cosa específica. Pero en último término pertenecen los derechos reales a la categoría más extensa de los derechos absolutos que pueden tener por objeto, no solamente cosas, sino también hechos personales u obligaciones (personales en el sentido de cosas comprendidas en la persona) (1).

(1) Sobre esta oposición nos remitimos a Winscheid-Kipp, *Pandekten*, § 41, especialmente not. I; además Regelsberger *Pandekten*, I, págs. 205 y ss.; Stobbe, *Deutsches Privatrecht*, II, § 78; III, § 163. Lehmann, en su revisión del *Deutsch. Privatr.* de Stobbe, II, págs. 83 y ss., designa la contraposición con el nombre de *perseguibilidad* absolu-

Con esto, sin embargo, no queda expuesta con suficiente claridad la relación jurídica real. La relación con la cosa como objeto de derecho deberá ser deducida de una causa de derecho especial; sin ésta no puede aquélla existir. Pero la causa de derecho no se exterioriza únicamente frente a aquel que en la relación jurídica que sobre ella se funda, aparece como sujeto obligado. Así puede hacerse valer el derecho de propiedad frente a cualquiera apoyándose en su adquisición, cuando la propiedad se ha constituido mediante una relación jurídica que tenía en otra su causa. La relación con la cosa produce en otros casos efectos más amplios aún. De ella puede deducirse el derecho o el deber frente a un sujeto determinado o frente a cualquiera; con frecuencia tiene el propietario actual de un edificio urbano el deber de limpiar la acera, y el propietario actual de un documento al portador una acción contra el deudor del mismo. La relación contra las otras personas no es en estos casos real, o por lo menos no lo es necesariamente, sino posiblemente, no esencialmente, y puede darse sólo la consecuencia de que allí se deduzca después el derecho real limitativo que faculte u obligue al propietario de una cosa (1). Por el contrario, el propietario de una

ta y relativa de los derechos, o ilimitada y limitada. Véase también Bierling, *Zur Kritik des Juristischen Grundbegriffe*, II, págs. 179 y ss.

(1) La obligación mencionada de limpiar la acera puede, por ejemplo, ser una carga real—acaso de derecho público—; pero en todo caso engendra, aun donde no esté constituida realmente, una obligación frente a un gran número de interesados, mientras que el derecho de los acreedores de títulos de crédito al portador sólo existe frente al deudor que en aquéllos se obliga.

cosa está siempre en una relación real con la parte contraria [cualquiera que ésta sea, es decir, con los sucesivos propietarios] y no sólo como consecuencia de la relación real [creadora de su derecho, con la otra parte contratante], por ejemplo, el deudor de la carga inmobiliaria (carga real) o el acreedor del derecho real. Se habla de *derechos o deberes reales subjetivos* en aquellas relaciones en que no hay ningún respecto real con el otro sujeto, pero en los cuales se determina por el vínculo real con la cosa la persona del titular o del obligado. Para nuestro estudio no será necesario traer a colación de nuevo estos actos reales subjetivos. No nos ofrecen ningún interés especial desde el momento en que nos proponemos investigar esencialmente qué relaciones con la cosa se caracterizan según el ZGB, porque pueden hacerse valer sin una causa de derecho especial frente a personas distintas de la que fué parte en el acto constitutivo del derecho.

Dondequiera que se dé este poder en un derecho o en una obligación, deberemos designar como *real* la obligación, aunque con ello aumentemos de modo considerable el número de relaciones o instituciones jurídicas reales con respecto a las de la doctrina corriente. Fué y es una característica del desarrollo jurídico alemán el que las relaciones reales con las cosas hayan conseguido un reconocimiento mucho más extenso que el que se encuentra en la sistemática jurídica corriente (1). La le-

(1) Véase sobre este extremo Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, pág. 260, y especialmente II, pág. 359: «Todo elemento contenido en la propiedad que se separa de ésta y puede ser considerado como objeto de un derecho de dominio particular, puede constituir el contenido de un derecho real limitativo.» Estos derechos son, en relación con el

gislación moderna debe conservar en este punto una libertad completa. Donde se quiera conceder a una relación con una cosa sólo efectos frente a la otra parte constituyente, se tratará de un derecho personal. Donde, por el contrario, y para un fin cualquiera, se quiera reconocer una eficacia frente a todo el mundo sin una causa especial, *entonces se da a la relación el carácter real* (1).

de propiedad, «segmentos de propiedad individualizados». Además pág. 366: «Hasta el BGB no se ha acabado fundamentalmente con la libertad de conformar los derechos reales del derecho prusiano.» En las págs. 599 y ss. se enumeran las distintas clases de derechos reales limitativos, cuyo reconocimiento y conformación en el ZGB forma el objeto de este trabajo.

(1) Corresponde también a la legislación determinar en qué medida se permite a las partes el constituir como reales derechos u obligaciones que directa o indirectamente se refieren a una cosa. Es sabido cómo el derecho territorial prusiano, I, tít. 19, ha permitido dar forma real a todo derecho de uso y disfrute, con tal que se añada la posesión o la inscripción en el Registro. El BGB establece limitaciones, permitiendo solamente un número cerrado de derechos reales con un contenido legalmente limitado. El ZGB da mayor libertad en lo referente a servidumbres (art. 781), estableciendo, por el contrario, límites muy estrechos con relación a la conversión en reales de los derechos personales sobre inmuebles (art. 959). [¿Es limitado en nuestra legislación el número de derechos reales? Para nuestro derecho positivo son derechos reales las modificaciones de la propiedad (epígrafe del lib. II del Cód. civ.), y habrá tantos como facultades se concedan al propietario; el artículo 348 concede al propietario cuantas facultades no se le nieguen por la misma ley, y esta misma extensión ten-

El efecto real puede ser dado en distinta extensión, pudiendo afectar a toda una institución o sólo a una determinada manifestación jurídica. Cuando, por consiguiente, se habla de una facultad real en el sentido descrito, no se quiere decir que siempre toda la relación de que se trate, que toda la institución jurídica, sea real. En este caso lo importante prácticamente es que siempe que de un lado se atribuya a un derecho el carácter real puede ser hecho valer frente a otras personas distintas de las partes de la relación jurídica constituida, y en que por otro lado una relación conjunta o un derecho real subjetivo puede ser llamado real en cuanto le corresponda aquel efecto. En este sentido se trata en lo que sigue de derechos y de obligaciones reales.

Partiendo del fundamento descrito debemos ocuparnos aún en primer lugar de la distinción entre derechos reales y personales.

Según lo dicho sólo puede haber un derecho real cuando el objeto de la relación jurídica consiste en un poder (sea cualquiera su origen) sobre una cosa. Se comprende fácilmente que no se trata de prestaciones de servicios (por ejemplo, contrato de trabajo), o de prestaciones de dinero (por ejemplo, fianza). ¿Y cuando el objeto de la relación jurídica sea una prestación de cosas? (1). En este caso tampoco existirá una relación real

drán los derechos reales, que se podrán construir como servidumbres según el art. 597 del mismo Código. Más ampliamente están redactados los números 2.º y 5.º del artículo 2.º de la ley Hipotecaria y los artículos 14 y 15 del Reglamento de la misma, que parecen no limitar el número de aquéllos. Con otro motivo volveremos con más detenimiento sobre esta cuestión.

(1) Cuando tenga por objeto una cosa determinada

mientras sólo se dé una acción contra la otra parte. Pero la distinción del efecto real del personal, es decir, la determinación del momento en que sólo se tiene derecho a la constitución del poder sobre la cosa frente a este poder ya constituido, puede ser ordenada de muy diferentes modos.

Si pensamos para esto en primer lugar en la compra, nos encontraremos con un derecho meramente personal, mientras el comprador no consiga la propiedad en la cosa comprada. Si se hace propietario, ya existe un derecho real. El derecho francés, según se sabe, hace coincidir ambos momentos puesto que el comprador con la celebración del contrato de compra adquiere también la propiedad sobre el objeto del contrato (1). Por el con-

general o especialmente y que no se deba como «dinero». Por lo demás, la prestación de cosa debida *in genere* se reglamenta como la prestación de numerario y se distingue de la deuda que tenga por objeto una prestación *in specie*, en lo que se refiere al riesgo, etc., etc.

(1) Compárese Cód. civ. fr., 1.583: «(La venta) se perfecciona entre las partes y la propiedad se adquiere por el comprador frente al vendedor desde que hay acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado.» También la propiedad se transmite en aquel momento al comprador frente a terceros, según han deducido de los artículos 711 y 2.182 del Cód. civ. fr. la doctrina y la práctica francesas. Sin embargo, para producir la transmisión de la propiedad, se requiere en la venta de cosa genérica la individualización del objeto, y tratándose de inmuebles la transmisión de la propiedad frente a terceros no se produce hasta la transcripción, según la ley de 1855. Esta reglamentación, según ha sido expresada y establecida en el Cód. civ. fr., art. 1.138 y en el

trario, en el BGB no nace el efecto real completo hasta la tradición de la cosa comprada (1). En el derecho común como en nuestro derecho de obligaciones de 1881 (art. 204), y siguiendo a éste en el ZGB (OR, 185), se conciertan ambos puntos de vista, de tal modo, que el aprovechamiento y los riesgos—una manifestación esencial de la relación real de propiedad—pasan ya con la celebración del contrato al comprador, mientras todos los demás efectos del derecho de propiedad, o mejor la propiedad, no la consigue hasta la tradición de la cosa (2).

1.583, ya citado, obedece a un largo proceso anterior, manifestándose como el resultado de una reacción contra las formas severas y complicadas de la *Auflassung* de la Edad Media y de la exaltación por el derecho natural del efecto inmediato de la voluntad contractual. Véase, por ejemplo, Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, V, § 3, que en esto coincide con Grocio, *De iure gentium*, I, 2, c. 12, § 15. La doctrina del derecho francés trató de adaptarse al derecho romano con la teoría de que el vendedor desde que se celebra el contrato no ejercita ya la posesión en su propio nombre, sino en el del comprador. Compárese, por ejemplo, Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, IV (del año 1774), págs. 435 y ss.

(1) Compárese BGB [véanse arts. 1.450, 1.401, 609 y 1.095 del Cód. civ. ing.], arts. 433, 873, 929 y, por ejemplo, Endemann, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, § 157 [párr. 2.º, art. 1.468, a pesar de no ser propietario (arts. 353 y 354) y 1.096 y 1.182].

(2) El derecho común, Inst. Just., II, I, 40 y 41, exige para la transmisión de la propiedad, además del contrato consensual, la entrega de la cosa y el pago del precio. Según el OR de 1881, se perfecciona el contrato de compra por el consentimiento (art. 229); pero en caso de duda y

De aquí pueden derivarse importantes consecuencias que no siempre son fácilmente coordinables con las necesidades prácticas. Así se establece con frecuencia en la compra de inmuebles un cierto término posterior a la celebración del contrato como momento para la adquisición del inmueble. ¿Debe el comprador ya de antemano, es decir, desde la celebración del contrato, tener el aprovechamiento y los riesgos? Esto no corresponde casi nunca a la voluntad de los contratantes, y por este motivo ha establecido también el artículo 220 del Código revisado de las obligaciones [rev. OR] el precepto de que

según los arts. 260 y 265, obliga a la consumación simultánea mientras la propiedad, según el art. 199, se transmite al comprador mediante la entrega de la cosa. Compárese OR, 184, 246, 251, y ZGB, 714, 922 y ss. Con referencia a la transmisión del aprovechamiento y de los riesgos con la celebración del contrato, compárese OR de 1881, art. 204, y OR, 185. Esta reglamentación ha sido mantenida para la compra de inmuebles al verse extendido el derecho de la confederación con la revisión del OR para no romper la unidad de los muebles e inmuebles en la reglamentación de la compra; compárese *Botschaft des BR* de 3 de Marzo de 1905, págs. 23 y ss. y 27. —El BGB distingue con relación a los riesgos del modo siguiente: Los riesgos de la cosa mueble vendida o de un derecho que autoriza a la posesión de aquél, corresponden al vendedor hasta que tenga lugar la tradición corporal al comprador. El riesgo del inmueble vendido pasa igualmente al comprador con la tradición corporal (art. 446, párr. 1); pero si el comprador aparecía inscrito como propietario antes de la tradición, la transmisión del riesgo comienza con la inscripción (artículo 446, párr. 2). La *ratio* de esta regla es la misma que para el ZGB y para el ^{AB} 220 (véase en el texto).

el momento de la adquisición concertada debe ser también considerado como el de la transmisión del aprovechamiento y de los riesgos. De aquí no se deduce de ningún modo que la adquisición efectiva pueda ser fijada para un término posterior a la tradición (inscripción en el Registro) y pueda revestirsele del efecto de que el aprovechamiento y el riesgo no deban pasar al nuevo propietario hasta este momento. Más bien la regla del artículo 220 está en relación con la otra regla de que antes de la tradición, ya desde la celebración del contrato, debe tener lugar la transmisión del aprovechamiento y del riesgo, modificando sólo una aplicación, sin que por ello se altere en nada la regla general que atribuye al propietario la utilidad y el riesgo. Si un comprador, por lo tanto, después de la tradición, o sea después de la adquisición de la propiedad, quiere dejar al vendedor y anterior propietario el disfrute y los riesgos, sólo puede establecerlo mediante una relación jurídica especial, de naturaleza real (usufructo) o personal (contrato de arrendamiento o de garantía).

Si consideramos como segundo ejemplo el arrendamiento y el inquilinato (1), nos encontramos frente a una relación personal, puesto que no afectará a un sujeto distinto del arrendador el contrato celebrado entre éste y el arrendatario. Aquí, sin embargo, es posible una modificación: el arrendamiento puede ser hecho eficaz frente a cualquier propietario si se le reviste de fuerza real. El ZGB prevé esta posibilidad en los arrendamientos de inmuebles, y exige para ello la anotación de la relación personal en el Registro (OR, 260, 282; ZGB, 959) (2).

(1) [Se dan en la terminología alemana nombres distintos al arrendamiento rústico y al urbano.]

(2) El OR de 1881 permitió a los cantones en los ar-

Pero sería ir más allá del efecto real, previsto en la ley, pensar que toda la relación jurídica de arrendamiento así anotado encierra un carácter real. Más bien continúa siendo una relación del derecho de obligaciones, y se hace real sólo en cuanto el arrendatario puede hacer valer los derechos constituídos mediante un contrato contra cualquier adquirente posterior de derechos reales en la cosa, quedando aquél igualmente obligado frente a éste en los efectos del contrato (1). Hay, por consiguien-

tículos 281 y 314 establecer reglas sobre los efectos especiales de la inscripción de los arrendamientos de inmuebles en el Registro público de la propiedad o en otros semejantes. Tales preceptos sólo fueron dados por los cantones de Zurich, Schaffhausen, Obwalden, Wallis y Waadt. Comparese mi *Schweiz. Privatr.*, II, págs. 738 y s., con lo que también debe compararse la ley de Ginebra de 1829 sobre la inscripción de los arrendamientos. En ella se procura que la relación contractual con sus cláusulas relativas a la continuación o extinción del arriendo o a los plazos de despedida se haga eficaz frente a terceros por la inscripción. Véase especialmente *Zürich PG* de 1886, arts. 399 y 400, así como el art. 24 de la ley del Registro de Waadt de 1884. De naturaleza completamente distinta es el *livello* del derecho del Tessino.

(1) La relación no es de ningún modo la misma que se desenvolvía en nuestro derecho antiguo en la forma del censo (*Lehens*), en parte de derecho señorial, en parte de derecho de la ciudad y territorial. El *Lehens* de este tiempo era en absoluto una relación jurídica real, lo mismo que el usufructo. Compárese sobre esta antigua institución mi *Schweiz. Privatr.*, IV, párr. 154, especialmente págs. 766 y s., 768 y s., y párr. 162, págs. 188 y ss. Los cantones podían sin duda alguna, según la reserva citada del OR de

te, sólo una parte pequeña de *realidad*. El nuevo propietario está ligado al contrato de su predecesor en la propiedad, pero los efectos de la relación contractual permanecen sin variación, y esta es la consecuencia más importante de esta delimitación exacta del efecto real. El propietario anterior no se libera sin más de las consecuencias de la relación de derecho. La ley prevé sólo la consecuencia de que el tercero, que ha adquirido desde la anotación un derecho real en la cosa objeto del contrato, está obligado por el contrato como el primer arrendador (1).

1881, reglamentar el carácter real del arrendamiento, como ha subsistido hasta los tiempos más modernos en los derechos cantonales. Compárese, por ejemplo, Blumer, *Rechtsgeschichte der Schweiz. Demokratien*, II, 2, págs. 136 y s. Pero si se exceptúa el Tessino ninguno ha hecho uso de aquella posibilidad. El ZGB permite la creación de los efectos del contrato frente al nuevo propietario, apoyándolos en la anotación del art. 959, frente a cualquier nuevo propietario (OR, 260 y 282) o frente a cualquier derecho adquirido posteriormente (ZGB, 959, párr. 2). El BGB, artículos 571 a 581, da al arrendamiento de inmuebles un efecto análogo sobre el fundamento de la posesión del arrendatario sin inscripción. Con respecto a esta configuración, Cosack, *Lehrbuch d. deutsch BR*, II, 1, págs. 289 y ss. (5.^a ed.), sostiene la opinión de que el arrendamiento es real del mismo modo que el derecho de superficie o la servidumbre. La teoría dominante es la del punto de vista descrito en el texto. Compárese Planck, al art. 571, nota 1; Gierke, ob. cit., II, pág. 612, y otros.

(1) Esto afecta en primer término al nuevo adquirente, que, según ello, entra por sí mismo en la relación contractual y tiene que consentirla. Afecta además a los ti-

De igual modo puede concebirse el efecto real de las acciones derivadas de los derechos personales de tanteo o retracto, de la promesa de compra, del derecho de re- traer en las donaciones (OR, 247), la acción de los cohe- rederos a la utilidad en la venta de un inmueble heredi- tario (ZGB, 619), el derecho de los acreedores hipote- carios (ZGB, 814, párr. 3.º), a mejoras de lugar [o rango] sin que queramos detenernos más en estos casos en que se da carácter real a acciones personales.

Existe otra dificultad para nuestra distinción, cuando el dominio sobre la cosa se liga a otros momentos esen- ciales para la relación jurídica. Hemos encontrado como característica de la relación jurídica real, que el objeto de la misma tiene que ser un poder sobre una cosa con eficacia frente a cualquiera. ¿Pero depende esto de la cau- sa de derecho sobre que descansa aquel poder? Nosotros lo negamos. Con arreglo a nuestra exposición debe de- cirse que hay una relación real siempre que se dé el su- puesto mencionado. Sin embargo, la causa de derecho puede tener su efecto posterior e influir esencialmente so- bre la relación real. En las causas jurídicas obligatorias se dará esto sólo en casos excepcionales, por acuerdo contractual, en cuanto pueda afectar a los terceros o que se manifiesten como vicios en la causa misma.

Por regla general es indiferente también en la adquisi- ción hereditaria que el nuevo titular haya adquirido el

tu- lares de los aprovechamiento y usos, cuyo derecho sea posterior a la anotación. También afecta al acreedor hipote- cario, que ha constituido su derecho con posterioridad a la inscripción, en tanto en cuanto el arrendatario puede en caso de ejecución hacer valer su derecho preferente. Com- párese *Schuldbetreibungs-und Konkursgesetz*, págs. 106 y siguientes y 315. [Véase art. 1.549, núm. 5; art. 2.º, L. H.]

derecho real por esta o la otra causa (1), y únicamente con respecto a las posibilidades de impugnación será distinta la posición del nuevo propietario, del heredero, de la un comprador, por ejemplo. Por el contrario, a través de todo el derecho de familia se da el efecto de que el derecho está ligado precisamente a la existencia de la relación jurídico-familiar, sin que por esto se justifique de ningún modo el negar el carácter real de esta relación (2)

(1) El usufructo, constituido por disposición *mortis causa* (por ejemplo según el art. 473, ZGB) se equipara en este sentido al constituido por acto jurídico *inter vivos*. También debe ser considerado el usufructo atribuido por la ley al cónyuge sobreviviente (ZGB, 462) y a los herederos troncales (460), como el constituido por disposición de última voluntad en el sentido que nos ocupa. La ley emplea, para ellos en general, la misma expresión de usufructo (*Nutzniessung*) en oposición a disfrute (*Nutzung*), [a la letra goce del aprovechamiento y aprovechamiento].

(2) El carácter real del derecho de disfrute legal del marido sobre el patrimonio de la mujer, y el de los ascendientes sobre el de los hijos, ha sido ya puesto en duda, como en el BGB, ya ignorado. Compárese *Planck*, 3.^a edición, IV, págs. 119 y s., 511 y s.; *Endemann*, *Lehrbuch d. BR* (8.^a-9.^a ed.), II², págs. 360 y ss. Que aquí no se trata del usufructo corriente del derecho de bienes, se reconoce por todos y se expresa por la misma ley, puesto que emplea para la última institución la designación de usufructo [*Niessbrauch*] y para el derecho del marido la expresión de goce del aprovechamiento [*Nutzniessung*]. El ZGB escoge para la primera esta última y para la segunda la de disfrute [*Nutzung*]. *Dernburg*, *Sachenrecht*, III, pág. 506, trata el disfrute paterno y el matrimonial como derechos reales «cercaños al usufructo». Igualmente *Rocholl*, *Das Eherecht*

porque se llegaría a consecuencias que se apartan de lo que se ha deseado y de lo establecido. Cuando el marido a virtud del derecho matrimonial de bienes ha adquirido la propiedad en un inmueble de la mujer, es tan propietario y titular real como si hubiese comprado o heredado (1). Pero de modo indudable y en lo que se refiere al disfrute del marido, aunque lo consideramos como un derecho real, se manifiesta la confusión aludida con el derecho familiar en su totalidad: el marido tiene el disfrute del inmueble de la mujer, no sólo y únicamente mientras es marido, sino también sólo mientras el inmueble pertenece al patrimonio de la mujer; si lo enajena en virtud de su poder marital, pierde el disfrute con la transmisión de la cosa al adquirente. Su disfrute no produce efectos frente a tercero, sino que falta precisamente en el momento en que el derecho real con arreglo a su naturaleza tiene que ocasionar su efecto capital. Tampoco es posible

des BGB, págs. 134 y s., llama al disfrute matrimonial derecho real, y Kohler se coloca en el mismo punto de vista en su estudio sobre el usufructo de disposición, *Ihering, Jahrb.*, XXIV, págs. 187 y s., 191 y s. Compárese también mi *Schweiz. Privatr.*, IV, págs. 751 y s., 392 y s., 444 y s. El carácter real del aprovechamiento a que aludimos, lo ha defendido también especialmente Schilling, *Der rechtl. Charakter der ehelichen Nutzniessung im BGB*, págs. 63 y ss. [También entre nosotros se dan ciertas diferencias entre el usufructo legal y el usufructo propiamente dicho, diferencias que se encuentran en los arts. 476, 477, 492, 507 y 1.548 del Cód. civ. Pueden verse además los arts. 160, 811, 834, 953, a 968 y 1.357.]

(1) Véase la posibilidad de constituir la propiedad única del marido sobre todo el patrimonio matrimonial, con inclusión del de la mujer, según el artículo 199 del ZGB.

para el marido transmitir el usufructo a otros como derecho real limitativo, porque el marido sólo tiene derecho a este disfrute para él mismo. Lo mismo puede decirse con respecto al usufructo de los padres sobre el patrimonio de los hijos.

De aquí se deduce una diferencia importante en la situación del cónyuge y del ascendiente sobreviviente como como titulares del usufructo en el patrimonio del hijo (patrimonio de la viuda y de la madre) y como herederos voluntarios o legales (1). El usufructo heredado como cualquier otro puede ser sometido a negociación (2); el familiar, por el contrario, no es susceptible de

(1) Compárese para esta combinación el art. 292 del ZGB, que da en general a los titulares de la patria potestad, mientras ésta dura, el derecho de disfrute sobre el patrimonio de los hijos, y el 462, párr. 1.º, que da al cónyuge sobreviviente frente a la descendencia del difunto la mitad de la herencia en usufructo junto a la alternativa de escoger, en vez de éste, una cuarta parte en propiedad. El párr. 2.º del art. 462 da al cónyuge sobreviviente junto a los herederos de la *línea paterna*, un cuarto en propiedad y tres cuartos en usufructo; junto a herederos de la línea de los abuelos, mitad en usufructo y mitad en propiedad, y después de la línea de los abuelos, la totalidad en propiedad. Con arreglo al art. 473 puede el causante dejar por disposición al cónyuge sobreviviente frente a los descendientes comunes el disfrute de toda la legítima de éstos.

(2) El disfrute legal está sometido, salvo disposición contraria, a las reglas del usufructo de bienes. Compárese arts. 484, párr. 2.º, 561, 748, 761, párr. 2.º El art. 563 expresa en general el principio para el disfrute que proceda de acto de última voluntad.

negociación, y allí donde ambos concurren *causae lucrativae*, cuando el *parens supertes* tiene como heredero el usufructo de la mitad y puede exigir como legítima el de todo el patrimonio del hijo, la dificultad se resuelve considerando que una disposición sobre [lo adquirido por] el derecho hereditario no contradice al derecho de los hijos, que justamente aparece limitado por derecho hereditario, mostrándose así como admisible [aquella disposición] a pesar de que al padre correspondería, según el derecho de familia, el disfrute en esta mitad del patrimonio aunque no le correspondiese por el derecho hereditario (1). Por lo tanto, el cónyuge sobreviviente puede disponer (2), según las reglas, del disfrute del que, según el artículo 462 del ZGB, le corresponda sobre el patrimonio del hijo, como titular real, como cualquier otro *disfrute* mientras se le niega (art. 292) cualquier disposición sobre el disfrute paterno, es decir, sólo paterno.

Nada cambia en estas relaciones el derecho de elec-

(1) El art. 195 del proyecto de legítimas de 1894, quería dar al cónyuge sobreviviente, frente a la descendencia, el disfrute de toda la herencia del difunto, con la obligación de restituir la mitad a los hijos que se hicieran mayores de edad. Económicamente va el precepto de la ley al mismo resultado, pero el predominio del derecho hereditario se acentuaba más fuertemente con el citado art. 195.

(2) Siempre con la limitación de que los propietarios habrán de consentir únicamente el disfrute del titular hereditario, es decir, que para ellos éste exclusivamente sigue siendo quien disfruta, lo que tiene menos significación en las negociaciones del cónyuge que en las disposiciones del testador sobre el disfrute, para los cuales no tiene legítima el cónyuge (art. 471, núm. 4). [Véanse los arts. 59, 60, 159 y ss., 1.357 y ss. del Cód. civ.]

ción dado al cónyuge sobreviviente. En virtud de la ley es alternativamente heredero y usufructuario legal (artículo 462).

Si escoge del patrimonio del difunto la cuarta parte en propiedad, adquiere el derecho real en este sentido en el momento de la *muerte* como miembro de la comunidad de herederos, y si escoge la cuarta parte en usufructo, tienen los hijos que adjudicarle esta facultad real, aunque el derecho debe ser considerado como nacido en el momento de la *muerte* (art. 561).

Si después de estas delimitaciones entramos más de cerca en los derechos y obligaciones reales del ZGB, los veremos reconocidos en sentido muy distinto y configurados de varios modos. Para tener una visión de conjunto debemos colocar unidas todas estas diferenciaciones bajo la nota del carácter real en su contenido. Así se nos dará también en muchos casos una aclaración del contenido o del efecto real por el principio y por la consecuencia.

A. La propiedad, artículo 641, ocupa el primer lugar como el poder conceptualmente más completo y superior sobre una cosa. Con relación al carácter real, la cuestión en este caso es tan sencilla, que con frecuencia se ha presentado a la propiedad en contraposición a los derechos reales y se la ha indicado como una relación en la que se dan los derechos reales, *iura in re aliena*, sin que ella misma sea un derecho real (1). En la concepción del

(1) Esta concepción descansa en una teoría del derecho común, ya casi generalmente abandonada, que identifica la propiedad con su objeto; entendiéndose, por consiguiente, por *res* la misma propiedad en la cosa: Compárese especialmente Brinz, *Pandekten*, I (2.^a ed.), pág. 468: [*Sachenrechte*] «Derechos en la cosa»; quiere decir «que

ZGB la propiedad misma es, sin duda, un derecho real y el primero y superior entre todos los derechos reales posibles.

1. La propiedad tiene por objeto el poder sobre una cosa corporal (ZGB, 655, 713); pero también pueden ser objeto de esta relación derechos sustantivos y duraderos, como muestra la reglamentación de la minería, de las aguas, de las concesiones del derecho de las aguas, que, como relaciones análogas a la de propiedad, son inscribibles (arts. 656, 943, Schl T. 56); en estos casos nos hallamos frente a derechos de propiedad inmobiliaria, derechos que, inscritos en el Registro, son como inmuebles, mientras que en general los derechos se consideran como cosas muebles (art. 713).

