

II

DESARROLLO HISTORICO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN LA TRANSFERENCIA Y GRAVAMEN DE LOS INMUEBLES

1. — SIGNIFICADOS DISTINTOS DE LA PALABRA PUBLICIDAD.

La palabra publicidad posee en el Derecho privado acepciones variadas que responden a un concepto fundamental, el de llevar a conocimiento de los interesados actos o hechos jurídicos, reconocidos y apoyados por la ley con sanciones más o menos enérgicas. Unas veces equivale a mero anuncio o noticia que asegura las relaciones jurídicas y protege a las personas ausentes (1); otras veces, a notificaciones oficia-

(1) Tipos de esta especie son las publicaciones a que ^{se}

les hechas a los terceros con la finalidad de amparar la buena fe, favorecer la circulación de la riqueza y asegurar el tráfico (1) y otras, en fin, se eleva a la categoría de forma esencial del acto jurídico (2). En el primer supuesto, la violación de las disposiciones legales que regulan la publicidad, o no está especialmente sancionada, o provoca una indemnización de daños y perjuicios, o tiene efectos suspensivos, y hasta puede ser castigada con una multa. En el segundo, el incumplimiento de la ley produce la ineficacia de los actos no publicados, respecto de ciertas personas, y la subsistencia para las mismas de las situaciones jurídicas acaso extinguidas. En el último supuesto, la publicidad da el ser al acto (*forma dat esse rei*), aun en lo que directamente se refiere a los interesados que lo celebran.

El principio de la publicidad ha impreso sus huellas en todas las legislaciones, y ha cristalizado en las del siglo XX bajo la forma ya examinada de principio de legitimidad. Puesto que el individuo tiene únicamente valor como

refieren los arts. 186 y 192 del Código civil, 3.º y 157 del Código de Comercio, muchas de las disposiciones que regulan la organización de los Registros mercantil, civil, de tutelas...

(1) La primitiva ley Hipotecaria, el art. 606 y concordantes del Código civil, el 26 del Código de Comercio... son ejemplos de este criterio legal.

(2) Véanse los arts. 1.875 del Código civil y el 41 de la ley Hipotecaria vigente.

miembro de un gran todo, el derecho individual debe estar ungido con el óleo social. No es el verdadero derecho el que se oculta como venenoso aguijón, sino el que se luce como una armadura de gala (1) ante los compañeros y conciudadanos.

2.—ORÍGENES DE LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA.

Fundándose en que corresponde a los tiempos modernos el mérito de haber puesto a plena luz este nuevo elemento social, que por todas partes se infiltra en la vida de las naciones, sostiene Gianturco (2) que se equivocan cuantos quieren encontrar los orígenes de la publicidad en el derecho hebreo, griego, romano, italiano, medieval o germánico.

Ni el texto del Génesis en que se apoya Luzzatti (cap. 23, 16) (3), ni los del Levítico (cap. 25,

(1) Véase sobre estas ideas: GIERKE: *Die sociale Aufgabe des Privatrechts*, Berlín, 1889. (Hay una traducción española de D. José María Navarro de Palencia, *La función social del Derecho privado*. Madrid. Sociedad editorial española, 1904) y MEYER (H), *Das Publicitätsprincip*. München, 1919. E. H. Beck'sche Verl.

(2) *Studi e ricerche sulla trascrizione*. Parte prima, página 7 y siguientes. Nápoles, Marghieri, 1890.

(3) «Lo cual, oído por Abraham, pesó el dinero que había pedido Ephron, oyéndolo los hijos de Heth, cuatrocientos siclos de plata en buena moneda corriente.» (Traducción del P. Scio.) El capítulo contiene varias fórmulas de publicidad:

24) (1), libro de Ruth (cap. 4, 9) (2) y Jeremías (22, 9, 14, 15) (3), citados por Cannada-Bartoli, se refieren a otra cosa que a la preconstitución por escrito de la prueba de permutas o ventas fiduciarias.

Estudiadas friamente las instituciones griegas, «sin manías arqueológicas», debe reconocerse que *los oroi* (sillares en que debían inscribirse los débitos) fueron en un principio simples mojones (*termini di confini*), y si más tarde se colocaron en los campos o cerca de los edificios gravados con hipoteca, son siempre medios de una publicidad elemental, noticias sin sanción, no condiciones indispensables para la validez de la hipoteca o para hacerla eficaz contra terceros.

No tienen distinta significación las tablas (*tabulae*) de que se habla en varios pasajes del *Corpus juris*, y que en Roma atestiguaban la libertad o gravámenes de los predios. Faltan textos que reconozcan la colocación de la tabla como requisito indispensable para la transmi-

cunctis audientibus... circumstante plebe... audientibus filiis
Heth.

(1) «Por lo cual toda región de vuestra posesión será vendida bajo la condición de redención» (id.).

(2) «Y Booz dijo a los ancianos y a todo el pueblo: Vosotros sois hoy testigos de que entro a poseer todó lo que poseía Elimelech y Chelión y Mahalón, entregándomelo Noemí.»

(3) «Estas citas son inexactas. Acaso se trata de citar el capítulo XXXII, sobre todo en sus versículos 10, 14 que hablan de un *liber possessionis* y de un *liber emptionis*.»

sión del dominio o la constitución de hipotecas.

