

346

Ø81a

1958

F.J. ges.

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10122215

080311

E-12

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y CIENCIAS SOCIALES

APUNTES SOBRE ALGUNAS

INSTITUCIONES

DEL

CODIGO CIVIL SALVADOREÑO

TESIS PRESENTADA POR

GUILLERMO OSEGUEDA PERALTA

EN EL ACTO PUBLICO

DE SU

DOCTORAMIENTO

1958

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

RECTOR..... Dr. Romeo Fortín Magaña
SECRETARIO GENERAL..... Dr. José Enrique Córdova

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO..... Dr. José Antonio Rodríguez P.
SECRETARIO..... Dr. Carlos Guerra.-

TRIBUNALES EXAMINADORES

PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente..... Dr. Max P. Brannon
Primer Vocal..... Dr. Feliciano Avelar
Segundo Vocal..... Dr. Julio Fausto Fernández

PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente..... Dr. Guillermo Trigueros h.
Primer Vocal..... Dr. Mario Luis Velasco
Segundo Vocal..... Dr. Manuel Arrieta Gallegos

PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente..... Dr. José María Méndez
Primer Vocal..... Dr. René Padilla y Velasco
Segundo Vocal..... Dr. Francisco Alfonso Leiva

EXAME PUBLICO

Presidente..... Dr. Arturo Zeledón Castrillo
Primer Vocal..... Dr. Adolfo Oscar Miranda
Segundo Vocal..... Dr. Manuel Humberto Rivera

I N D I C E

CAPITULO

PAGINA

	Agradecimientos y Dedicatoria.....	
	Introducción.....	1
I	De los Esponsales.....	5
II	De la Tradición.....	15
III	Libre Testamentifacción.....	55
IV	Prelación de Créditos.....	67
V	Inexistencia Jurídica.....	79
	Palabras Finales.....	91
	Bibliografía.....	93

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

Quiero dejar constancia en mi tesis doctoral, de mi eterna -
gratitud a los maestros de la Facultad de Jurisprudencia y Cien -
cias Sociales de la Universidad de El Salvador, que con sus en -
señanzas y oportunos consejos supieron inculcar en mi ser el cari -
ño por la profesión que ahora coronó, dando vida a una ilusión al -
bergada en mi corazón desde mi infancia: llegar un día a ser pro -
fesional.-

Dedico mi tesis con especial cariño, a mis queridos padres:
Don Francisco Absalón Osegueda y Doña Josefina Peralta de Osegue -
da, que supieron moldear mi alma y hacer realidad mi formación in -
telectual; a mi esposa Conchita Hernández Dueñas de Osegueda Pe -
ralta, que es mi fiel y abnegada compañera, inspiradora de mis -
realizaciones y que representa el único amor de mi vida; a mis a -
doradas hijitas Anabella, Carmen Elizabeth y Rhina Elizabeth, en -
quienes cifro mis esperanzas; a mis hermanos: Coralia Esmeralda, -
Josefina Antonieta, Filomena Esperanza, Francisco Antonio, María -
Marta, Blanca Alicia, Julio Alfredo y Rosa Nelly, lo mismo que a -
Manuel y José Ricardo, idos de este mundo en temprana edad, pero -
que siempre viven en mi recuerdo; a mis tíos y demás parientes.-

G.O.P.

INTRODUCCION

El nombre de mi tesis doctoral: "Apuntes sobre algunas Instituciones del Código Civil Salvadoreño", debe dar una idea, aunque ligera, de su contenido.- Mi estudio se reduce a comentar brevemente varias de las Instituciones del Código Civil que en mi vida estudiantil llamaron poderosamente mi atención.- Comprendo que la materia objeto de mi trabajo es sumamente delicada y difícil; pero me animo a escribir sobre ella porque considero que, aunque los temas que aborde ya han sido tratados con extensión por personas más entendidas que yo en estos asuntos, nunca está demás exponer lo que uno piensa al respecto, sobre todo si se hace sin --ninguna pretensión.- No me detendré a hacer demasiadas consideraciones de orden doctrinario y en lo posible, evitaré hacer citas extensas de lo escrito por más de algún civilista.- Procuraré ir desentrañando de la letra de los artículos, el sentido que en mi opinión debe dárseles y anotaré lo que para mí representa la médula de los mismos, sin recurrir, si no me veo obligado a ello, a las cuestiones históricas.- Siempre he pensado y esto es parecer muy personal, que lo interesante en el estudio de las leyes es su aspecto presente, su texto vigente y que si no es por necesidades imperiosas de interpretación, no hay que acudir a las leyes anteriores, ya derogadas, que lo único que hacen es aumentar el volumen de las obras, con el peligro de que el lector poco cuidadoso pueda retener en su mente lo pasado, con

perjuicio de lo actual. He tenido la oportunidad de presentar el caso de compañeros que por estudiar en exceso historia de la legislación, por vano deseo de erudición, se han olvidado de la ley que en el momento está rigiendo y a la hora de examinarse han sido un mar tremendo de confusiones. No soy partidario, lo repito, de que en las obras jurídicas y principalmente en las exegéticas, (ese carácter traté de imprimirle a la mía), se vuelva demasiado la vista a disposiciones de tiempos ya idos, si ello no es forzoso e imprescindible para esclarecer el significado de la ley. -- Así que mi trabajo no tendrá la extensión que le daría la abundancia de cita de autores y de historia jurídica, pues éstas irán reducidas al mínimun. Aclaro que en cuestión de doctrina sobre puntos de derecho, mi manera de ver las cosas es la siguiente: el estudiante y no sólo el estudiante, sino que también el jurista, el abogado, debe, antes que todo, tratar de entender las leyes sin el auxilio de los comentarios, pues de ese modo forja mejor su criterio jurídico. Estimo en demasía las obras de los tratadistas, las que siempre he leído y seguiré leyendo, pero después que haya fracasado en mi intento de descubrir "el espíritu de la ley" o para constatar en última instancia, que lo que estaba pensando era correcto o incorrecto. Confieso además que mi mayor deseo estriba en que mi tesis de doctoramiento sea lo más original que se pueda, por lo menos en su redacción, de allí que hasta de la jurisprudencia trataré de olvidarme es

decir, trataré de citarla muy poco, a fin de que en mis lí-
neas se materialice en grado sumo, mi esfuerzo personal. No
estará demás recordar lo imposible que resulta desprenderse
del bagaje cultural que uno lleva encima y que por consi-
guiente, al escribir o hablar sobre determinado tema, se le
está dando, simplemente, la forma que el autor cree que de-
be tener. No es primera vez que escribo sobre un tema de le-
yes y es bastante lo que debo a la enseñanza de mis maes-
tros y lo que he leído, o lo que es lo mismo, mi cerebro no
es como dijera el filósofo, un white paper (papel blanco),-
puesto que está poblado de conocimientos, está dotado de --
una cultura jurídica y al escribir mi tesis forzosamente --
tengo que hacer uso de los mismos, sin que se crea, por un-
momento siquiera, que presumo de "inventor", pues con segu-
ridad, lo que diga, ya fue escrito por otro. No importa. En
todo caso siempre me quedará la satisfacción de que si ese-
otro no lo hubiera dicho, yo hubiera sido acaso, el primero
en decirlo, por mi investigación, por mi estudio, talvez --
por mi "intuición", porque, sinceramente, mis conclusiones,
aunque no sean nuevas son "originales", de mi "cosecha". --
Por eso es que no pretendo que mis palabras contendrán un -
"descubrimiento", sino que más bien representarán y harán -
patente, "un estado de conciencia jurídica", el mío, por ra-
ras e ilógicas que parezcan las opiniones que sostenga. Me-
doy cuenta que no tengo suficiente capacidad y experiencia-
para dar un aporte científico a la literatura jurídica y --

por lo tanto, suplico que mi obra sea considerada como una pequeña contribución, como un granito de arena, que llega a formar parte de ese enorme edificio que constituye la variedad de trabajos existentes sobre asuntos de Derecho. Pienso que el único valor que tendrán mis líneas, si es que lo tienen, será de carácter dialéctico, de discusión, pues estoy seguro de que si mis opiniones no se estiman acertadas, que es lo más probable, personas con mayores aptitudes se encargarán de formular las correctas.-

Para el jurado calificador y examinador, mis ruegos desaber disculpar los errores que encuentre a mi tesis, ruego que también hago extensivo a la persona amable que se tome el trabajo de leerla; a unos y otros pido tener presente mi buen propósito de cristalizar en realidad un deseo largamente anhelado: retribuir a la querida casa de estudios que ahora abandono en cuerpo, a mi inolvidable Universidad, aunque sea ínfimamente, algo de lo que ella tanto me ha dado, con esta obrita que engrosará su biblioteca y en donde espero encuentre acogida entre los estudiosos de los temas jurídicos.-

G.O.P.

CAPITULO PRIMERO
DE LOS ESPONSALES

Algunas veces, antes de celebrarse un matrimonio, suele existir entre los futuros contrayentes, un pacto acerca de la unión que tienen planeado realizar, en el cual se comprometen llevar a feliz término sus propósitos matrimoniales, es decir, que convienen en casarse en fecha próxima. Ese pacto o acuerdo es conocido con el nombre de esponsales o desposorio. En tiempos de los romanos los esponsales tuvieron el carácter de obligatorios, el que también les fué atribuido en el derecho canónico, y por medio de ellos los novios quedaban obligados a contraer matrimonio, con lo que se les daba el efecto de una promesa de contrato generadora de obligación. Esa posición ha sido abandonada por nuestro derecho y a pesar de que aún existen los esponsales, éstos no tienen ninguna eficacia jurídica, ninguna obligatoriedad y los promitentes o esposos quedan después de haberlos celebrado, como al principio: libres de casarse o no, según les dicte su conciencia o su corazón.

En nuestro Código Civil aparecen consignados en el Título III del Libro Primero que trata "De las Personas". El primer artículo de ese Título es el 94, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Los esponsales o desposorio, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.

No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios".-

Nuestro Legislador por cuestión de pura tradición histórica incluyó dentro del Código Civil el Título de los esposales, puesto que no les concede ninguna trascendencia, ninguna efectividad legal, ya que los confía "al honor y conciencia del individuo", declarando enfáticamente que constituyen "un hecho privado". Y realmente los esposales no producen "obligación alguna ante la ley civil", porque las obligaciones ya tienen modos determinados para nacer a la vida jurídica, al derecho, tales los consignados de manera expresa y taxativa por el Art. 1308 C. que dice: "las obligaciones NACEN de los contratos, cuasi contratos, delitos, o cuasi delitos, faltas y de la ley" y la promesa de matrimonio solamente tendría validez si el matrimonio fuese considerado un contrato, puesto que el Art. 1425 C. establece que: "la promesa de celebrar un CONTRATO no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1ª) Que la promesa conste por escrito; 2ª) Que el CONTRATO prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces; 3ª) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del CONTRATO; 4ª) Que en ella se especifique de tal manera el CONTRATO prometido, que sólo falten para que sea perfecto la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban. Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente (Art. 1424 C. que trata de la mane-

ra de hacer efectiva una obligación de hacer)". Como se nota, el Art. 1425 C. se refiere concretamente a los contratos y el matrimonio, hay que decirlo, no es un contrato, aún cuando - tenga como fundamento, como principio, la voluntad o consentimiento de los contrayentes. Modernamente ha sido considerado como una institución jurídica y yo me adhiero a esa corriente, manifestando como Baudry Lacantinerie y Houques Fourcade, que el matrimonio "es el ESTADO de dos personas de diferente sexo, cuya unión ha sido consagrada por la ley". Considero que no - es necesario que continúe argumentando acerca de la naturaleza del matrimonio, pues estoy seguro de que serán muy pocos, - escasos, los que aún piensan en el matrimonio como contrato.- Si se da por aceptada la anterior conclusión, la promesa de - matrimonio o esponsales quedará con el carácter de un contratrato innominado (la promesa de celebrar un contrato es CONTRATO, porque de ella nace una obligación: celebrar u otorgar el contrato prometido) inoperante, y no propiamente de un contrato, sino que más bien de una convención no contractual, puesto -- que si se le da aquella esencia se llegaría a afirmar que hay contratos que no generan obligaciones, lo que es un absurdo, - puesto que del contrato, de cualquier contrato, siempre nacen obligaciones, sin importar el contenido de éstas. En otras palabras: los esponsales al no crear obligación alguna ante la ley civil, se convierten en simple adorno de una ceremonia estrictamente familiar y privada, por más que en ellos aparezca consignada una promesa de matrimonio mutuamente aceptada. Con

mo que a nuestro Legislador le chocaba la idea de tener que - sacrificar los sentimientos, las inclinaciones, el afecto, de los novios promitentes, quienes de ser obligatorios los espon sales podrían llegar a convertirse, al desaparecer los víncu los de cariño que los hicieron prometer el matrimonio, en se res desgraciados que se casarían por pura obligación lo que - no debe ser así, pues para que el matrimonio prospere hay que llegar a él, no ser llevado a la fuerza.-

Si los esponsales no producen ninguna obligación ante la ley civil, tal como lo dice el artículo 94 C., no comprendo - porque el Legislador los incluyó dentro del Código Civil, pues la verdad es que no tienen ninguna utilidad práctica y lejos de eso, en caso de no cumplirse, dan margen a discordias fami liares que pueden tener graves repercusiones sociales, según el concepto del honor o de la dignidad que tenga la familia - "ofendida" o "agraviada" con la burla sufrida por el miembro - suyo que no lle gó a ser más que un consorte potencial, a con secuencia de la falta de "valor", de "honor" o de "conciencia", del otro promitente y ello en virtud de la publicidad que a - compañia a tal ceremonia, por la que son numerosas las perso - nas que se enteran del "compromiso" y por consiguiente, de -- los "perjuicios" que experimenta el novio despedido.-

En el Título III del Libro Cuarto del Código Civil, espe cíficamente en el Art. 1341, se dispone que las OBLIGACIONES - son civiles o meramente naturales, no existiendo fuera de e - llas otra especie de obligaciones, pues la ley hace una enume

ración taxativa. Y bien, si de conformidad con el Art. 94 C.- los esponsales no generan obligación alguna ante la ley civil, (ni civil propiamente dicha, ni meramente natural), se deduce, sin mayor esfuerzo, que el segundo inciso del mismo artículo sale sobrando, puesto que si no existe ninguna obligación, es lógico que no se puede pedir que se lleve a efecto el matrimonio, que en todo caso sería la obligación derivada del desponsorio y que, por lo tanto, no habiéndose incumplido nada, no puede haber jamás indemnización de perjuicios (Arts. 1424 y - 1427 C.)