2. El contenido de la propiedad es totalmente jurídico-patrimonial e impersonal, aun cuando nazca por

aquí se trata de derechos que consisten en cosas y que las tienen por objeto inmediato, lo que no sucede con ninguno de los restantes derechos». Pág. 470: «Propiedad es la unión jurídica de una cosa corporal con una persona. Aquí se entiende tácitamente que la cosa misma está unida con la persona, y no meros derechos particulares sobre la misma, como en los *iura in re*—que la cosa está en conexión inmediata con la persona, y no por medio de una obligación o de una deuda de una tercera persona (*obligatio dandi*)—, así como en esta unión la persona es lo principal y la cosa la accesión o pertenencia.» Pág. 471: «Siguiendo el uso del lenguaje, podemos... designar a la propiedad como una unión que eleva la cosa a cualidad de la persona, o que reviste de cualidades jurídicas a los cuerpos naturales.» Compárese también Wirth, *Beiträge zur Systematik des röm. Zivilrechts*, pág. 31: «La esencia de la propiedad consiste en la relación de pertenencia real de la

títulos familiares, hereditarios o personales (véase, por ejemplo, lo primero en el caso de la unidad patrimonial del art. 199, lo segundo en la herencia del art. 480 y lo tercero en el derecho de sociedad). Cuando, por razones particulares, aquéllo no se dé, faltará a la propiedad una parte esencial. El propietario por aquellos títulos puede estar limitado en su facultad de enajenar, pero no hemos de ocuparnos de esas limitaciones, que no tienen nada que ver con el carácter real de la relación.

3. La propiedad puede darse a favor de una sola persona física o jurídica o a favor de varias personas. En el segundo caso distinguimos dos clases de propiedad común que se diferencian por su efecto real.

a) La propiedad común de varios [condominio romano] puede darse por cuotas de la cosa sin una división exterior, o, según se dice, con arreglo a cuotas ideales.

cosa, y no en las facultades especiales ni tampoco en el poder sobre la cosa.» Pág. 37: «La propiedad es... esencialmente una relación de pertenencia jurídica..., y sólo como consecuencia un poder.» (von Brinz, pág. 472 cit.). El derecho romano no usó la expresión *ius in re* para la propiedad, y el nombre de *iura in re aliena* es de origen más moderno. Brinz, pág. 756, hace referencia de que el término contrapuesto sería *ius in re propria*, lo que daría lugar a la representación inexacta o de que la propiedad consiste en los derechos en la cosa, o por el contrario, que debe distinguirse entre el *proprium esse* y los derechos, y que estos últimos estarían separados de la propiedad en la persona del propietario, como, por ejemplo, el derecho de servidumbre está separado de la propiedad (ajena) viviente. Otras opiniones sobre la cuestión se dan en mis *Abhandl. «Die Eigentümerdienstbarkeit, ein Beitrag zu ihrer Rechtfertigung»*, págs. 25-40.

Aquí lo dividido es el derecho de propiedad y no la cosa. Los copropietarios ejercitan en la forma de sus cuotas la propiedad según las reglas generales; disponen de las cuotas tan libremente como el propietario individual de la cosa completa, pudiendo hasta hipotecar sus cuotas (ZGB, 646, párr. 3, 800). Indiviso permanece lo que no puede ser dividido en cuotas por la naturaleza de la relación, lo que comprende aquellas atribuciones de la propiedad en las que se exterioriza el señorío de hecho sobre la cosa, como el uso y aprovechamiento, el trabajo o cualquier otra intervención corporal (1).

(1) Y ni ideal ni corporal. El derecho de propiedad puede concebirse siempre como dividido, según cuotas ideales. Pero la intervención corporal o el dominio efectivo sólo puede concebirse como dividido externamente, en cuanto quiera ser ejercitado por varios al mismo tiempo. Donde no se permita una división corporal, no podrá hablarse en este sentido de partes, de tal modo que en este caso se presenta el condominio como una relación sin división, en la que varios propietarios actúan necesariamente en común. La venta, por consiguiente, de un edificio que esté en condominio no tiene lugar porque cada propietario venda su cuota ideal, ni tampoco porque cada uno enajene una parte corporal, sino que los copropietarios venden comúnmente la totalidad. La relación de los copropietarios entre sí cuando se trata de relaciones indivisas, se regula, si no hay otra cosa establecida, según el principio de la igualdad. Todos tienen el mismo derecho a la posesión de la cosa, a su aprovechamiento para sus necesidades individuales, y también las mismas obligaciones para su conservación, etc. Esta igualdad de derechos no existe en el condominio porque cada condómino tenga un derecho sobre la totalidad ilimitado por el derecho de

b) En el caso de *Gesamthandverhältnis* [Condominio germánico, propiedad mancomunada], se presenta de otro modo la cuestión. Cada propietario común tiene el derecho de propiedad completo, pero limitado, porque otro tiene igualmente el derecho total. Cada uno tiene derecho a la totalidad juntamente con los otros. Si uno, por ejemplo, reivindica la cosa, no lo hace en nombre propio y para sí solo, como en los derechos solidarios, sino para todos juntamente. De aquí se deduce también un ejercicio mancomunado (*zur gesamten Hand*) y no según las cuotas. Los unidos en la *gesamten Hand* forman necesariamente una comunidad, ya sea que por la constitución de una relación de propiedad común se unen en sociedad los ligados por aquélla, o porque ya exista entre ellos y por otros motivos una comunidad jurídica, de tal modo que de ésta se deduzca la existencia de la propiedad mancomunada (ZGB, 215, 342, 652, 654, 602, 634). La división que tiene lugar al disolverse la comunidad jurídica se realiza según la extensión de la participación de cada uno en la comunidad, mediante la división de las cosas comunes, pudiendo realizarse la división misma según las reglas del condominio (artículo 654) (1).

los otros, sino que se presume, porque también se presume que sus partes en el derecho de propiedad son iguales. Por consiguiente, en caso de conflicto, lo que decide sobre la participación en el dominio efectivo es también la división del derecho de propiedad aunque la división corporal no pueda ser realizada. [Nuestro Cód. civ. está en el punto de vista romano; véase especialmente art. 399.]

(1) Hay comunidad entre los copropietarios comunes en el sentido de que las cuotas de su derecho de propiedad se refieren a la misma cosa indivisa. Sin embargo, no

La comparación de ambas clases de propiedad colectiva común da lugar a algunas consecuencias sorprendentes.

La copropiedad ha de referirse necesariamente a cosas individuales. La copropiedad en un patrimonio no podemos pensarla más que considerando que cada parte del patrimonio [está comprendida] cae en la división ideal por cuotas; pues inmediatamente que una parte especial correspondiese indivisamente a un copropietario del patrimonio, desaparecería la copropiedad. ¿Qué acontece con la mancomunidad? Como objeto de la misma se nos presenta ordinariamente un patrimonio (herencia, patrimonio matrimonial, patrimonio social). La propiedad común en el patrimonio comprende todas las partes del mismo de tal modo, que las reglas de la comunidad son aplicables a cada una de las partes. No se niega con esto de ningún modo que una cosa aislada pueda estar en comunidad; ésta existe jurídicamente aun cuando, por ejemplo, sólo se tenga una finca en propiedad. El derecho de los pro-

se acostumbra, en sentido jurídico, a designar esta comunidad como comunidad, porque la formada sólo por la relación con un objeto no liga a las personas. La ley llama a la copropiedad —al margen del art. 646— propiedad comunal. Se le puede llamar comunidad jurídica de cosa, en cuyo caso la verdadera comunidad se calificaría de jurídico-personal, la cual puede tener su fundamento en el derecho de familia (216, 343), o en el hereditario (602, 634), o en el de obligaciones (OR, 530, 552). Saenger, *Gemeinschaft und Rechts-
teilung* (*Arbeiten zum Handels-Gewerbe und Landwirtschaftsrecht*, editado por Heymann, XIX), págs. 69 y ss., pasa por alto esta diferencia, no pudiendo comprender, por consiguiente, la distinción entre condominio y propiedad mancomunada.

pietarios mancomunados puede referirse a una sola cosa, a una cuota del patrimonio común o a éste en su totalidad.

Que en la copropiedad la facultad de cada uno se refiere a una cuota ideal, y que el comunero no puede disponer de una cuota ideal, es claro. ¿No puede el comunero, sin embargo, disponer de lo que le corresponda en el futuro como resultado de la liquidación o de su parte de beneficios sin la comunidad? Conceptualmente esta facultad no se niega; pero no está en el marco de la comunidad, sino que hace relación a un estado que tiene a aquélla por fundamento, pero que está fuera de la misma, porque se producirá sólo con la disolución de la comunidad. Así puede un socio colectivo dar en garantía su parte en la sociedad, pero sólo en el sentido de que da en garantía su derecho sobre el patrimonio social, que podrá hacerse valer después de la disolución de la misma, lo que no debe entenderse como si hubiese hipotecado su derecho de sociedad o partes individuales del patrimonio de la misma o una cuota ideal del patrimonio social (1). Si es posible en general una disposición de esta naturaleza en una comunidad, se decide siempre por las reglas a que ésta esté sometida, y según el efecto ya dado durante su existencia (2).

(1) Compárese sobre esto el art. 542 del OR., especialmente el párr. 2.º, y en el derecho hereditario el párr. 2.º del art. 685. En ellos el gravamen, como la transmisión de la propiedad, se refieren a un derecho, no a una cosa; compárese ZGB, art. 900, párr. 3.º [Siguen en la nota unos ejemplos para probar que la hipoteca o el acto de disposición de un propietario en el caso de propiedad mancomunada se han de referir al derecho que a aquél pueda corresponder en el momento de la liquidación.]

(2) Compárese, por ejemplo, para la *Gemeinschaft*,

Hagamos también una referencia a que, cuando un copropietario dispone de su cuota, esto equivale indudablemente a disponer de su propiedad, y aparece, por consiguiente, sometido a las reglas especiales sobre enajenación, venta, hipoteca, etc., de la propiedad inmueble. Otra cosa sucede en la comunidad. Un comunero no puede disponer de una parte. Si se elimina de la comunidad, su derecho va a ésta y con ello desaparece una limitación de la propiedad, pero sin que tenga lugar ninguna transmisión a los comuneros y sin que sean aplicables las reglas de la transmisión. Si, por ejemplo, un coheredero no acepta la herencia, no tiene lugar la transmisión de una parte de la propiedad sobre las cosas hereditarias a los restantes herederos, sino que éstos conservan la totalidad, como ya la tenían antes, concurriendo con un partícipe menos; esto tiene que ser tomado también como fundamento de la división entre coherederos, de tal modo que las reglas de forma del artículo 634 y para inmuebles del 658 no son aplicables. Otra cosa sucede cuando una comunidad existente, acaso con el fin de liquidar, transmite una parte de la propiedad común a uno de los partícipes, como, por ejemplo, la adjudicación de la finca a uno de los coherederos. En este caso se trata de una transmisión que debe regularse como una negociación cualquiera, como si, por ejemplo, los socios colectivos, en lugar del nombre, trans-

ZGB, 343, núm. 3; para la sociedad, OR, 545, núm. 3, y el final de la nota 2. En la comunidad matrimonial de bienes no sólo se [separa o] excluye toda influencia de los acreedores sobre la existencia de la comunidad—salvo el caso de concurso de uno de los cónyuges—, sino que ni siquiera puede tratarse mientras subsista la comunidad de la realización de la parte futura.

mitiesen a un socio un inmueble perteneciente a la sociedad.

B. Los *derechos reales limitativos* se presentan frente a la propiedad, sin que la ley haga una enumeración cerrada de los mismos. Sin embargo, se establece en general su constitución en forma legal, y su contenido, dentro de cada especie, se describe en parte tan precisamente, que puede deducirse en qué sentido se da por la ley un número cerrado de estos derechos reales limitativos. No se puede, ciertamente, elevar a derecho real limitativo cualquier obligación personal cubriéndola con la vestidura de éstos, sino que tienen que llenarse los requisitos referentes al contenido (arts. 730, 793, 875 y otros). La ley, sin embargo, establece unos límites tan amplios (compárese en especial art. 781) (1)—prescindiendo de la estrecha descripción de las cargas reales admitidos (782) (2)—, que los derechos reales limitativos pueden

(1) El art. 781 se ocupa sólo de servidumbres que aunque sirven necesidades personales pueden separarse de la persona de un titular determinado y pueden sustantivarse, siendo, cuando así se convenga, transmisibles. Se trata en estos casos siempre de derechos reales y no de derechos personales en el sentido del art. 959 (arrendamiento, derecho de tanteo, etc.).

(2) La limitación es alternativa, o referida al inmueble gravado, de tal modo que la prestación tiene que deducirse de la naturaleza económica de aquél o limitada a la necesidad económica del inmueble dominante, de modo que en este segundo caso se presupone un derecho del inmueble. Un impuesto para una línea de tranvías, que sirve a los habitantes de una calle, no puede, con arreglo a lo dicho, ser establecido como una carga real sobre los inmuebles de la calle.

en esencia adoptar cualquier contenido y formas muy diversas. Por su contenido se pueden dividir en cuatro grupos:

1. Derechos reales que van unidos a *la posesión en la cosa gravada* y que existen allí donde su contenido comprende el aprovechamiento y el uso general de la cosa, como en los casos del artículo 745 y siguientes (1). El aprovechamiento puede tener por base causas jurídicas muy diferentes, pudiendo derivarse del orden jurídico familiar, en el que se dan ciertas limitaciones características correspondientes a los requisitos del derecho mismo y de los que ya hemos hablado (véanse arts. 201, 292, etc.). No por esto deja de existir en estos casos un derecho real limitativo, que muestra en general su naturaleza real en la medida en que lo permita la limitación mencionada. La ley se coloca en este punto de vista especialmente al regular el nacimiento de estos derechos reales (véase art. 747) (2).

(1) Usufructo (745), derecho de habitación (776), y no el de construcción (779), ni el de saca de aguas (780), ya que éstos no comprenden la posesión de la cosa gravada, pero sí los derechos de usufructo del derecho de familia (ZGB, 201, 292, véase el texto). Los derechos de uso del art. 781 pueden incluirse aquí, cuando vaya unida a ellos la posesión de la cosa.

(2) El disfrute [usufructo] legal está sometido en su nacimiento, según el art. 746, a los preceptos del «derecho de las cosas», a no ser que haya preceptos especiales. Con relación a los inmuebles da inmediatamente el artículo 747 una disposición de aquella índole: el usufructo legal sobre inmuebles nace sin inscripción frente a los terceros, que tengan conocimiento del derecho, y frente a otros terceros no es eficaz hasta la inscripción. Esto se

2. Pueden existir derechos reales limitativos sobre una cosa, que *no sólo* se encuentra en propiedad *ajena*, sino *también en posesión ajena*. Su contenido lo constituye en este caso la facultad de realizar en la cosa gravada ciertos actos que de otro modo sólo podría realizar el propietario, o de prohibir al propietario la realización de actos sobre una cosa que de otro modo le corresponden (artículos 730 y siguientes). Ya hemos indicado que estos convenios son admisibles, dando al titular posiciones muy distintas (véase art. 781). De esta diferenciación se deduce además que los derechos de uso pueden justamente ser colocados en primer lugar al lado de las servidumbres y no de los de disfrute; en principio corresponden a esta segunda categoría de los derechos reales limitativos (1).

aplica especialmente al usufructo de los herederos la línea de los abuelos y del cónyuge sobreviviente, en los que el efecto real comienza, a virtud del precepto legal positivo (art. 561, párr. 2), con la apertura de la herencia, es decir, con la muerte del testador (537, párr. 1). La coordinación con los efectos de la publicidad tendrá siempre lugar para estos casos con arreglo al art. 747, de modo que tiene que *presuponerse* la inscripción en el Registro para que la carga real produzca efectos frente a terceros. El art. 747 no se aplica a los derechos de disfrute del derecho de familia, porque la adquisición real por terceros excluye por sí misma el derecho del marido o de los ascendientes, según lo dicho antes, pág. 45, núm. 2. La ley llama a estos derechos *Nutzung* y no *Nutznießung*, y no se reglamenta para ellos la inscripción en el Registro. Los arts. 201 y 291 no deben ponerse en relación con el 747.

(1) Por esta razón quería el precepto de «Derecho de las cosas», tal como fué presentado a la comisión departa-

3. El derecho real limitativo puede además dar al titular un derecho a una parte del valor de la cosa gravada. Este derecho sirve normalmente, según la concepción tradicional, de seguridad a una prestación personal, y así se presenta como un derecho de garantía. Pero también y en forma de gravamen inmobiliario puede presentarse este derecho al valor de la cosa sustantivamente, es decir, sin la existencia de una obligación personal, sin ser un accesorio y sin que se pueda, por lo tanto, conceptualmente hablar de un derecho de garantía; así sucede en las hipotecas independientes del derecho moderno que han sido aceptadas en el ZGB en la forma de cédula hipotecaria y de renta inmobiliaria (ZGB, 793 y siguientes, 842 y ss., 847 y ss.). Este no da acción personal contra el propietario del fundo gravado (arts. 847 y 782), y la cédula hipotecaria se combina con un derecho personal contra el propietario del fundo gravado o contra otra persona (art. 842); pero en último caso se trata de un derecho sustantivado al valor (1). La carga del inmueble

mental en 1899, unir las servidumbres irregulares del artículo 781 a las servidumbres inmobiliarias. Los proyectos posteriores han preferido la división corriente de *usus* y *habitatío*. Compárese *Erläuterungen* (2.^a ed.), II, págs. 27 y siguientes, 130 y ss.

(1) En caso de cédula hipotecaria no debe concebirse la institución como si añadiese una seguridad hipotecaria con carácter accesorio a la obligación personal. Con aquella se crea más bien una obligación especialísima de cédula hipotecaria que existe junto al gravamen del inmueble y frente al deudor personal con el efecto dado en la ley. De aquí la novación del art. 855, la determinación del contenido de la prestación en el art. 854, la limitación de las excepciones del deudor en el art. 872, etc. Si un presta-

es la misma en ambos casos de aplicación de esta acción real sobre el valor, y se hace valer igualmente por la vía de la enajenación de la cosa.

4. Una cuarta especie de derechos reales limitativos tiende por su contenido a *un hacer*, a una *prestación del propietario del fundo gravado*. Estas relaciones se nos presentan en forma de carga real (arts. 782 y ss.) con una estrecha reglamentación de su admisibilidad, que es considerada como necesaria (1) para la protección de las relaciones de dependencia personal constituídas realmente. La carga real se parece a la carga sobre el valor de la finca en forma de renta inmobiliaria, sin que éste se confunda con aquélla. Donde la carga consiste en una prestación de capital o renta o tiene que fundar realmente un prestación de esta naturaleza, son aplicables las reglas de la renta inmobiliaria (art. 785) (2). Además, tiene

tario constituye a favor del acreedor una cédula hipotecaria, la obligación nacida del préstamo se convierte en una obligación de cédula hipotecaria, aunque la propiedad sobre el fundo gravado pertenezca a un tercero (845). Si el propietario de un inmueble enajena una cédula hipotecaria del propietario que grava a aquél, continúa siendo deudor territorial, sea cualquiera la causa de la enajenación. Mientras no entregue el título de la cédula del propietario y lo mismo con el título de una cédula hipotecaria al portador, existe el gravamen sin obligación personal, en lo que puede verse fácilmente el paralelo con la renta inmobiliaria como carga real [véase como único indicio de derecho de garantía independiente el art. 154 de la L. H. E.].

(1) Véase antes pág. 56, núm. I.

(2) [Entre nosotros no se admiten las servidumbres que impongan un hacer: párr. 2.º, art. 533 Cód. civ. En el grupo de derechos a que se refiere el texto pueden figurar los

puntos de contacto con la servidumbre en cuanto ésta excepcional y secundariamente puede también obligar a un hacer al propietario de la finca (conservación de un camino) (art. 730, párr. 2). La ley considera este último como contenido posible de una servidumbre, excluyendo con esto la necesidad de dar a toda obligación de un hacer la figura de una carga real junto a una servidumbre. Con esto, sin embargo, no se excluye la posibilidad de combinar una servidumbre con una carga real (3).

C. Como los derechos reales, tanto la propiedad como los otros, exigen generalmente para su constitución que se llene una forma, es preciso distinguir la relación anterior al cumplimiento de aquel requisito de la que se da después del mismo. Lo regular es que antes de llenar el requisito de forma sólo exista una acción personal para la constitución del derecho real, como en el contrato de compra con respecto a la propiedad, o en los de servidumbre o garantía con relación al respectivo derecho real.

Antes de cumplir el requisito de forma se reconoce excepcionalmente el derecho real como en la transmisión hereditaria y en los casos de los artículos 656 y 665, en los que la forma se observa por causa del orden y para producir un cierto efecto total de la facultad jurídica; pero no se exige para adquirir el derecho real (1). Hay

censos consignativo y reservativo (arts. 1.606 y 1.607), y en cierto modo el enfiteútico, si no se considera que cabe mejor bajo el núm. 1.]

(1) Estos casos alcanzan solamente a la adquisición de la propiedad. Un gran número de derechos reales limitativos se adquieren aún si inscripción—servidumbre (por ejemplo, en el acueducto, ZGB, art. 676, párr. 3), cargas reales (art. 784, derechos hipotecarios (arts. 836 y ss.)—, bien porque para su efecto real no es aquélla precisa, o bien

casos posibles en que el derecho real no existe todavía mientras no se llene su forma y en donde a la vez, sin embargo, no se reconoce sólo una mera acción personal para el cumplimiento de la forma y la constitución del derecho real de ella dependiente, sino que *la acción se dirige contra cualquier propietario de la cosa afectada por el derecho real que debe constituirse a favor del demandante.*

Aquí no hay, pues, solamente una mera acción contra un sujeto obligado con un título especial, como, por

porque la acción para pedir la inscripción se apoya en otro fundamento, del que nos ocuparemos. Un caso muy característico en este sentido se ha dado en la práctica. El Consejo Federal ha decidido, con relación a la hipoteca sobre los intereses de una obligación asegurada con hipoteca, que este derecho nazca con la extensión dada en el precepto del art. 818, párr. 3.º, sin inscripción en el Registro, mientras que el Tribunal superior de ejecuciones y concursos de Basilea ha establecido la inscripción como forma necesaria del nacimiento de la hipoteca sobre los intereses. Véase *Schweiz. Zeitschr. f. Betreibungs-und Konkurswesen*, II, pág. 228. Un artículo de *Guhl*, en el *Schw. JZ*, X, pág. 249, pone de acuerdo ambas opiniones diciendo que el derecho de hipoteca existe para los intereses por virtud de la ley y sin inscripción por el art. 818, pero que la inscripción de la obligación de intereses es necesaria como medio único de poder distinguir la hipoteca máxima (artículo 794, párr. 2.º) de la hipoteca que alcanza a los intereses (art. 818, párr. 3.º). Siendo exacta esta concepción, tendríamos en la hipoteca sobre las obligaciones del interés un caso con el mismo carácter jurídico que la adquisición de la propiedad de los arts. 656 y 665. Pero en realidad, la ley no ha establecido este orden; exige para la

ejemplo, contra el comprador, sino un derecho ejercitable contra todo el que por su situación, con respecto a la cosa, está en condiciones de satisfacer aquélla, en general contra el propietario de la cosa que debe ser gravada con el derecho real del demandante. No vacilamos en llamar reales a estas acciones, puesto que tienen la principal de sus características. Sirven en ciertas relaciones de derecho para diferenciar acciones opuestas y para aclarar el alcance de los derechos de que se trate (1).

obligación contractual de intereses (en oposición con las acciones dadas por la ley en el núm. 2.º del art. 818) la constitución del derecho de hipoteca, según las reglas usuales, o sea una inscripción si bien accesoria como corresponde al carácter de los intereses; la facilidad creada por la ley consiste sólo en que no es necesario un contrato de hipoteca para la que se constituya sobre los intereses, porque la ley crea el gravamen, de modo que es innecesario el documento exigido en el art. 799, párr. 2.º, puesto que no se exige ni para la promesa de intereses, ni para la constitución de un crédito, sino sólo para el contrato que deba producir un derecho de hipoteca. Esta facilidad que se da para la hipoteca de intereses es suficiente en la práctica.

(1) Distínguense estas acciones reales de las personales, con carácter real, de las que hemos hablado antes, en que el fundamento de las primeras no es una acción personal como en las segundas, sino que hay una acción dada por la ley y revestida de efecto real; por eso su efecto real no se constituye mediante la inscripción del art. 959. De otro lado, se distinguen también de los derechos reales, que ya alcanzan al inmueble antes de la inscripción, necesitando de ésta solamente para dar lugar a los efectos

El ZGB conoce tales [exigencias] acciones sólo unidas a otras instituciones por virtud de la ley; no pueden ser creadas contractualmente. Según las disposiciones de la ley, se dirigen unas veces al reconocimiento de propiedad y otras a la constitución de un derecho real.

Deben citarse los casos siguientes:

1. En ciertos casos tiende la acción contra el propietario a conseguir la *cesión* de la *propiedad*, ya en la *totalidad* de la finca, ya en *una parte*. Aquí debe comprenderse el derecho de tanteo [y retracto] legal del copropietario en relación a la parte que otro copropietario quiera vender o haya vendido. Este derecho puede ser hecho valer por virtud de la ley, aun cuando un tercero haya adquirido la propiedad, mientras no deba presumirse una renuncia por parte del titular; pues el precepto de la ley da a la acción la misma fuerza que a una anotación preventiva de tanteo (art. 682) (1). Debe incluirse también aquí el derecho del sustituto a la herencia que no fué a poder del instituido (489). Además, el usufruc-

completos que nacen del Registro, como la adquisición de los herederos, etc.

Si la acción real debe asegurarse mediante una anotación preventiva, esto tiene lugar con la anotación como inscripción provisional (art. 961). La inscripción, y sólo la inscripción, constituye el derecho de hipoteca. Frente al propietario realmente obligado puede una acción real valer tanto como el derecho de hipoteca mismo. Por el contrario, con respecto a la concurrencia de los derechos de hipoteca, decide sobre el nacimiento de la carga real la inscripción, especialmente también con relación a una inscripción aplazada (ZGB, 839, párr. 2.º).

(1) [Véanse arts. 1.521 y ss., 1.635 y ss. y 1.6566, número 6.º, Cód. civ. esp.]

uario adquiere los frutos de las cosas en usufructo cuando maduran; mientras los frutos no se separan de la cosa productora forman una parte de la misma (art. 643); adquieren sustantividad con la separación; así el marido no adquiere hasta que se separan, la propiedad de los frutos de los bienes de la mujer (caso de comunidad de ganancias), y el momento, por lo tanto, de la separación tiene que caer dentro de aquel régimen de bienes para que el marido adquiriera los frutos. Otra cosa sucede en el usufructo; el usufructuario tiene la propiedad de los mismos antes de la separación siempre que hayan madurado estando subsistente su derecho (art. 756). De aquí se deduce que el usufructuario puede exigir del propietario el hacer suyos los frutos que como cosas especiales le pertenecen, apenas se separen. Antes de la separación no tiene la propiedad en una parte de la cosa fructífera, pero sí la exigencia real que le asegura la propiedad en los frutos como cosas separables frente a todo propietario (1).

2. En otros casos se dirige el derecho real a conseguir *gravar una finca ajena con una servidumbre*. Aquí incluimos la acción para la creación de un paso necesario (694); éste no nace inmediatamente del precepto de la ley como sucede en general con todos los pasos legales, sino que tiene que ser demandado y ejercitado por el titular. La ley indica, al contrario de lo que en los primeros sucede, el propietario de la finca a quien alcanza aquella acción, sin que por esto se grave inmediatamente su inmueble con un derecho real. Tiene que sufrir sin más fundamento que la ley y como propietario actual que se constituya sobre su finca el paso necesario (2). Igual sucede con la acción para la constitución

(1) [Véase en contra art. 472, párr. 2.º Cód. civ. esp.]

(2) [Art. 564 Cód. civ. esp.]

de una servidumbre forzosa de saca de agua (710) (1). Para la constitución de los derechos de acueducto, del artículo 691, se da igualmente una acción real. Sin embargo, la limitada intensidad del gravamen en comparación con el paso y la saca de aguas forzosos y la posibilidad de variaciones circunstanciales (compárese art. 693), no han hecho necesaria la inscripción de la servidumbre en el mismo sentido que para los casos anteriores. Por eso la inscripción sólo tiene lugar cuando la solicita el titular (art. 691, párr. 3.º) (2).

(1) Los derechos legales de paso y de saca de aguas van con esto más allá que las demás limitaciones nacidas de las relaciones de vecindad; la limitación de este carácter que contienen está en la acción real que les sirve de fundamento. Estos derechos pueden unirse a las servidumbres y forman de esta suerte una especie de servidumbre legal, lo que no puede decirse de las otras limitaciones impuestas por la vecindad, que sólo limitan el contenido legal de la propiedad. Véase *Erläuterungen*, II, págs. 41 y ss. Por esto se establece con razón en el Reglamento del Registro, artículo 34, para estos derechos el mismo procedimiento prescrito para la constitución de servidumbres.