Y, en fin, examinando los documentos medievales con análogo criterio, el eminente civilista italiano afirma que si se quiere distinguir el sistema de la publicidad, cuya finalidad es salvaguardar los intereses del tercero, de la simple notoriedad derivada de inscripciones, pregones y registros, cuya falta carecía de sanción, o la tenía penal, aparecerá claro que solamente en los tiempos modernos adquirió conciencia el legislador de tal empresa (1).

Con mayor ecuanimidad, inicia Besson la parte histórica de su obra maestra (2), declarando que la publicidad de las transferencias inmobiliarias es un hecho tan antiguo como la misma propiedad inmueble.

Sólo que la publicidad no ha tenido la misma significación en los diferentes períodos de su desenvolvimiento histórico. Hoy se la justifica por la necesidad de activar el crédito inmobiliario y la velocidad de los cambios mediante la seguridad de las transacciones. Las formas antiguas, prescriptas en interés de la comunidad familiar, asegurándola el derecho de intervención y veto, eran medidas restrictivas de la libre circulación de los bienes, sin que en ellas

(1) Loc. cit., pág. 13.

(2) Les livres fonciers. Paris, Delamotte, 1891, gpá. 11.

se encuentre la menor huella de la idea del crédito ni de la protección del tercero.

En este primer estadio, se encuentra todavía el ceremonial de las transmisiones romanas y de los pueblos germánicos hasta mediados de la Edad Media.

Los inconvenientes del formalismo se dejan sentir a medida que crece la vida social, y es sustituido por las instituciones que tienden a impedir el fraude y a favorecer el crédito. Por último, la idea de garantizar a los terceros, piedra angular no hace mucho de las legislaciones inmobiliarias, comienza a evolucionar hacia una teoría más amplia y más adecuada a las exigencias de nuestra compleja civilización, hacia un sistema que asegure a todos los interesados en las fincas, promueva el crédito y facilite la circulación de aquéllas, aun a costa de un formalismo riguroso.

Así, se puede fijar en la historia de la publicidad de las transferencias inmobiliarias tres fases bien distintas. En la primera, las formas solemnes de las enajenaciones nos aparecen menos como una medida de publicidad, que como testimonio del dominio eminente de la comunidad o del señor territorial. A partir del segundo período, que se abre en el momento en que desaparecen los últimos vestigios del colectivismo primitivo, el fin predominante del formalismo en las transmisiones es el de pro-

teger a los terceros contra el fraude. En fin, cuando llega al tercer grado de su evolución, la publicidad de las transferencias no es considerada exclusivamente desde el punto de vista del interés individual de los terceros adquirentes o acreedores, sino también, y sobre todo, como un elemento de la riqueza general y del bienestar de la sociedad (1).

Dentro de estas líneas generales, y sin atribuir a ningún pueblo la paternidad exclusiva del principio de publicidad, estudia el formalismo de las transferencias en los pueblos orientales (India, Hebreos, Egipto) influídos durante los primeros tiempos por el colectivismo familiar (2) y respondiendo más tarde a las tendencias individualizadoras de la propiedad.

3.—EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EGIPTO.

Los datos del jurista e historiador francés, sobre todo en lo que se refiere a Egipto, principian ya a anticuarse. En el año 1909, ha publicado Otto Eger una obra, basada sobre papiros de los tres primeros siglos de la era cristiana y que ha sido objeto de una conferencia

(1) *Les livres fonciers*, pág. 17.

(2) De aquí el veto contra los extranjeros, el retracto familiar, el año sabático, el jubileo...

interesantísima del Sr. Tell y Lafont (1), para dar a conocer la organización de un Registro de la propiedad de la época Faraónica, o quizá de la Ptolemaica.

Dos clases de oficinas parece que existían: la *bibliozeke demosion logon* (Archivos de negocios), en donde se conservaban las declaraciones hechas cada catorce años, que servían de base a la percepción del impuesto, y la *enkte-seon bibliozeke* (Archivo de adquisiciones), regida por funcionarios análogos a nuestros Registradores (*bibliofilakes*) que intervenían en la contratación inmobiliaria y en la transmisión de derechos de igual carácter. Caso de enajenación o gravamen de fincas, se solicitaba autorización del *bibliofilakes* para realizar el acto, por medio de una instancia (*prosangelia*), en la que se hacía constar la inscripción a nombre del disponente y las circunstancias del contrato proyectado, terminando con la petición de que se ordenara al fedatario la autenticación del mismo.

Los asientos se verificaban regularmente en virtud de declaraciones (*apografe*) presentadas por los interesados en las compras, herencias, adquisiciones y cancelaciones, habiéndose en-

(1) GUILLERMO A. TELL Y LAFONT: El Registro de la propiedad en Egipto. Conferencia dada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, el día 15 de Mayo de 1914.

contrado papiros que demuestran la existencia de anotaciones preventivas (*parazesis*) de tipo variado.

Los *bibliofilakes* poseían facultades calificadoras, comprobaban las declaraciones (*apografe*) y anotaban los impedimentos en uno de los duplicados presentados.

Se llevaba el archivo, probablemente, por los nombres de los propietarios y orden alfabético, y existían una especie de índices (*diastromata*), que a la vez eran extractos de la documentación archivada, formados por el sistema del *folio personal*, es decir, agrupando, bajo el nombre del propietario, las fincas, cargas y derechos.

Aunque íntimamente unidos estos registros con la percepción de los tributos, por cuyo motivo algunos autores les han atribuído carácter fiscal, no puede dudarse de que su principal finalidad era tutelar los intereses particulares por medio de la inscripción.