Si los esponsales son un hecho privado que la ley somete enteramente al honor y conciencia del individuo, opino que nada se perdería en eliminar de la legislación civil esa anticuada y nada importante institución, resabio de costumbres pre-históricas.-

Respetando la santidad de la ley, su vigencia, no obstante sus incongruencias e inconvenientes, continuaré refiriéndome a los otros artículos que contemplan los esponsales.-

El Art. 95 C. expresa:

"Tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido".

"Pero si se hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución".-

El primer inciso de este artículo, de acuerdo con lo que expuse al referirme al segundo inciso del anterior (94), creo que también está demás, puesto que no habiendo llegado a nacer ninguna obligación, es claro que la que pudo ser una "cláusu-

la penal", tampoco adquirió vida, puesto que conforme lo establece el Art. 1406 C.: "La cláusula penal es aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una OBLIGACION, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar la OBLIGACION principal o de retardar su ejecución.", y el Art. 1407 C. recalca que: "la nulidad de la OBLIGACION principal acarrea la de la cláusula penal", debiendo entenderse, pienso, que en el término nulidad debe comprenderse a la inexistencia de la obligación, como es el caso de los esponsales y que por consiguiente la multa estipulada por el que incumple los mismos, no podría nunca exigirse, pues para pretender una cosa se necesita tener derecho a ella en virtud de una obligación a nuestro favor y a cargo de otra persona, lo que no ocurre en el caso que comento.- Si el Legislador había dicho que los esponsales no producían obligación alguna ante la ley civil, los demás agregados resultan innecesarios.-

Llama poderosamente la atención el inciso segundo del -- Arto. 95 C. que establece: que si la multa estipulada se hubiese pagado, no podrá pedirse su devolución. La cuestión no es sencilla . En efecto: los esponsales con base en el tenor del Art. 94 C. no producen, no dan lugar a que nazca ninguna obligación ante la ley civil, las que, como atrás queda dicho, solamente pueden ser civiles o meramente naturales. Sólo las obligaciones naturales, que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas, tienen alguna -

semejanza con la facultad que la ley concede al novio defraudado para quedarse con el importe de la multa que se le hubiere pagado como consecuencia de la no celebración del matrimonio, puesto que dicha multa, tampoco puede ser exigida judicialmente. Pero esa semejanza no es más que artificial, pues en las obligaciones naturales, existe una obligación aunque imperfecta y de allí la justicia y la lógica encerrada en el Art. 1341 C., tercer inciso, la que no se encuentra por ningún lado que se le busque, en el Art. 95 C. Si no hay obligación, si jamás llegó a nacer ese vínculo jurídico, no entiendo, francamente, por que no puede repetirse el pago de la multa estipulada por el promitente que no cumplió su palabra de honor y que por una u otra razón la pagó, cuando a todas luces se ve que es un verdadero pago de lo no debido y esto es obvio, porque para deber una cosa se precisa de la existencia de una obligación que los esponsales no llegaron a crear y -- tanto más me sorprende la disposición legal por lo que dispone el Art. 2048 C. que reza: "se podrá repetir aún lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural". Si la ley expuso que del desposorio no nacía ninguna obligación y que era un hecho privado, sometido ENTERAMENTE al honor y conciencia del individuo, ¿A qué título viene después a sancionarle a este individuo esa falta de honor y de conciencia que se le achaca en el incumplimiento de la promesa de matrimonio? ¿Por qué tuvo el Legislador que invadir la esfera estrictamen

te privada y crear una sanción a todas luces ilógica y anti-jurídica? Solamente por el título de pena, de sanción, dado a esa multa, puede entenderse la imposibilidad de no repetir -- su pago, al haberse cancelado por la falta de cumplimiento de un hecho privado que puede no implicar inmoralidad y que a lo mejor está motivado por razones poderosas. El Legislador tuvo que salirse del Título de las obligaciones y dio vida a una sanción que no se legitima, no digamos justifica. Yo estimo -- que existe una contradicción enorme en lo dispuesto por el segundo inciso del Art. 95, con lo estatuido en el Art. 94 y -- considero que habría sido de buen y sano criterio jurídico, -- conceder la acción de repetición del pago de lo no debido, como es lo acertado, lo correcto y para ser concorde con lo dicho antes. Estas incongruencias de nuestro Legislador me convencen cada vez más, de que el Título de los Esponsales debe desaparecer totalmente del Código Civil. No creo que valga la pena continuar especulando acerca de la injusticia e improcedencia de lo dispuesto por el Legislador a l no permitir repetir el pago de la multa pagada por el "esposo" incumplidor, -- pues en realidad esta multa no tiene, conforme el artículo -- que cité, por fundamento ni aún una obligación puramente natural, de donde, al convertirse en una pena, se excede el Legislador al castigar un hecho que él mismo había manifestado ignorar, pasar desapercibido. El Art. 96 C., último del Título -- que comento dice:

"Lo dicho no se opone a que se demande la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado".

Esta disposición no es más que un respeto a lo estatuido en el Título XXII del Libro Cuarto del Código Civil que se refiere a las Capitulaciones matrimoniales y a las Donaciones por causa de matrimonio, en donde aparece claramente que en éstas últimas (las donaciones) se entiende la CONDICION de CELEBRARSE o haberse celebrado el matrimonio, es decir que no son donaciones puras y simples, sino que condicionales, con lo cual, como es lógico, se está manifestando que caso de no cumplirse con el citado evento, no tienen ninguna validez. -- Basta el artículo 1593, inciso 2º C. para comprender que en el caso de no realizarse o llevarse a cabo el matrimonio convenido en los esponsales, cuando hubiere mediado alguna donación, ésta no tiene ninguna eficacia jurídica, concluyéndose entonces, que lo dicho por el Art. 96 C. no es una consecuencia o efecto del desposorio, sino que una condición del contrato de donación que casi siempre lo acompaña, resultando, por consiguiente, innecesario su texto.-

En verdad, como he expresado, todo el Título de los Esponsales está sobrando, está demás en el Código Civil y considero que al suprimirlo, se pondría nuestra legislación a tono con la realidad, la que en nada resulta afectada con la existencia o inexistencia de esa institución.-

Mi comentario, sin embargo, tiene como explicación el he

cho de que aún cuando esas disposiciones ya no son positivas, están vigentes.-

CAPITULO SEGUNDO

DE LA TRADICION

El Código Civil salvadoreño no hace una enumeración de los modos de adquirir el dominio. Se puede no obstante deducir de su texto, que tales modos son los siguientes: la ocupación, la accesión, la prescripción, la tradición y la ley. Dedicaré mis páginas a escribir algo sobre la tradición, que aparece tratada en el Título VI del Libro Segundo del Código Civil que se refiere a "Los Bienes, su Dominio, Posesión, Uso y Goce".-

La tradición es un modo de adquirir el dominio de los llamados derivativos, puesto que "implica la enajenación de una cosa ya apropiada", es decir que el adquirente tiene un causahabiente, alguien que le ha precedido en el dominio que pasa a pertenecerle. Tiene como antecedente inmediato, un título traslativo de dominio como el de venta, permuta, donación, etc., o sea que viene a ser en realidad, el "pago" de una obligación generada por el contrato en que se consigna cualquiera de los títulos traslativos de dominio y en nuestra legislación no se conciben "la una sin el otro y el otro sin la una", tal como lo estipulan los artículos 656 y 747, inciso 3o C. Su objeto es, como lo establece el Art. 651 C. que la define: transferir el dominio de cualquier cosa que se ha vendido, donado, permutado, etc. Según que se trate de bienes muebles o inmuebles, así son las formalidades exigidas por --

nuestra ley para efectuar la tradición (Arts. 665 y 666 y 667 y siguientes C.) y sin que se cumpla con ellas no puede hablarse de una transferencia de la propiedad.-

En Francia se ha establecido que "el contrato es, no solamente fuente de obligaciones como en el derecho romano, si- no también traslativo de la propiedad. Vender es enajenar: am- bas nociones eran muy distintas en la antigüedad; hoy se con- funden. La transmisión de la propiedad se ha convertido en un efecto tan directo e inmediato del contrato como la misma crea- ción de obligaciones. El comprador, el permutante, el donata- rio, devienen propietarios de la cosa al mismo tiempo que a - creedores del enajenante; la obligación de transmitir la pro- piedad convenida entre las partes, es ejecutada al mismo tiem- po que se forma. Este resultado se expresa diciendo que la -- propiedad se transmite por el simple consentimiento". Para -- los franceses pues, la tradición ha perdido toda la importan- cia que ha tenido en el curso de la historia y que para noso- tros continúa teniéndola. Ellos sólo exigen el contrato para- que la transmisión del dominio surta efectos. Sin embargo de lo citado, párrafos de la obra de Planiol y Ripert sobre Dere- cho Civil, examinando el mismo Código Civil francés, resulta- que por ejemplo, la compraventa (venta) es "una convención -- por la que uno se obliga a entregar una cosa y otro a pagarla" y los mismos comentaristas afirman que esa definición "evoca- la compraventa romana en la cual el vendedor no contraía más- obligación que la de asegurar al comprador el disfrute pacífi

co de la cosa vendida, sin estar obligado a transmitir la propiedad", pero que actualmente esa definición del Código Civil "no corresponde ya a su verdadero carácter: la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, inmediata o futura", por lo que ellos la definen así: "La compraventa es un contrato por el cual una persona, que se denomina vendedor, SE OBLIGA A -- TRANSMITIR a otra la propiedad de una cosa, mientras que esa otra, que es el comprador SE OBLIGA A PAGARLE SU VALOR EN DI-NERO", recalcando que esa definición es "conforme al espíritu del Código Civil". Desde luego que la autoridad de los señores Planiol y Ripert en esta materia, es enorme y a mí no me queda más que inclinarme reverentemente ante ellos reconociéndoselas. Creo a pesar de lo moderno de la teoría francesa, que la tradición sigue siendo necesaria para transmitir el dominio, pues como los mismos tratadistas lo señalan, con algún descuido, de la compraventa (un ejemplo) nace una OBLIGACION: - transmitir la propiedad y a mí no me convence, sinceramente, - que esa transmisión se efectúe por el mismo contrato, pues se rompería la naturaleza de este modo de generar obligaciones, - aún cuando ellos le han dado el carácter de traslativo de la propiedad.-

Nuestro Código Civil en su Art. 1309 expresa: "contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se OBLIGAN para con otra u otras, o recíprocamente, a DAR (transferir el dominio o constituir un derecho real), hacer o no hacer alguna cosa", significando que de esa operación sólo na -

cen al derecho: OBLIGACIONES y entre ellas, lo puse entre pa-
réntesis ya: transmitir la propiedad, si el contrato da forma
a un título traslativo de dominio. Para que en nuestro país-
se pudiera adoptar el sistema francés sería indispensable re-
formar la definición del contrato, eso es obvio.-

La definición del Art. 1597 C. acerca de la compraventa,
es en esencia, igual a la formulada por Planiol y Ripert, por
que para el vendedor nace la obligación de DAR (transferir el
dominio) una cosa y para el comprador, la de pagarla en dine-
ro, es decir que siempre queda la compraventa como un hecho-
que da nacimiento a obligaciones y la circunstancia de que és
tas se puedan cumplir inmediatamente, no le quita ese carácter,
pudiendo resolverse de acuerdo con el Art. 1360 C. si cual -
quiera de los contratantes incumple su obligación, lo que no-
se concibe en el sistema de Francia, pues la obligación se -
supone cumplida en el instante mismo de la celebración del --
contrato. Parece que Planiol y Ripert se contradicen al mani-
festar que el comprador, etc., deviene propietario de la cosa
al mismo tiempo que ACREEDOR del enajenante. ¿De qué continúa
siendo acreedor el comprador con respecto al enajenante? Yo -
creo que de nada, a menos que la transmisión de la propiedad
no se le haya efectuado aún, como en el caso de una venta en-
que se ha fijado un plazo para efectuar "la entrega". No en--
tiendo bien esta posición de los franceses: admiten que la --
venta está perfecta, pero que sin embargo la transmisión del-
dominio puede tener un plazo. Vencido este plazo, ¿Cómo se ve

rifica el traspaso del dominio? Por una entrega dicen ellos, -- pero no con el carácter de tradición, sino que simplemente -- de "entrega".-

Yo sigo creyendo que el sistema salvadoreño no es malo -- y que los contratos deben continuar como FUENTE DE OBLIGACIO- NES y que si no se verifica la tradición, no hay más derecho -- que el de exigirla, de reclamarla y si el enajenante se pone -- en imposibilidad de cumplirla, resolver el contrato. Los fran -- ceses titubean con su sistema cuando hablan de la rescilia -- ción como modo de extinguir las obligaciones (Art. 1438 de -- nuestro Código Civil), cual es aquel que dice que "toda obli -- gación puede extinguirse por una convención en que las par -- tes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo -- suyo, consientan en darla por cumplida". Ellos dicen: la com -- praventa está perfecta y por consiguiente, el comprador adqui -- rió el dominio. Si se presentara el caso de la resciliación, habría que efectuar una operación inversa: es decir, volver -- a vender, para que el primer vendedor vuelva a adquirir el -- dominio, no siendo eso, en verdad, una resciliación, sino que un nuevo contrato de venta. Entre nosotros no existe ese pro -- blema, pues si sólo hay compraventa sin tradición, las partes pueden usar de la resciliación. En Francia entonces, esos con -- tratos traslativos de dominio son impotentes ante la volun -- tad de las partes o mejor dicho, la voluntad de las partes es inoperante con respecto a esos contratos. Aquí solamente suce -- de eso cuando ha existido tradición, porque entonces ya no --

hay obligación resciliable.-

En cuestión de venta de cosas muebles podrían presentarse muchos problemas con el sistema francés. En efecto, si yo vendo y no he efectuado realmente la entrega y después vendo a un tercero al que le entrego, por el hecho de estar éste poseyendo, debe respetársele su dominio (esto lo aceptan los franceses). Y entonces ¿Para qué ha servido la venta que debió producir la transferencia de dominio? Es evidente que para nada, pues el primer comprador que se suponía dueño no ha llegado a serlo efectivamente.