(2) Compárese el art. 34 del Reglamento hipotecario y la nota anterior. Se podrían haber sometido el derecho legal de paso, el de aguas y los acueductos, a las mismas anotaciones que los derechos de paso permanentes entre colindantes. Compárese art. 696 y Reglamento del Registro, artículo 79. Pero la ley con razón exige para el acueducto la inscripción facultativa, art. 691, párr. 3.º, y para el paso y el agua legales se deduce la necesidad de la inscripción de que la ley en los arts. 694, párr. 1.º, y 710, párr. 1.º, da al titular sólo una acción, de modo que el gravamen no se constituye inmediatamente con el derecho real limitativo

3. Finalmente, encontramos también otro caso, en el que la *acción real se dirige a la constitución de un derecho de hipoteca*. La ley da a los acreedores mencionados en el artículo 837, una acción para el derecho de hipoteca, pero exige para la constitución del mismo su inscripción en el Registro, de tal modo que la preferencia con respecto a otros derechos de hipoteca se regula por la inscripción (con una reserva importante en los arts. 838 y 841, que no hemos de estudiar aquí). Se podían haber ordenado las cosas en estos dos preceptos estableciendo que el derecho de hipoteca existía ya jurídicamente por virtud de la ley con independencia de la inscripción, con la limitación de que sólo podrá valer frente a otros acreedores hipotecarios concurrentes, apoyándose en la inscripción, y sólo según el lugar que la inscripción le hubiere conferido. De aquí se habría deducido que los acreedores mencionados favorecidos podrían, aun sin inscripción, haber hecho valer la hipoteca, siempre que no se tratase de concurrir con otros acreedores hipotecarios. La situación, de hecho, en relación con los acreedores hipotecarios, habría sido la misma que en la adquisición de la propiedad en los casos del artículo 656, en que la propiedad se adquiere ya antes de la inscripción, y mediante la inscripción posterior sólo se hace eficaz a los efectos del Registro; o habría sido la misma que se crea mediante la inscripción y transcripción del derecho francés (1). Esta concepción no ha sido con ra-

(art. 696), como sucede con los derechos de paso permanente que se anotan.

(1) Compárese mi *Schweiz. Privatrecht*, t. III, págs. 79 y ss. Siempre se habría dado, sin embargo, lugar a la limitación de que la inscripción solo habría sido exigida por los efectos frente a los acreedores hipotecarios, y con ello

zón aceptada por la ley (1), y no tiene siquiera apoyo en las palabras del texto legal. Pues bien, la acción, como dice la ley, se dirige contra el propietario de los inmuebles mencionados en la ley, contra su propietario actual, y precisamente de aquí toma la acción su cualidad real. La acción no necesita una motivación especial mediante una relación personal existente entre el acreedor y el propietario del inmueble como deudor, sino que la

se demuestra el defecto que habría afectado a una reglamentación de esta naturaleza. Para producir los mismos efectos que en los Registros franceses, se habría hecho depender necesariamente de la inscripción frente a todos los terceros (y no sólo con relación a la preferencia de los acreedores hipotecarios concurrentes), para establecer así un efecto paralelo al del art. 656; y habría sido igualmente necesario haber dado al derecho de hipoteca una independencia que hubiese hecho posible la inscripción con la petición unilateral del acreedor. Ninguna de ambas cosas habría correspondido a las necesidades prácticas, mientras que la acción real parece corresponder como lo más seguro al efecto pretendido.

(1) La función de la publicidad del Registro justifica el distinto modo de tratar aquí y allí el derecho real. En los casos de adquisición de la propiedad de los arts. 656 y 665 se trata sólo de la concurrencia de propiedad, y propiedad en la misma cosa, y por el contrario, en los casos de derechos de hipoteca legal del art. 837 se trata de la concurrencia con otros derechos de hipoteca en la misma cosa; esto último penetra más intensamente en la existencia de los derechos reales y produce un efecto de la publicidad mucho más sensible prácticamente. Hay, por lo tanto, mayor base para no dejar nacer el derecho o hipoteca hasta la inscripción, no reconociendo antes más que una acción

acción, para hacer inscribir el derecho de hipoteca, puede, cuando existe una deuda, ser utilizada contra quien aparezca actualmente como propietario del inmueble a gravar, aunque éste no esté de ningún modo obligado como deudor personal (1).

Esta reglamentación tiene importancia sobre todo con relación a la posición de los acreedores refacciona-

real. La situación jurídica así creada se concilia con las necesidades prácticas, porque la acción real sólo puede ser ejercitada durante un plazo muy corto, el de tres meses. Sólo por este tiempo está expuesto un nuevo propietario a tener que inscribir o que reconocer derechos de hipoteca que en el momento de su adquisición no eran cognoscibles por el Registro. El conocimiento de este plazo puede exigirse de cualquiera que tome parte en el tráfico inmobiliario, debiendo las partes regirse según él. La ley tiene por más justo que el nuevo adquirente tenga que confiar en el enajenante, que no ordenar al acreedor —titular de la acción real— la confianza en su deudor.

(1) Esta construcción tiene que ser referida a los tres casos del art. 837. La ley no presta ningún apoyo para que se conciba de distinto modo el derecho del acreedor por el precio de la compra o del heredero, que el del acreedor refaccionario. Ciertamente el carácter real de la acción para los dos primeros tiene prácticamente menos importancia que para el último; pues si A vende un inmueble a B y éste lo enajena a C, el contrato reglamentará lo necesario con respecto a la deuda del precio y a la inscripción de la hipoteca por el mismo, de tal modo que la facultad de accionar y los tres meses (art. 838) no desempeñan en este caso un papel importante. En ciertos casos no estará permitido a C negarse a inscribir una hipoteca por el precio a favor de A, debiendo C entenderse con B sobre este particular.

rios (contratistas y obreros); de ella se derivan en especial dos consecuencias. La primera es que los acreedores refaccionarios pueden hacer valer sus acciones e inscribir sus derechos, aun cuando el propietario del inmueble en que han trabajado no sea su deudor personal. Puede suceder que el dueño de la obra haga construir sobre un suelo que no le pertenezca o que durante la edificación se transmita la propiedad del inmueble a otro. Pero esto es indiferente: el propietario actual tiene que soportar que por obra de la ley se grave su propiedad con derechos de hipoteca por deudas ajenas. Además, se deduce de esta reglamentación la consecuencia de que los acreedores refaccionarios pueden hacer valer sus derechos aun cuando el propietario haya ya dado el dinero para pagar al arquitecto o a los contratistas. Si el que encarga la obra o el propietario que la manda hacer abona aquella suma sin que los acreedores refaccionarios sean pagados, otorga un crédito a su riesgo a quien recibe el pago (1). La acción real de los acreedores refaccionarios

(1) Puede darse el caso como sigue: Que el dueño del edificio (quien encarga la obra) haya concertado con el contratista una cantidad fija, para que éste se obligue a hacer aquella, y que los créditos de los contratos parciales y de los obreros excedan de modo muy considerable a aquella cantidad. También tienen los acreedores hipotecarios acción contra el propietario para que se inscriba una hipoteca para todos sus créditos. El dueño de la obra presta un crédito al contratista, en cuanto confía que éste pagará a los otros contratistas y obreros, y para el mayor gravamen que por encima de la cantidad concertada supongan las hipotecas de los acreedores refaccionarios, puede el dueño dirigirse contra el contratista. Cuidará atentamente de que el contratista responda de cualquier aumento de

subsiste jurídicamente dentro del marco de la ley mientras aquéllos no sean pagados.

Sólo con estas reglas pueden los acreedores refaccionarios ser asegurados eficazmente en sus derechos. Su derecho legal es el equivalente de la reserva de la propiedad, que puede funcionar en otras relaciones y no en ésta. Con la seguridad del Registro se convierte este privilegio de los acreedores refaccionarios—como el de los titulares indicados en el artículo 637, lo que acentuamos de nuevo—en contractual mediante el establecimiento de un corto plazo—tres meses—, transcurrido el cual con los términos citados en la ley, se cierra el Registro a las acciones reales de los acreedores hipotecarios legales. El propietario puede obrar teniendo esto en cuenta, pues no está asegurado contra las sorpresas hasta que pasen los tres meses, y si con anterioridad paga cantidades que debían emplearse para aquellos acreedores, lo hace a riesgo suyo (1).

D. Hay casos en los que alguno tiene un derecho de disposición sobre una cosa, derecho que es eficaz contra todos, *sin que a aquél le corresponda la propiedad o un derecho real limitativo en la cosa*, y sin que esté revestido de un poder, de la representación de los titulares reales. Para algunas de estas relaciones puede admitirse la representación en cuanto algunos derechos pueden combinarse en ciertos sentidos con la representación efectiva. En los casos en que esta explicación no es posible, se

gravamen. Los acreedores refaccionarios no han tenido sobre sí este riesgo, pero el corto plazo para la inscripción facilita su aseguramiento al propietario, como se ha hecho notar antes.

(1) [Nuestro derecho hipotecario no conoce esta hipoteca tácita del derecho suizo. Véanse arts. 59 a 64 L. H.]

pregunta qué posición puede darse al titular en el sistema jurídico. Puede llegarse a atribuirle un poder real de disposición, que acaso sea la representación o algo análogo y que se deriva interiormente de esta idea, pero que puede tener lugar sin relación con ella y que ha de ser reconocido.

Encontramos en el ZGB los siguientes casos de *facultad real de disponer sin que exista un derecho real*:

Los *albaceas* pueden disponer realmente de la herencia sin que sea necesaria la representación del testador o de los herederos, siempre que el primero les diese aquella facultad, o la de disponer caiga dentro de las que la ley les concede (1); y así transmiten, dan lugar a inscripciones en el Registro de la propiedad, constituyen y enaje-

(1) Es un empeño inútil el querer referir esta facultad a un poder del causante o de los herederos. El causante ya no existe como sujeto de derecho cuando se realizan aquellos actos de disposición, de modo que con relación a él no es aceptable el poder; de igual modo tampoco son los herederos poderdantes, como se deduce de que no necesitan estar de acuerdo con las medidas tomadas por los albaceas; no tienen derecho a revocarlas (lo que tendría que ser reconocido si se tratase de un apoderamiento, OR, artículo 34, párr. 1.º), y hasta los actos de disposición pueden oponerse directamente a su voluntad expresa. Y la sucesión inmediata de los herederos en los derechos del causante (ZGB, 603) no deja lugar para considerar la *hereditas jacens* como sujeto jurídico que diese el poder. Compárese de entre la numerosa literatura referente al puesto (al cargo) de albacea en especial, Winscheid-Kipp, *Pand.*, § 567, núm. 7, para el derecho del BGB; Strohal, *Erbrecht*, § 40, págs. 162 y ss., con referencia en particular a la situación de los herederos, pág. 164, BGB, arts. 2.205 y

nan derechos reales como si estuvieran autorizados realmente (art. 517) (1).

Los *liquidadores y administradores de la herencia* tienen la misma facultad dada por la ley con una extensión análoga, en lo que existe un paralelo innegable con los liquidadores de una sociedad colectiva (ZGB, 595; OR, 582).

Los *hombres buenos* nombrados para el cuidado de los derechos y deberes del acreedor y deudor hipotecario tienen el mismo poder de disposición. Aquí igualmente la ley, y como complemento de la misma el contrato o las condiciones de la emisión, determinan con detalle hasta donde debe alcanzar aquella facultad de disponer (artículos 860, 875, y ss.) (2).

El *derecho de retención* nos da otro ejemplo de facultad real, en la que el derecho real de que se trata no corresponde al disponente; esta facultad está del mismo modo constituida por la ley y claramente sin ninguna relación con un poder derivado de la representación (ZGB, 895) (3).

2.211, y además, en especial para el poder de disposición real, Gierke, *Deutsches*, PR, II, pág. 603, núm. 17.

(1) [Art. 901 Cód. civ. esp.]

(2) La ley habla en el art. 860 de una representación y de un apoderamiento. Pero como el poder encierra tanto la representación del acreedor como la del deudor, aquí se trata de algo más que de una representación en sentido usual. El representante del art. 860 (*Treuhänder*) no celebra actos jurídicos consigo mismo como representante de ambas partes, sino que obra por las facultades que se le confieren en virtud del derecho que se le atribuye, como un sujeto autónomo, como si fuese propietario o titular. Véase Gierke, ob. cit., pág. 603, y otras.

(3) Por esto trata con razón la ley del derecho de re-

Ante todo debe incluirse aquí el *poder de disposición del marido* sobre el patrimonio de la mujer. El marido es ciertamente el representante de la sociedad conyugal (ZGB, 162); pero ésta no tiene la capacidad de ser sujeto patrimonial, aun cuando se haya establecido la comunidad de bienes. El marido y la mujer conservan sus propios derechos reales, que sin duda en el caso de comunidad son derechos mancomunados (ZGB, 215). Y, sin

tención entre los derechos reales limitativos. La discusión relativa a la naturaleza jurídica del derecho de retención no puede ser resuelta satisfactoriamente apoyándose en la alternativa de derecho personal o derecho real en la cosa (derecho de garantía). La conservación tiene lugar por un supuesto legal en la cosa, mientras el titular la tenga en su poder de hecho, es decir, mientras la tenga en posesión (arts. 895 y 919). Si la cosa se halla en poder de un tercero, no puede perseguirla, aparte la protección del poseedor contra la violencia prohibida (art. 927). Pero el efecto del derecho de retención se deriva en definitiva del derecho de prenda (art. 898), y como fundamento de este efecto se nos ofrece la concepción de que el titular tiene un poder de disposición real, o sea un derecho real, sin poseer este mismo. La opinión corriente niega el carácter real al derecho de retención, reconociendo naturalmente el efecto real asegurado por precepto de la ley, que acerca a un derecho real el derecho de protección a los personales revistiéndolos con efectos hipotecarios. Staub, en sus *Comentarios al Código de Comercio alemán* (art. 369), lo reconoce como derecho real. Véase, además, Cosack, *Handelsrecht*, § 30, págs. 157 y ss., y especialmente Gierke, ob. cit., II, págs. 612 y s. [Como ejemplo de retención, véase Código civil español, arts. 453 y 502. La materia será objeto en breve de una monografía de esta misma Sección.]

embargo, tiene el marido el poder de disposición sobre el patrimonio de la mujer como si fuera titular real o como si fuese el representante legal de la mujer; pero ni lo uno ni lo otro es exacto. Cuando el marido dispone de bienes de la mujer, ya sea sin o con el consentimiento (ZGB, 202) que la ley prevé, no es de ningún modo la mujer representada por el marido quien dispone, sino que éste actúa en virtud de un derecho propio que por la ley le corresponde, a pesar de que no tiene derecho real ni poder como representante. Queda sólo el reconocimiento de una especie de poder de disposición real, como nosotros lo aceptamos; como una categoría propia de facultad o derecho real. Esta construcción no deja de tener importancia: da lugar a un criterio decisivo y lleno de valor para la determinación del alcance del artículo 177, en relación con la necesidad de la cooperación de los órganos tutelares en los actos jurídicos entre cónyuges. Si el marido hipotecase a su favor una finca de su mujer, tendría que ser exigida necesariamente la asistencia de la autoridad, si se admite que la mujer dispone y que el marido es sólo su representante. Pero como el marido obra en tales casos por derecho propio, como consecuencia de una facultad que la ley le da, es imposible referirse al artículo 177, y el acto de disposición es válido sin la aprobación de la autoridad tutelar. La organización matrimonial de los bienes cuida también de otro modo de que la mujer logre sus derechos y esté protegida: tiene derecho a exigir seguridad en cualquier momento y un cierto privilegio para exigir indemnización en caso de concurso del marido (ZGB, 210, 211, 224, 247) (1).

(1) Para la comunidad de bienes y también para la dote, en caso de sepación de aquéllos, es esto aclaratorio,

De distinto modo se presentan las relaciones en los *actos fiduciarios*. Aquí consigue formalmente, quien está revestido de un poder de disposición, que se le atribuya o adjudique el derecho real, sobre el que deberá poder disponer. Pero esta institución está íntimamente emparejada con la que acabamos de considerar; pues aunque el titular tiene la propiedad formal y dispone como propietario, subsiste, sin embargo, entre las partes la propiedad del titular material. Se puede decir que en tales casos el poder de representación tiene externamente como fundamento el derecho real, según la ordenación general, mientras que internamente sólo hay un poder de disposición, que no corresponde a facultad real efectiva. Hay aquí, por consiguiente, un poder de disposición real sin derecho real.

E. Como última categoría mencionemos los *derechos*

y se refuerza mediante la oposición con la separación de bienes (ZGB, 242). Por el contrario, en la comunidad de bienes no debe pasarse por alto la significación de la propiedad mancomunada. Ambos cónyuges tienen la facultad de disponer mancomunadamente (ZGB, 217, 653), y aunque para que uno disponga se exige generalmente el consentimiento del otro, pero como, sin embargo, reconoce el ZGB, 217, párr. 2.º, bajo ciertos supuestos, la facultad de disponer de uno de ellos sin aquel consentimiento, tendremos que decir que en estos casos nos encontramos con una representación de la *mancomunidad*, según se deduce, por precepto de la ley (art. 653, párr. 1.º), de la relación jurídico familiar que entre ambos existe. El marido es también en la comunidad de bienes el representante de la sociedad familiar, y se sirve de esta representación por su propio derecho y no por un apoderamiento de la mujer, en la medida en que la ley lo autoriza, o sea con arreglo

reales en la cosa propia. Se explican como partes del contenido de la propiedad que el propietario ha desprendido de su derecho y ha sustantivado, para satisfacer con esto una cierta necesidad económica (1). El orden jurídi-

al art. 217. En virtud de este artículo, tiene la mujer un derecho de preferencia en el concurso, tratándose de gananciales, como en caso de comunidad (art. 214). Pero también corresponde a la mujer la representación de la mancomunidad por el art. 217. Por esto la cuestión, tratándose de gananciales, no tiene la misma importancia que para la comunidad, puesto que el acto de disposición en la mancomunidad no necesita, ni como acto jurídico entre los cónyuges (art. 177, párr. 2.º), ni como intercesión de la mujer (párr. 3.º), el consentimiento del tribunal tutelar. Para la comunidad de bienes se encuentra reconocido con fuerza real el derecho autónomo del marido por acuerdo del Consejo federal, publicado por el Departamento de justicia (BBI, 1913, 2, pág. 304; JZ, IX, pág. 372). No es necesario el consentimiento del tribunal tutelar cuando el marido, a virtud de su poder jurídico-patrimonial, dispone de la propiedad de la mujer, aunque lo haga en prevecho propio.

(1) Esto con su constitución cuando se parte de un concepto cuantitativo de la propiedad (véase pág. 48). Pero también en la concepción de la propiedad, como el poder más amplio, como la relación que en último término se determina por la cosa (*Stammeler*, «Handwörterbuch der Staatsw», III, págs. 303 y s.), o sea como un derecho real caracterizado por la calidad, existe la posibilidad para el propietario de constituirse el derecho en la propia cosa como una esfera de poder independiente y sustantivo. El ejemplo atestigua el valor relativo de estas formaciones de conceptos que dependen en último término de la construcción

co le permite esta operación, que se explica cumplidamente con el derecho que como propietario le corresponde. Pero esta facultad se reconoce sólo en la medida en que lo exigen las necesidades, según hayan sido reconocidas, y la ley decide cuando se da este caso. El pensamiento fundamental es general, limitándose por el contrario por la ley la posibilidad de extensiones, ya sea para prevenir errores, ya sea también porque la ley está en el camino que le señala la regla de que lógicamente no puede haber derecho en la cosa propia (1).

El ZGB reconoce la constitución de derechos en la propia cosa en dos casos.

En primer lugar en relación con las *servidumbres reales*. El propietario de dos inmuebles puede constituir entre ambos una *servidumbre del propietario* (ZGB, 733) (2). Y también se admite que tiene que consentirse aquella

de todo el sistema del derecho privado. Por eso en mi «Eigentümerdienstbarkeit» (págs. 25 y ss.) se indican sólo los conceptos típicos, pero no se señala ninguno como si fuera el único exacto, como Gierke con justicia lo hace notar, ob. cit., II, pág. 349, siguiendo el propósito de aquella exposición, único modo de que tuviese un valor general.

(1) [El art. 541 del Cód. civ. esp. contiene algo análogo aunque más restringido.]

(2) Véase sobre esto mi «Die Eigentümerdienstbarkeit. Ein Beitrag zu ihrer Rechtfertigung, Festgabe für Hermann Fitting», 1902, y la literatura que allí se cita. El campo principal de aplicación de las servidumbres del propietario se encontrará para el derecho moderno en la constitución de servidumbres entre «las parcelas» [solares] de un barrio, que se venden una a una, después que las relaciones de servidumbre entre ellas han sido establecidas igualmente según un plan unitario.

posibilidad para los derechos sustantivos y permanentes, aunque desde el punto de vista de la facultad hagan relación a una persona y a la posibilidad de una negociación libre (arts. 779-781). Según esto, el propietario de una fuente puede constituir a su favor el derecho de toma de aguas y hacerse inscribir en una hoja especial del Registro, lo que en ciertos casos puede significarle una gran facilidad, tanto para la valoración del inmueble como del derecho de aguas. Un derecho de usufructo personal no puede, por el contrario, ser constituido en la cosa propia, porque no corresponde a ninguna necesidad el hacer valer el derecho de propiedad en este sentido. La ley, sin embargo, podía haber creado esta posibilidad; pero como no lo ha hecho, por no haber necesidad económica, no será posible la constitución de un derecho de usufructo o de habitación del propietario (1).

En segundo lugar se reconoce el *derecho de hipoteca*

(1) Por el contrario, deben también ser incluidos aquí los casos en que las sociedades tienen la facultad de sustantivar los derechos de disfrute de los miembros, como en las Alprechten, Werderechten, Waldgerechtigkeiten, vs, ZGB, 59, 716, párr. 2.º; 943, párr. 3.º, y el Alpseybuch del derecho de Berna (BernEG, arts. 20, 102-106) y con respecto a las Holzgerechtigkeiten de Zurich, JZ, X, pág. 368 (Kreisschreiben des Obergerichtes de 20 Ab. 1917). Estos derechos de uso en el patrimonio social no son de ningún modo derechos en cosa ajena. Sólo se pueden comprender como una clase especial en la que la sociedad constituye para sí misma un derecho de uso en virtud de su propiedad; lo que un socio usa es un derecho de la sociedad que se atribuye a cada uno como miembro de la misma. Estos derechos de uso no deben ser inscritos en la columna de las servidumbres, sino que deben llevarse junto a la desig-

de propietario (1) como deuda territorial del propietario y como carta de renta del mismo. La *hipoteca* [propiamente dicha], por el contrario, no está permitida; no puede ser reconocida, porque es por su naturaleza un derecho accesorio, que tiene por supuesto necesario, a lo menos al ser constituida, una obligación de deuda personal (2). Esto no excluye el que se constituyan por obligaciones al portador, y que pueda entonces el propietario ser como portador acreedor de una obligación, de la que responde hipotecariamente su fundo (véanse arts. 824 y 865). Es además posible que en una carta de renta o en una deuda territorial, ya nominativa o al portador, se constituya el derecho de garantía en la propia cosa, si el deudor y propietario adquiere para sí el título de garantía. Para esta adquisición tiene una acción legal en cada liberación que

nación del propietario, pudiendo, sin embargo, cuando se den los requisitos precisos, ser inscritos como derechos análogos al de propiedad.

(1) Véase, por ejemplo, mi *Eigentümerdienstbarkeit*, págs. 3 y ss., y Gierke, ob. cit., II, págs. 915 y ss., con bibliografía.

(2) El derecho de hipoteca constituido accesoriamen- te, puede ciertamente, aun en el caso de hipoteca propia- mente tal, ser designado como derecho sustantivo, en don- de no hay en absoluto obligación (por ejemplo, a la indem- nización de perjuicios) y el derecho de hipoteca subsiste. Además, el lugar de la hipoteca subsiste aun en el caso de extinción de la obligación mientras no haya cancela- ción, pudiendo ponerse en aquel lugar otras obligaciones. En este sentido también se manifiesta la influencia de la moderna concepción del derecho de hipoteca: carga real formal del inmueble gravado, sin que se determine su esen- cia mediante una obligación personal.

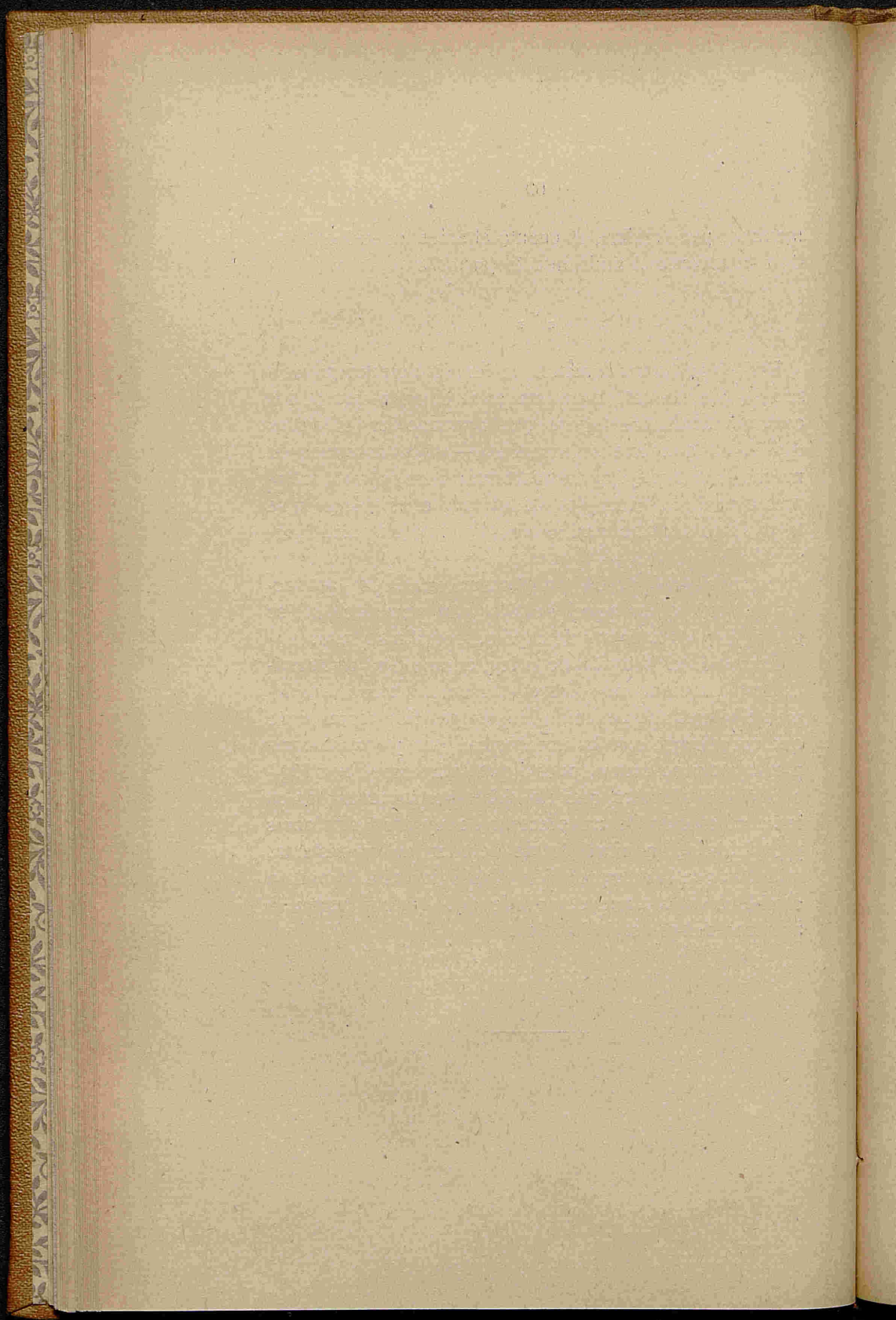
mediante pago realiza, en cuanto el acreedor está obligado a devolverle el título intacto (art. 873).

*
* *

Esta ojeada a los derechos reales del derecho privado suizo—que no está completa en la enumeración de los casos de facultad real, pero que pretende dar las figuras típicas en que éste se manifiesta—nos ha mostrado en muchos casos qué gran importancia tiene, para la interpretación de los preceptos de la ley, el establecer si se trata de un derecho real o de una simple facultad personal.

La legislación podrá en sí misma establecer los efectos en este o en aquel sentido; pero para decidirse se guiará por los intereses de cuya ordenación se trata.