4.—DERECHO ROMANO.

Cuando el pueblo romano entra en la penumbra histórica, la propiedad colectiva se ha transformado en propiedad familiar. La potestad de un jefe de familia equivale, dentro de su radio de acción, a la de un monarca absoluto. El de-

recho antiguo designa este poder con la palabra *manus*, porque la mano simboliza la fuerza. Frente a sus conciudadanos, la posición jurídica del *paterfamilias* se exterioriza mediante la *vindicatio*, que le sirve para reclamar las personas y cosas que están bajo su *manus* (mujer, hijos, esclavos, sirvientes y las demás *res mancipi*) (1). Todos los actos jurídicos concernientes a la familia, entrada y salida en la misma de personas y objetos, están sometidos al principio de publicidad.

Más tarde, en el derecho prejustiniano se distinguirán, respecto de la propiedad, las *adquisitiones civiles* de las *naturales*. Las primeras tendrán como notas comunes la publicidad, participando en el acto la comunidad por mediación de las autoridades o de los testigos, y la solemnidad que cristaliza en las palabras prescritas y en los actos formales (2). Tales eran la *mancipatio*, compra solemne ante cinco testigos, y el *libripens* o portador de la balanza; la *in jure cessio*, especie de juicio convenido, vindicación aparente ante el Magistrado; la *adjudicatio*, atribución hecha en el procedimiento particional por el *judex* en el *judicium legitimum*.

(1) Vid. sobre estos desenvolvimientos IHERING: *Histoire du développement du Droit Romain*. Trad. franç. Meulenaere, Paris, Maray, 1900.

(2) En este desenvolvimiento seguimos a SOHM: *Institutionen*, 16, aufl. München, Dunker, 1919, pág. 880 y sig.

mum, y por disposición de la autoridad pública, sea en la *assignatio*, concesión del *ager publicus*, sea en la venta en subasta pública (*venditio sub-hasta*).

Las *adquisitiones naturales* carecen de solemnidad y de publicidad, alcanzando plenos efectos jurídicos por medio de la posesión. Así, la tradición y la ocupación.

Únicamente por los medios civiles podrán ser adquiridas las cosas *mancipi*, pero el pretor, hacia el fin de la era republicana, concedió al adquirente en los casos de enajenación no solemne de aquéllas, seguida de entrega, una excepción contra el transferente que continuaba siendo dueño (*exceptio rei venditae et traditae*) (1), y una acción fundada en la posesión perdida, contra quien la retuviera (*actio Publiciana in rem*). Con estas innovaciones va creándose, al lado de la propiedad quiritaria, otra pretoria (*bonitaria*), y borrándose tanto la diferencia entre las cosas apropiables como entre los modos civiles y naturales de adquirirlas.

Justiniano cerró la evolución, dando el golpe de muerte a la propiedad quiritaria y conservando, como lógica consecuencia, los modos naturales de adquirir la pretoria. Desde entonces, la distinción fundamental de los mismos

(1) Esta técnica adquirió nuevo valor con la admisión en el derecho inmobiliario moderno de las transmisiones formales del dominio.

es la que los agrupa en modos derivativos (1) y originarios. Figuran entre aquéllos la *tradición*, transferencia de la posesión con acuerdo transmisivo de la propiedad. No se necesita, en verdad, la entrega material de la cosa; basta que se transfiera el señorío de hecho o que se transforme la antigua detentación en posesión, vendiendo, por ejemplo, la finca arrendada al arrendatario (*traditio brevi manu*), o viceversa, la posesión en detentación (*constitutum possessorium*), como cuando el dueño que transfiere su casa, continúa en la tenencia en concepto de inquilino (2).

Uno de los casos más importantes, la tradición en la compraventa, producía en el Derecho clásico la transferencia de la propiedad, solamente si se pagaba el precio o se afianzaba el pago del aplazado. Posteriormente, se equiparó a tales supuestos el de la venta a crédito, y paulatinamente fué perdiendo la *traditio* su íntima relación con la causa (donación, préstamo, compraventa...) para adquirir los caracteres de un negocio abstracto de transferencia (3), aná-

(1) Además de la *traditio*, figuran en este grupo el legado (*per vindicacionem*) y la adjudicación en procedimiento divisorio.

(2) La *traditio longa manu* no es la antítesis de la *brevi manu*, sino una transmisión desde lejos, y en cuanto a la *simbólica* ha sido introducida con mucha posterioridad.

(3) Estos precedentes serán recogidos en el capítulo que dedicaremos a la doctrina del *título* y del *modo*.

logo al *realvertrag* (contrato real) de la técnica alemana.

«La tradición que se traducía, en su origen, por actos materiales y sensibles, concluyó por simplificarse hasta el punto de poder ser sobreentendida y resultar del simple consentimiento.» «En estas hipótesis, la transferencia de la propiedad, independiente de todo acto material y de todo hecho ejecutivo, se realizaba clandestinamente, y, por consiguiente, abría la puerta al fraude» (1).