Puede agregarse además, en contra de la concepción francesa del contrato traslativo de dominio, que no requiere tradición, que se confunden con ella los efectos del contrato como tal, con los efectos de la obligación. Los efectos de todo contrato son las obligaciones, o sea ese "vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a otra persona, el beneficio de un hecho o una abstención determinados, de valor económico o simplemente moral". Este efecto del contrato aparece consignado en el Art. 1308 - C. que expresa: "Las obligaciones NACEN de los contratos,..." Es decir que el contrato sólo genera una obligación, allí termina su función, allí concluye su finalidad. En otras palabras: la ley le dice al contrato: serviste únicamente para dar vida a una obligación. Existente la obligación se derivan de ella otros efectos, distintos de los efectos del contrato. El objeto de la obligación consiste en una prestación, positiva

o negativa, que el deudor debe ejecutar en beneficio del acreedor o recíprocamente. El contenido de la prestación puede -- consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa. En el contra -- to traslativo de dominio de los franceses no se distinguen -- bien esas dos situaciones y es más, el contrato tiene como -- contenido la prestación que nace de la obligación: transferir el dominio. El Art. 1416 C. dice que: todo contrato legalmente celebrado es obligatorio para los contratantes y sólo ce -- san sus efectos entre la s partes, por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales. La resciliación, como antes ex -- puse, no puede tener lugar dentro de la teoría francesa y en -- tonces se viene abajo el precepto de que las partes pueden, -- con apoyo en la autonomía de su voluntad, deshacer sus contra -- tos. Creo que también habrían problemas con lo que dispone el Art. 1423 C. de que: en los contra tos bilatera ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, -- mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, pues si el efecto del contrato se confunde con el efecto de la obligación, especialmente con respecto al vendedor, jamás podría hablarse de mora, porque su obligación se cumple en el instante mismo en que -- otorga el contrato, no obstante que el comprador puede no haberle pagado el precio. Si de nuestro derecho se desterrara -- a la tradición como modo de adquirir el dominio, haciéndola -- desaparecer como institución jurídica, tendría que modificarse

se además de lo relativo al concepto de contrato, lo concierne a los efectos de éste, a los efectos de las obligaciones, etc. No es que pague de perezoso mental, pero considero que la tradición cumple con una labor importantísima: permite al vendedor, donante, permutante (tradens), hacer el traspaso del dominio, acto seguido de la celebración del contrato (en el mismo instrumento o en otro) en que aparezca escrita la intención de las partes encerrada en cualquier título-traslaticio de dominio, porque de todas maneras en los instrumentos siempre habrá que hacer constar la "entrega" y estimo acertado darle a la misma la capacidad o virtud de traspasar la propiedad de una cosa, que es atributo de la tradición, quedando el contrato como fuente de la obligación a cargo del tradente y evitándose la confusión que se origina en el derecho civil francés.-

Que la tradición necesite una revisión con el objeto de dejarla exclusivamente como efectiva para traspasar el dominio en cierta clase de operaciones, es otra cosa, pero pienso que no es anticuado tenerla como institución jurídica y que no es El Salvador el único país en el mundo que aún la conserva. Opino que la transmisión del dominio y de los otros derechos reales, con excepción de la herencia, debe efectuarse por medio de la tradición. Si yo constituyo por medio de un contrato una hipoteca a favor de X, para garantizarle un crédito a su favor y a cargo mío, ¿Cómo pasa a hacerse dueño del derecho? ¿Por el simple contrato? Estimo que no, pues --

del contrato sólo nacen obligaciones. Es necesario entonces - que se le haga la tradición, que se cumpla con la obligación. Para la adquisición de los bienes dejados por una persona a su muerte, debería establecerse que se adquieren por el heredero desde el momento de la función del causante, en virtud de la ley, solamente, sin mencionar a la tradición, es decir - que sería un traspaso del dominio, de pleno derecho, de pura ley, sin más requisito que la comprobación de la calidad de heredero, y muerte del transmitente, ya sea la sucesión testada o intestada. Una persona jamás muere sin dejar herederos.-

Mis líneas con respecto a ciertas disposiciones de la tradición están basadas en lo que dije en mi Introducción: en la vigencia y positividad de las mismas. De momento me concreto a hablar de cosas presentes. Desgraciadamente el tiempo de que dispongo no es tan amplio como para examinar con más detenimiento lo relativo a las innovaciones que pueden introducirse en nuestro Código Civil.-

El artículo 663 del Código Civil expresa:

"Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada".-

"Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición".-

El artículo transcrito contraría, en mi opinión, lo dispuesto en el artículo 651 del mismo Código, que dice:

"La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e

intención de transferir el dominio y por otra la capacidad e intención de adquirirlo".-

"Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales".-

Y digo que lo contraría porque este último artículo exige para el traspaso de una cosa, para hacerla pasar al dominio de otra persona, que tanto el dueño o tradens, como el adquirir, respectivamente, ese dominio. Por eso es que no concibo claramente como, por ejemplo, en una compra-venta seguida de la tradición, con respecto a un inmueble, en que el vendedor y el comprador han convenido en la cosa (el inmueble) y en el precio (del inmueble); celebrando la escritura pública en que el primero se obliga a dar una cosa (el inmueble) y el segundo a pagarla (el precio del inmueble), verificándose seguidamente la entrega o tradición, resulte después que el vendedor (tradente) no era el verdadero dueño del inmueble objeto de la venta y tradición (en realidad es redundante la frase: "Verdadero dueño", pues no hay alternativa posible: se es dueño o no se es), pero que a cambio la ley le entregue al comprador (adquiriente), "los derechos transmisibles que el mismo tradente tenía sobre la cosa entregada" y sobre los cuales no ha existido, ningún pacto, ningún acuerdo previo, ningún concierto de voluntades. Hay un aforismo de que "el que puede lo más puede lo menos" y acaso en él se haya inspirado nuestro Legislador al dictar o crear el artículo 663 C., puesto que si el tradente quería traspasar el dominio (que no tenía), es

lógico suponer también que quería desprenderse de los demás derechos que tenía sobre la cosa. Téngase presente que el dominio o propiedad, es el máximo de los derechos reales, el mayor y que de aceptarse la tesis del Art. 663 C. se podrían presentar casos como el siguiente: A tiene sobre un inmueble un derecho real de hipoteca, porque el dueño de dicho inmueble, B, le ha garantizado un crédito a su cargo, gravando su propiedad -- con ese derecho real. A no es el dueño de la cosa: tiene sobre ella, repito, solamente un derecho real (la hipoteca); sin embargo A vende a C el inmueble de B, haciéndose pasar como dueño del mismo y le hace tradición. ¿Podrá sostenerse que C ha adquirido sobre el inmueble de B, no el dominio, porque el tradente, A, carecía de él, pero sí el derecho de hipoteca a favor de A, porque este derecho es transmisible? Creo que no. La hipoteca es un derecho de A, esto es obvio, pero su carácter no es de aquellos que tienen vida propia, independiente, ya -- que sin que exista un crédito al que acceda, no puede hablarse de hipoteca y si A no ha cedido a C su crédito, de nada le sirve a éste alegar que es dueño del derecho de hipoteca, lo que tampoco podría alegar en su descargo B, diciendo a su acreedor que ya contra él sólo tiene acción personal y no real, puesto que se desprendió, transfirió su derecho real a C, al hacerle tradición del inmueble gravado. Sobre el caso propuesto alguien podría decir: el Art. 663 C. sólo se refiere a los derechos -- transmisibles, pero y ¿Acaso la hipoteca es un derecho intrans

misible? Esta modalidad únicamente la tienen el derecho de uso y el de habitación, de acuerdo con las disposiciones del Art. 821 C. y de presentarse estos casos no nos tropezaríamos con ningún obstáculo, puesto que el Art. 10 C. expresa que los actos prohibidos por la ley son nulos y de ningún valor. Entonces, ¿a que derechos se refiere el Art. 665 C. cuando habla de los otros derechos transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada? Tendrá que ser, creo yo, "a los otros derechos reales", como dice el Art. 651 C. en su segundo inciso, pues "lo que se dice del dominio se extiende a ellos", es decir, se les aplican las disposiciones de la tradición. El Art. 567 C. enumera los derechos reales: el dominio, la herencia, el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre activa, la prenda y la hipoteca. El derecho de dominio queda de plano descartado en la redacción del Art. 663 C. puesto que si el tradente no es dueño, no es propietario, no lo puede transferir ja más, por más que se haga pasar como dueño de la cosa sobre la cual está otorgando un título tratativo de dominio al que adorna con una "tradición", ya que si sólo ese derecho dice transmitir, en realidad nada trasmite. Únicamente el dueño tiene la virtud de hacer que la cosa pase a otro dominio, a formar parte de otro patrimonio y ello porque el Art. 568 C. lo establece clara y diáfananamente. No podemos disponer de lo que no nos pertenece, por lo menos jurídicamente. No me refiero al ladrón en mi comentario.-

El derecho real de herencia, ¿Puede compaginarse con el Art. 663 C.? Supóngase el caso de una sucesión en la que existen dos herederos. A estos, de conformidad con el Art. 669 C. se les hizo la tradición de la herencia por ministerio de ley, en el momento en que la aceptaron, o sea que son dueños, propietarios, de ese derecho real. Uno de ellos vende, no su derecho de herencia, pues ello es posible de conformidad con el Art. 1699 C., sino que un inmueble que forma parte del haber sucesoral y por si fuera poco, aún antes de haber aceptado la herencia (permítaseme retroceder un poco en el caso que planteo). Pueden suceder dos cosas: bien que en la partición le corresponda ese inmueble y bien que no le corresponda. En el primer caso opera el segundo inciso del Art. 663 C. y no habría problema (más adelante daré mi opinión sobre este segundo inciso, de manera que lo dicho ahora es sin perjuicio de lo que entonces diga), y en el segundo caso el comprador o adquirente, quedaría burlado, pues el vendedor o tradente, no llegó a adquirir el dominio del inmueble (Art. 1225 C.). No puede decirse que el comprador adquirió un derecho de herencia, que es un cesionario, pues él compró una cosa específica, sin que el vendedor le aclarara que se trataba de un derecho de herencia, en abstracto o en concreto, no pudiendo aplicarse el Art. 1699 C., que se refiere al caso de cesión o traspaso del derecho hereditario, o sea que el cedente contrata en ese carácter. En el ejemplo propuesto el vendedor y tradente no vende como heredero ni hace la tradición en ese concepto,-

sino que como dueño de algo que no le pertenecía. Por consiguiente, el Art. 663 C. en su primer inciso, no tiene relación creo, con el derecho real de herencia y éste no puede transferirse si el que traspassa una cosa no se refiere a él expresamente. Cuando opera el segundo inciso del Art. 663 C. ya no estamos en la si - tuación contemplada en el primer inciso del mismo artículo o sea, concluyendo, que el derecho de herencia no se puede decir que se traspassa así nomás, sin referirse a él de manera especial. El de recho de usufructo, caso de tenerlo una persona sobre determinado inmueble, al vender esa persona dicho inmueble y verificar la tradición del mismo (en el instrumento), sin ser dueña de él, -- ¿Puede decirse que se traspassa al adquirente? El Art. 771 C. se ñala como se constituye el usufructo. El caso del número 1º de este artículo o sea el del usufructo del padre o madre de fami - lia sobre ciertos bienes del hijo, no puede tener relación con el art. 663 C. En el título de "La Patria Potestad" la ley no di ce claramente si quien goza del usufructo puede o no traspasar - lo, pero siendo un derecho que tiene como base el parentesco, -- yo creo que debe entenderse que su disfrute es personal y que a la muerte del padre sólo puede gozar del usufructo la madre, -- si aún vive, pues de lo contrario con la emancipación del menor - termina o se extingue el usufructo (art. 256 C.). Si el padre - entonces, haciéndose pasar como dueño de una cosa de su hijo, -- sobre la cual tiene solamente el usufructo, la vende y realiza su tradición, el comprador o adquirente no adquiere sobre ella - ningún derecho, es decir que no se convierte, para el caso, en usufructuario. El usufructo que se constituye por testamento pue