Para la interpretación de la ley, en uno o en otro sentido, este problema nos ofrece un ejemplo extraordinariamente interesante de cómo la interpretación lógica tiene que coordinarse con la teleológica; una y otra se completan recíprocamente, puesto que la interpretación lógica señala los límites que no deben ser sobrepasados en la interpretación de un precepto de ley por las palabras y posición de un principio de derecho en un sistema, mientras que la interpretación teleológica está llamada a establecer su alcance dentro de aquel marco según la finalidad del principio jurídico.



II

LOS PRECEPTOS DE FORMA EN EL DERECHO PRIVADO SUIZO

Las formas penetran en todo el derecho privado y prestan existencia, seguridad y protección a las declaraciones de voluntad, a los actos jurídicos y a los derechos y deberes constituídos (1). Todo acto de importancia para el derecho necesita una forma; no puede ser reconocido ningún efecto jurídico sin que se den alguna forma los supuestos, fundados en la naturaleza de las cosas. En el contrato se presupone siempre el consentimiento de las partes en lo que ya hay una cierta forma. Pero cuando se habla de formas en el derecho privado, no se

(1) Este discurso, pronunciado ante un público mayor, trata de las formas del derecho privado en general. Sin embargo, debemos ponerlo en serie con los dos que le preceden como relativo al derecho de las cosas suizas; pues de un lado las formas jurídico-privadas afectan especialmente a las relaciones jurídicas reales, y de otro, sólo se reconoce claramente la significación de la forma para los derechos sobre las cosas, mediante la comparación con los preceptos de forma de otras esferas de derecho. Además, las consideraciones de este discurso nos completarán en algunas importantes cuestiones las observaciones de los dos anteriores. [Se refiere el autor al discurso que traducimos antes y al relativo a «la división de la propiedad en el derecho privado suizo», que es el primero de los que forman el folleto «Zum schweizerischen Sacheurecht».]

piensa en estos supuestos dados en la misma naturaleza de la cosa; en este sentido general es preferible no hablar de cosas, sino quizá de configuración. Al querer comprender y tratar de las formas, se piensa en aquellas condiciones que van más allá de lo natural, de los supuestos dados en las mismas relaciones. Cuando hablamos de la libertad de formas del derecho de obligaciones, y decimos que éste la ha establecido en general como principio, queremos decir que el derecho de obligaciones se conforma en general con los supuestos naturales de la relación de derecho (1).

Debemos llamar forma en sentido propio sólo lo que va más allá de los supuestos dados necesariamente en la relación. Tales formas las encontramos en gran número en nuestro derecho. A veces pueden las formas ser elegidas por acuerdo de las partes: el derecho no se ocupa más de ellas; las partes pueden escogerlas a voluntad. El derecho señala ciertas formas y ordena que el vínculo

(1) Cuando la ley da estos supuestos en el Código reformado de las obligaciones (OR), art. 1.º, párr. 1.º, con estas palabras: «Para la celebración de un contrato se exige la recíproca y concorde declaración de voluntad de las partes», no establece en principio ningún precepto legislativo, pues lo mismo sucedería aunque la ley no hubiese prescrito nada. Sólo tomando el principio desde un punto de vista negativo le corresponde el carácter de un precepto de ley; como si declarase que no es necesaria ninguna forma para la celebración del contrato, aparte los supuestos naturales y la configuración que descansa en la esencia de las cosas. El párr. 2.º del art. 1.º da además al precepto en otro sentido un contenido positivo, al añadir que la declaración de voluntad puede ser expresa o tácita. [Arts. 1.254, 1.278 y ss. Cód. civ. esp.]

obligatorio no nacerá hasta que las partes se hayan puesto de acuerdo sobre una de ellas y la hayan llenado (1). Por lo general se deja a las partes elegir formas para sus actos jurídicos; así, por ejemplo, al convenirse una promesa de préstamo, se puede acordar que el prestamista la haga ante Notario, si por cualquier motivo tiene interés el prestatario en tenerla en documento notarial. De este modo se refuerza el efecto que las partes han deseado, sin que el derecho se preocupe más de este empleo de la forma.

Pero también la ley prescribe formas que constituyen el objeto de nuestra disertación. Vamos a considerar estas formas en general en una primera sección (A), entrando después más de cerca en la segunda sección (B) en las formas del Código civil suizo.

(1) A esto se refiere el precepto del art. 16 del OR, según el que cuando se ha acordado el empleo de una forma para un contrato que no la tiene en la ley, debe presumirse que las partes no quieren obligarse antes de que aquélla se cumpla.

[Nuestro C. c. no contiene precepto análogo; este principio se hallaba por el contrario reconocido en la ley 6.^a, tít. 5.º, Partida V, al declarar que la compra-venta no se perfeccionaba hasta el otorgamiento de la escritura si así se hubiese estipulado expresamente, habiendo limitado el Trib. Sup. (sentencias de 20 de Mayo de 1873, 13 de Marzo de 1875 y 5 de Enero de 1876, entre otras) la aplicación de esta ley al caso en que los contratantes estableciesen aquel requisito como condición previa y necesaria para la validez del contrato y suspensión de su consentimiento. Creemos que a pesar del silencio del Código el pacto a que nos referimos tendría hoy por su licitud la misma eficacia práctica.]

A.—LOS PRECEPTOS SOBRE LA FORMA EN GENERAL

Es preciso preguntarse, en primer lugar, para qué FIN establece formas el legislador (I), y cuando se haya contestado esta pregunta, ver QUÉ FORMAS prescribe así (II), y finalmente, cuando esto haya sido puesto en claro, surgirá aún la cuestión de la SIGNIFICACIÓN, del valor jurídico que las formas tienen (III). Tenemos que considerar primero nuestro tema en estos tres aspectos para poder comprender más claramente después la significación de las formas particulares del Código civil suizo. Tratemos en primer lugar del fin de las formas.

I

Los fines que sirven de base a las formas son muy variados. Es posible que el derecho establezca formas para fines, que no tienen nada que ver con la significación del acto de derecho privado de que se trate. Se establecen requisitos de forma para fines secundarios, pudiendo citarse como ejemplo principal el del levantamiento de un impuesto. Las más veces los preceptos sobre timbre significan directamente un impuesto. A la obtención de impuestos sirven inmediatamente otras formas, como la *homologación* de las donaciones y de las disposiciones de última voluntad, que está muy extendida para que no se escape al Estado el impuesto sobre donaciones y herencias. De este fin no nos ocupamos. Cercano a él está también un segundo fin, según el cual se prescriben formas para el procedimiento, con la idea de que ciertos actos sólo sean llevados en determinadas formas a los Tribunales, o que éstos los tengan por inexistentes cuando aquéllas no hayan sido observadas (1). En contra de tales

(1) [Como ej. arts. 596, 597 y 600 Enj. civ. esp.]

preceptos, bastante extendidos en la Suiza occidental hasta la vigencia del ZGB, se ha colocado éste al determinar en el artículo 10 que donde el derecho de la Confederación no establezca ninguna forma para la validez de un acto jurídico, no debe para su prueba prescribir ninguna el derecho cantonal. Tampoco nos ocuparemos más de esta significación procesal de la forma. También se presentan las formas con el fin de crear una cierta ordenación y producir con ello al mismo tiempo ciertos medios de prueba. Desde este punto de vista se prescribirá que los nacimientos y las defunciones deben ser inscritos en el Registro (ZGB, 46, 48) (1), o que la legitimación de los hijos habidos con anterioridad al matrimonio se realice mediante el de los padres, pero que los hijos tienen que ser *declarados* en el Registro civil e inscritos, y otras disposiciones análogas. También cuando en el tráfico ferroviario se exige un talón, se llena una forma, que sólo sirve para el fin de producir un cierto orden y dar el medio probatorio deseable de la celebración del contrato.

En otro sentido existen formas establecidas para el fin de publicidad, o sean aquellas que deben dar a conocer de modo general ciertas relaciones de derecho en interés de la contratación. Estos preceptos de publicidad no tienen por sí mismos una relación necesaria con la validez del acto jurídico de que se trate, sino que ordinariamente vienen más bien a añadirse al acto válido, para darle una cierta publicidad y al mismo tiempo una eficacia más general, o conformada de cierto modo. En este sentido encontramos muy distintas especies de publicidad, y podemos representarnos ya claramente la diferencia que existe entre las dos tendencias principales de publicidad mencionadas, comparando la inscripción de un mandato

(1) [Arts. 325 y 327 Cód. civ. esp.]

en el Registro mercantil con la inscripción de una enajenación en el de la propiedad. En el primer caso y prescindiendo de los mandatarios no comerciales, el apoderamiento es perfecto con independencia de su inscripción en el Registro, adquiriendo mediante ésta sólo un efecto especial (1), mientras que la segunda, por el contrario, no es perfecta antes de la inscripción, y el derecho real no se constituye para el adquirente hasta la inscripción del cambio de titular. A la inscripción, sin embargo, se une a la vez un cierto efecto de publicidad. Este efecto más elevado de la publicidad lo encontramos también en ciertos derechos para los que se extienden documentos, en los cuales puede confiar en el tráfico cualquiera de buena fe, lo que sucede especialmente en cierta clase de documentos de crédito, documentos de crédito con fe pública. Con arreglo a esto pueden distinguirse tres grados de publicidad: 1.º, en los Registros públicos para el fin de que sean conocidos sin otro efecto jurídico, en relación con el fin del orden y con la intención de dar un medio de prueba; 2.º, en los Registros públicos, con el fin de ligar a todo el mundo al conocimiento de lo inscrito, excluyéndose la excepción de ignorancia, y 3.º, publicidad en el sentido de que cualquiera de buena fe pueda confiar en lo publicado.

Finalmente, encontramos formas establecidas para el fin de que precisamente y en absoluto la validez de un acto se haga depender del cumplimiento de aquéllas (2).

(1) [Véanse arts. 1.725, 1.734 a 36, 1.738-39 Cód. civil esp., y 26, 29 Cód. com.]

(2) Este fin es el más importante de todos los de las reglas de forma del derecho privado. Por eso está muy justificada la disposición del párr. 2.º del art. 11 del OR [que establece una excepción a la regla de títulos de formas

La validez del acto jurídico, la constitución del derecho real, o en cualquier aspecto la trascendencia jurídica de un acto, se consigue únicamente si el acto se reviste de una forma determinada exigida por la ley (1). Pero también aquí en este quinto fin encontramos muy diversos motivos. En unos casos se establecen estas formas de validez por causa del orden, a saber, para la protección del tráfico de buena fe, también para conseguir un fundamento más seguro para la realización de un acto jurídico, para la perfección del derecho real, como con relación al documento público, base de la inscripción, que es la forma de validez del acto jurídico. Debe únicamente ser reconocido para dar orden a una cosa lo que se reviste de una cierta forma. Además, en otro aspecto se escogen formas de validez para constituir ciertos actos, que deben tener un efecto especial característico y cualificado, efecto que no puede ser alcanzado más que con la forma que la ley ofrece. Así sucede especialmente en el cambio: sin la observancia de las formas del cambio no puede éste nacer con su efecto especial, y también

del párr. 1.^o]: «La validez del contrato depende de la observancia de una forma legal, mientras no se prescriba lo contrario en cuanto a su significación y efecto»; este precepto no se aplica sólo al derecho de obligaciones sino también a las otras partes del derecho civil, según el art. 7.^o del ZGB [art. 1.280 Cód. civ. esp.].

(1) Fin de esta forma puede ser, junto a la validez, la publicidad en el segundo o tercero de los sentidos antes indicados, de tal modo, que el efecto de la publicidad y de la validez se combinen en la misma forma. De aquí se deriva una exaltación extraordinaria del efecto de publicidad de que nos ocuparemos más adelante [art. 633 Cód. civil esp.].

con otros títulos de crédito sucede que ha de seguirse igualmente una forma determinada para conseguir la eficacia cualificada que quiere darse a la relación. También se presenta la forma de validez para un fin completamente distinto, a saber, para proteger en cierto modo a las partes contra su descuido y falta de diligencia. Para proteger a los contratantes se establecen formas, ordenándose que sin la observación de éstas no debe ser reconocido un vínculo jurídico entre aquéllos (1). Cuando se establecen formas de esta última especie para la protección de los contratantes contra su propia negligencia y abandono, tenemos un efecto secundario interesante. Cuando se ordena una forma a este fin, como forma de validez, produce efectos, no sólo para el contrato principal, sino para cualquier contrato preparatorio del mismo (OR, 22, párr. 2). No se conseguiría el fin que la ley persigue, cuando no se sometiese el contrato preparatorio a la misma, como, por ejemplo, en relación con la forma escrita de la obligación de fianza (OR, 493). En tales casos no puede ser reconocido un contrato sin formas, si se quiere mantener el precepto en su verdadero sentido.

A este respecto recuerdo la práctica que, como es muy sabido, se ha formado en el derecho cantonal de Berna con relación a las formas de la enajenación de inmuebles, habiéndose con razón exigido, no sólo para el contrato de enajenación mismo, sino también para el contrato preparatorio la forma prescrita para el acto principal. Pero esto es aplicable únicamente en los casos en que la

(1) En estos casos habla la ley de regla para la validez del contrato en interés de los contratantes: véase OR, artículo 22, párr. 2.º [Como ejemplo muy característico puede citarse la insinuación de las donaciones.]

forma se establece para proteger a los contratantes (1). Cuando la forma de validez se prescribe en cualquier otro de los aspectos, por causa del orden o para conseguir un cierto efecto cualificado, se prescinde con razón de la extensión del precepto de forma al contrato preparatorio, de tal modo, que los contratos sin formas preparatorios de una convención de cambio son válidos, pudiendo obligarse a suscribir un contrato de cambio por medio de un contrato preparatorio no formal (2).

(1) La ley hace una excepción importante prácticamente a favor del contrato preparatorio para la cesión de un crédito. Sobre el modo especial como se exigió la forma escrita en el art. 184 del OR de 1881, no para la validez entre las partes, sino para el efecto frente a terceros, véase Degenkolb en la *Z. Schw. R.*, n. F, X, pág. 257. El OR exige ahora la forma escrita para la validez, pero ha librado de ella al contrato preparatorio, colocándose en el mismo punto de vista político-legislativo que sirvió de base al art. 184 del antiguo OR: el contrato preparatorio sólo tiene que producir efectos entre las partes, pero la cesión adquiere su eficacia plena en la forma escrita.

(2) Aquí debe hacerse notar que una forma de validez puede ser prescrita para el último y a la vez para el primero de los fines indicados; así se ve en el ejemplo sobre la forma de la venta de un inmueble. El documento público no sirve en este caso sólo para detener a las partes y que reflexionen lo necesario, sino también como base de la inscripción en el Registro. Esto último, naturalmente, no se opone a la aplicación del párr. 2.º del art. 22 del OR. La diferenciación, no obstante, tiene importancia, ya que un contrato con arreglo a la ley puede ser válidamente celebrado en otra forma, y no desarrollará, sin embargo, su eficacia plena hasta que se llene el requisito del documento

II

Considerando las clases de formas que se dan del modo indicado para los distintos fines, podemos distinguir principalmente las siguientes:

Primero la *forma escrita*, que es la más extendida y la más simple, y requiere en general sólo que el que se ha querido obligar tenga que poner su firma. Encontramos, sin embargo, ciertos casos en que la forma escrita ha experimentado una conformación característica. Como ejemplo más conocido para esto doy de nuevo el cambio. Hay además casos de escritura cualificada en el sentido de que no es suficiente la firma de mano del que se obliga para llenar la forma, sino que todo el documento tiene que estar escrito por el disponente; como ejemplo puede ser mencionado el testamento ológrafo, que ha sido aceptado después de gran lucha en el ZGB (505), en el

público. En el cambio influye también la consideración de la protección de las partes, siendo reconocida, además, por otro camino, a saber, porque para algunos deudores se niega la eficacia total del derecho cambiario (véase OR., 720, párr. 2.º)

[Nuestro Cód. civ. no contiene preceptos especiales aplicables a los contratos preparatorios, que deberán construirse con principios tomados de la teoría general de las obligaciones. Refiérense a la doctrina dada en el texto, aunque en otro sentido, los arts. 1.451 en relación con el 1.450, y uno y otro según el 1.280. Como referentes a la cesión, véanse los 1.878 y 79 para el crédito hipotecario y los núms. 4.º y 6.º del 1.280.]

sentido en que se ha desenvuelto en el derecho francés y ha conseguido gran aceptación (1).

También se nos presenta como forma especial la regla de que tengan que concurrir testigos en un cierto acto, ya como testigos junto a la forma escrita, ya como testigos sin que se exija un acto escrito; así especialmente los testigos de solemnidad que se exigen para el matrimonio por el artículo 117 ZGB, o los testigos en las disposiciones públicas de última voluntad (501), y también en las disposiciones de última voluntad orales (506). En el último caso los dos testigos, a los que el testador manifiesta su voluntad, tienen que llenar otra formalidad junto a los especiales requisitos, bajo los que únicamente se reconoce la disposición de última voluntad oral (2).

Se presenta como una tercera especie de forma cuando se exige una publicación oficial; una declaración de voluntad puede tener lugar sin formas, pero para que se le atribuya un efecto en un sentido determinado tiene que someterse a una publicación oficial. Aquí se comprenden los casos en que el marido prive a la mujer de la dirección del manejo de la casa, que en otro caso le corresponde por la ley, y además la prohibición, del marido a la mujer, del ejercicio de una profesión o industria (167) (3). Además corresponde aquí el caso en que en el derecho tutelar se exige la publicación de la tutela

(1) [Art. 688 Cód. civ. esp.]

(2) [Del mismo modo en nuestro Cód. civ. pueden citarse los testigos del matrimonio del art. 100, los de los testamentos cerrado y abierto como comprendidos en el primer grupo, y los de los arts. 720, 731 y 700 a 702 como comprendidos en el segundo grupo de los que en el texto se indican.]

(3) [Art. 8.º del Cód. com. esp.]



o de la incapacidad en su caso, en el sentido de que no puede ser hecha valer la tutela contra tercero de buena fe mientras no tenga lugar la publicidad (375) (1).

Como otra clase de forma encontramos los documentos públicos. Sobre su formación y ejecución rige en general el principio de que los documentos tienen que hacerse bajo la responsabilidad y con la autoridad de un funcionario público. El derecho cantonal regula cómo tendrá esto lugar. Para ciertos casos de los que nos ocuparemos más de cerca con otro motivo, hay preceptos de forma en el derecho de la confederación, que exigen un documento público especial.

Encontramos además como una clase de forma la inscripción en los Registros públicos, Registros que son muy distintos, tanto por su forma externa, que se adapta al acto jurídico para el que se han establecido, cuanto también porque con relación al efecto se separan unos de otros. Más adelante veremos cómo se distinguen unos de otros los Registros.

Finalmente, puede añadirse la posesión como una forma especial, pero no la de inmuebles, en la que la posesión significa que se ha conseguido una protección contra la violencia prohibida. Además los inmuebles y las relaciones de derechos reales existentes sobre ellos se presentan por medio del Registro. Por el contrario, con re-

(1) [Nuestro Registro de tutelas (Cód. civ., arts. 288-292) parece más bien protector de los intereses de los pupilos. El problema consistiría en determinar si la declaración de incapacidad de los locos y sordomudos (art. 213) produce efectos frente a terceros desde la sentencia de incapacidad o desde la inscripción de la tutela. Lo relativo al pródigo aparece más claro en nuestro sentido a tenor del art. 226.]

lación al tráfico mobiliario podemos llamar con razón a la posesión la forma del derecho real. Justamente del mismo modo que en los derechos reales sobre inmuebles produce efectos la inscripción en el Registro, los produce la posesión en los muebles, de tal modo, que sobre esta base estaba en absoluto autorizado el ZGB para formar una sección propia y cerrada con la posesión y el Registro (tít. 24). Lo uno aclara lo otro. La forma que se da en el Registro puede servir para ilustrarnos sobre la significación de la posesión, y lo que se nos presenta como efecto formal de la posesión, encuentra en general su paralelo en el efecto del Registro. Debe a este propósito recordarse que el indicado efecto de la posesión en el derecho mobiliario no ha sido introducido por el ZGB, sino que descansa sobre antigua tradición, así como en parte ya fué reconocido por el OR de 1881, de acuerdo con el derecho francés (1).

III

Aquí llegamos a la tercera cuestión que nos hemos propuesto, a la cuestión del valor jurídico que se atribuye a las formas.

Primero tenemos que representarnos las formas como algo que se une a una relación jurídica eficaz, ya sea que traiga el orden a las relaciones de derecho a que se refiera, ya sea que mediante ella deba producirse un medio

(1) [Arts. 464 Cód. civ. esp. y 2.279 Cód. civ. fr. Sobre esta función de la posesión en los muebles, prepara en el Centro de Estudios Históricos una monografía para esta colección D. Leopoldo Alas.]

de prueba. También puede suceder que el medio de prueba reciba luego una función especial. Puede, por ejemplo, acreditarse por la forma quien tiene la facultad de disposición. Acaso podría a este respecto pensarse en la regla del derecho de transporte por ferrocarril, de que el remitente sólo puede disponer de la mercancía transportada mediante la presentación del duplicado del talón (1). Aquí tenemos un efecto de la forma que sirve tanto para la función de prueba, en relación con la facultad de disponer, como para el orden que debe ser dado en la relación mediante la forma.

La forma va más allá cuando se exige para la existencia del derecho, de tal modo, que el acto en cuestión, la expresión de voluntad, el acto jurídico, tiene que ser revestido con una cierta forma para ser válido. Esto puede darse de distintos modos.

Sucede que la forma se exige para el nacimiento, y si se observó, no se extingue, sin embargo, la relación jurídica, cuando más tarde se destruye la forma; esto debe aceptarse en relación con la firma del fiador o del cedente. Si el documento se pierde después, no se ha destruido por eso la fianza ni extinguido la cesión, sino que puede, no sólo exigirse el otorgamiento de un nuevo documento de fianza o de cesión, sino también probarse de otro

(1) Véase la ley federal referente al transporte por ferrocarril y vapores de 29 Mayo 1893, art. 5.º, párrs. 1.º y 2.º, y el acuerdo internacional citado de 14 Octubre 1890, art. 15, párrs. 1.º y 2.º Igualmente no tiene el duplicado del talón [o conocimiento] la significación de un documento de crédito, a lo que expresamente se refieren las dos leyes citadas en el art. 8.º, párr. 6.º La ley federal permite en el art. 7.º la sustitución del duplicado del talón por un recibo. [Art. 353, Cód. com. esp.]

modo la existencia, es decir, el nacimiento en forma jurídica del acto.

En otros casos, por el contrario, se exige la forma para la validez, en el sentido de que tiene que ser llenada de modo permanente para que el derecho sea reconocido. Esto da lugar, en relación con el primer punto de vista, a un refuerzo importante de la significación de la forma (1).

Pero lo mas amplio y lo más notable es lo tercero, o sea que a veces la forma se presenta sustantivamente, de tal modo, que con independencia del fundamento material produce efectos una relación revestida de una cierta

(1) Estos casos no son siempre fáciles de separar de los primeramente citados. El valor reforzado del documento debe verse allí donde la forma se exige, no sólo para el nacimiento, sino también para la subsistencia continuada del derecho; de este modo sirve de expresión a una voluntad continuada. Ciertamente puede exigirse una renovación en caso de que se produzca una destrucción sin voluntad de anularla, sin que se admita su sustitución por otros medios de prueba. Esto tiene que ser aceptado, por ejemplo, en el contrato de garantía escrita del art. 900, párr. 1.º del ZGB. No se declara en la ley que no tengan valor tales documentos en caso de pérdida, y esto no es tampoco necesario, porque no tienen el carácter de documentos de crédito, es decir, no tienen ninguna función sustantiva. Igualmente debe ser comprendida la declaración de cesión (entrega) del art. 901, párr. 2.º ZGB. La cosa cambia en las disposiciones de última voluntad, en cuanto la ley en el art. 510, párr. 2.º, en caso de pérdida accidental del documento, reconoce la validez del acto, en cuanto pueda restablecerse el contenido del mismo, exacta y completamente por otro medio. De otros casos se hablará más adelante. [Véase Cód. civ. esp., arts. 742 y 1.191.]

forma y se conserva igualmente con independencia de la existencia de un acto material, de tal modo, que aunque éste falte, puede ser exigido el efecto del acto jurídico por virtud de la forma. Comparando estos dos aspectos, o sea la fuerza jurídica que se da a la forma en relación con la existencia del derecho y la fuerza que se le atribuye en relación con su independencia del fundamento material, puede decirse: que donde la forma es necesaria para el nacimiento y la existencia del derecho, tiene un efecto negativo en tanto en cuanto todo lo que no está revestido con aquella forma puede sin más ser considerado como inexistente jurídicamente. Cuando se establecen formas en este sentido para algunos actos, esto significa que el derecho no reconoce en aquel punto más relaciones que las revestidas con aquella forma. Donde el Registro inmobiliario se desenvuelve plenamente se da una fuerza jurídica negativa tal a la forma que los derechos reales, salvo si se estableciesen excepciones completamente especiales, no pueden ser reconocidos más que en la forma de inscripción en el Registro (1).

Por el contrario, en el segundo sentido, donde la forma

(1) De esto tratare más de cerca en la sección próxima. Aquí nos referimos sólo al art. 971 del ZGB. Cuando se exige para la constitución de un derecho real la inscripción en el Registro, existe este derecho como real sólo cuando sea cognoscible por el mismo Registro. Esto no excluye el que para un derecho real reconocido sin inscripción, se exija, sin embargo, la inscripción como en la propiedad, que pasa *ipso jure* a los herederos (ZGB, 656, 602), o que se reconozca una acción real a la inscripción antes de tener lugar, como en el asiento legal de la hipoteca (ZGB, 837). Véanse págs. 39 y s., 41 n., 45 y ss., en que se dan otros casos.

en sí puede originar un efecto, desprendida del fundamento material, tiene una fuerza jurídica positiva. La forma produce aquí un efecto positivo en el sentido de que el derecho tiene que ser reconocido por virtud de aquélla, aunque no se dé para él ningún fundamento material (1).

Estas dos direcciones de la forma, la fuerza jurídica positiva y negativa, podrán referirse a la eficacia de la publicidad, en tanto en cuanto la publicidad debe ser reconocida en beneficio del tráfico de buena fe en un grado tal, que no sólo negativamente—lo que no esté sometido a esta publicidad de la forma se considera como inexistente jurídicamente—, sino también de modo positivo, solamente lo que se revista de esta forma debe ser reconocido en derecho.

Y ahora, después que hemos considerado las formas que la ley establece bajo tres aspectos—según el fin de las formas, según sus clases y según su fuerza jurídica—, y después que las hemos puesto en ejemplos del derecho vigente, entremos en el ZGB mismo, tratemos de representarnos sobre este fundamento las diferenciaciones de las formas particulares en sus rasgos principales y en sus efectos, e intentemos de aclararlas en cuanto la ley las establece.

B.—LAS FORMAS PARTICULARES DEL ZGB.

I. Ante todo considero la forma escrita. El OR ha establecido el requisito de la simple forma escrita en el sentido conocido; el que quiera obligarse, tiene que dar su

(1) De esto también trátase más de cerca en la sección próxima.

firma (1). La forma escrita de cualquier clase se exige en pocos casos en el ZGB sólo para la prueba o para el orden. Como ejemplo puede indicarse la papeleta de empeño de los establecimientos de préstamo (909). Puede también ser recordado el talón en los transportes (2). Más importante es la forma escrita como forma de validez, a saber, en aquellos casos en que con arreglo al ZGB sólo puede constituirse válidamente una relación jurídica o un efecto jurídico mediante la forma escrita. Aquí corresponde, por ejemplo, la redacción de estatutos escritos para la constitución de sociedades que no tengan fin económico (art. 60) (3), y la reclamación escrita que puede ele-

(1) En el Rev. OR se añade como complemento que una firma puede también ser dada válidamente con un timbre facsímil, cuando así sea uso en el tráfico de que se trate (en los Bancos, por ejemplo), o cuando se emitan en gran cantidad documentos de crédito.

(2) Véase ley federal referente al transporte por ferrocarril y vapores de 29 Mayo 1893, art. 8.º, párr. 1.º: «El contrato de transporte se perfecciona desde que la mercancía se toma con el talón de la estación de envío para ser expedida. Como señal de la aceptación se sellará el talón con el timbre de la fecha de la estación expedidora.» Y el párr. 3.º añade: «El talón sellado con la fecha sirve de prueba sobre el contrato de transporte.» Con esto concuerda literalmente el convenio internacional sobre el tráfico ferroviario de 14 Octubre 1890, art. 8.º, párrs. 1.º y 3.º [En el mismo sentido el art. 355 del Cód. com. esp., el artículo 114 del Reglamento de 8 Septiembre 1878, y además el 1.280 del Cód. civ., y 51 del Cód. de Com.]