De alguna importancia en el planteamiento de nuestro tema fué la *insinuación* de las donaciones, o copia de las mismas sobre los *gesta* o *acta pública* que tenía por objeto asegurar, mediante la intervención del magistrado, la espontaneidad y veracidad del acto, evitando las captaciones y fraudes. La formalidad, potestativa en un principio, fué declarada obligatoria por Constancio Cloro y organizada por Constantino, que prescribió la redacción de un escrito con el nombre del donante y la naturaleza de la cosa, la tradición real ante testigos y la cosignación en los registros judiciales. Justiniano limitó la *insinuatio* a las donaciones que excedieran de 500 sueldos, y ordenó que se hiciera ante el *defensor civitatis*. Besson pone de relieve las semejanzas de la insinuación con las transfe-

(1) Besson, op. cit., pág. 34.

rencias ante la autoridad municipal en ciertos cantones suizos, y los contactos de la inscripción en los registros con la teoría de los libros hipotecarios germánicos. No puede, sin embargo, negarse que en los legisladores romanos hayan influido, como motivos poderosos de la reglamentación, el deseo de poner cortapisa a las donaciones exageradas, la necesidad de procurar una prueba al donatario y el temor a los fraudes en perjuicio de acreedores.

Más tarde, se extendió la insinuación a los testamentos, emancipaciones, manumisiones y tutelas, y aun a las ventas, pero con carácter facultativo.

A partir del siglo VI, la autoridad eclesiástica interviene en la insinuación de donaciones, que se realizan frecuentemente en las iglesias y monasterios (1).

En el primitivo Derecho romano (2) no se conocía la hipoteca. Para asegurar un crédito con una garantía real, se empleó en primer término la transferencia solemne de la propiedad de una cosa por el deudor al acreedor, bajo el pacto de devolución una vez pagada la deuda (*fiducia*). El acto jurídico revestía la solemnidad

(1) BESSON: *Les livres fonc.*, pág. 87 y sig.

(2) Estas nociones se hallan bien precisadas en Sohm, *op. cit.*, párrafo 72. *Das Pfandrecht*. Vid. también la primera sección del libro de Dernburg que lleva el mismo título. Leipzig, Hirzel, 1860.

dad de la *mancipatio* o de la *in jure cessio* y recibía sus caracteres específicos del *pactum fiduciae*. El acreedor pasaba a ser propietario, si bien se hallaba comprometido a no hacer un uso de su derecho contrario a lo pactado. Caso de ser pagado, debía devolver la cosa; en la hipótesis contraria, quedaba desligado del compromiso fiduciario; pero, en todo caso, tenía las facultades de uso y disposición como un verdadero dueño. Por su parte, el deudor que se hallaba obligado a satisfacer el crédito (1) podía ejercitar la acción de infamia contra el acreedor que hubiere faltado a su palabra (no la real contra terrenos adquirentes), y si había introducido la cláusula *hyperocha*, podía reclamar al acreedor autorizado para vender, el exceso del precio sobre la deuda.

Encontramos en la misma línea que conduce a la hipoteca la llamada *prediatura*. El Estado romano, que corrientemente aseguraba con fianza los créditos a su favor, procuraba también que quien respondiera por otro (*praes*) *pignorase* sus fincas (*praedia*) para poder perseguirlas en manos de los terceros.

Pero la figura jurídica más fecunda y para nuestras investigaciones más interesante, era el *pignus* o prenda en su lato sentido. Esta pala-

(1) Esta obligación no la tiene el vendedor a pacto de retro. «Se equivocan, dice Dernburg (op. cit., pág. 12), los que identifican ambos contratos.»

bra, derivada de *pango*, asegurar, debió designar, desde los más remotos tiempos, la garantía que se constituía entregando al acreedor una cosa afecta al cumplimiento de la obligación. Como se transmitía únicamente la posesión jurídica, el deudor conservaba la acción reivindicatoria, que en tiempo de las XII Tablas se guardaría muy bien de ejercitar por temor a las persecuciones del acreedor, y más tarde quedó contrarrestada por el interdicto posesorio, concedido al acreedor por el Pretor. Pagada la deuda, el deudor podía reclamar la prenda por la *actio pignoratitia directa*. Así organizada la institución, tenía como capitales defectos: 1.º, la falta de acción real para que el acreedor desposeído hiciese efectivo su derecho contra terceros, y 2.º, la limitación de los efectos de la prenda al mero secuestro de la cosa, sin facultar al acreedor para la venta, a menos que no se hubiere añadido el *pactum de vendendo*. La costumbre de introducir este último pacto en el negocio y la posibilidad de afectar las cosas como medios de pago al cumplimiento de una obligación (*pignori obligare*), sin necesidad de transferir la posesión, unidas a la tradicional figura de la responsabilidad por razón de las rentas, que gravaba a los útiles llevados por un arrendatario para trabajar la finca arrendada, hicieron derivar la corriente por cauces subalveos, sacrificando la ya escasa publicidad de la prenda.

El arrendador en esta figura típica, tan sólo tenía un derecho al embargo de los objetos (*illata*) que, naturalmente, seguían en poder del deudor arrendatario para que pudiese cultivar la tierra. A tal objeto, concedió el Pretor *Salvius* al arrendador, en tiempo de la República, un interdicto de adquirir la posesión de útiles y aperos (*interdictum Salvianum*), al que seguía el procedimiento ejecutivo. Limitado en un principio este interdicto a la persona del colono, fué transformado por Juliano en una verdadera acción real (*actio Serviana*), ejercitable contra cualquiera.

Ahora bien; como esta misma acción fué concedida al que obtenía en un contrato el derecho de hacer efectivas las obligaciones sobre cosas determinadas del deudor (*actio quasi Serviana*), y a ella añadió el Pretor el derecho de venderlas, una vez en posesión de las mismas para hacerse pago, vino de este modo a legitimarse y vulgarizarse la constitución de la prenda contractual, sin tradición, a la que los compiladores del *Corpus juris* designaron con la palabra griega *hypotheca*.