de cederse, ¿Se le aplicará el primer inciso del Art. 663 C.? Yo creo que no. El Art. 667 C. exige que la tradición de los derechos reales se efectúe por medio de un instrumento público en que el tradente exprese verificar (la tradición del usufructo, expresamente eso) y el adquirente recibirla (la tradición del usufructo, expresamente eso). No me explico porque el Legislador en el artículo acabado de citar exige que los contratantes manifiesten claramente su intención (que también consta en el título) y después en el art. 663 C. está queriendo suponer esa intención no expresada. La verdad es que el consentimiento se da sobre determinada cosa y si las partes no consienten más que en ella, no debe extenderse su alcance a lo imprevisto, a lo no pactado.- El número 3º del Art. 771 C., no tiene relación con el Art. 663 C., puesto que la donación, venta, permuta, etc., del usufructo, tiene que ser expresa, no supuesta o simulada: se otorga o no el título traslativo de dominio del usufructo. Si yo vendo la cosa que no es mía y verifico su tradición (!!), ¿Porqué suponer que estoy vendiendo y haciendo la tradición del usufructo que tengo sobre ella? ¿Porqué suponer que el comprador de la cosa ajena y adquirente (!!) está comprando y adquiriendo el usufructo, cuando él solamente se puso de acuerdo en la cosa y en el precio de la misma? ¿Porqué querer darle a la tradición un efecto de tabla salvadora para el adquirente engañado? En mi opinión la tradición o es modo de adquirir el dominio o no es nada, por más que se mencione. Si el que otorga un título traslativo de dominio, balse de la tradición (art. 656 C.), es alguien que no tiene nin-

gún derecho sobre la cosa o si lo tiene no manifiesta claramente su intención de otorgar el título con respecto a ese derecho, la tradición subsiguiente no debe tener ningún valor. Si yo quise vender lo menos y hacer tradición de lo menos, ¿Por qué no lo hice expresamente? Si el comprador que ría lo menos, ¿Por qué no lo compró expresamente y exigió su tradición, también expresamente? El número 4º del Art. 771 C. tampoco creo que pueda relacionarse con el primer inciso del Art. 663 C., por las razones que acabo de exponer con respecto al número 3º. Sobre el usufructo habrá que recordar los artículos 257 y 778 C. De los derechos de uso y habitación ya expuse mi opinión, lo mismo que del derecho de hipoteca, opinión esta última que hago extensiva al derecho de prenda, por ser también un derecho accesorio, que no puede existir sin un derecho principal. Con respecto a la servidumbre activa soy de la misma opinión de que no puede relacionarse con el Art. 663 C. El dueño de una servidumbre lo es porque es dueño del predio dominante, es decir que no se puede suponer una servidumbre para alguien que no tiene un predio. Si yo, por ejemplo, teniendo una servidumbre de paso, vendo el inmueble en que está constituida la servidumbre, el inmueble gravado (que no es el mio) y hago su tradición (! !), ¿Habré traspasado mi s ervidumbre? ¿Podrá decir el comprador de la servidumbre de paso porque si bien no adquirió el inmueble gravado, adquirió el derecho de servidumbre que yo tenía so

bre el mismo? Claro que no y esto que no he sido radical en mi opinión, porque de serlo diría con cierto extremismo interpretativo: la servidumbre, de acuerdo con el Art. 822 C., es en favor de un predio y no de una persona, de allí que ésta no tiene ningún derecho, es el inmueble dominante el que lo tiene y por lo tanto, ese derecho no se puede traspasar por quien no lo tiene. Pero yo entiendo sin necesidad de ese torpe razonamiento legal y el Art. 829 C. me da base para ello, que el derecho de servidumbre es en favor de la persona dueña del inmueble dominante y que si esta persona vende un bien que no sea el favorecido, no se desprende de la servidumbre (Art. 826 C.)

De todo lo anterior concluyo que el Art. 663 C. en su primer inciso, contradice lo dispuesto en el Art. 651 C. como al principio dije, puesto que este artículo exige claramente que exista intención de transferir el dominio (de cualquier derecho real) e intención de adquirirlo y ya se sabe que la intención se plasma, se hace presente, adquiere vida, "se manifiesta", por el otorgamiento de un título traslativo de dominio en el que, como es lógico, los contratantes se tienen que poner de acuerdo sobre "algo" (una cosa determinada que quieren que deje de pertenecer a uno de ellos, el tradente, para pasar a pertenecerle a otro, adquirente,) para que precisamente sobre ese "algo", opere la tradición. No se debe pasar nunca creo yo, sobre la voluntad de las partes expresada en el contrato, sobre lo que han "consentido", pues de lo con

trario, pienso, con cierto atrevimiento, que se cae dentro de lo preceptuado por el Art. 1324 C. en su segunda parte, que dice: "el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la identidad (objeto: aquello sobre que recae la obligación materia del contrato) de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada (un inmueble, el de mi ejemplo) y el comprador entendiese comprar otra (el usufructo digamos, porque el vendedor resultó no dueño)". Y que si no esto está haciendo el Art. 663 C. en su primer inciso al decirle al vendedor (donante, permutante, etc.,) y al comprador: bueno señores, ustedes se pudieron de acuerdo, "consintieron", en una compraventa de un inmueble, pero como el vendedor no es dueño del mismo y no obstante eso verificó la tradición (!), yo entiendo que se pusieron de acuerdo, que "consintieron", sobre el usufructo que sí tenía sobre ese inmueble. ¿No será mejor en esos casos resolver que en verdad no hubo consentimiento sobre los demás derechos del tradente sobre la cosa de que no era dueño y que por lo tanto, no ha nacido al derecho ninguna obligación? Creo que sería lo correcto. Supóngase que se otorgan separadamente la venta y la tradición de un inmueble (la ley no exige que se hagan en un solo instrumento). Perfecto ya el contrato de venta el comprador se da cuenta de que el vendedor "no es el verdadero dueño del inmueble" que él le compró, pero advierte que tiene sobre él un usufructo. ¿Puede exigirle la tradición del usufructo? Es evidente que no, pues la --

obligación nacida del contrato es otra: hacer la tradición -- del inmueble vendido. ¿Por qué entonces si del contrato no nace -- la obligación de verificar la tradición más que de la cosa -- convenida, si se verifica una tradición "literal", como yo la llamo (pues en realidad no es tradición), se entiende que ésta es sobre los demás derechos que el tradente tenía sobre dicha cosa y sobre los cuales no se expresó consentimiento alguno? Es más, en el caso de la segunda parte del art. 1324 C. -- muchos sostienen y yo me adhiero a tal parecer, que en realidad no existe consentimiento y si esto ocurre, como he dicho, no puede existir ninguna obligación. La tradición es un modo de adquirir el dominio o cualquiera de los otros derechos reales y si el tradente está queriendo hacerla operar sobre algo que no le pertenece, no debe producir ningún efecto. Así, si yo vendo una servidumbre a una persona, afirmando que el inmueble en que se va a constituir ese gravamen, ese derecho -- real, es mío y verifico la tradición (!!), esta operación de -- traspaso no debe tener ningún valor. Por eso es que si yo estoy haciendo la tradición de una cosa ajena, de algo que no me pertenece, esa tradición no vale, por más que se inscriba -- en el Registro de la Propiedad Raíz y debe tener como lógico -- antecedente, un título traslativo de dominio que tampoco valga, que tampoco tenga eficacia, pues si fuera lo contrario, -- si el título no adoleciera de ningún vicio, perfectamente podría cumplirse con la obligación que de él nace: hacer la tradición y ello porque no se comprende la existencia de un título

lo traslaticio de dominio que no vaya seguido de la tradición. En otras partes, en Francia, la compraventa, título traslaticio de dominio entre nosotros, tiene la virtud de traspasar por sí sola el dominio, actuando como modo de adquirir simultáneamente, según dije atrás. Conclusión: Si en el contrato donde se da forma escrita a la voluntad de las partes, a su consentimiento, éstas acuerdan otorgar un título traslaticio de dominio (causa remota de la adquisición del mismo dominio) que debe actuar sobre determinada cosa, sólo sobre esa cosa debe tener efecto la tradición subsiguiente (causa inmediata de la adquisición del dominio), puesto que ésta no puede ir más allá del deseo de las partes, de su intención, claramente manifestada. El inciso segundo del Art. 663 C. parece no contrariar la anterior posición, puesto que las partes han tenido acuerdo sobre determinada cosa y sobre esa misma cosa que el tradente adquiere el dominio que antes no tenía, es que opera la tradición que al principio era ineficaz. Sobre este segundo inciso del Art. 663 C. de los efectos de la tradición cuando el tradente no tenía ningún derecho sobre la cosa en el momento de otorgarla y posteriormente lo adquiere, pienso lo mismo que sobre el primer inciso del Art. 663, es decir, que no deberían existir esos efectos. Si alguien otorga un título traslaticio de dominio sobre una cosa sin ser dueño de ella y verifica la tradición (!), ésta, en buena lógica jurídica, no debe producir ningún efecto. Si después el otorgante del título traslaticio de dominio y tradente, adquiere la co

sa objeto de la tradición inválida, lo que debería de ocurrir es lo siguiente: que en virtud del título traslativo de dominio anterior está obligado a verificar la tradición y habiéndose presentado la oportunidad, cumple con su obligación e impide que su contrato se resuelva de conformidad con el Art. - 1360 C., si el adquirente no ha usado de él. Es decir que debería hacerle la tradición del bien que ahora le pertenece y sobre el cual ya había manifestado su intención de transferir le el dominio, sin que valga por efecto retroactivo, la primer tradición, puesto que el tradente no puede transmitir de rechos que no tenía en el momento de la primer tradición.- El anterior razonamiento no es más que una suposición que he hecho ateniéndome a la letra del inciso segundo del Art. 663 C. pues la verdad es que la ley no puede darle valor a algo que nunca lo tuvo. En efecto, si yo vendí una cosa ajena y verifiqué la tradición (!!), esta tradición ha sido inoperante, no ha producido efecto, pues yo no tenía ningún derecho sobre la cosa que traspasé (!!). El Art. 1623 C. insiste sobre alopunto y valida la venta de cosa ajena anterior, cuando el vendedor adquiere después el dominio, para que pueda efectuar su tradición con efecto retroactivo. Si se ha otorgado una venta de cosa ajena, que la ley dice que no vale, lo jurídico es -- deshacer el contrato, resolverlo, por imposibilidad del vendedor de cumplir con lo pactado, cual es de efectuar la tradición, con las consecuencias señaladas en el Art. 1619 C. Si después adquiere la cosa, es obvio que siendo dueño de ella -

puede hacer con la misma lo que quiera y entre otras cosas, - vendérsela y traspasársela a su insistente comprador, que cer - ciorado esta vez de la capacidad del tradente para efectuarlo efectiva y válidamente la tradición, acepta comprársela y con - siente en adquirirla.-

Mi opinión sobre la tradición es terminante: nunca debe- producir ningún efecto si el tradente no tenía sobre ella (la cosa) el derecho que manifestó tener y sobre el cual expresó- que hacía o verificaba la tradición y relacionándola con el - título traslativo de dominio: si el título no vale, la tradi- ción en él basada, debe tenerse como inexistente. El hecho de que yo diga en una escritura pública que soy dueño del Edifi- cio Dueñas o del Palacio Nacional y que por el precio de un - millón de colones se lo vendo a Perico de los Palotes, hacién- dole la "tradición" del mismo, no es nada ante los ojos de la ley. He utilizado la palabra "tradición", "entrega", "traspas- so", la que se quiera, pero la verdad es que la tradición no- es más que esto: un modo de traspasar el dominio de las cosas y si no se tiene ese dominio, esa propiedad, ese derecho, ha- brá todo, menos tradición, habrá entrega, traspaso, pero de - carácter ficticio. ¿Se podrá sostener con razones jurídicas - que existe la tradición, que ha nacido al derecho? ¿Es que a caso con mencionarla en una escritura pública, con decir que- se efectúa la tradición, se le dá vida a este modo de adqui- rir el dominio? Yo creo que no. El modo de adquirir el dominio llamado tradición sólo opera cuando el que otorga el título-

traslativo de dominio y cumple con hacer la tradición derivada del mismo, es dueño de la cosa sobre que recae. El título-traslativo de dominio no se puede decir que sea inexistente, pues en realidad ha nacido a la vista de la ley, pero como el otorgante no puede cumplir con la obligación en él contenida, se resuelve, como queda dicho atrás (Art. 1360 C.), sin que el otorgante pueda ingenuamente sostener: yo ya cumplí con mi obligación, efectué la tradición (!!) y esto consta en el instrumento público. Ridícula y vana pretensión, pues mientras la tradición no transfiera el dominio efectivamente, no existe, por más que se abuse de su nombre. No debe la ley permitir que se validen retroactivamente actos o contratos que ella misma está prohibiendo realizar o que ella misma está manifestando que no valen en el momento de su verificación.-

En el Registro de la Propiedad Raíz deben inscribirse, - de acuerdo con el Art. 686, N° 1º, los títulos en que se transfiera el dominio. Si en los anteriores casos, en que no ha habido más que transferencia o tradición literal (porque consta en el instrumento), pero no tradición real, cierta, con efectos jurídicos, ¿qué conclusión se saca? Que son títulos que no debieron inscribirse jamás y que si por error se inscribieron, lo procedente es cancelar la inscripción que los ampara, puesto que no eran títulos para los efectos de la inscripción, que requiere que sean traslativos de dominio, en la acepción-exacta de este término: título que real y efectivamente traspase el dominio. Basta demostrar ante el juez que existe una-

tradición anterior en los términos del Art. 667 C. para concluir que cualquier tradición posterior, inscrita o no, no vale, que en realidad no es tradición, no merece ese nombre, no es jurídico que lo tenga y esto porque no ha servido para lo que la tradición sirve: para transferir el dominio. ¿Se podrá seguir sosteniendo que una tradición válidamente efectuada por el sólo hecho de no estar inscrita no vale, no ha producido su gran efecto de traspasar el dominio? Sigo creyendo que no y que el primer adquirente y único, puede botar o destruir todas las inscripciones que obstaculicen la suya, previa nulidad de los títulos respectivos y esto para dar respaldo a la actuación del Registrador. La cancelación de tales inscripciones (art. 732, N^o 2^o C.) tiene por base el hecho de que las mismas, no vonvalidan, no dan fuerza legal, a los actos o contratos que sean nulos de conformidad con las leyes o lo que es lo mismo, el título nulo del segundo adquirente, no deja de serlo por haberse inscrito, así como tampoco pierde su fuerza legal el título válido, por no haberse inscrito. Pretender lo contrario, sería desconocer los principios relativos a las nulidades que afectan a los actos o contratos, -- que de manera terminante indican cuando existen éstas y cómo de declaran.-