(3) [Véanse arts. 4.º ley de Asociaciones, 35 y 1.667 Cód. civ. esp., y 119 Cód. com.]

varse contra proyectos de matrimonio (108) (1); la forma escrita que se exige para el contrato particional entre herederos y en los contratos sobre una herencia abierta (634, 635) (2). La forma escrita es además forma de validez en el caso en que se quiera revocar un contrato hereditario, que necesita de escritura pública para ser inscrito (513) (3); lo mismo para el contrato de servidumbre (4). En el OR encontramos que se exige la forma es-

(1) [Véase art. 97 Cód. civ. esp., y sus concordantes del Reglamento y ley del Registro civil.]

(2) [Véase 1.280 Cód. civ. esp.] No cabe duda que la forma escrita exigida para el contrato de partición de los herederos (ZGB, 634) se exige también para la validez del contrato en los casos especiales del contrato sobre porciones hereditarias, que tocan en suerte (ZGB, 635), y para el contrato sobre una herencia no causada todavía (ZGB, 636). De aquí se deduce una doble posibilidad para el caso del art. 636; el consentimiento del causante o su cooperación es necesaria en todo caso para la obligatoriedad del contrato para ambos contratantes; pero consiste o en una declaración simple, sin formas, con la que el testador ni se ata como tal ni se convierte en parte, o consiste en una participación de aquél como contratante, y en este caso se liga también el testador en la medida del contrato, y el contrato es entonces un contrato hereditario, que necesita para su validez la forma del art. 512.

(3) [Véase núm. 4.º, art. 1.280 del Cód. civ. esp., en relación con la renuncia al derecho adquirido a heredar en virtud del art. 177.]

(4) Y así ciertamente también los casos en que la servidumbre no necesita para su existencia real la inscripción en el Registro, como en el acueducto (ZGB, 676).

crita como forma de validez para la cesión de créditos (1) (OR, 165; ZGB, 900), para la pignoración de créditos (2), para la promesa de donación (3) (OR, 243), para la orden de crédito (4) (OR, 408), el contrato de fianza (5), el contrato de renta vitalicia (OR, 517), la emisión de acciones (OR, 615, 676), el contrato de asociación (OR, 679), el contrato de tanteo en inmuebles (OR, 216, párr. 3.º) (6). Además añadido la forma escrita ya mencionada en el sentido de la escritura autógrafa en el testamento ológrafo (505) (7).

(1) [Cód. civ. esp., núm. 6.º, arts. 1.280 y 1.526.]

(2) [Véase L. Hip. esp., art. 150.]

(3) [Cód. civ. esp., art. 632.]

(4) [Art. 567 y ss. del Cód. com. esp.]

(5) [Arts. 1.827 Cód. civ. esp. y 440 Cód. com.]

(6) La forma se exige entonces también para cualquier cambio del contrato, con excepción de las cláusulas accesorias complementarias que no se contradigan con el documento (OR, 12); pero si no hubiese acuerdo sobre aquéllas debe decidir el Juez con arreglo a la naturaleza del acto (OR, 2, párr. 2.º). Puede extinguirse una obligación por convenio desprovisto total o parcialmente de forma, aun cuando para su constitución hubiera sido necesario seguir una (OR, 115). La conciliación con el art. 12 del OR está en que una modificación que libere al deudor se someterá al OR, 115, y por el contrario, las que sólo cambian o refuerzan se someterán al OR, 12. Por consiguiente, se tratarán de modo distinto el aumento y la baja de la tasa de los intereses. [Véanse 1.229, 1.230 y 1.321 Código civ. esp.]

(7) La disposición autógrafa de última voluntad, como se hizo notar antes, fué admitida en el ZGB esencialmente en consideración al favor que ha obtenido esta forma de

Para la forma escrita en el sentido de la constitución de un efecto cualificado, no tenemos en el ZGB directamente ningún ejemplo (1); las relaciones de derecho que deben producir un cierto efecto cualificado, se revisan generalmente de la forma de una escritura pública. Puedo citar como ejemplo, tomado del OR, sin embargo, el cambio y valores análogos y también la letra al portador (OR, 722, 846, 848) [como entre nosotros].

II. Al considerar además los casos en que se exigen testigos, deben mencionarse los testigos solemnes (117) que se prescriben para la celebración del matrimonio y los que se exigen para una disposición de última voluntad. En el último caso tenemos un nuevo ejemplo en que la presencia de testigos se exige, no para la prueba, sino ante todo para la validez del acto (2).

testamento en los derechos del grupo del Cód. civ. fr. Véase mi *Derecho privado suizo*, II, págs. 189-193. El depósito de los testamentos ológrafos propuesto en los proyectos, al modo como ha sido establecido en Basilea y Zurich por la reciente legislación (después de experiencias desagradables) que lo exige como requisito de validez, fué tenido en cuenta sólo en cuanto con arreglo al párr. 2.º del art. 505 los cantones han de cuidar de que tales testamentos puedan ser, abiertos o cerrados, entregados para su conservación en una oficina pública.

(1) Se podría a lo sumo traer a colación la papeleta de empeño del art. 909, a la que corresponde la función descrita en los arts. 912 y 913 para hacer valer la acción de devolución.

(2) De distinto modo funcionan los testigos del testamento oral (ZGB, 506 y 507). Los testigos no se aplican aquí meramente para constituir una función de *contrôle*, sino que *tienen* a la vez una función constitutiva. Tienen,

III. Especiales son los casos, ya mencionados, en que se exige la publicación de una expresión [de voluntad] para que produzca pleno efecto jurídico: así en la privación a la mujer del manejo de la casa y en el permiso del marido para el ejercicio de una profesión por parte de la mujer, y también con relación a la eficacia de la tutela. El efecto que se da a estas formas, según los artículos 164, 167, 375 del ZGB, consiste en que las manifestaciones y disposiciones correspondientes son válidas aun sin la publicación. La privación de la potestad o la incapacidad tienen su existencia jurídica aun sin la publicación. Esta se exige en el sentido de que el efecto del acto en cuestión sólo puede hacerse valer frente a personas de buena fe, cuando la publicación ha tenido lugar. Mientras esto no sucede existe el efecto sólo en el sentido de poder ser hecho valer contra las personas que tienen conocimiento del acto. En cuanto se da la publi-

con arreglo al art. 507, que redactar por escrito y suscribir la declaración del disponente, dando al mismo tiempo referencia escrita de la capacidad de disponer y de las especiales circunstancias que la ley ha establecido como antecedente indispensable para la constitución de una disposición oral, y tienen que entregar estos documentos en una oficina judicial. También pueden dar la declaración del disponente para el protocolo judicial. La disposición se perfecciona sin duda, materialmente, mediante su acogimiento por los testigos. Lo que sigue es precepto de orden, pero igualmente indispensable, en cuanto no podría ser sustituido por otros medios, como, por ejemplo, la comunicación oral de los testigos a los empleados. Si los testigos ocultan una disposición oral, ésta es nula, porque le falta la forma de validez. Los culpables pueden ser declarados, sin embargo, indignos para heredar (ZGB, 540, núm. 4.º).

cación, se da el efecto frente a cualquiera. También las personas de buena fe que no tienen conocimiento de ello, tienen que admitir que se les oponga que como consecuencia de la publicación deberían tener conocimiento de aquello (1). En esto puede medirse qué gran significación corresponde, por ejemplo, a la publicación de la incapacidad de un enfermo mental. Hasta que no tiene lugar la publicación puede el enfermo celebrar actos válidos con los de buena fe, salvo que pudiese con posterioridad probarse que en el caso concreto no estaba en su juicio. Pero en todo caso, no puede hacerse valer contra terceros de buena fe la privación de la capacidad de obrar mientras no tenga lugar la publicación (2). Por otra parte, es preciso convenir que en ciertos casos tal publicación produce efectos duros, lo que justifica que el ZGB haya establecido la atenuación de que mientras alguna persona esté en un establecimiento debe dejarse a su riesgo la pu-

(1) [Arts. 6.º a 9.º Cód. com. esp.] Obsérvese, sin embargo, la diferencia del efecto de la publicación en los casos del art. 164, sec. 2.ª y del 167. La mujer tiene por ley el poder de *Schlüssel* y, por tanto, se considera de buena fe quien no sabe o no estaba obligado a saber que el marido había privado a la mujer de esta administración [de la casa]. Por el contrario, tiene la mujer, con arreglo a la ley, la facultad (de dedicarse) a una profesión o industria sólo con la autorización expresa o tácita del marido. En cuanto un tercero conoce o debía conocer que falta aquella autorización, deja de estar de buena fe. La prueba de la falta de buena fe producirá mayores dificultades en el segundo caso que en el primero.

(2) [Nada dice sobre el particular el Cód. civ. esp. en sus arts. 213 a 230. Será sin duda apreciable entre nosotros la doctrina del texto y por las mismas razones.]

blicación. Como por llevar a un enfermo mental a un establecimiento ya se cuida de que no origine daños, puede omitirse la publicación. Puede pensarse especialmente en los ebrios cuidados en establecimientos y sometidos a tutela. En seguida que una de estas personas abandona el establecimiento y debe en lo sucesivo ser tenido bajo tutela, aparece como indispensable la publicación para el indicado efecto frente a terceros. En ciertos casos será un medio saludable contra tales personas; se les puede decir que no se hará la publicación mientras permanezcan en el establecimiento, pero que se ordenará aquélla apenas lo abandonen. Con esto se consigue más fácilmente que por otro medio el fin de todo este procedimiento (1).

Lo mismo en la forma escrita que en la publicación de una expresión de voluntad debe hacerse una referencia a otra diferenciación. La escritura puede ser establecida para la validez del acto jurídico o como medida de orden, como forma en la que debe llevarse una petición a un Registro y como forma que debe servir de base a una inscripción. En el primer sentido se exige la forma escrita en el artículo 732 para la validez del contrato de servidumbre (2), y lo mismo para la revocación del con-

(1) Ciertamente hay también el peligro de que un enajenado en tutela y llevado a un establecimiento huya del mismo. Entonces tendrá lugar, sin duda, la consecuencia de que la falta de publicación y la carencia de buena fe sólo pueden oponerse al tercero con la prueba de que conocía o debía conocer la falta de capacidad de obrar de la persona. No sería suficiente la demostración de que conociese que aquél había sido llevado a un establecimiento.

(2) [Constitución del censo enfiteútico, art. 1.628 Código civ. esp., y de la donación sobre inmuebles, art. 632 del mismo.]

trato hereditario en el párrafo 1.º, artículo 513. Por el contrario, se exige la forma escrita en el segundo sentido en ciertas peticiones para el Registro de la Propiedad, que no tienen una base contractual y que tienen que ser admitidas en el Registro; aquí corresponde la declaración escrita de los herederos sobre la adjudicación de un fondo como parte real en la división hereditaria (ZGB, 634, párrafo 1.º, primer caso; Grundb, V. O., art. 18), que no es forma contractual, con la que no debe en ningún caso confundirse (634, párr. 1.º, segundo caso). También las peticiones con relación a la constitución de títulos hipotecarios, a las que no sirve de base un contrato, como títulos del propietario o al portador (1). Lo mismo en las demandas para la inscripción de una servidumbre del propietario (Grundb, V. O., 19, párr. 1.º, 20, y artículo 13) (2).

(1) [Art. 154 L. Hip. esp.]

(2) De otro modo también se configura la forma escrita en las inscripciones en el Registro mercantil de las sociedades colectivas y en comandita, que sólo se exige para la validez tratándose de sociedades no mercantiles (OR, 552, 590). Del mismo modo en el mandato no comercial (OR, 458). En la inscripción de las personas jurídicas en el Registro mercantil, se exige ciertamente la forma escrita, pero sólo como acto preparatorio, pero para otro fin distinto, y por esto en una forma formulada especialmente. Compárese ZGB, 52; OR, 839 ss., 622 ss., 678 ss., en los que no debe de ningún modo confundirse con relación a las sociedades la petición escrita en el Registro mercantil con la declaración de ingreso de cada uno de los socios (OR, 683 frente a 679). Para las peticiones al Registro mercantil, compárese el decreto de 6 Mayo 1890, arts. 7.º, 18, y el complementario de 27 Diciembre 1910, art. 2.º, párrs. 1.º, 8.º, etc.

IV. Corresponde a los cantones determinar las prescripciones sobre las formas de las escrituras públicas (Schl. T., art. 55), pudiendo establecer una para cada caso, sin que se necesite tampoco que sea la misma la persona que las extienda (Notario u otra persona) (1). Documentos públicos especiales exige la ley para ciertos casos, especialmente importantes. Así se ordena para la celebración del contrato matrimonial en las disposiciones públicas de última voluntad y en otros distintos actos que, como el contrato hereditario, revelan análoga contextura (ZGB, 181, 500, 512, párr. 2.º). También deben incluirse aquí las reglas sobre títulos y cartas hipotecarias (858, 917), mientras que las acciones y otros títulos de crédito (OR, 616, núms. 4.º y 5.º), especialmente de cambio (OR, 722), aparecen sometidos a forma escrita especial, pero no pública. Con relación a la función de estos documentos debe hacerse valer que en todo caso la forma da la facilidad para la prueba que se prevé en el artículo 9.º ZGB; cuando hay un documento público se puede considerar aportada la prueba para el hecho por él

(1) Compárese Schl. T. art. 55. La redacción de documentos en lengua extranjera se quiso al principio reglamentar en la misma ley, por lo menos en relación a las disposiciones de última voluntad, en consideración especialmente a las necesidades que se presentasen en los *lugares* de curación de *enfermos*. Compárese el anteproyecto, art. 529, aclaraciones, 2.ª ed., I, pág. 455. El proyecto del Consejo federal había mantenido el precepto en el art. 507. En las deliberaciones parlamentarias se hizo también en esto la remisión al derecho cantonal, obligando a éste a reglamentar el otorgamiento de documentos públicos en lengua extranjera (art. 55 cit., párr. 2.º), orden que ha sido seguida por las leyes cantonales de introducción del Código.

acreditado, en tanto en cuanto no se pruebe lo infundado de esta presunción (1). Pero generalmente el valor de los documentos públicos va más allá del privilegio de prueba. En la mayor parte de los casos se prescribe el documento público para la validez del acto a él sometido (2). En

(1) Esta función de prueba permite designar los documentos públicos como medios privilegiados de prueba. La prueba contraria puede ser aportada, bien como dirigida contra el mismo documento (por ejemplo, falsedad de la firma del que lo expide), bien refiriéndose a su contenido, en cuanto se pruebe que éste no corresponde a la verdad, para cuya comprobación se admiten todos los medios de prueba (por ejemplo, que los testigos prueben que el testador murió ocho días antes que lo que figura inscrito en el Registro civil) (ZGB, 9, párr. 2.º). De aquí se deduce también que los documentos públicos no son nunca medios de prueba excluyentes. Donde se presentan con estos otros medios de prueba excluyentes, es forma de validez, la que sólo es concebible en actos jurídicos (en amplio sentido) y no en hechos de existencia natural. [Véase art. 1.218 y ss. Código civ. esp.]

(2) Y ciertamente con el predominio, ya de uno, ya de otro de los fines distinguidos antes (A. I., vs. pág. 67 not. 1). Así se exige indudablemente el documento público en unión del Registro para protección de los interesados, pero también para el fin de que para la inscripción de los derechos reales se dé un fundamento seguro. Compárese ZGB, 657, 680, párr. 2.º; 746, 783, párr. 3.º; 799, párrafo 2.º La diferenciación de los dos fines puede llevar a combinaciones interesantes. Como ejemplo damos el contrato de partición hereditaria, que para su validez necesita la mera forma escrita (ZGB, 634). Si hay un inmueble en la herencia es bastante para la validez de la convención de

el ZGB encontramos una abundante lista de casos en que se exige el documento en este sentido, para la eficacia del derecho. Me refiero a la constitución de una fundación (81); a la celebración de un contrato matrimonial, a lo que se añade la exigencia, ya mencionada, de que los partícipes tienen que suscribirlo (181) (1); a la escri-

partición el contrato escrito aun con relación al inmueble, mientras que, por el contrario, no puede prescindirse del documento público para la inscripción de la relación de propiedad nuevamente constituída. Esto aparece en tal caso no como forma de validez para la división hereditaria y como consecuencia tampoco como forma de validez para el contrato sobre la transmisión de la propiedad, sino como medida preparatoria para el fin de la inscripción en el Registro. En este sentido debe ser entendido también el artículo 18 de la ley inmobiliaria. El documento público no se exige para todo el contrato de división, sino únicamente en relación con la transmisión de la propiedad sobre el fundo al heredero que *tiene que aceptarla*, y como consecuencia del contrato de partición pueden estar obligados los herederos a *cooperar* a la enajenación en el otorgamiento de escritura pública. Ya hemos indicado antes (compárese pág. 78 s.) como desde otro punto de vista hay otro camino para la división.

(1) [Art. 100 Cód. civ. esp.] La firma de los cónyuges o novios no se exige por la ley sólo en el sentido corriente de firma de los contratantes, sino de modo puramente formal. La representación no tiene aquí valor, no pudiendo reemplazar a la firma de los contrayentes. Esto se dice expresamente en el art. 181 con relación a los contrayentes *capaces* [en su juicio], pero que todavía están bajo el poder paterno o la tutela, de tal modo, que es necesario la firma del representante, pero no comprende en sí formalmente

tura pública en el derecho patrimonial de bienes cuando sobre la base de la organización normal de los bienes se conviene dar a la unión de estos los efectos de la comunidad; la transmisión del patrimonio de la mujer a la propiedad del marido (197-199) (1); a la constitución de la comunidad (337); a la adopción de los hijos (303) (2); a la enajenación de un inmueble (657); a la constitución de una servidumbre personal (746); a la constitución de una carga real (783), y a la celebración de un contrato de hipoteca (779) (3). En estos casos, que

la de los contrayentes, y esto tiene que valer con mayor razón para los contrayentes con capacidad de obrar que no estén ni bajo el poder paterno ni bajo la tutela. Debe, por lo tanto, con esto considerarse excluida la celebración del contrato matrimonial por medio de representante de contrayentes con capacidad de obrar; las partes tienen que firmar ellas mismas en todo caso. También parece sin duda insuficiente, con arreglo al art. 181, una autorización dada meramente para firmar el acta en lugar de los contrayentes. Por el contrario, no se exige la firma simultánea de los contrayentes, y por esto no se excluye que una parte firme el contrato en un lugar y otra en otro, aunque con observación de los preceptos del derecho cantonal relativo a los documentos públicos.

(1) [Arts. 1.321, 1.324 Cód. civ. esp.]

(2) [Arts. 176, 179 Cód. civ. esp.]

(3) De modo peculiar se exige en OR para algunos casos el documento público alternativamente con la forma escrita, como, por ejemplo, en relación al acuerdo de constitución de una sociedad por acciones (615, 618, compárese también 664, 676). [Los tres primeros casos requieren escritura pública entre nosotros cuando hayan de ser inscritos; el último, en todo caso para ser válido.]

no son más que los principales, funciona la escritura pública como forma de validez. Finalmente, se presenta la escritura pública de modo típico, uniéndose a un efecto cualificado de la relación de derecho un efecto que no puede ser conseguido de otro modo, como en los títulos hipotecarios del ZGB, en la carta de deuda y en la renta inmobiliaria. Lo característico del efecto, como se manifiesta aquí el documento público, consiste precisamente en que por la constitución en forma jurídica del título de hipoteca consiguen acreedor y deudor un efecto que no podrían conseguir de otro modo; que al adquirente del título cuando está de buena fe se le proteja en ésta, y puede estar seguro de haber adquirido el derecho sin preocuparse de su fundamento material cuando la inscripción en el Registro se acomoda al título en cuestión. Ya hemos llamado la atención con otro motivo, de cómo se eleva de este modo la forma a un efecto positivo (1). Además puede el acreedor conseguir el ser liberado así por excepciones que de otro modo pueden oponérsele (2). De aquí se deduce que en ciertos casos, por el hecho de que al deudor como deudor se le quiten ciertas excepciones de su carta de deuda o de su renta, se consiguen con la relación jurídica otros efectos que los que se darían con arreglo a la base material. El deudor puede hacer valer sólo aquellas excepciones de su carta de deuda o de su renta, que se refieren o a la inscripción o al documento, o que le corresponden personalmente contra el acreedor

(1) Véase antes pág. 74 y ss. También debe observarse cómo aquí pueden también combinarse o coincidir dos círculos de efectos de los documentos públicos. Véase artículos 867 y 975.

(2) Véase en general ZGB, 872 y 858, y para la cédula hipotecaria, art. 917.

que le persigue; no tiene ninguna excepción derivada de la persona del acreedor anterior; por ejemplo, no puede hacer valer contra el acreedor actual una excepción de compensación que tuviese contra el anterior. Esto tiene importancia especialmente para los cantones que han sometido en sus leyes de introducción del Código sus títulos anteriores de hipoteca al derecho de deuda o de renta inmueble. Aquellas excepciones que todavía eran posibles contra el acreedor de una obligación hipotecaria cantonal, las excepciones, por ejemplo, que la *Fertigung* o la inscripción no habían anulado, no pueden ser hechas valer; están excluidas por la disposición del artículo 872, en cuanto la obligación hipotecaria ha sido sometida al derecho de la carta de deuda (1). Esta igualación se justifica con la tendencia a ordenar el tráfico con los antiguos títulos de hipotecas, más segura e independientemente de lo que era posible con el derecho anterior. No es, pues, necesario en la contratación con los títulos hipotecarios considerar miedosamente los derechos que hayan existido anteriormente sobre el título por cualquier relación posesoria, sino que puede confiarse en que el título hipotecario sólo por sí mismo da excepciones, a saber: que frente al acreedor hipotecario sólo pueden ser opuestas por el deudor aquellas excepciones que se derivan de la inscripción o de la escritura (2) y aquellas que

(1) Esto es efecto de la *igualdad*, por ejemplo, con arreglo al art. 165 de la ley de introducción de Berna, en la que, sin embargo, la igualdad debe pensarse limitada a la transformación necesaria, o sea que las modificaciones contractuales del antiguo título subsisten bajo el nuevo derecho, en tanto en cuanto aparecen conciliables con el nuevo título al que están sometidos.

(2) Las excepciones del título hipotecario y del Regis-

le corresponden frente al acreedor actual, al que hace valer ahora su derecho.

V. Y ahora el *Registro público*. También éste es en todas sus manifestaciones una especie de documento público. Distintas clases de Registros (1) se explican como

tro concurren juntas según el principio establecido en el 867 ZGB: por consiguiente, la excepción derivada del Registro precede a la del documento en cuanto se da una discrepancia. Antes hemos ya analizado cómo la excepción del deudor también frente al adquirente por tradición *no* se da con arreglo al derecho inmobiliario.

(1) La ley conoce los siguientes Registros: 1.º El Registro del estado civil (ZGB, 39 ss., Reglamento sobre el Registro civil de 26 Febrero 1910): Comprende el Registro de nacimientos (ZGB, 46 ss.), el Registro de defunciones (ZGB, 48 ss.), el de matrimonios (ZGB, 118, 119) y el Registro de convenciones matrimoniales y adopción de hijos (ZGB, 209, 263, 267). 2.º El Registro de las personas jurídicas (ZGB, 52, Decreto de 27 Diciembre 1910, véase anteriormente pág. 85, not. 2). 3.º El Registro de las representaciones (ZGB, 341, párr. 3.º; OR, 458, párr. 3.º) para sujetos jurídicos que no han sido inscritos ni en el Registro de firmas ni en el de las personas jurídicas (Registros C. y D.). 4.º El Registro matrimonial de bienes (ZGB, 246, Decreto referente a este Registro de 27 Septiembre 1910). 5.º El Registro inmobiliario (ZGB, 942 ss., Decreto referente al Registro inmobiliario de 22 Febrero 1910). 6.º El Registro de reservas de la propiedad (ZGB, 715, Decreto referente a la inscripción de las reservas de la propiedad de 19 Diciembre 1910, dado por el Tribunal federal como encargado superior de la inspección de los empleados ejecutores de deudas y concursos). 7.º El Registro relativo a las hipotecas de animales (ZGB, 885, Decreto relativo a las hipote-

Registros públicos. Por esto se mencionan justamente en el art. 9.º ZGB junto a los documentos públicos los Registros públicos. Pero el Registro merece ser estudiado especialmente, porque en él nacen en distintos sentidos especiales efectos muy interesantes y significativos (1).

Consideremos primero el efecto, según el cual el Registro tiene que funcionar como medio de orden y como documento de prueba: este es el caso del Registro civil. Se puede nacer y morir sin inscripción en el Registro civil, y puede celebrarse un matrimonio independientemente de la inscripción. El prescribirse la inscripción en el Registro civil para estos casos, no toca a su existencia material, sino que tiene meramente el fin de que por medio del Registro se produzca un orden, y en él pueda fundarse un medio de prueba, concediéndoseles entonces los privilegios indicados (2). Se presume es verdad lo inscrito en el Registro mientras no se pruebe la falsedad de la inscripción en su contenido (3). De esto no debo seguir hablando.

A veces se une al Registro el efecto de que la inscripción en el mismo es necesaria para la validez del acto de que se trate. Aquí se da aquel valor jurídico negativo al que ya me he referido y sin el cual puede decirse: lo que

cas de animales de 20 Abril 1911). 8.º El Registro de empeños (ZGB, 909, reglamentado por los cantones). Finalmente, 9.º, El Registro mercantil (OR, 859 ss., y Reglamento de 6 Mayo 1890, con el complemento dado en la pág. 85, not. 2).

(1) Recordamos aquí lo que antes se ha dicho sobre la característica de estas formas, para completarlo aquí con referencia especial al Cód. civ. s.

(2) Véase pág. 86 y s.

(3) [Véase art. 115 y ss. Cód. civ. esp.]

no está inscrito no existe jurídicamente, y para que exista es preciso que se inscriba.

Esta significación negativa del Registro, según la cual todo lo que no está inscrito no existe para el derecho, se nos presenta en el Registro de la Propiedad. En la misma extensión con que el Registro admite excepciones y anotaciones, se da el principio de que lo que no está inscrito en el mismo, no existe realmente para el derecho (1). Es precisa la inscripción en el Registro para que nazca y exista el derecho real. Ciertamente hay excepciones, como, por ejemplo, en la adquisición de la propiedad por herencia, en la ocupación, en la adquisición por expropiación forzosa y en otros casos. Pero estas excepciones confirman la regla: el Registro se ha creado para el fin de que por la inscripción se constituyan los derechos reales en inmuebles, y que sin la inscripción de aquéllos no deban ser reconocidos como constituidos.

Este efecto negativo lo tiene también el Registro de hipoteca de animales (885). Sólo puede crearse un derecho de hipoteca sobre los animales mediante la inscripción, si se dan los supuestos que establece el artículo 885. Sobre este fundamento funciona el Registro claramente con el efecto de que el acto jurídico de que se trate obtiene su

(1) Otra cosa sucede con las anotaciones y descripción de fundos. A éstas no se atribuye ningún valor jurídico negativo. Lo que se anota o describe, o tiene sin esto valor jurídico también, o significa sólo una orientación sobre relaciones de hecho. Compárese especialmente ZGB, 962, y en relación y con referencia a la anotación de los fundos en el Registro, ZGB, 943, y Reglamento relativo al mismo, arts. 1.º-9.º A la descripción corresponde también el dar los límites y medida superficial. Si ésta, al hacerse la medición oficial, es más pequeña que lo que se indicó, no tiene que

validez del Registro, y sin inscripción no puede nunca constituirse válidamente una hipoteca de animales (1).

Igualmente debe contarse aquí el Registro de *reservas* de la propiedad como se regula en el artículo 715 del ZGB. Pues con arreglo a los preceptos de la ley produce efectos la reserva de la propiedad sobre una cosa mueble transmitida al adquirente cuando la reserva se inscribe en el Registro público, que en su domicilio llevará un *funcionario* encargado del mismo. No sería exacto referir esta eficacia sólo a las relaciones con tercero, sino que **no** se dá

prestar evicción el vendedor de un fundo, cuando no se hizo cargo de aquélla expresamente para este caso. Si la indicación de la medida superficial no descansa en la medición oficial, hay el deber de evicción según los principios generales (OR, 219, 221). Como objeto de compra vale, por consiguiente, en la venta de un inmueble, no la superficie determinada con arreglo a la medida, sino la individualidad del fundo; la medida no determina el objeto de la venta, sino que forma una cualidad del mismo, sin perjuicio de lo que se haya convenido.