El derecho pignoraticio se establece por convención (*pignus conventionale*), por legado de vindicación (*pignus testamentarium*) por la ley, a favor del Fisco, del arrendador, del pupilo, de la mujer casada, etc., y también por mandamiento judicial (*pignus iudiciale*) o por disposi-

ción del Pretor a los fines de asegurar al actor (*pignus proetorium*).

La organización de esta materia en el Derecho romano, contemplada desde el punto de vista moderno, resulta sumamente defectuosa por la posible concurrencia de múltiples acreedores que ignoran los respectivos derechos, por la falta de determinación de la cosa gravada y del derecho constituido sobre la misma, por borrar la diferencia entre fincas y muebles, por permitir hipotecas generales, tácitas y sobre bienes futuros, y por la existencia de privilegios que desvirtúan sus efectos.

El desprecio, sobre todo, de la publicidad que trató de corregir el emperador León, concediendo prioridad a los acreedores provistos de título auténtico o de acta firmada por tres testigos, como hace notar Accarias: «No satisfacía a las verdaderas necesidades del crédito, y el régimen hipotecario romano siguió siendo, como en la época clásica, una concepción admirable por su precisión, pero sin organización práctica, comparable a un reloj bien reglado cuya esfera no señalase las horas» (1).

(1) Cit. por Besson, op. cit., pág. 36.

5.—DERECHO GERMÁNICO.

Los meditados y precisos estudios con que el Sr. Oliver ha tratado de dar a conocer en España (1) «el régimen tradicional en casi toda Alemania, desde los más remotos siglos, para la transmisión y adquisición de la propiedad territorial, fundado en la publicidad más absoluta de los actos de enajenación y gravamen», resultan en la actualidad, como la mayor parte de los trabajos de la última centuria, si no anticuados, por lo menos *demodés*, para la exposición de la materia.

Las antiguas investigaciones de Albrecht (1828), Gerber (1854) y Delbrück (1857), sobre la significación y valor probatorio de la *Gewere*, las intuiciones geniales de Gierke (1873) que vió en ella el elemento exterior del derecho de cosas, y, sobre todo, el escrito de Huber (1894) diseñando su teoría general (2), y precisando su significado en el derecho germánico, han abierto paso a las monografías y artículos de Alfred Schultze, Herbert Meyer, Naendrupp, Bückling, Stintzing, Gillis... relativos a la influencia de la forma exterior o manifestativa de los derechos reales sobre su fondo jurídico.

(1) Vid. págs. 85-163 de la citada obra.

(2) *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht.* Berner Fest. für Halle.

Con ellos, la ciencia parece haber llegado a fijar los fundamentos del principio de publicidad y a medir el alcance del mismo en los libros hipotecarios, cuyas declaraciones arraigan directamente en la *Gewere* inmobiliaria.

6.—GEWERE.

Entendían por *gewere* las fuentes del derecho germánico medieval, una relación del hombre a la cosa que, por el ordenamiento jurídico, era reconocida como forma aparente de un señorío legítimo sobre la misma (1).

La *gewere* es, por lo tanto, el elemento externo del derecho de cosas, la apariencia perceptible y notoria del derecho real incorpóreo, la forma de publicidad adecuada al tipo jurídico de la propiedad.

Etimológicamente se deriva la palabra *gewere* de la raíz *were* (gótico-*wasjan*, que puede traducirse por el verbo latino *vestire*, *investire*), correspondiendo a nuestro sustantivo *investidura*, al francés *saisine*, y al inglés *seisin* (2), y comprende los actos en cuya virtud es transmitido el señorío jurídico de los inmuebles.

(1) Seguiremos en la exposición de esta materia a Gierke, que la dedica el cap. II del t. II de su citada obra *Deutsches Privatrecht* y a Hübner, párrafo 28 de su también citada obra *Gruntzüge des Deutschen Privatrechts*.

(2) De *sazjan*=poner en posesión.

Se *viste* uno la cosa como se pone un guante (1), los testigos daban fe de haber visto la investidura (*viderunt giwerida, viderunt vestitionem*).

El término sirvió luego para designar el poder mismo que se adquiría con el acto solemne, y por último, designó un concepto independiente: la relación jurídica que primordial y únicamente yace donde la notoria dominación de una cosa es reconocida y protegida como señorío formal.

Gracias a esta institución, el derecho de cosas desenvuelve el principio de publicidad en un doble sentido: todo derecho dominical necesita para su plena eficacia una forma notoria, y por otra parte, toda exteriorización adecuada de un derecho real produce efectos jurídicos específicos.

Institución jurídica de líneas semejantes a la posesión romana, la *gewere* no se limita a afirmar el derecho y a favorecer su ejercicio, sino que extiende su función legitimadora para tutelar a los terceros que de buena fe han contratado sobre las apariencias, constituyendo una situación jurídica en cierto modo independiente del derecho sustantivo.

(1) Precisamente esta palabra proviene del gótico *wanto* que servía simbólicamente para *invertirse* una cosa (*manu vestita*). Sobre la transmisión de poder por medio del guante, vid. CHAMPEAUX: *Essai sur la vestitura ou saisine*. París, Fontemoing, 1898, pág. 17.