El Art. 664 C. reza literalmente:

"La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por laprescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho".-

La ley sigue en este artículo, queriendo proteger al adquirente, al accipiens e insiste en su posición: aunque el tradente no tenga dominio sobre la cosa, ni derecho de ganarla por prescripción, si hace la tradición (!!) de ella, el adquirente puede llegar a ser dueño por ese modo de adquirir el dominio, adquiere ese derecho. ¿Qué clase de prescripción necesitaría el adquirente, la ordinaria o la extraordinaria? -- Por más que de acuerdo con el Art. 750 C. pueda decirse que es un poseedor de buena fé, de conformidad con el Art. 752, relacionado con el número 1º del Art. 748 y el Art. 747, también del Civil, es un poseedor irregular, pues si el tradente no tenía ningún derecho sobre la cosa tradida, en realidad no es la persona que se suponía (el verdadero dueño) y el título por él otorgado no es justo, pues para que lo sea es necesario "que no adolezca de ningún vicio y que haya sido otorgado por la persona que tenía facultad para ello, para que habilite para adquirir el dominio" y por lo tanto, aunque el poseedor sea de buena fe, es irregular y según lo dispuesto en el Art. 2246 C. para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren (10 años), de donde se colige que en el caso del Art. 664 C. el adquirente necesitaría la prescripción extraordinaria, y en tonces la tradición prácticamente no ha surtido ningún efecto, pues esta especie de prescripción no requiere ningún título. Si se pretendiera que de acuerdo con el Art. 664 C. el tradente da al adquirente el derecho de ga-

nar la cosa por prescripción ordinaria, estaría la ley sancionando una herejía jurídica, pues nada más fácil entonces conseguir a cualquier persona que nos venda una cosa que no le pertenezca y nos haga su tradición, para empezar a adquirir esa cosa por la prescripción ordinaria y en diez años, que luego se pasan, transformarnos en dueños. Por fortuna existen, para los bienes raíces, los Arts. 765, 925 y 2244 C., que protegen al propietario "verdadero"; de allí que, recapitulando, el Art. 664 C. mejor no debiera existir, pues realmente para nada sirve.-

√ Se ha pretendido por numerosa jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, que lo dispuesto en el Art. 667 C. es inoperante con respecto a terceros si no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad Raíz la correspondiente tradición -- (arts. 680 y 683) y que por lo tanto, si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, haciéndoles la tradición a ambas (a la primera en legal forma, con todos sus efectos y a la segunda, "literalmente") y el primer adquirente no inscribió en el Registro, la tradición a él verificada no perjudica al tercero, o sea, para el caso, el segundo adquirente (!!), quien sí inscribe su tradición se convierte en legítimo dueño y que de nada sirve que en el Código exista el art. 1621 C., puesto que éste quedó tácitamente reformado con los arts. 680 y 683 C. citados. Yo siempre he creído que esa jurisprudencia es errada y que de aceptarse, de nada sirve la institución de la tradición verificada por medio de instrumento público,-

como exige la ley y que entonces se estaría queriendo colocar a nuestra legislación al igual que la chilena, de la cual creí que nos habíamos apartado, que exige la inscripción en el Registro Conservador de Bienes para que se realice la tradición, no teniendo ningún valor sin ese requisito, tal como ocurre - entre nosotros con la hipoteca. Pero nuestro Legislador pensó distinto y dijo que la parte que vende, dona, permuta, etc., - una cosa y efectúa su tradición por medio de instrumento público, se desprende automáticamente de su dominio y este derecho real pasa a formar parte, inmediatamente, del patrimonio del adquirente o accipiens, sin que para ello necesite de la inscripción en el Registro, pudiendo hacerlo valer desde el momento en que se otorga a su favor la escritura de tradición, no solamente contra el tradente (sobre esto no hay discusión, puesto que se afirma que entre las partes si produce efectos la tradición), sino que contra cualquier persona, pues como muy bien dice Planiol: "Derecho Real (cualquiera de los enumerados en el Art. 567 C. que se traspase) es aquel que, dando a una persona un poder jurídico directo e inmediato sobre una cosa, es susceptible de ser ejercitado, no solamente contra una persona determinada (el tradente), sino que contra todo el mundo". De aceptar la tesis de la jurisprudencia estaríamos admitiendo que el derecho real traspasado es sui-géneris, particularísimo, - pues sólo puede ser ejercitado contra el tradens y no contra los terceros (porque no hay inscripción, no obstante que de conformidad con el Art. 667 C. ya se verificó la tradición), lo-

que es un absurdo. Si el Legislador hubiera considerado indispensable el requisito de la inscripción en el Registro para tener como perfecta la tradición, lo hubiera dicho con claridad. Comprendo que el Registro tiene funciones importantes, es útil, porque en él consta la historia de la propiedad raíz, pero de allí a afirmar que es condición inscribir en él los títulos - en que se transfiera el dominio, para que surtan efectos, hay mucha distancia. He creído también que cuando la ley habla de terceros no lo hace en términos absolutos, sino que relativos. Así por ejemplo, si yo, arrendatario de un inmueble recibo el cobro del alquiler de parte de una persona que me dice ser -- dueña del mismo, habiéndolo verificado ya al que en el Registro consta para mí que es dueño, al arrendante, puedo decirle que yo ignoraba ese traspaso y que por lo tanto se dirija al tradente a quien yo pagué válidamente. Pero si antes de efectuar yo ese pago llega el adquirente con su testimonio de escritura pública, aún no inscrito, en que consta que le han hecho tradición del inmueble que yo arriendo, no puedo oponerme a pagarle a él las sucesivas cuentas a cargo mío.-

¿Podré discutir, como tercero, la tradición legalmente efectuada en la escritura pública que se me presenta, por el simple hecho de que no está inscrita en el Registro? Es obvio que no, y si el Registrador inscribe el título o instrumento en que aparezca la venta y tradición a favor del segundo comprador y adquirente, esta inscripción no da dominio, así como tampoco la tradición que la motiva, puesto que el tradente ya no era el dueño de la cosa tradida por haberse desprendido de

su dominio desde el instante en que lo traspasó al primer adquirente. Creo que esa jurisprudencia debe abandonarse y si se quiere mantener, hay que reformar las disposiciones del Código Civil, especialmente la contenida en el Art. 667 C.-

De acuerdo con lo expuesto no queda más que concluir que el vendedor al efectuar la segunda tradición, aunque la primera no esté inscrita, lo está haciendo de una cosa ajena y que por lo tanto, de conformidad con el Art. 663 C. no transmite ningún derecho al adquirente y esto es claro, pues todos los que tenía los perdió al hacer tradición de ellos al primer y único adquirente, como he repetido tantas veces. Todavía podría objetarse por el tercero: yo compré esa cosa después de cerciorarme en el Registro quien era el dueño y allí consta que es el tradente. Es cierto que hay un primer comprador y adquirente, pero como yo lo ignoraba, estimo que su dominio no inscrito, no me perjudica y que por consiguiente, he comprado y se me ha hecho la tradición sin ningún vicio o lo que es lo mismo, soy dueño. El Registrador tendrá a su favor la eximente de que él también ignoraba esa primer operación y que por eso inscribió el segundo título, lo que no hubiera hecho si hubiera tenido a la vista el primero. La ley responde: no es maliciosa ni contraria a la ley la actuación del Registrador; se ignora la buena o mala fé del comprador y adquirente segundo, quien en todo caso puede usar de lo dispuesto en el Art. 1619 C. que lo faculta para pedir la restitución del precio, con o sin indemnización de daños y perjuicios, pero eso no significa que la primera tradición va a quedar inválida.

da, pues ningún defecto tenía; El juez se encarga de deshacer el entuerto: declara como antes he dicho, la nulidad del segundo título y ordena al Registrador la cancelación de la inscripción operada a favor del segundo adquirente. Esa frase de que la tradición no perjudica al tercero sino mediante la inscripción en el Registro, creo, según lo que he expuesto, que no tiene ninguna razón de ser, como no sea para casos como el del arrendatario con que atrás ejemplifiqué, pues la verdad es que el tercero que compra ignorando una venta anterior seguida de la tradición, sale perjudicado, por lo menos en su pretensión o deseo de adquirir la cosa, aunque económicamente no sufra ningún perjuicio, porque si va de buena fe la ley obliga al vendedor, como antes relacioné de manera general, a reintegrarle el precio, y a indemnizarle los daños y perjuicios que sufra, si aquel va de mala fe. El tercero pues, nunca podrá destruir los efectos de una tradición arreglada a derecho y si tiene mala suerte y el vendedor es insolvente a la hora de su reclamo, saldrá "perjudicado" realmente al anularse su título y cancelarse su inscripción, por más que la ley diga lo contrario.-

Me ayuda a reforzar la opinión que sostengo, lo que ocurriría en una donación entre vivos o irrevocable, de aceptarse la tesis que vengo objetando, según la cual el tercero no debe salir perjudicado nunca, es decir, adquiere bien, si el anterior y legítimo adquirente aún no tiene inscrito su título en el Registro de la Propiedad Raíz. En efecto: si alguien dona irrevocablemente un bien que le pertenece, se acepta su-

donación y se le notifica o hace saber esto, cumpliéndose con siguientemente con todos los requisitos exigidos en el Título XII del Libro Tercero del Código Civil y de manera especial - con los consignados en los artículos 1265, 1279, 1286 y 1287, tal donación deviene en perfecta, o lo que es lo mismo ya no puede revocarse por el donante, excepto por ingratitude del donatario y puede exigirse la transferencia del dominio ejecutivamente (art. 592 Pr) si la tradición no se ha verificado. Para el caso, parto del supuesto de que la tradición ya se realizó. No obstante lo perfecto de la donación, voy a suponer - que el donante otorga con respecto al bien donado y con posterioridad a su liberalidad, un contrato de venta, seguido de la "tradición" y el comprador inscribe su título en el Registro, primero que el donatario, el que por descuido, pereza o por lo que se quiera, aún no había inscrito el suyo. ¿Se podrá decir entonces que el comprador quitó su dominio al donatario, porque con respecto a él, tercero en el contrato de donación, no ha surtido efecto la primera tradición no inscrita? - Yo sigo creyendo que no. "El derecho de disponer de los propios bienes a título gratuito resulta implícito en la noción misma de la propiedad individual (art. 568 C.) Durante la vida del disponente tal derecho no sufre restricción alguna, salvo la aplicación del derecho común sobre la inalienabilidad - de determinados bienes y la defensa de los derechos de los acreedores con la organización de la acción Pauliana (art. -- 2215 C.) A pesar de todo ello, existe una regla fundamental -- que protege el derecho de disponer a título gratuito: la que

establece la irrevocabilidad de las donaciones" (arts. 1299 y 1113, inciso 2º C.) Esta regla prohíbe ciertos pactos, cláusulas, actos o contratos, simultáneos o posteriores a la donación, que de conformidad con el derecho común serían válidos, que puedan llegar a dejar sin efecto la donación. "Se quiere desde luego dar una protección al donatario e impedir que el donante pueda recobrar la liberalidad hecha", disponiendo a su discreción del bien donado. "Dado que se trata de una condición fundamental de las donaciones, todas las donaciones entre vivos quedan sujetas al principio de la irrevocabilidad". ¿Qué ocurre entonces si el donante, después de que la donación está perfecta como en mi ejemplo, celebra un contrato de compraventa sobre el bien donado, en el que tácitamente está revocando la donación? (La ley no exige que la revocación sea expresa: simplemente dice que el donante no puede revocar su donación).- Lo que ocurre sencilla y simplemente es que el donante irrespeto la santidad de la ley, que de manera terminante le está prohibiendo revocar su donación.- El Legislador ha sido estricto en este sentido y no admite, salvo la excepción antes apuntada, que se pueda revocar una donación y como salvaguarda de sus disposiciones existe el art. 10 C. que expresa que los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, precisamente para evitar que se vuelvan nugatorios los preceptos legales. La nulidad de cualquier contrato que viole expresa o tácitamente la regla de la irrevocabilidad, es de -

carácter absoluto. (Art. 1337 C. parte final) La tradición de rivada del contrato de donación del inmueble que posteriormente se vendió y se hizo "tradición" de él, no adolece de ningún defecto, así como tãmpoco la donación (título traslaticio de dominio) en sí. En cambio la venta del referido inmueble estã afectada de una nulidad absoluta y en consecuencia, la tradición subsiguiente no tiene ninguna eficacia jurídica, por más que se haya inscrito en el Registro de la Propiedad Raíz, ya que el dominio no se ha traspasado en forma legal. Y en es te caso, conviene decirlo, no tiene ninguna aplicación el Art. 1621 C., que según la jurisprudencia que adverso quedó modificado tácitamente por los Arts. 667 y 680 C., puesto que tal disposición se refiere a dos ventas separadas de una misma co sa y en mi ejemplo existe una donación y una venta, también separadas. La irrevocabilidad de la donación protege indefinidamente al donatario, por más que no inscriba su título en el Registro de la Propiedad Raíz y ningún tercero puede preten der dominio sobre el mismo bien, aunque justifique a su favor títulos traslaticios de dominio e inscripciones, q ue siempre podrán destruirse por las vías legales. El tercero en caso de dos ventas separadas o en el caso que presento, siempre estã adquiriendo una cosa ajena. ¿Se podrá sostener que la inscrip ción a favor del tercero ha tenido la virtud de revocar la do nación seguida de la tradición, anterior a la venta otorgada a su favor? Yo creo que no. Es más, basta que una donación es té aceptada, aún sin que se haya hecho la tradición del bien-

donado, para que ya no pueda revocarla el donante, el que solamente puede traspasar el dominio, por obligación y por la ley, a favor del donatario. Con solo el contrato de donación, título traslativo de dominio, es suficiente para que el donatario esté seguro de que la cosa que le fué donada no podrá ser adquirida más que por él. Si el principio de la jurisprudencia comentada tiene su excepción, ya no es regla cae, ya no puede sostenerse. El principio que yo sostengo no tiene excepción alguna, es general y más acorde con la institución de la tradición.-