(1) En este aspecto existe una gran diferencia con el Registro inmueble: en que este Registro de hipoteca de animales se establece sólo para la *promesa de garantía de animales*, y no excluye otra especie de pignoración de animales, por ejemplo, en forma de prenda. Lo negativo de la fuerza jurídica consiste aquí sólo en que cualquiera puede confiar que no existe jurídicamente cuando no está inscrito un derecho de hipoteca sobre un animal a favor de un no poseedor del mismo. Con arreglo a esto, la hipoteca de animales con su efecto negativo está sólo esencialmente en oposición con la reserva de la propiedad, la cual también aparece sustituida por la hipoteca de animales. (Véase ZGB, 715, párr. 2.º)

ningún efecto de la propiedad de la cosa transmitida, ni aun por consiguiente entre las partes. Se supone que la tradición ha tenido lugar, y esto para el fin de la transmisión de la propiedad. Pero la propiedad está condicionada resolutoriamente en beneficio del *tradens* desde que la reserva convenida se inscriba en el Registro. Hasta entonces la reserva está sin duda concertada, pero sin el efecto de reservar al transmitente la propiedad y sólo con la obligación personal del adquirente de consentir la inscripción por causa de la cual la propiedad debe venir al transmitente con arreglo a la reserva (1).

(1) A esto corresponde ante todo la letra del art. 715. La expresión «eficaz» (*wirksam*) se explica por la propia naturaleza de la relación. En el fondo se han llenado los supuestos del art. 714, y el poseedor se ha convertido en propietario. Pero la adquisición de la propiedad está condicionada resolutoriamente, y la condición es realizada bajo los supuestos contractuales o legales. Hasta entonces debe considerarse al adquirente como propietario, y está hasta la inscripción sólo sujeto a la obligación personal que le impone el contrato, y después su adquisición está sometida a la condición resolutoria de la reserva de la propiedad. La inscripción puede ser pedida oralmente por ambas partes, o por declaración oral o escrita del enajenante o adquirente unida a la justificación suficiente del contrato (art. 4.º del Reglamento sobre reserva de la propiedad). No se establece la retroacción al momento de la tradición, que tampoco se deduce de los principios generales (compárese OR, 154). El adquirente que dispone de la cosa antes de que llegue la condición, obra con esto como propietario, aun cuando con responsabilidad personal mientras sus actos no se anulen con arreglo al OR, 152, párr. 3.º La reserva de la propiedad no hace de ningún modo al enajenante pro-

Encontramos, además, el valor jurídico negativo en el *Registro de las personas jurídicas*. También aquí, en cuanto no se haga constar una excepción para ciertas personas jurídicas, vale en absoluto la regla de que la inscripción es necesaria para que nazca la persona jurídica, y con esto, lo que no esté inscrito, no puede ser persona jurídica (1). El requisito de la inscripción en este sentido existía ya en el derecho anterior para las sociedades por acciones, las comanditarias y las asociaciones del OR, y el mismo principio ha sido ahora reconocido en el ZGB para las personas jurídicas, con excepción de las corporaciones jurídico-públicas y establecimientos y de las sociedades que no persiguen fines económicos y de las fundaciones religiosas y familiares (art. 52, párrafo 1.º). Uno de estos casos necesita ser visto más de cerca. Según el artículo 61, párrafo 1.º, pueden inscribirse facultativamente en el Registro mercantil las sociedades con fines ideales. Esta inscripción en el Registro mercantil no es requisito de la adquisición de la personalidad jurídica

pietario, aun cuando se inscriba en el Registro, sino que le dá la posibilidad de exigir la devolución de la cosa como propiedad suya, bajo los supuestos fijados contractualmente. La reserva se presenta, por consiguiente, como un derecho de retracto con carácter real (véanse, sobre estos derechos, págs. 18 s. y 40 s.). El transmitente constituye con esto una excepción de la regla del art. 212 SchBKG. Sólo en este sentido corresponde el Registro de reservas de la propiedad al grupo de los registros con valor jurídico negativo. Sobre las distintas concepciones referentes a la reserva de la propiedad, véase Leemann JZ., VI, § 281 ss., 297 ss. Además Oser, en su nota presentada al Schw. Jur. V., Ztschr. f. Schw. R. n. F., 24., pág. 437 ss.

(1) [Cód. civ. esp., arts. 1.667 y 1.669 especialmente.]

para la sociedad con fin ideal. Y no la libra tampoco de los requisitos que ya hemos dicho, especialmente de la necesidad de estatutos sociales escritos. Pero en cuanto la sociedad, dándose todos los supuestos necesarios se inscribe en el Registro, goza del beneficio de ser reconocida sin más como persona jurídica, y no necesita ningún otro medio de prueba para acreditar su existencia como personalidad; le basta referirse a la inscripción en el Registro de las personas jurídicas para probar suficientemente su cualidad de tal (1). Frente a esto, tendría el contrario que aportar la prueba de la no existencia de la persona jurídica (61, párr. 1.º). Además debe tenerse en cuenta que si una sociedad tiene una industria como un comerciante, está obligada a inscribirse, pero no en el sentido de que adquiere la personalidad jurídica por la inscripción, sino por motivos de publicidad. Se exige de las sociedades que dirigen una industria mercantilmente, aun cuando sean sociedades con fines ideales, que se sometan a la misma publicidad establecida para todas las industrias mercantiles (OR, 865; esp., párr. 4.º); pero desde antes son ya personas jurídicas sobre el fundamento de los supuestos generales (art. 61, párr. 2.º).

(1) La inscripción voluntaria da a la sociedad de fin no económico distintos beneficios, por causa de los cuales no raramente se hace uso de esta inscripción. La inscripción naturalmente tiene lugar sólo después que la sociedad ha justificado su existencia como persona jurídica, con arreglo al art. 61, párr. 1.º La sociedad puede, por consiguiente, legitimarse frente a terceros sin más, como propio sujeto de derecho. Además, la inscripción refleja los nombres de los órganos actuales de la sociedad, de modo que también en este aspecto se facilita el tráfico con las sociedades inscritas voluntariamente.

Finalmente, corresponden a este segundo sentido de la eficacia de la forma los pocos casos en que una relación obligatoria sólo puede fundarse mediante la inscripción en el Registro mercantil; como los apoderados no mercantiles (OR, 458, párr. 3.º), las sociedades colectivas (OR, 552, párr. 3.º) y comanditarias no mercantiles (OR, 590, párr. 3.º) y, además, la disminución del capital en comandita (OR, 604), los efectos de la prescripción con relación a las sociedades colectivas disueltas (OR, 586, párr. 1.º, y también 600 para la sociedad en comandita), los cambios en los estatutos de las sociedades por acciones (OR, 626, párr. 3.º; 627, párr. 2.º al final), la responsabilidad de un socio separado [de la sociedad] (OR, 691, 692), la limitación de la capacidad jurídica con relación a la severidad del [contrato de] cambio (OR, 723, párr. 2.º) y en relación a la presentación de deudas en el concurso (Sch. BKG, 39 y ss.).

Entre estos dos efectos principales del Registro hay un gran número de casos especiales que tenemos que considerar más de cerca como una tercera categoría especial.

En tercer lugar, encontramos, finalmente, Registros revestidos de un fin, no de validez del acto, sino en los que la inscripción se prescribe para la eficacia frente a terceros. Se exige la inscripción en el Registro para una relación de derecho que ya es válida por sí misma; pero adquiere la eficacia frente a terceros sólo cuando se inscribe, mientras que ya desde antes existe válidamente entre las partes. Con esto se da también la posibilidad de constituir tales actos privadamente y excluír así el efecto frente a terceros, cuando no se inscriban, o por lo menos dilatar este efecto externo si, por ejemplo, se lleva el acto a la inscripción un año más tarde.

Esta reglamentación se encuentra especialmente en el Registro del derecho de bienes matrimoniales, en el que

pueden ser inscritos (ZGB, 248) los contratos matrimoniales y actos jurídicos entre los cónyuges que se refieren al patrimonio aportado por la mujer o al patrimonio común. El Registro de bienes de la sociedad conyugal no tiene en modo alguno la misma significación que el Registro de la propiedad ni que el Registro de hipoteca de animales, y menos aun puede compararse con el Registro del estado civil, sino que posee un efecto propio en que la inscripción no perfecciona el acto entre las partes—que ya lo habían celebrado válidamente antes de la misma (1)—, sino que presta al acto un efecto frente a terceros (2).

(1) Compárese sobre la forma del contrato matrimonial anterior, pág. 87 y s. y con relación a los actos jurídicos mencionados entre cónyuges, ZGB, 177.

(2) El Registro matrimonial de bienes se distingue del Registro inmueble en este aspecto porque no le corresponde ningún valor jurídico negativo de carácter real, familiar y patrimonial. La propiedad mancomunada del contrato de comunidad de bienes (ZGB, 215) nace con la celebración en forma del contrato matrimonial, pero sólo produce efectos respecto a terceros desde la inscripción. Frente al Registro inmobiliario, produce esta reglamentación la consecuencia de que la inscripción de los cónyuges como comuneros no es igual a la de la propiedad de un fundo adquirido por compra, sino que es semejante a la inscripción de un fundo heredado. Pero semejante y no igual. Pues en la transmisión hereditaria (como en la expropiación, ejecución, sentencia judicial y también apropiación) se manifiesta la adquisición de la propiedad como exterior al Registro, en el hecho de que el adquirente pueda por sí mismo conseguir la inscripción (ZGB, 665, párr. 2.º), mientras que en los cambios de la propiedad inmueble producidos por consecuen-

Gran y especial importancia tiene el efecto del Registro en el cuarto sentido, según el cual en ciertos casos se da un efecto a la forma misma independientemente del fundamento material, que va más allá de lo que hemos encontrado en el efecto de validez y en el efecto frente a terceros. Es extraordinariamente interesante seguir y ver hasta qué punto pueden ejercer su influjo ciertas inscripciones de esta clase. El fin es siempre el mismo; se quiere dar a la relación ya inscrita una publicidad por la que todos puedan estar ligados y por la que todos puedan ser protegidos; creando un Registro se quiere elevar y proteger el tráfico de buena fe para que cualquiera pueda confiar en la inscripción. Debe reconocerse que lo que está en el Registro es válido, y con esto debe contar el tráfico de buena fe. Este orden ha llegado a ser realizado y reconocido con una extensión y con un efecto muy distintos. Quiero intentar explicar brevemente los sentidos principales del efecto del Registro, como publicidad (1).

cia del derecho matrimonial de bienes, ante todo tiene que tener lugar la inscripción en el Registro matrimonial, lo que generalmente sucede a instancia de uno de los cónyuges (ZGB, 249, párr. 2.º), pero la inscripción en el Registro inmobiliario tiene lugar de oficio después de la publicación de la inscripción en el otro. Sobre el procedimiento en caso de cambio en la propiedad inmueble total de un cónyuge (por causa de contrato matrimonial) y en caso de cambio de propiedad en un solo inmueble (por causa de contrato de enajenación entre cónyuges), ha establecido el Reglamento sobre el Registro de bienes matrimoniales (art. 14) preceptos más de detalle.

(1) Una exposición muy clara de este efecto de la publicidad en su elevación a valor jurídico positivo se encuentra para el derecho privado suizo en el trabajo de P. F. v.

Una comparación del efecto del Registro mercantil para la publicidad con el de la propiedad nos lleva al conocimiento del efecto de la publicidad, según los sentidos indicados.

Si consideramos primero los efectos del Registro mercantil (1) vemos que el tercero de buena fe puede confiar en lo inscrito, pero, sin embargo, con ciertas reservas. Pensemos que se trata del nombramiento de un apoderado y que un tercero tenga interés en considerarlo ya como existente jurídicamente para él. El tercero hace valer esto frente al principal, que debe ser obligado por el apoderado, el cual sostiene que lo ha despedido desde hace unos días y que, por lo tanto, cuando trató con él [con el tercero] ya no era su apoderado. ¿Podrá este tercero referirse a la inscripción en el Registro y afirmar que el mandato es válido para él mientras esté inscrito? Con arreglo a las palabras de ley se podría afirmar que sí, en favor de cualquier tercero de buena fe (2). Pero en una

Wyss, *Die Rechtskraft der Grundprotokolleinträge nach den Rechten der deutschen Schweiz in Z Schw. R.*, XVII, págs. 91 y ss.

(1) Sobre la función del Registro como forma de validez hemos hablado ya en la pág. 93 y s. Aquí se trata solamente de los efectos de la publicidad; permítase, sin embargo, decir que el fin primero y más originario del Registro mercantil y del antiguo libro de *Rationen* ha consistido en la publicidad y no en la significación para la validez.

(2) El art. 461, sec. 2.^a, OR, determina: «Mientras no se ha extinguido ni hecho conocer la extinción (revocación), el poder tiene efecto frente a terceros de buena fe.» El principio estaba redactado así en 1881: «Mientras la revocación no se ha inscrito en el Registro mercantil y se ha he-

consideración más detenida es preciso limitar la consecuencia. Esta se da solamente bajo ciertos supuestos.

Primero es preciso que el tercero esté de buena fe; no debe saber que el mandato fué revocado, o debía saberlo si fuese diligente. Hay que considerar aún otros momentos; supongamos el caso en que falsificando un poder X. ha sido inscrito en el Registro como mandatario de A.,

cho pública, no tiene efecto frente a terceros de buena fe.» Se produjo la modificación porque la «revocación» no daba a la relación material, en opinión de las personas competentes, una expresión siempre adecuada, ya que en la realidad tienen que someterse a la misma regla, no solo la revocación, sino también la cesación del poder por acuerdo mutuo y su extinción por el transcurso del tiempo. Según la redacción antigua, el precepto se refiere también a el poder, cuya concesión no ha sido inscrita en el Registro (aunque debería haberlo sido, OR de 1881, art. 422, párr. 2.º). La nueva redacción exige en el art. 461, párr. 1.º, igualmente, que se inscriba en el Registro la extinción del poder, aunque al ser concedido no hubiera tenido lugar la inscripción. Representémonos los dos casos posibles con arreglo a esto: extinción del poder con y sin inscripción de su existencia, y se reconocerá sin dificultad que sólo puede ser cuestión de un efecto de aquél a pesar de la extinción, cuando se ha realizado una inscripción y que por consiguiente, en el párr. 2.º, con arreglo al antiguo texto, sólo podría tratarse de aquellos casos en que había inscripción. Por esto no se sustituyó en la nueva redacción la palabra «revocación» del párr. 2.º ni la del 1.º, por un término más comprensivo, sino que en aquél se empleó la palabra «extinción» y en este «cancelación», y así el poder se considera subsistente, en el sentido indicado mientras no se cancele.

y que apoyándose en esta inscripción X. ha tratado como tal con un tercero. ¿Puede el tercero demandar al principal cuando la inscripción ha tenido por base una falsificación? Ciertamente que no: hasta este extremo no llega el valor jurídico del Registro mercantil. La inscripción tiene que ser hecha por aquel que ha dado la autorización [el mandante]. Cuando el principal realiza la inscripción subsiste la comisión frente a todo tercero de buena fe hasta que se inscriba la extinción, pues cuando, por el contrario, es falso el fundamento de aquélla, la inscripción no afecta al principal; el tercero es el engañado, y no el principal. Además, cuando se trate de una inscripción que se ha extinguido por causa de un hecho que produce efectos naturalmente, como, por ejemplo, a consecuencia de una incapacidad de obrar del principal o del mandatario o por muerte de uno de los socios, aun cuando la inscripción no se haya cancelado, no puede un tercero que estuviese aún de buena fe apoyarse en que la inscripción era todavía válida. Por consiguiente, en el Registro mercantil existe el efecto formal en favor de terceros sólo con las limitaciones de que la inscripción tiene que ser ocasionada por el que autoriza el acto, y que la relación no se haya extinguido por un hecho que produzca efectos según la ley. Esta es la limitación más importante del efecto de la inscripción en el Registro mercantil. Por lo demás, éste produce efectos no sólo en el sentido de medio de publicidad, puesto que una vez producida la publicidad por inscripción y publicación en la hoja del Registro mercantil, tiene el tercero que dejarse atar por haberlo conocido, sino también con la significación de que el tercero puede confiarse en la inscripción no cancelada con relación al comisionista, y de igual modo con relación a la existencia de una sociedad inscrita. En este sentido limitado se da ciertamente a la

inscripción en el Registro mercantil un valor jurídico positivo (1).

Y ahora, en oposición con esto, veamos el efecto que se da por el Registro de la propiedad para las inscripciones en el mismo con respecto a los derechos reales inscritos. Ante todo debe hacerse notar que con arreglo a nuestro derecho inmobiliario la inscripción sólo puede tener lugar sobre la base de un fundamento jurídico obligatorio que la justifique (véase ZGB, 965, 974-75). Si tal inscripción tiene lugar en el Registro pueden distinguirse dos clases de relaciones: 1.º La relación que se da entre la parte que dispone y la que adquiere un derecho por la inscripción, es decir, entre las partes mismas, y además la relación que se da sobre la base de la inscripción frente a terceros, es decir, frente a aquellos que no son parte inmediatamente respecto al acto inscrito, sino que nuevamente entran en la relación, con un nuevo acto adquieren un derecho real o produ-

(1) Valor jurídico positivo, por tanto, no sólo en oposición con el negativo, según el cual lo no inscrito no existe jurídicamente, sino con la significación de que lo inscrito tiene validez formal, es decir, que la forma existente le da validez independientemente de todo fundamento material. En este respecto hay dos cosas interesantes para el carácter del Registro mercantil. De un lado, que junto al valor jurídico positivo está el negativo sólo en una extensión muy limitada (véase pág. 93 s.), y de otro, que son tan estrechas las reservas bajo las cuales con arreglo a lo dicho es propio de la inscripción en el Registro mercantil un valor jurídico libre, independiente, que descansa sobre la forma, es decir, formal, que sólo en un sentido muy restringido puede ser reconocida a aquél la fuerza jurídica positiva.

cen un cambio en la existencia del derecho real. Por ejemplo, A. ha vendido un fundo a B. y éste ha sido inscrito como propietario en el Registro; C. adquiere este fundo de B.; C. es un tercero frente a A. y a B., y se le trata de modo distinto que a éstos, que a las primeras partes. ¿En qué consiste este distinto tratamiento?

Entre A. y B. presupone nuestro derecho hipotecario normalmente para la inscripción un título válido de adquisición, un hecho de adquisición. B. adquiere en virtud de un título sobre el cual tiene que justificarse ante el Registrador. Sólo sobre la base de tal prueba se puede inscribir el derecho. Si se inscribe sin que exista justamente tal título la inscripción no tendría fundamento. La ley dice, artículo 975: cuando se ha hecho una inscripción indebida, puede el perjudicado por ella oponerse, conseguir que se cancele y que su propio derecho se restablezca en el Registro. Supongamos, por ejemplo: A. es propietario de un fundo inscrito en el Registro y un X. ha falsificado un poder de A., con lo que se hace administrador del fundo y consigue como apoderado la transmisión de la propiedad de A. a B.; en este caso se transmite la propiedad a B. si el Registrador no descubre la falsificación; pero en cuanto tenga noticia de ello puede pedir que se anule la adquisición de B., puesto que la inscripción era injusta. Puede ciertamente B. en algunos casos poseer la cosa mucho tiempo y adquirir por prescripción su derecho sobre la base de la inscripción injusta y de la posesión de buena fe por diez años. Este es un efecto especial que puede ser concebido diciendo que la acción de A., del verdadero titular, se extingue por los diez años de prescripción adquisitiva o que ha prescrito (661). Pero prescindiendo de esta excepción puede A. ejercitar frente a B. la cancelación y obtener de nuevo su derecho. Y lo mismo cuando A., por ejemplo, ha

ordenado la inscripción a favor de B. a virtud de un acto jurídico unilateral que no le ata por causa de un error esencial (OR, 23 ss). Pero si C., después que B. inscribió, trató con éste y por medio de un acto válido y obligatorio adquirió el derecho real, C. es propietario, sin que A. pueda oponerse a su adquisición; pues C. ha confiado de buena fe en el derecho inscrito de B. y no puede ser defraudado en esta creencia (973). El supuesto único para esto es que C. esté de buena fe (974). B. no necesita buena fe, y C. adquiere su derecho si ha realizado la adquisición de buena fe confiando en el Registro (1). A pri-

(1) No tenemos que entrar aquí más de cerca en la conformación dada así al contrato real. Se conexas íntimamente con la ayuda obligatoria de la oficina del Registro inmueble. El Registrador emprende la inscripción de oficio, en cuanto se hace la petición con presentación del acto jurídico existente entre el enajenante y el adquirente. En la calificación para la inscripción no debe ser considerado un segundo contrato, un acto especial real de perfección. Con esto ha logrado aceptación en nuestro derecho inmobiliario el derecho de calificación desarrollado predominantemente en la legislación cantonal. De ningún modo puede ser dejada aparte en este sistema del Registro la oposición entre obligación personal y adquisición jurídica real. El enajenante tiene que dar el consentimiento para la inscripción, el adquirente querer adquirir, y el último tiene una acción para que esto se realice (compárese su conformación, por ejemplo, para la transmisión de la propiedad en ZGB, 656, 657, 665). Además, en medio de esto está también la cooperación oficial del Registrador. De aquí se pueden deducir dos consecuencias de importancia.

Puede el acto entre enajenante y adquirente ser abstracto ciertamente, es decir, no contener una causa. Cuan-

mera vista es extraordinariamente característico que un tercero deba adquirir de este modo un derecho que por sí mismo descansa en una inscripción injusta y que, por

do el propietario inscrito A. sin dar un fundamento concreto pide al Registrador que el fundo que le pertenece lo transmita a B., que declara aceptarlo, el Registrador no debe negar la transmisión porque no se dió y probó alguna causa, como compra, donación o análogas, y la adquisición real es entonces abstracta, pero no debe ser pensada *independiente*, como en el contrato real, sino sobre la causa de carácter abstracto que corresponde a la razón de derecho que sirve de base a la inscripción. Esta consecuencia tiene importancia en las divisiones entre herederos, puesto que de ello se deduce que los herederos pueden realizar la transmisión de un fundo de la herencia sobre la base de un contrato de partición, para lo cual necesitan documento público del acto de transmisión (arts. 634 y 657), o permiten que se realice de hecho la transmisión sin contrato particional, en cuyo caso se ligan aquéllos a la división desde que tiene lugar.—El contrato de los herederos coincide aquí con la ejecución de la división, y no es base de la división a llevar a cabo, sino la división misma, y en este sentido no es concreto, sino abstracto (art. 634, párr. 1, i. E. y VO. üb. das Grundbuch, art. 18, tercer caso, y anterior, pág. 87, not. 2).

Además, con el modo especial de conformarse la justificación en el Registro inmueble se excluye la posibilidad de emplear por analogía las reglas de aquél en la transmisión de muebles. No se da la analogía porque no existen en absoluto en la transmisión de muebles (714) los motivos especiales de la reglamentación del Registro inmueble. La enajenación y adquisición de la propiedad mobiliaria tiene lugar sólo entre las partes y solo entre ellas sin ninguna

consiguiente, no corresponde propiamente a B.; pues A. podía anular el derecho aparente de B. mientras permaneciera como de éste; pero aquí se presenta la protección del tráfico de buena fe, el fenómeno de que se dé un efecto positivo a la inscripción en el Registro, de que la inscripción produzca efectos frente a los de buena fe aun cuando no haya un fundamento material. La inscripción de B. produce efectos frente a terceros aunque sea atacable, y los produce sobre la base de la forma independientemente del fundamento material. En este sentido corresponde a la inscripción en el Registro un valor jurídico positivo muy extenso.

Esto vale para todos los derechos reales inscritos en el Registro y para los derechos de hipoteca. Justamente en los últimos tiene su gran significación nacional económica, pues produce efectos extraordinariamente beneficiosos en favor del crédito de los títulos hipotecarios cuando la adquisición de los mismos, apoyada en el Registro, se protege a favor del adquirente de buena fe contra todo ataque. En el año 1832 se introdujo ya en Waadt igual efecto del Registro. Algunos años después aconteció que se consiguió con engaño la inscripción de

cooperación oficial. Aquí se nos presentan ambos momentos, el acto obligatorio de enajenación y la apropiación real claramente separados, y tenemos junto al lazo puramente personal en el primero, el contrato real en el último. El primero es regularmente concreto, el último necesariamente abstracto; necesariamente porque el acto obligatorio sólo forma el motivo, deducida del cual se lleva a cabo la transmisión abstracta. Sin excepción no puede ser realizada esta separación, así, por ejemplo, cuando en la celebración del contrato la oferta y aceptación se presentan inmediatamente en la dación y toma de la cosa.

un derecho de hipoteca y que un tercero adquirió el título. Se encontró que era injusto que el propietario tuviese que reconocer aquel título hipotecario y se cambió la ley, estableciéndose que en casos de engaño no debe ser protegido el tercero, ni siquiera en la adquisición de buena fe. Pero se comenzó fácilmente a notar la consecuencia de que estos títulos no fueron entonces tan apreciados en el tráfico como lo eran según el orden creado en 1882. El adquirente del título se exponía de nuevo a la posibilidad de que su derecho fuese atacado por haber sido constituido sobre un acto doloso (1).

Si se quiere asegurar la fe pública a los derechos reales en inmuebles, especialmente a los títulos hipotecarios y proteger al adquirente de buena fe contra las sorpresas que tienen que amenazarle inevitablemente si se admite la rescisión de una inscripción aun a favor de tercero, es preciso llevar a cabo la regla del artículo 973.

(1) Waadt ha puesto en práctica el derecho del Registro por un grupo de leyes de 1882-1886. Se limitó el valor jurídico del Registro por el motivo dado en el texto con la ley de 11 Mayo 1897. En ésta se liberan de los requisitos de la inscripción las servidumbres naturales (C. c., art. 425), las legales, los derechos de paso público señalados a los municipios, los privilegios concedidos al Estado, a los municipios o a las empresas de interés público; el derecho de hipoteca fundado en el art. 157 de SchBKG, y algunas limitaciones entre vecinos en favor de las vías públicas. Con relación al valor jurídico de las inscripciones, determina el art. 13 de esta ley (en oposición al art. 11 de la ley de 20 Mayo 1882) que los titulares con mejor derecho pueden atacar una inscripción y pedir su *cancelación*, en cuyo caso el adquirente de buena fe sólo puede eventualmente tener acción en indemnización, y como motivo para este

Este precepto le protege como tercero de buena fe en todos los casos en que entre las partes primeras exista una inscripción injusta, lo que sucede no sólo en el caso de un vicio de voluntad de constitución en el titular del Registro, sino también cuando el acto jurídico no es obligatorio para las partes. Acentuamos esto porque con ello, así como con relación al contrato abstracto, nuestro derecho hipotecario se ha puesto frente al alemán (1).

Nuestro derecho hipotecario actual se distingue del sistema antiguo por el valor jurídico positivo que da a las inscripciones en el sentido descrito. La *Fertigung* tiene un valor jurídico negativo, pero no purga los vicios unidos a la adquisición ni en favor del tercero de buena fe. Cuando en la *Fertigung* ha habido faltas, cuando ha habido error o engaño, puede hacerse valer esta

cambio se ha hecho especial referencia a los casos en que los anteriormente inscritos han debido perder su derecho por causa de un cambio de la inscripción fundado en falsificación. Compárese, además, con relación al Registro del cantón de Waadt, las citas de mi *Schweiz Privatr.*, III, §. 103 y ss., que han sido modificadas en los extremos indicados y en otros por la ley de 1897.

(1) Con arreglo al derecho inmobiliario alemán se parte siempre formalmente, de que se realiza ante el Registrador un acto abstracto, el contrato real, y que cuando con arreglo a éste ha tenido lugar la adquisición entre A. y B., el mismo A. no puede frente a B. apoyarse en el error que haya tenido lugar, porque la propiedad de A. ha pasado a B. abstractamente. Sería preciso probar que el error había tenido lugar precisamente en este acto abstracto, lo que naturalmente es mucho más difícil que la prueba de un error en el acto obligatorio que forma la base de la transmisión de la propiedad.

falta aun frente a terceros. Nuestro derecho hipotecario quiere apartar esta consecuencia en beneficio del tráfico de buena fe (1).

¿Tienen también otros Registros este efecto positivo además del Registro de la propiedad? Esta pregunta debe contestarse negativamente y sin reserva. La negativa es evidente en el Registro del estado civil. La limitación del valor jurídico del Registro mercantil ya la hemos visto de cerca. Para el Registro matrimonial de bienes y para el de hipotecas de animales es preciso insistir en que a sus inscripciones no corresponde un valor jurídico positivo. La inscripción es necesaria en estos dos Registros para la constitución de la relación de derecho y por consiguiente existe, como ya se ha visto para estos Registros, únicamente el valor jurídico negativo aunque de distinto modo en cada uno de ellos. Por el contrario, la publicidad de estos Registros no purifica ninguna de las faltas unidas a la relación de derecho. Un contrato matrimonial nulo no se hace válido frente a terceros de bue-

(1) Frente al sistema de la inscripción y de la transcripción del derecho francés, del del Jura bernés y de los cantones de Ginebra, Neuenburg, Freiburg, Wallis y Tesino, la diferencia del derecho inmobiliario se da, tanto en el aspecto del valor jurídico negativo como del positivo. El derecho real se funda ya con la celebración del contrato, y la inscripción en el Registro le presta sólo efecto frente a terceros en el sentido de la publicidad de la adquisición con todos sus defectos eventuales, pero en todo caso con el sentido de que el efecto frente a terceros sólo puede ser conseguido por el camino de la inscripción. Véase sobre esto como sobre el círculo de aplicación material que se había dado a este sistema en nuestro derecho, mi *Schweiz Privatr.*, III, pág. 79 y ss.

na fe por su inscripción en el Registro de bienes matrimoniales, ni una hipoteca de animales defectuosa se purga de defectos por su inscripción en el Registro, ni siquiera en favor de los terceros de buena fe. Sólo para el Registro inmobiliario ha sancionado el orden jurídico este efecto lejano, y los otros Registros no están revestidos del efecto del inmobiliario aunque se refieran a inmuebles en sus inscripciones (1).