Como el *corpus* y el *animus* en la *possessio*, entraban en la investidura germánica (*gewere*) elementos corporales y espirituales que normalmente iban unidos, pero que a veces se separaban y provocaban situaciones de gran interés para nuestros estudios.

Se da por los autores modernos el nombre de investidura corporal a la que reunía la tenencia de la cosa (si era mueble) o el goce (si era inmueble) y la titularidad real, que no consistía en una mera afirmación subjetiva del derecho, como el *animus domini*, sino que respondía a una situación jurídica objetiva y comprometía a su defensa judicial.

Puede utilizarse la finca directamente, percibiendo y gozando los frutos, o indirectamente, cobrando una renta o canon por la dejación de los mismos, y de aquí, por un lado, la posibilidad de una investidura sin tenencia corporal, y de otro, la posible existencia de varias investiduras relativas a un solo inmueble.

El derecho inmobiliario fué de este modo llevado a configurar una *gewere* independiente del señorío de hecho (ideal): el heredero recibía desde los tiempos más remotos la investidura de su causante con la muerte del mismo (1), el

(1) Recuérdense los aforismos: *der todte erb den Lebendigen, le mort saisit le vif, saisina defuncti descendit in vivum...* y nuestra posesión *civilissima*. Vid. PATTE: *De la saisine héréditaire*. Paris, Rousseau, 1899.

que adquiría *inter vivos* mediante transferencia formal (*auflassung*), quedaba investido (1); la declaración judicial de que una finca pertenecía a una persona equivalía a la *gewere*, y, en fin, conservaba su investidura el que había sido desposeído violenta o ilegalmente de su finca.

En todos estos casos la investidura (ideal) no llevaba consigo el señorío de hecho de la cosa, y podía existir en otra persona la investidura llamada corporal, de suerte que mientras el investido idealmente hacía efectivo su derecho, coexistían dos investiduras.

Al lado de estos tipos pueden colocarse los de investidura yacente o durmiente, por ejemplo, en los casos de esponsalicio, mientras dura el matrimonio, cuando el donante se reserva la facultad de revocar, si el deudor entrega su finca al acreedor en garantía, etc., e igualmente las investiduras expectantes: transferencias condicionadas que aseguran para lo futuro un derecho real.

Los casos de investidura yacente y los de investidura expectante se distinguen perfectamente de los tipos de *gewere* ideal, pues mientras aquéllas no exteriorizan su energía jurídica

(1) En los cambios de dueño asumía un valor preponderante el abandono (*exitus, evacuatio, resignatio, auflassung*) de la finca por el transferente, acto que de real (sobre la finca) pasó a procesal (*in jure cessio* ante el Juez) y a formal por escrito (*investitura per cartam*).

hasta que ocurre un acontecimiento (por ejemplo, se disuelve el matrimonio, muere el donante, se paga la deuda o se cumple la condición), los de investidura ideal producen efectos inmediatos contra los no herederos, el transferente, el condenado en juicio o el despojante, aun cuando no siempre en cuanto a tercero, conforme veremos.

Los efectos de la investidura se han clasificado por Huber y Gierke en defensivos, ofensivos y translativos (1).

1.º *Defensivos*.—Dada la íntima unión que existe entre la investidura y el derecho real, se considera el estado posesorio como situación jurídica y se prohíbe la perturbación o el despojo, así como se autoriza al *investido* para defenderse contra ellas y emplear en caso necesario la violencia.

Sólo judicialmente podía ser combatida la investidura; pero para hacernos cargo de la tramitación del litigio necesitamos detenernos un momento en el examen del proceso germánico, que tan hondas raíces ha echado en nuestra legislación y tan olvidado ha sido por los procesalistas españoles.

El juicio en el derecho germánico medieval se apoya sobre pruebas personales, en tal for-

(1) Huber los denomina *Defensiv, Offensiv, und translativwirkung*; Gierke, *Wirkung der Rechtsverteidigung, der Rechtsverwirklichung und der Rechtsübertragung*.

ma, que el papel privilegiado corresponde a la parte que tiene la facultad de probar (1). Por otra parte, no se distingue rígidamente el juicio petitorio del posesorio (2), y la prueba de la propiedad de una cosa no se funda tanto en un modo de adquirir como en la existencia de una situación jurídica, que afirma quien tiene *gewere*.

Dados estos supuestos, el que hubiera recibido la investidura de una finca y viera judicialmente contradicho su dominio, ejercitaba el derecho de probar que las legislaciones o la costumbre le atribuían y prestaba el juramento que había de decidir el pleito. Excepcionalmente, se admitía con tal objeto el único y propio juramento del interesado; corrientemente debía presentar 2, 6, 12 y hasta 72 personas que, también bajo juramento, asegurasen la pureza y veracidad del prestado por aquél (*sacramentales, consacramentales, conjuradores*).

Estas ventajas procesales de que gozaba el investido con *gewere* corporal, se extendían a los casos de investidura ideal con variantes de gran interés.

Supongamos que una persona desposeída de su finca (y que como se ha dicho continuaba

(1) Vid. DELBRUCK: Die dñgliche Klage. Leipzig, 1857, páginas 33 y sig.

(2) ENGELMANN: Der Civil process, t. II, fasc. 1.º Der mittelalterlich, deutsches Process, pág. 58.

con la *investidura*) probara con dos testigos que había sido despojada violentamente, el actual tenedor sería obligado *prima facie* a restablecer la situación antigua. Sólo que la mayor parte de las legislaciones fijaban un plazo de año y día para que el despojado propusiera su defensa, y transcurrido el plazo sin oposición ni queja, pasaba al titular de la *gewere* corporal la ventaja de la prueba.