Todavía se puede agregar algo más en contra de la jurisprudencia de mérito. Si en las donaciones entre vivos el Legislador tuvo necesidad de crear el principio de la irrevocabilidad de las mismas, fue en virtud del carácter de liberalidad que ellas tienen, el que podía dar lugar a que el donante quisiera revocarlas a su antojo, tomando en cuenta por otra parte, que son un contrato de los que la ley denomina gratuitos, ya que el único beneficiado es el donatario. Y si existe ese principio de la irrevocabilidad en las liberalidades, es lógico suponer y deducir que también existe en los contratos onerosos, en los cuales cada parte se grava en beneficio de la otra y que si no fue consignado en la ley, se debió a que no se consideraba necesario. Es decir que quien vende, permuta, dona, etc. y verifica la tradición, no puede revocar por ningún motivo y bajo ningún concepto, ni el contrato que contiene el título traslativo de dominio, mucho menos la tradi-

ción derivada del mismo, pues ello daría lugar a una anarquía jurídica. Es distinto el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, con apoyo en el cual éstas pueden usar de la resciliación cuando se trata de simples obligaciones no cumplidas, o sea por ejemplo, cuando solamente se ha celebrado el contrato de venta, permuta, donación, etc., sin acompañarlo de la tradición, pues una vez realizada ésta, aquella autonomía desaparece, es ineficaz y si las partes quieren volver a tener lo que antes les pertenecía, deben celebrar nuevo contrato haciéndose la tradición de lo que había dejado de pertenecerles. No tiene entonces, ningún contratante, por su solo capricho y deseo, el poder jurídico de deshacer los contratos en que ha intervenido. Necesita siempre del auxilio y consentimiento del otro contratante, de la otra parte, eso es obvio. El Art. 1416 C. es terminante y no da lugar a dudas ni permite alternativas: "Todo contrato LEGALMENTE CELEBRADO, es obligatorio para los contratantes, y sólo cesan sus efectos entre las partes por el CONSENTIMIENTO MUTUO DE ESTAS O POR CAUSAS LEGALES". El primer CONTRATO celebrado no puede perder su carácter de ley para las partes sin que concurra la voluntad de ambas y en el caso de segunda venta de una misma cosa, está claro que el doble vendedor ha actuado solo, por iniciativa propia, sin contar con -- el primer comprador, o lo que es lo mismo, con su proceder no ha podido nunca destruir lo obligatorio del primer contrato, -- arrancarle su eficacia jurídica. Lo anterior es tan evidente, que no hace falta recalcarlo tanto. Queda otro camino para de

jar sin efecto el contrato: "las causas legales". El primer contrato es perfecto, no está afectado de nulidad y por lo tanto, no puede quitársele su valor legal, es decir, que se ha realizado bajo el amparo de los principios de la ley, que por lo mismo, lo protege indefinidamente. Si yo vendí, doné o permuté una cosa, por el hecho de vender la misma cosa a otra persona (un tercero), ¿Habré deshecho el anterior contrato? La respuesta es: NO, a menos que existiera a mi favor la facultad legal de poder hacer tal cosa y perdónese mi insistencia, tal facultad, según lo he demostrado, no existe. Y si no existe lo que pudiera llamarse una "resciliación unilateral", --- útil, para el caso, en el puro contrato, no puede existir el poder de deshacer, por ningún medio, así también, unilateralmente, la tradición válidamente efectuada, por más que el legítimo y único adquirente no haya inscrito su título en el Registro de la Propiedad Raíz. Y si alguien quisiera afirmar, por deducción exagerada, que existe esa facultad de resciliación unilateral, de autonomía de una sola de las partes, yo trazaría a cuentas, para terminar, el art. 164 de la Constitución Política, que dice: "Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su PROPIEDAD o posesión, sin ser previamente oída y vencida en JUICIO con arreglo a las leyes; ni se puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa". Si el vendedor, donante o permutante, fuera capaz de deshacer libremente la tradición que cumpliendo todos los requisitos exigidos en el Art. 667 C. efectuó a favor de una persona, con

base en los títulos traslaticios de dominio que preceden al modo de adquirir el dominio, ¿No estaría privando de su propiedad al comprador, donatario o permutado (no se si estará correcto este último término) sin oírlo ni vencerlo en juicio con arreglo a las leyes? Claro que sí y como el derecho consagrado por nuestra carta magna no puede violarse, se desprende que esos actos o contratos no deben respetarse, no deben tener ningún valor. El tercero, comprador, donatario, etc., por más que se le haya efectuado la tradición, no ha adquirido dominio alguno y al declararse nulo su título y la consiguiente tradición (!!), no puede alegar que ha sido privado de su propiedad sin ser oído ni vencido en juicio con arreglo a las leyes, por que nunca llegó a adquirir tal propiedad y porque en todo caso, existe un juicio en que se declara sin valor el respaldo (título) de su ilusorio dominio, corroborándose las anteriores afirmaciones: este segundo contrato, con apariencias de perfecto, no lo era y ha sido puesto fuera del campo de las obligaciones, por una causa legal: su nulidad. Los efectos de esta nulidad con respecto a la inscripción del Registro de la Propiedad Raíz, ya quedaron reseñados: acarrean o provocan la cancelación de tal inscripción, dejando abierto el espacio a quien siempre lo tuvo: el primer contratante, que nunca, como lo expresé antes, perdió su derecho por no haber inscrito su título, así como el segundo contratante, tampoco adquirió derecho por haber inscrito el suyo. Como advertencia a los contratantes puede ponerse el siguiente axioma: cualquiera de las partes puede retractar

se mientras el contrato no se haya perfeccionado; perfecto el contrato, la sola voluntad de una de las partes con respecto a los efectos de aquel, es inoponente, por más que se revista de solemnidades legales, que lo único que hacen es darle forma a esa voluntad, que al final de cuentas, será declarada -- sin trascendencia jurídica alguna.-

El Art. 763 C. dice:

"Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por instrumento público, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio".-

Tengo que manifestar que si hay alguna institución del Código Civil que nunca he llegado a comprender bien, esa es la posesión. Unos sostienen que es un derecho, otros sostienen que es un hecho y hay quienes piensan que participa de las dos calidades. Así Ihering expresa: "la posesión es un derecho, por que es un interés jurídicamente protegido". Planiol sostiene, en cambio que "la posesión es un hecho y que lo solo jurídico e institucional son los medios empleados por la ley para proteger ese hecho o para destruirlo". Savigny por otra parte, - ha dicho: "originariamente la posesión es un hecho, porque se funda en circunstancias materiales (corpus), pero a la vez es un derecho por las consecuencias jurídicas atribuidas al hecho".

Para no traer a cuenta mayores citas diré que me inclino más por creer que la posesión es un hecho, siguiendo a los civilistas que han dicho que si fuera un derecho (real) la ley lo hubiera enumerado en el Art. 567 C.; que en el Art. 745 C.

no se habla de derecho sino que de facultad y que si bien es cierto que la ley ampara la posesión, tal cosa ocurre en virtud de la presunción de que el poseedor es dueño y no porque la posesión sea un derecho. Además no puede incluirse a la posesión entre los derechos personales, por razones obvias. Pero bien, suponiendo lo contrario, sin admitirlo, que la posesión sea un derecho, como dice Ihering, ¿Puede operar la tradición sobre ella? Aclaro que no me refiero a la tradición de la propiedad o dominio, en que va invivita la posesión, sino que a ésta sola, tal como la define y separa el Art. 745 C. - Yo pienso que aún cuando en el Art. 763 C. que transcribí y que está ubicado en el Capítulo "De los modos de adquirir y perder la posesión", así se dispone, de ésta no puede hacerse la tradición, no puede cambiarse de manos por este modo de adquirir el dominio. El Art. 651 C. claramente expresa que la tradición opera o tiene efectos para adquirir o traspasar el dominio y los otros derechos reales (Arts. 567 y 568 C.) y para nada menciona a la posesión como apta para adquirirse o transmitirse por ese modo de adquirir y traspasar el dominio (Art. 19 C.). Además los artículos 667 C. y siguientes tampoco mencionan a la posesión y confirman, por el contrario, lo estipulado en el Art. 651 C. dicho. Las disposiciones relativas a la tradición son de carácter especial, pues particular y específicamente regulan el campo de aplicación de este modo de adquirir el dominio, es decir que tienen valor privativo sobre cualquier otra disposición legal que sea de carácter general.

Claro que lo dicho en el capítulo de la posesión acerca de la misma es especial, pero solamente en cuanto al "hecho" o "derecho", sin que disposiciones regadas en él puedan alterar lo relativo a la tradición, pues de aceptarse esto, ¿Para qué regular la tradición concretamente y delimitar sus alcances?. - Por todo lo anterior me animo a sostener que la tradición no sirve para transferir la posesión y que cuando la ley la menciona como capaz para ello en el título de la posesión, no hace más que contradecirse y que el único sentido lógico del artículo transcrito antes es el de que se refiere a cuando la tradición transfiere la propiedad, en la que va incluida la posesión.-

Las opiniones que sostengo acerca de la tradición indudablemente que no a muchos convencerán: no persigo ese fin. Solamente estoy exponiendo mis ideas.- Muchos tendrán argumentos poderosos para descartarlas de plano y a lo mejor la razón está de su parte.- Lo dicho es, lo repito, mi opinión y al respecto quiero recordar al terminar este capítulo lo que alguien dijo una vez: "unos dicen que soy malo, otros dicen que soy honrado, es cuestión de opiniones".-

CAPITULO TERCERO

LIBRE TESTAMENTIFICACION

El Art. 996 del Código Civil define el testamento como--
"la declaración que, con las formalidades que la ley establece, hace una persona de su última voluntad, ESPECIALMENTE EN LO QUE TOCA A LA TRANSMISION DE SUS BIENES, para que tenga -- pleno efecto después de sus días", agregando además que "el testador puede DISPONER LIBREMENTE DE SUS BIENES a favor de una o varias personas que tengan la capacidad legal para heredar, SIN PERJUICIO DE LAS REDUCCIONES A QUE SE HAYA SUJETO SU PATRIMONIO CON ARREGLO A LA LEY". Fué en 1902 cuando se quiso introducir en nuestro sistema legal la libre testamentificación, pues de esa fecha data la redacción del segundo inciso del Art. 996 C. antes transcrito. A pesar de que los reformadores tuvieron en mente establecer la institución mencionada, en su forma perfecta, no ocurrió así, ya que no obstante la abrogación de las legítimas, la porción conyugal y la cuarta de mejoras, que limitaban el derecho de disponer libremente de los bienes por acto testamentario, se dejó con vida lo relativo a las asignaciones forzosas, o sea "aquellas que el testador estaba obligado a hacer y que se suplían cuando no las hacía, AUN CON -- PERJUICIO DE SUS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS EXPRESAS", porque éstas se derivaban de "un derecho de los alimentarios". - En 1907, por otra reforma, el Título de las Asignaciones Forzosas se convirtió en el Título de las Asignaciones Alimenticias, el que consta en la actualidad, de un solo artículo: el 1141 C.