Por el contrario, este efecto del Registro inmobiliario puede, o mejor, tiene que ser colocado paralelamente al efecto de la posesión en el tráfico mobiliario (art. 205 del antiguo OR y ZGB, 933 ss.). También puede, en la posesión de muebles, el adquirente de buena fe, que con la transmisión de la posesión ha adquirido la propiedad en aquéllos, afirmar la propiedad sobre el fundamento de la posesión aun cuando el adquirente no hubiese debido vender la cosa, es decir, la haya malversado, y con esto se logra el mismo efecto que con el Registro inmobiliario, aunque, sin embargo, con una configuración que en algo se diferencia y en la que no puedo entrar aquí (2).

(1) Esto debe ser especialmente acentuado para el Registro mercantil (por ejemplo, con relación a la propiedad comunal en un fundo que está en propiedad de una sociedad colectiva), como también para el Registro de bienes matrimoniales. La ley trata, por medio de la inscripción de oficio de los cambios matrimoniales en los fundos, de que ya hemos hablado, de salir al paso a los inconvenientes que, frente a las inscripciones en el Registro inmueble, pudieran nacer de la inscripción en el Registro de bienes matrimoniales.

(2) Las diferencias se refieren a la limitación esencial del efecto formal de la posesión en la adquisición de cosas,

Si consideramos, finalmente, todo el dominio de las formas del derecho civil, se permitirá la siguiente pregunta: ¿es, pues, necesario establecer un reinado tal de las formas, no se podría ordenar esto más simplemente, no es una carga para el tráfico el tener tantas formas?

Ha habido tiempos en que por muy distintos fundamentos se ha levantado opinión de modo muy resuelto contra tales formas. Recuerdo la lucha contra la forma para los inmuebles, contra la *Auflassung* de los fundos, contra la antigua inscripción de los derechos de señorío y de censo, y como aquéllas, favorecidas en parte por los partidarios cultos de la libertad de formas del derecho común, tuvieron lugar al fin de la Edad Media, y más tarde, llegando hasta levantamientos en los siglos XVI y XVII en la Suiza central y oriental. Se decía que tales formas son sólo una carga que no se acomoda con las libertades suizas, y que se debía romper esta ligadura. Además, recuerdo cómo en las ciudades libres (*regierenden*) hubo largo tiempo el deseo de adoptar la libertad de formas, por lo menos para los ciudadanos. En Zurich, por ejemplo, habían logrado los ciudadanos en este sentido un privilegio, de tal modo, que se decía de

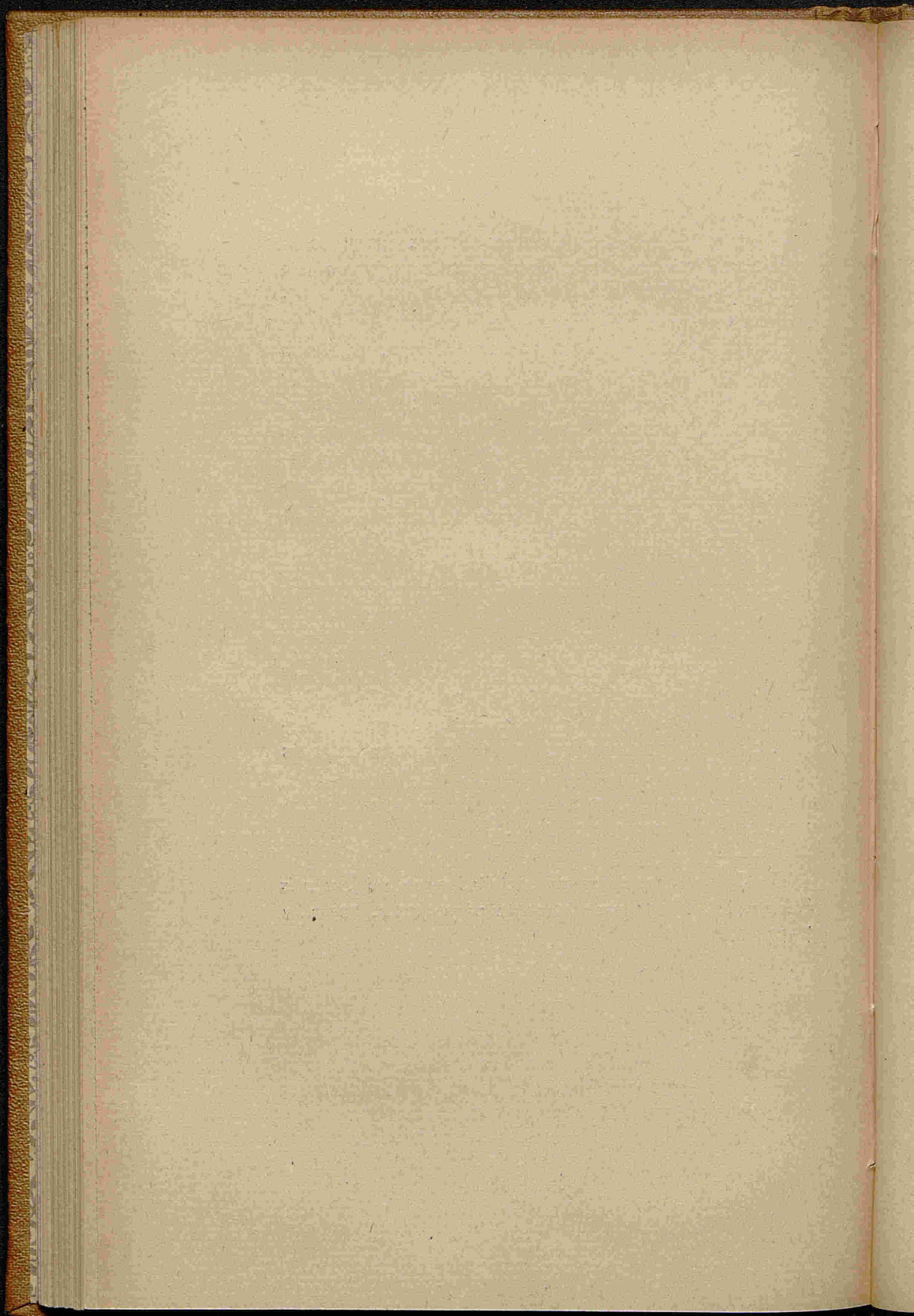
que se le han extraviado al poseedor sin su voluntad, así especialmente en cosas robadas y perdidas (ZGB, 934 s.), y también al efecto del contrato real con adquisición de derecho abstracta, de que ya hemos tratado antes (pág. 107 s.). Para la posesión en el derecho mobiliario no existe el valor jurídico negativo, por lo menos mientras falte un registro que pueda fundarlo. Por esto se explica, por tanto, también el reconocimiento de un valor jurídico negativo para el derecho mobiliario en cuanto hay registro. Compárese lo que hemos dicho antes sobre el Registro de las reservas de la propiedad (pág. 95 s.).

ellos que cada ciudadano zuriqués llevaba en su bolsillo la Cancillería, es decir, no necesitaba ninguna ayuda oficial, no necesitaba inscribir, pudiendo autorizar cualquier acto real con su propio sello (1).

Pero las experiencias hechas en Zurich, en Suiza oriental, en Basilea y en otras partes con la libertad de formas tan deseada no fueron estimulantes para continuar por este camino. Por el contrario, ha sido necesario pronto—en el curso de pocas generaciones—convencerse que justamente sólo por medio de la forma, por medio de un sistema de formas bien pensado y organizado, podía fundarse la tan deseable y necesaria seguridad del tráfico, y que sólo por medio de estas formas se consigue también la libertad del modo que tiene que ser querida para relaciones de contratación muy desarrolladas y como ya no puede suprimirse.

Ya se ha dicho: la forma es la madre de la libertad, y desde otro lado: la forma es la hermana, o más precisamente, la hermana gemela de la libertad, según se prefiera. En todo caso hay una conexión íntima entre las dos, en cuanto por medio de formas ajustadas a su fin, apenas se aclimaten, se allana el camino para el tráfico y con ello se fomenta la libertad.

(1) Compárense datos más detallados en mi *Schweiz Privatr.*, IV, § 151, especialmente págs. 705 s., 707 s., y § 157.



APÉNDICE (1)

1.—PRINCIPALES ARTÍCULOS CITADOS DEL CÓDIGO CIVIL SUIZO (ZGB).

Art. 7.º Los preceptos generales del derecho de obligaciones relativos a la celebración, cumplimiento y extinción de los contratos son aplicables igualmente a las demás relaciones del derecho civil.

Art. 9.º Los Registros públicos y los documentos auténticos hacen fe de los hechos que acreditan, mientras no se pruebe la inexactitud de su contenido.

Esta prueba no está sometida a forma especial.

Art. 52. Las sociedades organizadas corporativamente y los establecimientos que tengan un fin especial y una existencia autónoma, adquieren la personalidad mediante la inscripción en el Registro mercantil.

No necesitan inscripción las corporaciones y establecimientos de derecho público, las asociaciones que no tienen fin económico, las fundaciones eclesiásticas y las fundaciones de familia.

No pueden adquirir la personalidad las sociedades y establecimientos que tienen un fin ilícito o contrario a las buenas costumbres.

Art. 60. Las asociaciones políticas, religiosas, científicas, artísticas, de beneficencia, de recreo y otras que no

(1) Para facilitar la lectura de los dos trabajos anteriores hemos creído conveniente añadir la traducción de los artículos más importantes de los Códigos suizos, que les sirven de base.

tengan fin económico, adquieren la personalidad desde que resulte de sus estatutos la voluntad de organizarse corporativamente.

Los estatutos se redactarán por escrito y contendrán las disposiciones necesarias sobre el fin, los recursos y la organización de la asociación.

Art. 61. La asociación cuyos estatutos hayan sido redactados y cuya dirección haya sido establecida, puede inscribirse en el Registro mercantil.

Está obligada a inscribirse toda asociación que por su fin ejercite una industria en forma comercial.

A la petición de inscripción se unirán los estatutos y los nombres de los miembros directores.

Art. 81 párr. 1.º La fundación se constituye por escritura pública o por testamento.

Art. 117. El funcionario del Registro civil pregunta a ambos novios si quieren unirse mediante el matrimonio.

Después de la respuesta afirmativa, los declara legalmente unidos por el lazo matrimonial, en virtud de su mutuo consentimiento.

Art. 162. El marido es el representante de la comunidad.

Sus actos le obligan personalmente, sea cualquiera el régimen de bienes.

Art. 164. El marido puede privar a la mujer total o parcialmente de la representación de la economía doméstica que por la ley le corresponde, si abusa o se muestra incapaz.

Esta privación es sólo eficaz frente a terceros de buena fe, cuando haya sido publicada por la autoridad competente.

Art. 167. La mujer tiene derecho a ejercitar una profesión o industria, bajo cualquier régimen matrimonial, con el consentimiento expreso o tácito del marido.

Si el marido le niega el consentimiento, puede ser auto-

rizada por el juez si prueba que aquello lo exige el interés de la unión conyugal o de la familia.

Art. 177. Están permitidos los actos jurídicos entre cónyuges.

Los actos jurídicos entre cónyuges relativos a las aportaciones de la mujer o a la comunidad de bienes, no son válidos sin la aprobación de la autoridad tutelar.

La misma aprobación se requiere para las obligaciones que frente a terceros y en beneficio del marido contrae la mujer.

Art. 181. La celebración, modificación y revocación del contrato de matrimonio necesitan para ser válidas de un documento público suscrito por las partes contratantes y por sus representantes.

Las convenciones celebradas durante el matrimonio necesitan además la aprobación de la autoridad tutelar.

El contrato matrimonial adquiere fuerza frente a terceros según las reglas del Registro de bienes matrimoniales.

Art. 216. El marido administra la comunidad de bienes.

Los gastos de la administración son de cuenta de la comunidad.

Corresponde la administración a la mujer sólo en la medida en que puederepresentarla comunidad matrimonial.

Art. 248. Las convenciones matrimoniales, las decisiones judiciales relativas al régimen de bienes matrimoniales y los actos jurídicos entre cónyuges relativos a las aportaciones de la mujer o a los bienes comunes, necesitan para producir efectos frente a terceros la inscripción en el Registro de bienes matrimoniales y la publicación.

Los herederos del cónyuge difunto no son considerados como terceros.

Art. 249. Se inscriben en el Registro las cláusulas que deban producir efecto frente a terceros.

La inscripción tendrá lugar por la demanda unilateral de uno de los cónyuges, a no ser que la ley o el contrato matrimonial no lo prohíba expresamente.

Art. 341. Los partícipes en una indivisión (*Gemeinschaft*) pueden designar a uno de ellos como representante de la indivisión.

Este la representa en todos los actos que le conciernen y dirige la actividad económica.

La exclusión de los demás de la representación de la indivisión sólo es oponible a terceros de buena fe cuando el representante haya sido inscrito en el Registro mercantil.

Art. 342. Los bienes de la indivisión son propiedad mancomunada de todos sus miembros.

Los partícipes responden solidariamente de las deudas.

Salvo pacto en contrario, pertenece a la propiedad personal de cada partícipe lo que posea separadamente de los bienes comunes y lo que adquiera privadamente durante la indivisión por herencia u otro título gratuito.

Art. 375. La declaración de incapacidad, apenas sea firme, deberá *publicarse* en el periódico oficial del domicilio y del lugar de origen del incapacitado, una vez por lo menos.

La autoridad de inspección (*Aufsichtsbehörde*) puede permitir excepcionalmente la suspensión de la publicación mientras el enfermo o débil mental esté recluso en un establecimiento de curación.

La incapacidad no puede oponerse a terceros de buena fe antes de la publicación.

Art. 500. El testador manifiesta su voluntad ante el funcionario público, con lo que éste redacta o hace redactar la escritura y la da a leer al testador mismo.

La escritura debe ser firmada por el testador.

El funcionario debe fecharla y firmarla también.

Art. 501. Una vez fechada y firmada la escritura, el

testador declara a los dos testigos en presencia del funcionario que ha leído la escritura y que ésta contiene su última voluntad.

Los testigos acreditarán con su firma puesta en la escritura que el testador ha hecho aquella declaración en su presencia, y que a su juicio lo encuentran con capacidad de disponer.

No es necesario que los testigos tengan conocimiento del contenido de la escritura.

Art. 505, párr. 1.º El testamento ológrafo debe ser escrito desde el principio hasta el fin y firmado por el mismo testador, comprendiendo la indicación del lugar, año, mes y día en que ha sido hecho.

Art. 506. El testamento puede ser hecho en forma oral cuando por consecuencia de circunstancias extraordinarias, peligro de muerte inminente, interrupción de las comunicaciones, epidemia o guerra no pueda el testador valerse de otra forma.

El testador debe declarar su última voluntad ante dos testigos, a los que encargará procuren la documentación debida.

Art. 510. El testador puede revocar su última voluntad destruyendo de cualquier modo el documento.

Si el documento se destruye por caso fortuito o por culpa de un tercero y no sea posible reconstruir exacta e íntegramente su contenido, la disposición de última voluntad pierde su validez, salvo la acción de daños y perjuicios.

Art. 512. El contrato sucesorio requiere para su validez la forma del testamento público.

Las partes contratantes declaran simultáneamente su voluntad al funcionario público y firman el documento ante éste y dos testigos.

Art. 634. La partición obliga a los herederos desde

la formación y aceptación de los lotes o desde la celebración del contrato particional.

Este necesita para ser válido la forma escrita.

Art. 635. Los contratos de cesión entre coherederos de las porciones hereditarias y los contratos del padre o de la madre con los hijos sobre las partes de éstos en la sucesión del cónyuge premuerto, requieren para su validez la forma escrita.

Si se celebran por uno de los herederos con un tercero, no dan a éste el derecho a intervenir en la división, sino sólo a pretender la parte que en la división se atribuya al heredero.

Art. 641. El propietario de una cosa puede disponer libremente de la misma dentro de los límites de la ley.

Puede reivindicarla de cualquiera que la retenga sin derecho y repeler toda ingerencia indebida.

Art. 643. El propietario de una cosa tiene también la propiedad de sus frutos naturales.

Frutos naturales de una cosa son los productos periódicos, y todo lo que de la misma se obtiene según su destino, de acuerdo con la concepción usual.

Los frutos naturales se consideran como partes constitutivas de la cosa hasta su separación.

Art. 646. Cuando varias personas tienen por partes alícuotas la propiedad de una cosa sin división aparente, son copropietarios.

Sus partes se presumen iguales, mientras no se pruebe lo contrario.

Cada copropietario tiene en su parte los derechos y las obligaciones de un propietario, pudiendo enajenarla, darla en garantía o ser perseguida por sus acreedores.

Art. 653, párr. 3.º Mientras dure la mancomunidad no se da el derecho a pedir la división ni a disponer de una parte de la cosa.

Art. 655. La propiedad inmobiliaria tiene por objeto los fundos.

Son fundos (inmuebles) en el sentido de esta ley:

- 1.º Los bienes inmuebles.
- 2.º Los derechos sustantivos y permanentes inscritos en el Registro.
- 3.º Las minas.

Art. 656. La inscripción en el Registro es necesaria para la adquisición de la propiedad inmueble.

Sin embargo, el que adquiere un inmueble por ocupación, sucesión, expropiación, ejecución o sentencia se hace propietario antes de la inscripción, pero sólo puede disponer en el Registro cuando haya tenido lugar la inscripción.

Art. 657, párr. 1.º El contrato traslativo de la propiedad requiere para su validez el documento público.

Art. 658. La ocupación de un inmueble inscrito en el Registro sólo puede tener lugar cuando resulte del Registro que no tiene dueño.

La ocupación de terrenos no inscritos en el Registro se somete a las reglas relativas a las cosas sin dueño.

Art. 661. La propiedad de quien indebidamente ha sido inscrito en el Registro como propietario, no puede ser impugnada si ha poseído el inmueble de buena fe, sin interrupción y pacíficamente durante diez años.

Art. 665. El título de adquisición confiere al adquirente una acción personal contra el enajenante para exigir la inscripción en el Registro de la propiedad, y en caso de negativa del propietario, el derecho de hacerse adjudicar judicialmente la propiedad.

En los casos de ocupación, sucesión, expropiación, ejecución forzosa y sentencia judicial, el adquirente puede obtener directamente la inscripción.

Las modificaciones de la propiedad inmueble resultantes del régimen de bienes entre esposos se inscriben de

oficio en el Registro inmobiliario después de haberse hecho pública la inscripción en el Registro de bienes matrimoniales.

Art. 680. Las restricciones legales de la propiedad existen sin inscripción en el Registro de la propiedad.

Su extinción o modificación por acto jurídico necesita para ser válida de un documento público y de la inscripción en el Registro.

Las restricciones de la propiedad establecidas en interés público no pueden ser modificadas ni suprimidas.

Art. 694. El propietario que no tiene más que una salida insuficiente a la vía pública, puede exigir de sus vecinos que le cedan el paso necesario mediante plena indemnización.

La demanda se dirige en primer lugar contra el vecino a quien por causa del estado preexistente de la propiedad y del paso pueda exigírsele más razonablemente, y después contra aquel a quien menos perjudique el paso.

El paso necesario se fijará teniendo en cuenta los intereses de ambas partes.

Art. 696. Los derechos de paso establecidos directamente por la ley existen sin inscripción.

Sin embargo, se mencionarán en el Registro cuando tengan carácter permanente.

Art. 704. Las fuentes son partes constitutivas del fundo, y su propiedad sólo puede ser adquirida con la del suelo en que nacen.

El derecho sobre las fuentes en suelo de otro, se establece como servidumbre mediante la inscripción en el Registro inmobiliario.

Las aguas subterráneas se asimilan a las fuentes.

Art. 710, párr. 1.º Cuando un inmueble carezca del agua necesaria para la casa y las dependencias y no sea posible conducirla desde otro lugar sin trabajos y gastos des-

proporcionados, el propietario podrá exigir que un vecino, sin perjuicio para sus necesidades, le ceda una parte del agua o de la fuente.

Art. 714. Para la transmisión de la propiedad mueble es precisa la tradición de la posesión al adquirente.

El que de buena fe recibe en propiedad una cosa mueble, se hace propietario, aunque el enajenante no tuviese derecho de transmitir, si está protegido en la posesión según las reglas de ésta.

Art. 715. Para que la reserva de la propiedad sobre una cosa mueble transmitida al adquirente sea válida, es preciso que se inscriba en el Registro público del actual domicilio del adquirente, llevado por los funcionarios de las ejecuciones.

No se permite la reserva de propiedad en el comercio de ganados.

Art. 730. Un fundo puede ser grabado en beneficio de otro, de modo que el propietario del fundo sirviente deba soportar determinados actos del dominante, o abstenerse a favor del mismo de usar algunas facultades inherentes a su propiedad.

Una obligación de hacer no puede unirse más que accesoriamente a una servidumbre.

Art. 732. El contrato de constitución de servidumbre exige la forma escrita para ser válido.

Art. 733. El propietario de un inmueble puede establecer una servidumbre sobre un fundo suyo en favor de otro también suyo.

Art. 745. El usufructo puede ser establecido sobre cosas muebles, inmuebles, derechos o sobre un patrimonio.

Confiere al titular, salvo disposición contraria, el disfrute pleno de la cosa.

Art. 746. Para la constitución del usufructo sobre muebles o créditos es necesaria la tradición al usufructuario y

la inscripción en el Registro de la propiedad para los inmuebles.

Para su adquisición sobre cosas muebles e inmuebles y para la inscripción son aplicables, salvo disposición contraria, los preceptos sobre propiedad.

Art. 747. El usufructo legal existe, aun sin inscripción en el Registro, frente a aquellos terceros que tengan conocimiento del mismo.

Mediante la inscripción se hace eficaz frente a cualquiera.

Art. 756. Pertenecen al usufructuario los frutos naturales madurados durante el usufructo.

Quien haya hecho los gastos de cultivo tiene derecho a una indemnización equitativa, que no excederá del valor de la cosecha.

Los elementos de la cosa que no son frutos o productos continúan siendo del propietario.

Art. 779. Un inmueble puede ser gravado con la servidumbre de hacer o conservar un edificio, bien sobre la superficie bien debajo.

Este derecho puede cederse y transmitirse por sucesión, salvo pacto en contrario.

Si el derecho de edificación es sustantivo y permanente, puede ser inscrito como un inmueble en el Registro.

Art. 780, párr. 3.º Si el derecho de fuente (toma de aguas) es sustantivo y permanente, puede ser inscrito como inmueble en el Registro de la Propiedad.

Art. 782. Mediante la carga inmobiliaria, se obliga el propietario actual de un fundo a una prestación a favor de una persona, respondiendo con su fundo.

Como titular puede figurar el propietario de otro inmueble.

Salvo la renta inmobiliaria y las cargas de derecho público, la carga inmobiliaria sólo puede consistir en una prestación que esté en relación con la naturaleza económica

del inmueble gravado o sirva a las necesidades económicas del fundo dominante.

Art. 783. La carga inmobiliaria necesita para su constitución la inscripción en el Registro.

En la inscripción se indicará el valor de la carga en una suma determinada de moneda suiza; este valor, salvo pacto en contrario, y tratándose de prestaciones periódicas, será veinte veces el importe de una prestación anual.

Para la adquisición e inscripción se aplicarán, salvo disposición contraria, los preceptos sobre la propiedad inmobiliaria.

Art. 784. Las cargas inmobiliarias de derecho público no exigen, salvo disposición contraria, la inscripción en el Registro.

Cuando la ley no da al acreedor más que una acción para la constitución de la carga inmobiliaria, ésta no nace hasta la inscripción.

Art. 793. La garantía inmueble se constituye en forma de hipoteca, como cédula hipotecaria o como renta inmueble (carta de renta).

No se permite la constitución de otras clases de garantía inmobiliaria.

Art. 794. Al constituirse una garantía inmobiliaria debe en todo caso indicarse el importe preciso del crédito en moneda suiza.

Si el importe de la obligación es indeterminado, debe indicarse el importe máximo de la garantía inmobiliaria para todos los derechos del acreedor.

Art. 796. La garantía inmobiliaria no puede constituirse más que sobre inmuebles inscritos en el Registro.

Art. 799. La garantía inmobiliaria nace con la inscripción en el Registro inmueble, salvo las excepciones previstas en la ley.

El contrato de garantía inmobiliaria requiere para ser válido que se celebre en documento público.

Art. 800. Cada uno de los propietarios de un inmueble en condominio puede hipotecar su parte.

Sólo puede ser hipotecado conjuntamente y en nombre de todos los propietarios el inmueble que esté en propiedad mancomunada.

Art. 814. Si sobre un fundo se han constituido derechos hipotecarios de distinto grado, los acreedores de grado posterior no tienen derecho a avanzar al puesto anterior que haya quedado vacante por cancelación.

El propietario puede constituir un nuevo derecho de garantía del mismo grado del extinguido.

Las convenciones que den a un acreedor el derecho a pasar a un lugar anterior, sólo tienen eficacia real si se anotan en el Registro.

Art. 818. La garantía inmobiliaria asegura al acreedor:

- 1.º El capital.
- 2.º Los gastos de ejecución y los intereses de mora.
- 3.º Los intereses de los tres años vencidos en el momento de declararse la quiebra o de la demanda ejecutiva, y los corrientes desde el último vencimiento.

Los intereses convenidos en un principio no pueden ser aumentados en perjuicio de los acreedores posteriores a más del cinco por ciento.

Art. 824. La hipoteca puede constituirse para asegurar un crédito cualquiera, presente o futuro, o simplemente posible.

No es necesario que el inmueble gravado pertenezca al deudor.

Art. 837. La acción para la constitución de una hipoteca legal se dá:

- 1.º Para el crédito del vendedor sobre el fundo vendido.

2.º Para los créditos procedentes de la división a favor de los coherederos y comuneros, sobre los inmuebles pertenecientes a la comunidad.

3.º Para los créditos de los artesanos y contratistas que para edificios u otras obras hayan suministrado trabajo y materiales o solamente trabajo sobre el inmueble, en garantía de sus créditos contra el propietario o contra el contratista.

El titular de estos derechos de hipoteca legal no puede renunciarlos previamente.

Art. 838. La inscripción de la hipoteca del vendedor, de los coherederos o comuneros deberá hacerse, a lo más tarde, dentro de los tres meses siguientes a la transmisión de la propiedad.

Art. 839. La hipoteca de los artesanos y contratistas puede inscribirse en el Registro desde el momento en que se obligan a ejecutar la obra.

La inscripción deberá tener lugar en el plazo máximo de tres meses contados desde la terminación del trabajo.

Sólo podrá llevarse a cabo si el crédito aparece reconocido por el propietario o por el juez, no pudiendo ser exigida si el propietario presta garantía suficiente para el crédito demandado.

Art. 842. Mediante la cédula hipotecaria se establece un crédito personal garantizado hipotecariamente.

Art. 847. Mediante la carta de renta se constituye un crédito como carga inmobiliaria sobre un fundo.

Art. 854. La cédula hipotecaria y la carta de renta no pueden contener ni condición ni contraprestación.

Art. 885. Mediante la constitución de una cédula hipotecaria o de una carta de renta se extingue por novación la obligación que sirve de base a la constitución.

Cualquier convención contraria sólo produce efectos entre los contratantes y frente a terceros que no estén de buena fe.

Art. 867. El Registro de la propiedad hace fe cuando el tenor de la cédula hipotecaria o de la carta de renta no concuerda con la inscripción o ésta no exista.

El adquirente de buena fe del título tiene, sin embargo, según las reglas del Registro de la Propiedad, derecho a la reparación de daños.

Art. 872. El deudor sólo puede hacer valer aquellas excepciones que se refieren a la inscripción o al título o las que personalmente tenga contra el acreedor demandante.

Art. 875. Las obligaciones nominativas o al portador pueden asegurarse mediante hipoteca:

1. Mediante la constitución de una hipoteca o de una cédula hipotecaria por la totalidad del préstamo y la designación de un representante de los acreedores y del deudor.