Respecto de los demás casos de *gewere* ideal, el titular podía defenderse invocando la transmisión efectuada (*auflassung*), la sentencia o el derecho hereditario, y caso de justificar su título, el Juez le concedía la ventaja de la prueba y la que hoy llamaríamos posición de demandado.

Esta primera parte del juicio, que versaba sobre una cuestión de hecho (la realidad de la *investidura* alegada por una de las partes), revestía una importancia capital para el resultado del pleito.

2.º *Efectos ofensivos*.—También correspondía al titular de la *gewere* ideal, el beneficio de probar, cuando promovía el juicio como actor (*petitor, quaesitor*), contra el que gozaba la corporal. El despojado podía tomar posesión, por la fuerza, del predio, o reclamar en trámites ejecutivos su restitución, y los mismos poderes correspondían al adquirente por *auflassung*, sentencia o sucesión universal, cuando no se

encontraban con alguno que hubiera recibido la investidura corporal. Si se daba este supuesto, debían ejercer ante el Juez su derecho.

3.º *Translativos*.—La transmisión de los derechos reales se realizaba por la mero transferencia de la *gewere* que los envolvía. La investidura era el presupuesto necesario y la legitimación suficiente para transmitir los derechos inmobiliarios. Podía transferirse la *gewere* corporal como la ideal, yacente, expectante y la contradictoria de la realidad jurídica. Las deficiencias de la investidura transmitida, quedaban subsanadas por el goce pacífico de la finca durante año y día, conforme se ha indicado en el supuesto de expoliación.

De esta particularidad arrancó una institución que había de tener enorme resonancia en el derecho francés, alemán, inglés, flamenco y español: la investidura legítima (*rechte gewere*).

Nacida probablemente a principios del siglo IX, en las capitulares de los reyes francos, que declaraban caducadas en los procedimientos ejecutivos (confiscación) todas las acciones de terceras personas que no hubieren sido ejercitadas dentro de año y día, se extendió a los demás supuestos de transmisión judicial (*auflassung*); de forma que los derechos reales o gravámenes de la finca enajenada, que no se hubieren hecho valer tras la notificación judicial, quedaban caducados.

Por este camino llegó el derecho sajón a admitir que quien, siendo demandado, probara con testigos la posesión pacífica durante un año, podía hacer uso del juramento para demostrar su investidura y rechazar la petición de su adversario. Según indica Heusler, no se contaba ya el año desde la transmisión formal con efectos liberatorios, sino que se alegaba la posesión pacífica durante el año anterior a la demanda (1).

«La *gewere* no era, termina Hübner (2), ni el mero señorío de hecho, ni la protección del acto que traducía la voluntad del propietario, ni el derecho a la posesión, ni como Albrecht imagina, un característico derecho de disposición (*vertretung*); sino más bien un concepto formal, cuya función más importante, abstracción hecha de sus efectos translativos, consistía en servir de legitimación formal para ejercitar los derechos reales, que en ella se presumían, y a los cuales sólo era necesario retroceder cuando se ponía en tela de juicio. La recepción del Derecho romano-canónico, sin conocimiento de la consecuencia y utilidad práctica de la investidura, llevó la confusión a sus preceptos fundamentales. Pero, finalmente, dentro del derecho inmobiliario, el pensamiento dominante de la institución, o sea la incorporación de los dere-

(1) Die *Gewere*, pág. 107, cit. por Hübner.

(2) Op. cit., pág. 180.

chos reales a una forma visible y trascendental, fué una vez más reconocido en el ordenamiento registral.»

7.—ADQUISICIÓN DERIVATIVA DE LA PROPIEDAD.

Las transmisiones del suelo, que en un principio necesitaban la intervención directa de la Comunidad, conservaron siempre en el derecho germánico los caracteres de solemnidad y publicidad.

El acto transmisivo en el antiguo derecho era único, tenía lugar sobre la misma finca y se consumaba en el momento de perfeccionarse (por ejemplo, si se trataba de una compraventa, el pago del precio y la entrega de la cosa se sucedían inmediatamente). La publicidad se obtenía por medio de testigos. Así, la Ley Ripuaria (1), prescribía que para comprar cualquier finca era necesario trasladarse a la misma con tres, seis o doce testigos (según fuera pequeña, mediana o grande) y otros tantos niños, en presencia de los cuales se entregaría el precio y se recibiría la posesión, dando a éstos de bofetadas y retorciéndoles las orejas, para que de tal modo pudiesen atestiguar lo sucedido (*et uni-*

(1) 60-1, cit. por Hübner.

cuique de parvolis alapes donet et torquat auriculas, ut ei in postmodum testimonium praebeant).

Un análisis profundo ha distinguido en dichas transferencias de propiedad dos partes esenciales: 1.^a, el negocio transmisivo, verdadero contrato real en el sentido moderno; es decir, acuerdo de voluntades dirigido a una transmisión inmediata del señorío, al cual va íntimamente unido el contrato *obligacional* que engendra los deberes correlativos (las fuentes llaman *sala* (1) a este acto complejo), y 2.^a, la investidura (*gewere = investitura*) con dos momentos bien diferenciados: *a*) la entrega simbólica de la finca (por medio de un puñado de tierra, o de un poco de césped o de un arbusto), o del señorío (dando el guante, la mano, una lanza...), y *b*) el abandono de su derecho por el transferente, bien saltando la tapia (*exitus*), bien abdicando formalmente (*abdicatio, resignatio*) (2).