En realidad nuestros legisladores de 1902 y 1907 no introdujeron en el Código Civil la libre testamentifacción, puesto que el testador quedaba siempre sujeto a que sus disposiciones no tuvieran efecto más allá de lo permitido por la ley, es decir, que su libertad en cuanto a la disposición de los bienes que le pertenecían, quedaba restringida, limitada o lo que es lo mismo, no podía disponer de sus bienes a su antojo, a su entera voluntad y las referidas asignaciones alimenticias, siempre continuaban y han continuado obstaculizando el derecho de testar libremente, de dejar los bienes a quien se quiera.-

Los artículos 960, N° 4º y 1141 C. hablan respectivamente, de las asignaciones alimenticias forzosas y de la obligación del testador de designar en su testamento la cuantía de los alimentos que está obligado a suministrar conforme al Título XVII, Libro Primero del Código Civil, con tal que dicha cuantía no sea inferior a la señalada en los arts. 340 y 341, pues de no hacerlo o de hacerlo en menor cuantía, el juez decidirá en caso de reclamación del alimentario o alimentarios, ya determinando la pensión mensual alimenticia, tomando en cuenta el capital líquido del testador, o bien señalando de una vez la suma total que deba pagarse a título de alimentos, suma que no debe exceder de la tercera parte del acervo líquido de la herencia para todos los alimentarios.- En otras palabras, estos artículos están limitando clara y terminantemente, la libre testamentifacción, puesto que si el testador instituye como heredero único de sus bienes a una persona cualquiera,

dejando por fuera a los alimentarios, a los que por la ley tenían derecho a reclamarle alimentos, éstos pueden hacer uso de su prerrogativa dirigiéndose contra la sucesión, la cual, al desprenderse de determinados bienes para satisfacer las pretensiones de los alimentarios, ya no queda como el difunto quería que quedase, como lo ordenó en su testamento.-

Se discute por los especialistas en la materia "de si procede la reclamación de alimentos a los herederos, por título de parentesco con el causante, cuando la gestión original no se hizo en vida de dicho causante".- El doctor Romeo Fortín Magaña en un artículo publicado en la Revista "Ciencias Jurídicas y Sociales", órgano de divulgación científica de la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad de El Salvador, se pronuncia por la negativa, aduciendo las razones en que funda su afirmación. El doctor Francisco Arrieta Gallegos, por otra parte, es partidario de la tesis contraria o sea de que procede la reclamación de alimentos contra la sucesión aún cuando no se le hubieren reclamado en vida al causante. El primero de los mencionados profesionales expresa en un párrafo de su interesante artículo: "la conclusión de que no hay obligación legal de alimentos cuando el caso no fue definido en vida del causante, nos lleva a establecer que no puede, por esa causa, SER LIMITADO EL DERECHO DE LIBRE TESTAMENTIFACCION", admitiendo, a contrario sensu, que el art. 1141 limita la libre testamentifacción. El segundo de los profesionales citados, como ponente de una sentencia de la Cámara de lo Civil de la-

Primera Sección del Centro, publicada en el N^o 25 de la Revis
ta referida, manifiesta en uno de los Considerandos respecti-
vos: "Mas, aunque a las asignaciones alimenticias ya no se les
califíque de forzosas, en el sentido que antes se daba a dicho
vocablo, desde luego que ahora existe la LIBRE TESTAMENTIFAC-
CION, siempre tienen ALGO DE FORZOSAS, desde luego que las es-
tablece la ley y el Art. 1141 del Código Civil obliga al testa-
dor a designarlas en su testamento en la cuantía respectiva".
Siendo el doctor Fortín Magaña partidario de la libre testamen-
tifación, no traeré a cuenta sus argumentos, ni los analizaré,
pues, lo adelanto, yo también participo de la misma opinión.-
Como el doctor Arrieta Gallegos mantiene el criterio opuesto,
haré un pequeño comentario al párrafo suyo que transcribí: ad-
mite él que efectivamente no existen en nuestro país las asig-
naciones alimenticia s forzosas, pues tenemos la libre testamen-
tifación, pero cree que siempre tienen algo de forzosas por-
que las establece la ley en el Art. 960 N^o 4^o (en otra parte-
de la sentencia considera aún con vida, vigente, este numeral)
y además el testador está obligado a señalarlas de conformidad
con lo dispuesto en el Art. 1141. La primera de estas disposi-
ciones no tiene en el presente ninguna utilidad, ya que, como
atrás dije, las asignaciones forzosas desaparecieron del Códig-
o Civil desde el año de mil novecientos siete y por lo tanto,
el argumento de que este artículo (la ley) las establece, no-
tiene ninguna trascendencia jurídica, puesto que está tácita-
mente derogado (art. 50 y 51 C.) Unicamente queda como respal-

do de ese "algo de forzosas" que tienen las asignaciones alimenticias, el Art. 1141 C., que obliga al testador a señalarlas en su testamento. El doctor Arrieta Gallegos tendría toda la razón si el problema se resolviera solamente con el auxilio y la letra del Código Civil y entonces yo no vacilaría en adherirme a su manera de pensar. Mas yo creo, con perdón de mi ex-maestro y respetando sinceramente su opinión, que el Art. 1141 C. es inconstitucional y que, por consiguiente, debe irrespetarse, hacerse a un lado, sacrificarse en aras del imperio de la Constitución Política, a la cual no se refiere expresamente el doctor Arrieta Gallegos en ninguno de los Considerandos de la sentencia que fue ponente, omisión que al doctor Fortín Magaña no se le puede señalar, porque a la fecha en que escribió su trabajo aún no estaba en vigencia la Constitución de mil novecientos cincuenta, que en su Art. 173 dice: "Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma que determinen las leyes. **HABRA LIBRE TESTAMENTIFACCION**", recalcando en el Art. 7º de la Ley Transitoria para la aplicación del Régimen Constitucional, que "las leyes y reglamentos vigentes, en cuanto **NO SE OPONGAN** a la efectividad de las disposiciones de la Constitución y de la presente ley y mientras no se deroguen o reformen, continuarán siendo de obligatorio cumplimiento". Y sostengo que el Art. 1141 C. es inconstitucional porque en el Art. 173 transcrito no se establece ninguna especie de limitación a la libre testamentifacción, ningun-

na especie de reducción, debiendo entenderse entonces, que el Legislador constituyente estableció tal institución de manera general, completa y absoluta, en su forma perfecta, no obstante las injusticias que puede traer aparejadas. El Art. 173 -- Constitucional no se puede interpretar de otra manera. LIBRE, según el Diccionario de la Real Academia Española quiere decir: que tiene facultad para obrar o no obrar. El Diccionario Español de Sinónimos y Antónimos de Federico Carlos Sainz Robles cita como sinónimos de libre, los siguientes conceptos: - independiente, voluntario, espontáneo, incoercible, franco, sañeado, exento, suelto, desembarazado, expedito, inmune. De lo anterior se deduce sin mayor esfuerzo, que se es libre cuando no se tiene ningún obstáculo ni traba que estorbe, limite o restrinja nuestra manera de actuar o de disponer.- Testamentifacción de acuerdo con el mismo Diccionario de la Real Academia Española es igual a "facultad de disponer por acto de última voluntad o de recibir herencia o legado, calificándose respectivamente de activa y pasiva. Y declaración de última voluntad, facultad de disponer por un acto de esa naturaleza, equivale, en dicho Diccionario, al testamento.-

Del significado de las palabras LIBRE y TESTAMENTIFACCION se desprende, que lo que el Legislador Constituyente estableció en El Salvador, fué la libertad de testar, de redactar -- nuestro testamento como nos plazca, de establecer en él como -- querramos, a nuestro arbitrio, a quien dejamos nuestros bienes, ya que la función del testamento, es según el Art. 996 C., mani

festar nuestra voluntad, especialmente en lo que toca a la--
transmisión de nuestros bienes. En otros términos: libre tes-
tamentifacción significa derecho de testar sin restricciones,
sin limitaciones, sin reducciones, sin reservas de ninguna na-
turaleza, puesto que la Constitución, máximo ordenamiento ju-
rídico, así lo dice claramente al establecer tal derecho en -
forma completa y absoluta.-

En los Documentos Históricos de la Constitución Política
de mil novecientos cincuenta es poco lo que se dice sobre el
asunto. En la página 172 de los referidos Documentos se lee -
que la Comisión encargada de la redacción del Proyecto de Cons-
titución, agregó lo de la libre testamentifacción, pues ésta-
no aparecía en el Anteproyecto elaborado por una Comisión de
Abogados. En la página 183 de los mismos Documentos se lee, en-
tre otras cosas, lo siguiente: "El Representante Víctor Da --
niel Rubio hizo moción porque se suprima la última parte de di-
cho artículo (el 173) que trata de la libre testamentifacción,
porque cree que no debe existir como constitucional. La redac-
ción del artículo tal como está en el Proyecto fue defendida-
por los doctores Mario Héctor Salazar, Alvárez, Romero Hernán-
dez y Munguía y el Representante Alas. Después de la discu --
sión fue puesto a votación el artículo y aprobado por mayoría
de votos, quedando improbadas las mociones presentadas". Como
una ampliación de las anteriores discusiones, a fs. 199 del -
mismo trabajo se encuentran los pasajes que literalmente dicen:
"El bachiller Rubio no creyó conveniente que quede elevado al

cuestión de heredar, satisfecha esta obligación, ya es cosa - del testa dor que puede dejar sus bienes, por quien sienta a-fecto y crea que merece dejarle sus bienes, y acaso evite el fenómeno de la desheredación que produce ignominia en las famili-as de donde surgen abusos que perjudican a esas familias.- Aunque volvieron a tomar la palabra los mismos Representantes Salazar y Rubio, e inclusive Romero Hernández, el artículo fué aprobado como lo propuso la Comisión." De las anteriores discusio-nes que precedieron a la aprobación del Art. 173 de la Constitu-ción Política se nota, que el Representante Víctor Daniel Rubio creía que en nuestra legislación secundaria ya existía- la libre testamintifacción, lo que en realidad no es así, puesto que tanto el Art. 996 C. como el 1141 C. limitaban ese dere-cho, lo restringían, quitándole su verdadero alcance. Bien se nota de la explicación brindada por el Representante Salazar, que lo que la Comisión redactora del Proyecto de Constitución proponía, era, sin ambages y sin reticencias, la libre testamen-tifacción en sentido pleno, perfecto, puesto que, como --- atrás he expresado, en el artículo constitucional que la contie-ne, no se establece ninguna reducción o limitación a ese dere-cho. Lo que se quiere por el Legislador Constituyente es que el testador pueda disponer libremente de sus bienes, sin quetenga la traba que le significa el segundo inciso del Art. 996C. No puede dudarse de la intención del Legislador Constituyente claramente manifestada en la historia de la disposición que comento. El Representante Víctor Daniel Rubio hacía ver las injus

ticias que podría ocasionar el establecimiento de la libre testamentifacción irrestricta, pero ello no es obstáculo a que, - habiéndose aprobado el artículo tal como al principio lo transcribí, se le dé su genuina interpretación, su auténtico significado.-

El Art. 1141 C. está estorbando, haciendo inefectivo lo dispuesto por el Art. 173 de la Constitución Política, oponiéndose a que esta disposición se cumpla real y efectivamente, - puesto que concede acción a los alimentarios excluidos en un testamento, para que reclamen contra la sucesión los alimentos que el causante debió señalarles en ese testamento, haciendo nugatorias las disposiciones testamentarias que los excluían, anulando el derecho de libre testamentifacción y como este derecho no puede limitarse ni restringirse por el legislador secundario u ordinario, se deduce que el Art. 1141 C. ya no continúa siendo de obligatorio cumplimiento. En otras palabras, - la Constitución Política lo derogó, lo privó de existencia jurídica. Pienso que a la libre testamentifacción no hay que darle el sentido que le da la tradición, la jurisprudencia, de la legislación secundaria, pues la Constitución no distingue ni permite seguir respetando esa tradición interpretativa, antaño con fuerza legal, plasmada en las sentencias de nuestros Tribunales de justicia, las que ahora tienen que plegarse, que inclinarse ante el supremo ordenamiento jurídico que representa la Constitución, a la que siempre habrá que atenerse. Por severa que parezca esa interpretación, considero que es la correcta,

la lógica, la jurídica y que bien haría el Legislador secundario en derogar expresamente los Arts. 960, N^o 4^o, 996, Inc. 2^o y 1141 del Código Civil, que no tienen ninguna razón de seguir existiendo, de figurar dentro del cuerpo de leyes referido. El Art. 996 en su inciso 2^o deberá exponer que el testador tiene entera libertad en la redacción de su testamento, pudiendo disponer en él lo que crea conveniente, haciendo patente su verdadera última voluntad. Aún cuando existe el Art. 173 de la Constitución Política me parece que no está demás hacer la aclaración pertinente en el Código Civil, para evitar torcidas interpretaciones.- Con la disposición constitucional expresada desaparece, creo, el problema de la transmisibilidad o intransmisibilidad de la obligación legal alimenticia, pues de manera terminante el Legislador Constituyente cortó la discusión, estableciendo la intransmisibilidad de tal obligación. Por eso y para evitarse contratiempos y disgustos buen cuidado deben tener los alimentarios de reclamar en vida del alimentante, los alimentos a que tienen derecho, asegurándose de esta manera, no corriendo ningún riesgo, pues los alimentos se entienden concedidos por toda la vida (del alimentario: Art. 350 C.) y como es obvio, pasan entre las obligaciones a cargo de los herederos, de cualquier heredero, sin que impliquen jamás una restricción o limitación a la libre testamentación, pues la herencia se acepta con todas sus cargas y compromisos. Estimo que cuando hay buenas relaciones familiares, armonía y entendimientos hogareños, respeto y cariños

mutuos, el testador nunca redactará un testamento injusto. Pero si no obstante la existencia de tales circunstancias, el testador deja sus bienes a una persona cualquiera que de haber sido intestada su sucesión no habría tenido derecho en la mortual, no se puede atacar ese testamento, quitarle su validez, fuera de los casos permitidos por la ley y todo porque la libre testamentifacción así es: concede libertad al testador en la transmisión de sus bienes.-

Como nuestro Legislador es un poco displicente, la Corte Suprema de Justicia bien podría declarar, de manera general, la inconstitucionalidad de los artículos que comento, y los jueces de primera instancia, en los casos concretos, declarar de manera particular la inaplicabilidad de los mismos, con eficacia para el juicio de que conocen. Cualquier ciudadano podría pedir esto a la Corte Suprema de Justicia y la parte en el juicio respectivo. Nadie, que yo sepa, se ha atrevido hasta ahora a pedir tal cosa. Ello es índice de poca fe o de poco estudio.-

Creo que la razón, la justicia, aunque puede ser injusta, está gritando que el testador ya no tiene trabas en la elaboración de su testamento, especialmente en lo relativo a la transmisión de sus bienes, los que puede dejar a quien quiera, en la seguridad de que la declaración de su voluntad será respetada estrictamente, tal como si se tratara de una ley, porque si no, ¿Para que existe la libre testamentifacción?