2. Mediante la constitución de una hipoteca por la totalidad del préstamo en favor del establecimiento encargado de la emisión y la constitución a favor de los acreedores de la obligación de una hipoteca sobre aquella obligación hipotecaria.

Art. 885, párr. 1.º Para garantizar los créditos de los establecimientos de préstamo y de las sociedades cooperativas autorizadas a hacer tales operaciones por la autoridad competente del cantón de su domicilio, puede constituirse la hipoteca de animales sin transmisión de la posesión mediante la inscripción en un Registro público notificada a la oficina de ejecuciones.

Art. 895. Las cosas muebles y los documentos de crédito que por voluntad del deudor se encuentran en posesión del acreedor, pueden ser retenidos por éste hasta el pago de su crédito, con tal que éste sea exigible y tenga una conexión natural con el objeto retenido.

Existe esta conexión entre comerciantes por el hecho de que la posesión de la cosa y el crédito resulten de sus relaciones de negocios.

El acreedor tiene el derecho de retención aun cuando la cosa que ha recibido de buena fe no pertenezca al deudor, con reserva de los derechos de tercero procedentes de posesión anterior.

Art. 898, párr. 1.º Si el deudor no cumple su obligación, puede el acreedor que no esté suficientemente garantido realizar la cosa retenida como si se tratase de una prenda (manual), después de notificarlo al deudor.

Art. 900. Para pignorar un crédito que no resulta de documento escrito o que resulta de un simple reconocimiento escrito de la deuda, es necesaria la escritura del contrato de prenda y en su caso la entrega del título.

El acreedor y el pignorante pueden dar conocimiento al deudor de la constitución de la prenda.

Para la constitución de prenda sobre otros derechos, se necesita, además de la escritura de prenda, la observación de las formalidades prescritas para su transmisión.

Art. 901. Para la constitución de prenda sobre títulos al portador basta su entrega al acreedor pignoraticio.

Para la pignoración de otros documentos de crédito es precisa la entrega del documento unida a un endoso o a una declaración de cesión.

Art. 909. La prenda [en los establecimientos de préstamo] se constituye mediante la entrega en el establecimiento de la cosa contra la papeleta de empeño.

Art. 919. Es poseedor de una cosa quien tiene el poder efectivo sobre ella.

Tratándose de servidumbre y cargas inmobiliarias, el ejercicio efectivo del derecho se equipara a la posesión.

Art. 933. Quien a título de propiedad o por otro derecho real ha recibido de buena fe una cosa mueble, debe ser protegido en su adquisición aun cuando el transmitente tuviese la cosa sin facultad para enajenarla.

Art. 942. Se llevará un Registro de derechos sobre inmuebles.

El Registro inmobiliario comprende un libro principal con los planos que lo completan, mapas catastrales, legajos, descripciones de muebles y el libro diario.

Art. 943. Se inscriben como inmuebles en el Registro de la propiedad:

1.º Los inmuebles.

2.º Los derechos sustantivos y permanentes sobre inmuebles.

3.º Las minas.

Art. 959. Los derechos personales pueden ser anotados en el Registro cuando la ley lo ordena expresamente, como en los casos de tanteo, retracto y arrendamientos rústicos y urbanos.

Mediante la anotación adquieren eficacia frente a cualquier derecho posteriormente adquirido.

Art. 964. Para cancelar o modificar una inscripción se necesita la declaración escrita de los titulares inscritos.

Esta declaración puede darse mediante la firma en el libro diario.

Art. 965. Las operaciones del Registro de la propiedad, como inscripción, modificación y cancelación, sólo pueden ser realizadas si el demandante suministra la prueba de su derecho de disponer y del título jurídico.

La prueba del derecho de disponer consiste en establecer que el demandante es, según el Registro, el titular o su apoderado.

La prueba del título jurídico consiste en demostrar que se han observado las formas requeridas para su validez.

Art. 971. Cuando para la constitución de un derecho real se exige su inscripción en el Registro de la propiedad, este derecho no existe hasta que se inscribe.

Dentro de los límites de la inscripción puede probarse

el contenido de un derecho por los documentos justificativos o de cualquier otra forma.

Art. 972. Los derechos reales nacen, toman su grado y fecha por la inscripción en el Registro principal.

Su efecto se retrotrae al día de la inscripción en el diario con tal que se uniesen a la petición de inscripción las pruebas legales, o que tratándose de inscripciones provisionales se hayan aportado aquéllas posteriormente dentro del tiempo legal.

Art. 973. Quien de buena fe y confiando en una inscripción en el Registro ha adquirido la propiedad u otros derechos reales, debe ser protegido en su adquisición.

Art. 974. Cuando un derecho real se ha inscrito indebidamente el tercero que conocía o debía conocer el vicio, no puede apoyarse en la inscripción.

Es injusta la inscripción que tenga lugar sin título jurídico o por un acto jurídico no obligatorio [anulable].

El perjudicado en un derecho real por una inscripción de esta índole, puede oponer directamente el vicio de la inscripción al tercero de mala fe.

Art. 975. Cuando se inscriba indebidamente un derecho real o se cancele o modifique indebidamente una inscripción legítima, todo perjudicado en sus derechos reales, puede demandar la cancelación o la modificación de la inscripción.

Quedan reservados los derechos reales adquiridos por terceros de buena fe mediante la inscripción y las acciones de daños y perjuicios.

2.—PRINCIPALES ARTÍCULOS CITADOS DEL CÓDIGO REVISADO
DE LAS OBLIGACIONES (OR).

Artículo 1.º Para la perfección de un contrato se precisa la recíproca y concorde declaración de voluntad de las partes.

Esta declaración puede ser expresa o tácita.

Art. 2.º Si las partes se han puesto de acuerdo sobre todos los puntos esenciales, se presume que la reserva sobre los accidentales no debe impedir la obligatoriedad del contrato.

Párr. 3.º Quedan en vigor las disposiciones que rigen la forma de los contratos.

Art. 11. Los contratos no necesitan para ser válidos ninguna forma especial, más que cuando la ley la ordene.

Si no hay nada especial establecido sobre la significación y eficacia de una forma prescrita por la ley, en este caso la validez del contrato depende de que se observe.

Art. 12. Cuando la ley prescribe para un contrato la forma escrita, se entiende exigida ésta para todas las modificaciones del mismo, a excepción de las estipulaciones complementarias y accesorias que no estén en contradicción con la escritura.

Art. 16. Si para un contrato para el que la ley no exige ninguna forma han convenido una determinada los contratantes, se presume que las partes no han querido obligarse hasta que aquélla se observe.

Si se convino la forma escrita sin otra indicación más precisa, se aplicarán las normas para la forma escrita requerida por la ley.

Art. 22. Puede establecerse mediante contrato la obligación de celebrar un contrato futuro.

Si la ley, en interés de las partes, prescribe una forma

para que el contrato futuro sea válido, esta misma forma se exige para el contrato preparatorio.

Art. 34, párr 3.º El mandante que ha dado expresa o tacitamente a conocer el poder, sólo puede hacer valer su revocación total o parcial frente a terceros de buena fe, si les ha comunicado su revocación.

Art. 115. Un crédito puede ser anulado total o parcialmente mediante convención sin formas, aun cuando la ley exigiese una forma o las partes la hubiesen elegido para constituir la obligación.

Art. 165. La cesión requiere para ser válida la forma escrita.

La promesa de cesión puede constituirse sin formas.

Art. 216. Los contratos de venta que tienen por objeto un inmueble, necesitan para ser válidos la escritura pública.

Los contratos preparatorios, así como los contratos que originan un derecho de compra o un derecho de retracto de un inmueble, necesitan para su validez la escritura pública.

Para los contratos de tanteo basta la forma escrita.

Art. 220. Si para la toma de posesión del inmueble por el comprador se ha fijado contractualmente un término, se presume que los provechos y los riesgos no pasan al comprador hasta que llegue el término.

Art. 221. En lo demás se aplican a la venta de inmuebles por analogía las reglas relativas a la venta de muebles.

Art. 243. La promesa de donación exige para ser válida la forma escrita.

La promesa de donación de un inmueble o de un derecho real inmobiliario no es válida sin el requisito de la forma escrita.

Desde que se ejecuta la promesa de donación, le son aplicables las reglas de la donación manual.

Art. 247. El donante puede reservarse el derecho de reversión de las cosas donadas para el caso que el donatario premuera.

Este derecho de reversión puede ser anotado en el Registro de la propiedad en la donación de inmuebles o de derechos reales.

Art. 260. Puede convenirse la anotación en el Registro de la propiedad en el arrendamiento de inmuebles.

Esta anotación produce el efecto de obligar a todo nuevo propietario a dejar al arrendatario el disfrute de la cosa de acuerdo con el contrato.

Art. 282. El arrendamiento rústico puede ser anotado en el Registro de la propiedad en las mismas condiciones y con los mismos efectos que el urbano.

Art. 458. Es apoderado el que por el propietario de un negocio, fábrica u otro establecimiento comercial está autorizado expresa o tácitamente para ejercitar por él el comercio y para firmar «por poder».

El principal debe hacer inscribir el otorgamiento del poder en el Registro de comercio, pero es responsable de los actos del apoderado aun antes de la inscripción.

El apoderamiento para otras industrias o negocios sólo puede tener lugar mediante la inscripción en el Registro.

Art. 461. La extinción del poder debe inscribirse en el Registro de comercio aun en el caso de que su constitución no hubiese sido inscrita.

El poder subsiste frente a terceros de buena fe hasta que tenga lugar la extinción y se haga pública.

Art. 493. La fianza requiere para ser válida la declaración escrita del fiador y la indicación del importe preciso de su garantía.

Art. 530. La sociedad es un contrato por el que dos o más personas se reúnen para conseguir con esfuerzos o medios comunes un fin común.

Es sociedad simple, en el sentido de este título, la que no reúne los requisitos exigidos por la ley para otras sociedades.

Art. 552. Existe una sociedad colectiva cuando dos o más personas, sin limitar su responsabilidad, a tenor de los títulos siguientes, ejercitan bajo una razón social y por cuenta comun un comercio, una industria u otra empresa comercial.

Los miembros de estas sociedades deben hacerla inscribir en el Registro de comercio como sociedad colectiva.

Las sociedades con fines distintos de los indicados en el primer párrafo de este artículo pueden convertirse en sociedades colectivas, si se inscriben como tales en el Registro mercantil.

Art. 590. Hay sociedad comanditaria cuando dos o más personas, queriendo llevar a cabo una empresa de las enunciadas en el párrafo 1.º del artículo 552, se reúnen bajo una razón social de tal modo, que una por lo menos sea responsable ilimitadamente, y las otras (comanditarios) hasta la concurrencia de un cierto capital aportado.

Los miembros de dicha sociedad deben hacerla inscribir en el Registro mercantil como sociedad en comandita.

Las sociedades con fines distintos de los enunciados en el párrafo 1.º del artículo 552 pueden convertirse en comanditarias, haciéndose inscribir como tales en el Registro de comercio.

Art. 615. La constitución de la sociedad anónima y el contenido del contrato de sociedad y de los estatutos, deben constar en documento público o en documento suscrito por todos los accionistas.

La suscripción de acciones no es válida sin una declaración escrita que se refiera a los estatutos.

Art. 626. Todas las decisiones de la Asamblea general que tengan por objeto la continuación de la sociedad, la

disminución o aumento del capital en acciones (nuevas emisiones) o cualquier otra modificación de las disposiciones de los estatutos, deben constar por documento público o por escritura suscrita por todos los que las hayan aprobado.

Estas deliberaciones deben ser, como los estatutos primitivos, inscritos en el Registro de comercio.

Esas decisiones no tienen efecto legal hasta que no se inscriban en el Registro de comercio del distrito en que la sociedad tenga su domicilio.

Art. 678. Toda unión de personas que sin constituir una de las sociedades definidas en los títulos XXIV a XXVI tienda a un fin económico común, debe hacerse inscribir en el Registro de comercio en conformidad a los siguientes artículos, para adquirir el derecho a la personalidad como sociedad (cooperativa).

Art. 679. Los estatutos de una sociedad de esta índole (contrato de constitución) deben ser hechos por escrito y firmados a lo menos por siete socios.

Art. 720. Toda persona capaz de obligarse por contrato, puede obligarse por letra de cambio.

Sin embargo, las disposiciones del artículo 812 de este Código y las normas especiales contenidas en otras leyes federales o cantonales sobre la ejecución y el procedimiento en materia de letras de cambio, son solamente aplicables a las personas y a las sociedades inscritas en el Registro de comercio.

Art. 846. Cuando un título contiene la promesa de una prestación al portador, éste se reputa acreedor.

El deudor, sin embargo, no deberá pagar si la autoridad judicial o la policía le notifican una prohibición de pago.

Art. 865. Todo el que tenga capacidad para contratar puede inscribirse en el Registro de comercio.

Quien bajo un nombre especial lleva un negocio está fa-

cultado a inscribirlo en el Registro mercantil del lugar de su domicilio principal.

Si tiene en otro lugar un establecimiento secundario (filial, sucursal), también puede inscribir aquí su nombre, después de haberlo inscrito en el domicilio principal.

Quien explota un comercio, una fábrica u otro establecimiento en forma comercial, está obligado a inscribirse en el Registro del lugar en que se encuentra su domicilio principal. Si tiene una sucursal en otro lugar, también debe inscribirse en éste.....



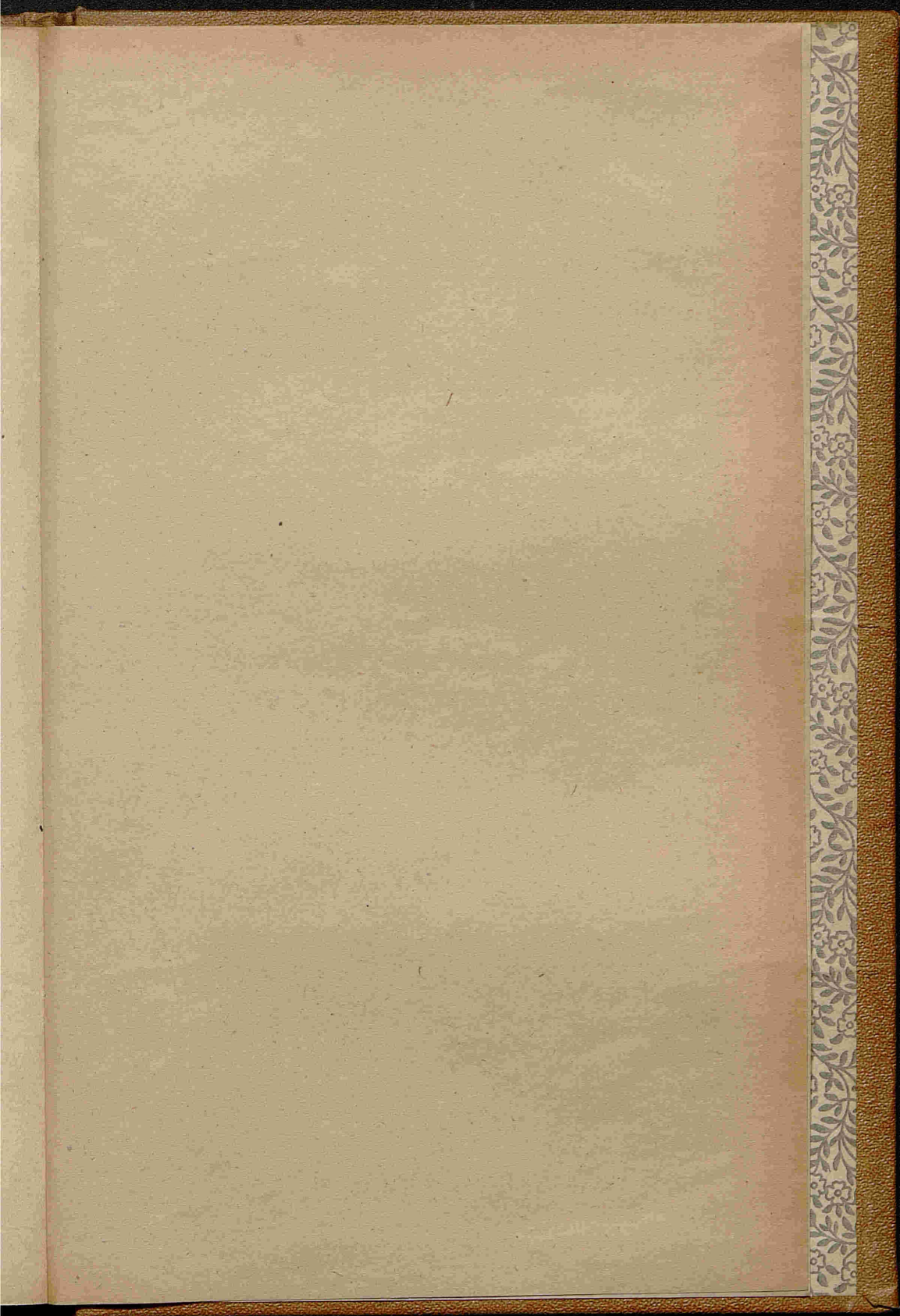
INDICE

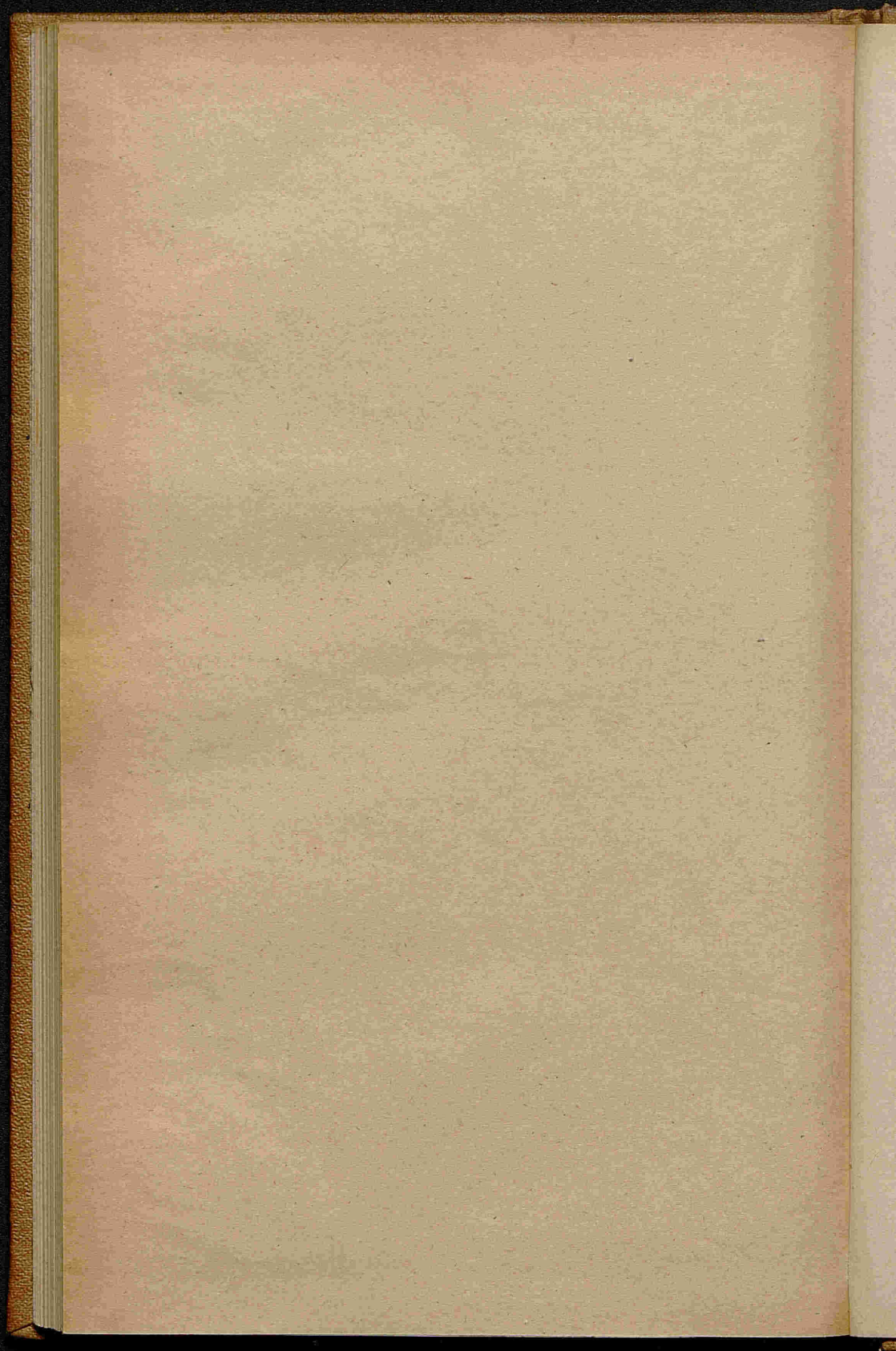
	<u>Páginas.</u>
Indicación preliminar.....	5
I. Los derechos reales en el derecho privado suizo.....	7
II. Los preceptos de forma en el derecho privado suizo.....	61

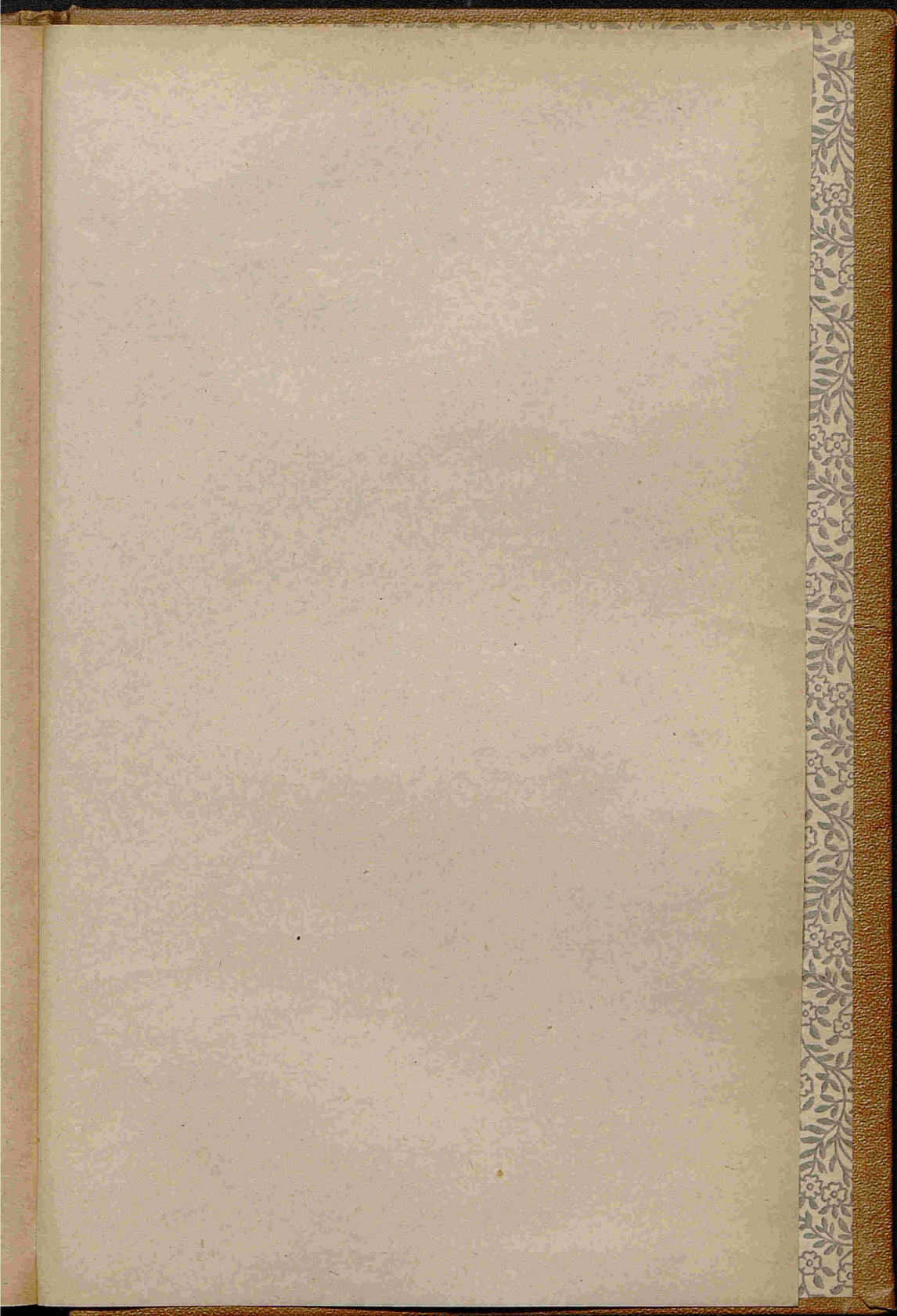
APÉNDICE

1. Principales artículos citados del Código civil suizo (ZGB)..	117
2. Principales artículos citados del Código revisado de las obligaciones (OR).....	134

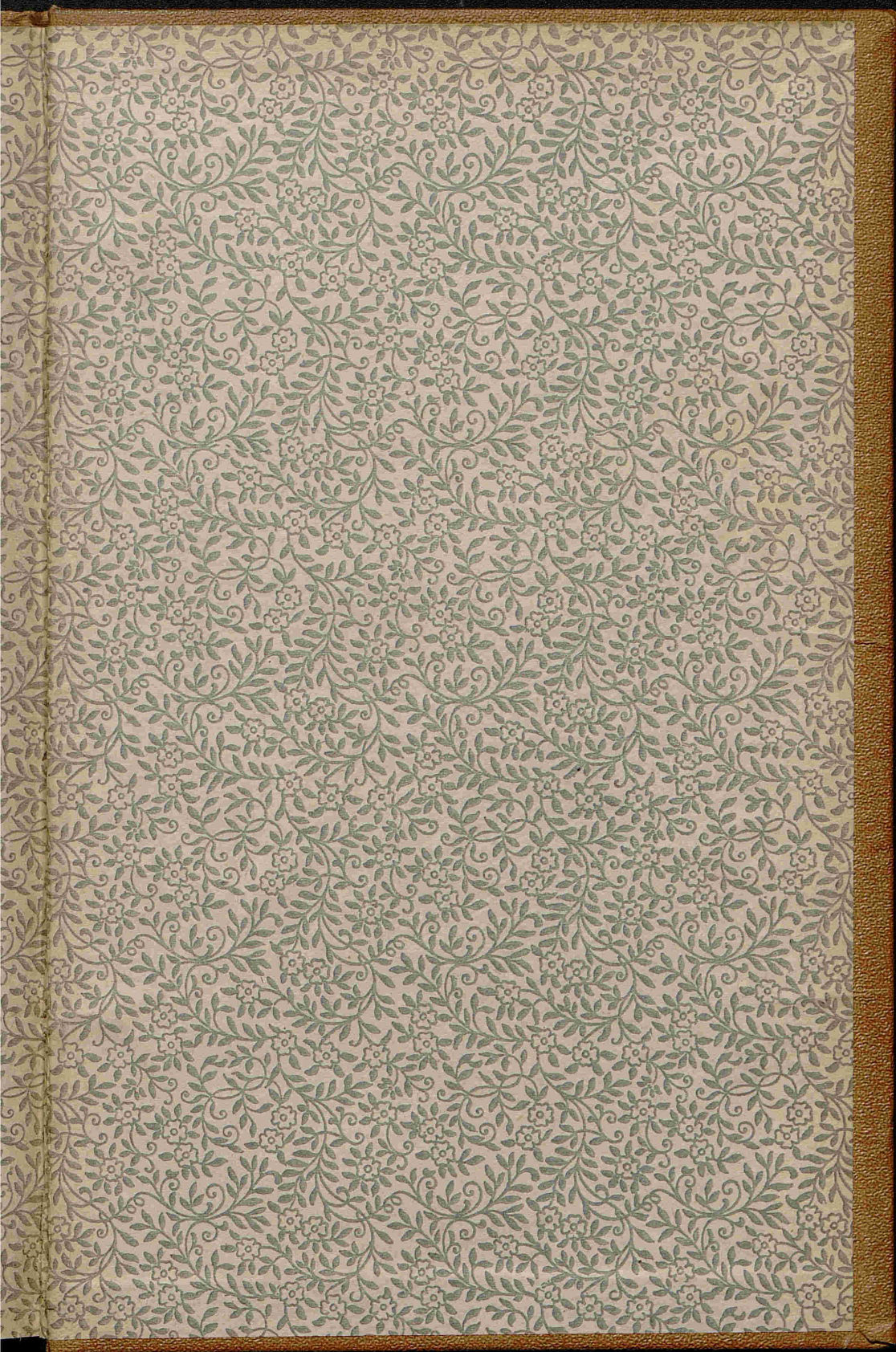














OTXOX

HUBER

—

LOS DERECHOS

REALES

Y LOS

PRECEPTOS

DE REFORMA

EN EL DERECHO

PRIVADO CIVIL

OTXOX

JAE

518

E

133

OTXOX