A medida que el tráfico se desenvuelve, aparece cada vez más insoportable la exigencia del traslado al lugar de la finca, y paulatinamente se sustituye la transferencia real y sobre el predio, por la incorporal, que se realiza fuera de él. Ante todo, la persona condenada judicialmente a transferir una finca, otorgaba en los

(1) Del gótico *seljan* al que corresponde el verbo inglés *to sell*, vender.

(2) De donde *verlassung* y *auflassung*, como se ha indicado.

mismos estrados la investidura (*revestitio*) a la parte contraria y abandonaba desde allí la finca (*exfestucatio* = *auflassung*). Como el juicio podía ser aparente o convenido, se llega por este camino a una ceremonia análoga a la *in jure cessio* romana.

De mayor importancia es la unión de la investidura germánica con la *traditio per cartam*, del Derecho romano, que se extendió especialmente en el imperio franco gracias a la influencia de la Iglesia. Probablemente, en un principio, se daba la carta y los símbolos representativos de la finca o de un señorío al adquirente. A tal finalidad, se colocaban por tierra los objetos y éste levantaba el acta al pie de la letra (1), recibiendo la propiedad en un acto único que comprendía el contrato de venta (*sala*) y la transferencia real (*investitura*). Una capitular de principios del siglo IX, que exigía la *traditio cartae* por un lado, y de otro, que la investidura se ejerciera sobre la misma finca, separó claramente los dos actos.

Durante la Edad Media, las antiguas formas se debilitaron y la simbólica se oscureció; pero subsistieron los tres actos del derecho antiguo: contrato real, investidura y abandono.

La intervención judicial en las transmisiones

(1) De ahí la frase corriente en todos los países germánicos: levantar la carta (*levare cartam*).

de inmuebles se acentuó con el ya citado procedimiento francés de liberación o purga (*missio in bannum*) que unía al juicio sobre transferencia de fincas, tres llamamientos a los interesados para que hiciesen efectivos los derechos relativos a las mismas. Si esto no acaecía, quedaban anuladas las acciones de impugnación que correspondieran a los presentes, y transformada la investidura respecto de los ausentes en legítima (*rechte gewere*) al cabo de año y día.

Esta *auflassung* perdió su fuerza a medida que fué generalizándose la costumbre de inscribir en libros públicos las enajenaciones de inmuebles. Los documentos fueron sustituidos por la inscripción que autenticaba la transferencia, la hacía pública y la aseguraba con los privilegios de una investidura legítima (*rechte gewere*).

8.—LOS LIBROS HIPOTECARIOS.

Refugiado el arte de escribir en las iglesias y conventos, en ellos encontramos, al terminar el primer tercio de la Edad Media, libros de transcripción (*Kopialbücher*), que contenían las copias de los documentos relativos a fincas, y libros de tradición (*Traditionsbücher*), en donde se consignaban las notas originales que for-

maban el protocolo de los actos de transmisión.

Dudoso es que estos libros particulares de los grandes terratenientes se hayan transformado directamente en los grandes registros públicos, que aparecen en las ciudades a mitad del siglo XII; pero acaso hayan servido de modelo para los libros judiciales y municipales de igual contenido, que van propagándose de región en región. Alrededor del año 1135 ya se encuentra en una de las parroquias de Colonia un protocolo en pergamino, que los escabinos llevaban para acreditar las adquisiciones de derechos reales sobre predios. De Colonia pasa la institución a Audernach y Metz, y en el siglo XIII se extiende a todo el Norte de Alemania. Aunque llevados en un principio por orden cronológico y sin distinción de actos, formas o cosas, van separándose en muchos sitios las renunciaciones (*liber resignationum*) de las constituciones de censos, rentas o gravámenes (*liber obligationum et censum, liber impignoratium et redditum*), adquiriendo en algunas regiones un carácter eminentemente territorial, con la división de las ciudades en cuarteles y secciones, y, sobre todo, ganando en claridad con la inscripción en un solo folio de las relaciones jurídicas que tienen por objeto un inmueble (*Realfolien*).

En forma tan progresiva encontramos ya el registro de Danzig, y unida esta circunstancia a la de ser en los dominios de la corona bohemía,

en Polonia y en Silesia, donde la inscripción se aplica igualmente a los predios rústicos (*Landtafeln*) y como presupuesto necesario para la efectividad jurídica del acto, ha motivado la afirmación de que el sistema es más bien de origen eslavo que alemán.

En general, la institución que comienza siendo un medio de prueba entre partes, sirve en Lúbeck y Brema para transcribir la propiedad; en Munich, Viena y Hamburgo, para constituir hipotecas; y por último, se presenta como una parte esencial del acto de enajenación, como forma en que se manifiesta la contratación inmobiliaria.

9.—RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO Y CONFUSIÓN QUE PRODUCE.

Todo el sistema fué amenazado de muerte por la recepción del Derecho romano, que no exigía en el ordenamiento hipotecario forma determinada ni intervención oficial; pero las legislaciones locales conservaron la orientación germánica pura, o degeneraron en tipos eclécticos.

Para no extraviarnos en este conjunto abigarrado de solemnidades transmisivas, distinguiremos con Gierke (1) cuatro grupos:

(1) Deut. Priv., II, 282.