CAPITULO CUARTO
PRELACION DE CREDITOS

Quien se constituye en deudor en virtud de una obligación a su cargo, que vista desde el lado opuesto representa un crédito a favor del acreedor, tiene forzosamente que pagar, que satisfacer esa obligación, que efectuar "la prestación de lo que debe", para obtener o conseguir la extinción del expresado vínculo jurídico. En una sociedad civilizada, lo normal sería que los deudores cumplieran voluntariamente con sus obligaciones, pero lo cierto es que esa "enfermedad" de la voluntariedad no ataca más que a unos pocos y los más, es doloroso decirlo, únicamente "consienten" en pagar lo que deben, cuando el acreedor hace uso de los tribunales de justicia, pidiendo, por medio de la acción que le corresponde, la ejecución forzada de la obligación, en la esperanza de que su gestión judicial aún sea oportuna, aún encuentre de que asirse, pues de lo contrario, su intento de recobrar lo que le pertenece, habrá sido vano e inútil, ya que no es extraño que el deudor, a la hora del reclamo, sea un insolvente, un "arrancado", como vulgarmente dice nuestra gente.- Ese efecto de la obligación, de poderse exigir a la fuerza, de hacerse valer compulsivamente, se deriva de su propio concepto: "vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada se obliga para con otra persona, también determinada, a dar, hacer o no hacer algo". Así pues, el acreedor utiliza la facultad que la ley le concede, para tratar de incor

porar a su patrimonio el contenido del crédito a su favor, pues el crédito mismo, no satisfecho, no deja de ser más que una hermosa perspectiva. Es posible que a la fecha de su petición el deudor solamente a él le deba y entonces el acreedor tiene todo el campo abierto: los bienes del deudor, de cualquier naturaleza que sean, presentes o futuros, con excepción de los inembargables, están afectos al pago de la obligación. Allá su suerte en encontrar bienes que pertenezcan al deudor. Pero puede ocurrir y con frecuencia ocurre, que el deudor le deba no únicamente a una persona, sino que a muchas, las que, como es natural, querrán que se le pague primero, con desprecio de los demás acreedores. Consciente el Legislador de los problemas y dificultades que surgen cuando varios acreedores reclaman por las vías legales sus obligaciones, creyó conveniente reglar lo relativo al orden en que deben pagarse o satisfacerse los distintos créditos a cargo del deudor, creando al efecto, la institución de la "Prelación de Créditos", que regula precisamente la manera de pagar a los diferentes acreedores, agrupándolos en clases según diversas circunstancias, para que puedan cobrar preferentemente sus créditos, hacerse pago con exclusión de cualquier otro acreedor.-

El derecho de prenda general encuentra acogida en el Art. 2212 de nuestro Código Civil, que literalmente reza:

"Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1488".-

En vista de la anterior disposición legal, con base en - la cual los acreedores pueden dirigirse contra todo el patri- monio de quien se ha constituido en obligación que no desempe ña y para evitar, como dije, las dificultades propias de es - tos asuntos, se estableció un orden de pago de créditos.-

Es muy interesante todo el texto del Título XLI del Libro Cuarto del Código Civil que trata de La Prelación de Créditos. No es mi propósito comentar todo el articulado que contiene, - pues me llevaría mucho espacio y tiempo, aparte de que siendo un tema tratado en extensión por especialistas en la materia, poco o nada tengo que agregar al respecto. Mi interés al es - cribir sobre la cuestión estriba en la existencia del Art. 183, numeral 4º de la Cons titución Política, que dice:

"El salario debe pagarse en moneda de curso legal. El salario y las prestaciones sociales constituyen CREDITOS PRIVILEGIADOS en relación con los DEMAS - CREDITOS que puedan existir contra el patrono".-

Como es lógico, antes de opinar sobre la disposición Cons titucional transcrita, es indispensable comentar, aunque sea - brevemente, los artículos que de manera especial contienen las preferencias de pago.-

El Art. 2217 C. dispone:

"Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca".-

"Estas causas de preferencia son inherentes a los - créditos para cuya seguridad se han establecido, y - pasan con ellos a todas las personas que los adque - ran por cesión, subrogación o de otra manera".-

Se habla en doctrina de que las preferencias pueden ser generales o especiales según que afecten a todos los bienes del

deudor o a determinados bienes, como son respectivamente los créditos de la primera clase, y los créditos de la segunda y tercera clase. En la primera, el acreedor puede perseguir cualquier bien del deudor para cobrar su crédito y en las segundas, en cambio, sólo puede dirigirse contra aquellos bienes especialmente afectos al pago de la obligación y caso de quedar un saldo insoluto, éste pasa a los créditos de la cuarta clase, que no gozan de ninguna preferencia.-

De acuerdo con el Art. 2217 C. copiado, la prerrogativa de que gozan ciertos créditos para poder exigirse primero que otros, recibe el nombre de preferencia, concepto jurídico que corresponde exactamente al significado gramatical del vocablo: primacia, ventaja, que una cosa tiene sobre otra en el merecimiento. inclinación favorable o predilección hacia ella. La preferencia es, entonces, una concesión legal en beneficio de ciertos créditos, "un favor" y por consiguiente, solamente deben tenerse como créditos preferentes, los que la ley enumera como tales y no otros, como dice el Art. 2227 C.: "La ley no reconoce otras causas de preferencia que las indicadas en los artículos precedentes." Ningún acreedor con créditos de la cuarta clase puede pretender que se le pague antes que a los demás acreedores y si solo de dicha clase existen, deben prorratearse.-

Como indica el segundo inciso del Art. 2217 C., las causas de preferencia son inherentes a los créditos mismos y en consecuencia, los siguen indefinidamente, en manos de quien se encuentren.-

Del primer inciso del artículo que ahora estoy comentando conviene destacar lo que significa "privilegio" e "hipoteca".

Privilegio "es el favor concedido por la ley, en atención a la calidad del crédito, que permite a su titular pagarse antes que los demás acreedores" e Hipoteca es, según la define el Art. 2157 C.: "un derecho (real) constituido sobre inmuebles a favor de un acreedor para la seguridad de su crédito, sin que por eso dejen aquellos de permanecer en poder del deudor". El primero es, pues, en obsequio a la clase o naturaleza del crédito, atendiendo a su importancia y existe de puro derecho, por la ley, con excepción del contenido en el número 3º del Art. 2221 C., que se refiere al acreedor prendario.- La segunda, o sea la hipoteca, no existe por la ley, sino que nace de un contrato entre el deudor y el acreedor, en virtud del cual el primero contrae esa obligación accesoria (caución) para garantizar el cumplimiento de la obligación principal a su cargo

El privilegio, a pesar de ser una preferencia y de acompañar al crédito cuando es traspasado, no es un derecho real, puesto que como lo expresa el último inciso del Art. 2220 C., "no pasa en caso alguno contra terceros poseedores", o lo que es lo mismo, solamente existe cuando los bienes están en el patrimonio del deudor. La hipoteca, siendo un derecho real, "da derecho al acreedor de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido" (art. 2176 C.).- El privilegio a que se refiere el Art. 2221 C. en su numeral 3º, da acción contra terceros poseedo-

res, no porque el privilegio adquiriera el carácter de derecho-real en ese caso, sino porque la prenda en sí, es un derecho-real (arts. 567, inciso 2º y 2143 C.) que faculta al acreedor para reclamarla a cualquiera que la posea.-

Como antes manifesté, no pretendo comentar todo el artículo de la Prelación de Créditos, porque lo considero innecesario. En esta materia es poco mi aporte personal y lo que he expuesto y parte de lo que siga exponiendo, no es más que el resumen de lo dicho por más de algún civilista. -

Creo que vale la pena, no obstante, antes de seguir adelante, estudiar un poco lo referente a la hipoteca. Esta no da la condición de privilegiado al crédito a que accede, pero lo dota de una preferencia, que viene a ser lo mismo, ya que, como antes dije, también el privilegio es una especie de preferencia.-

El art. 2224 C. dice:

"La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios".-

"La hipoteca inscrita da al acreedor el derecho de ser pagado de preferencia con la cosa hipotecada".-

"Las hipotecas que gravan un mismo inmueble prefieren unas a otras en el orden de su presentación en el Registro respectivo, si se siguen inscribiendo".-

El problema surge por que en la Legislación chilena, matriz de nuestro Código Civil, tampoco se encuentra clara la cosa en lo relativo a la hipoteca. En efecto: en el Código chileno existen dos artículos contradictorios: el 2476 y el 2478, que respectivamente expresan: "Afectando a una misma especie créditos

de la primera clase y créditos de la segunda, excluirán éstos a aquéllos; pero si fueren insuficientes LOS DEMAS BIENES para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán éstos la preferencia en cuanto al déficit, y concurrirán en dicha especie en el orden y forma que se expresan en el Art. X" (2220 de nuestro Código Civil). El artículo 2476 chileno transcrito, que es igual al art. 2223 salvadoreño, se encuentra en ese país con tradicido por el art. 2478, que reza: "Los créditos de la Primora clase no se extenderán a las fincas hipotecadas sino en el caso de no poder cubrirse en su totalidad COM LOS OTROS BIE - NES DEL DEUDOR". De las disposiciones relacionadas se deduce la notable diferencia entre las mismas: la primera dice que - la hipoteca queda relegada o postergada a los créditos de la - segunda clase, y la segunda, por el contrario, pone a la hipoteca antes que los créditos de la segunda clase, teniendo preferencia sobre ellos, todo para saldar el déficit proveniente de los créditos de la primera clase, que están colocados en - primer lugar. Ante la contradicción evidente, los civilistas chilenos han solucionado la cuestión valiéndose de la lógica - jurídica: el déficit de los créditos de la primera clase se - hace valer antes sobre la hipoteca que sobre los bienes de la segunda clase, pues por algo éstos están colocados en segundo lugar en la escala de preferencias. Es decir que la hipoteca - queda detrás y los bienes de la segunda clase únicamente son perseguidos cuando los bienes hipotecados no son suficientes - para cubrir el déficit o saldo insoluto de los de la primera

clase.-

En el Código Civil nuestro no figura el equivalente del art. 2478 chileno; pero cuenta con el art. 2224 que quedó copiado, el que en su segundo inciso habla de que la hipoteca inscrita da -- al acreedor derecho A SER PAGADO DE PREFERENCIA con la cosa hi- potecada. ¿Habría querido decir nuestro Legislador que en el bien hipotecado los demás acreedores, de la primera y segunda clase -- (privilegiados) solamente pueden hacerse pago después que el a -- creedor hipotecario, ya que éste de conformidad con el art. 2225 C. no está obligado a aguardar las resultas del concurso gene -- ral para proceder a ejercer sus acciones contra las respectivas fincas? En otras palabras: ¿Habría excluido a la hipoteca de el -- orden de prelación de créditos establecido, concediendo un fa -- vor especial al acreedor hipotecario? Tal parece desprenderse -- del texto del segundo inciso del art. 2224C. Ignoro cual es la co -- rriente de nuestra jurisprudencia y por lo tanto, mi opinión -- puede concordar o discrepar con ella, sin saberlo. Me animo a -- sostener que el orden de prelación establecido por la ley de -- primera, segunda, tercera y cuarta clases el que debe prevale -- cer, el que debe respetarse o imponerse, pues la hipoteca no es más que una preferencia al igual que el privilegio o sea, que -- los créditos de la primera, segunda y tercera clase, son prefe rentes, aún cuando los dos primeros sean privilegiados y el úl -- timo no lo sea. Además el art. 2220C. en su primera parte expone: "Los créditos enumerados en el artículo precedente (de la prime -- ra clase) A FECTAN A TODOS LOS BIENES DEL DEUDOR, significando --

que pueden hacerse efectivos contra CUALQUIERA de los bienes - que integran el patrimonio del obligado, sin preocuparse de a- veriguar si están hipotecados o no, porque la ley no distingue y por lo tanto, tampoco al intérprete le es dable distinguir.- Cabe agregar por otra parte, la cita ya hecha del art. 2223 C. que dispone que el SALDO de los créditos de la primera clase - pasa contra los de la segunda clase, CUANDO LOS DEMAS BIENES - (no distingue si hipotecados o no) SON INSUFICIENTES para cu- brirlos. Además, la supresión en nuestra Legislación del art.- 2478 chileno es otro argumento para reforzar lo que pienso. Así pues, la hipoteca, a pesar de su relevancia, no puede colocarse antes que los créditos privilegiados, pues ello sería con- trariar, estimo, el espíritu de la ley.-

Las anteriores dudas podrían desaparecer de nuestra Legisla- ción, si de plano se modificara esa denominación de privilegio e hipoteca, estatuyendo un orden de pago sin hacer esos distin- gos. Quiero decir que las cosas estarían mejor si se estable- ciera una preferencia parecida a la que existe en materia de - pruebas, disponiendo de manera terminante, que los créditos que se hagan valer en juicio contra cualquier deudor, serán pagados así: primero, tales créditos; segundo, estos otros, etc. Esa a- grupación tendría que meditarse bien, de manera que la prelación se ajuste a los principios de la equidad y la justicia, tomando en cuenta el carácter, la naturaleza, el fundamento o la cali- dad de los distintos créditos. Para ello se hace necesario re- visar toda la Legislación secundaria en que aparecen preferen-

cias de pagos (Código de Comercio, Código Civil, Ley del Impuesto sobre Donaciones, etc.) a efecto de delimitar correctamente el punto. Considero que ahora que se trabaja en la elaboración de un Anteproyecto de Código Civil, es la oportunidad de desterrar esa calificación impropia de privilegio o hipoteca, y dejar únicamente un orden de preferencia de pago que no admita vacilaciones ni interpretaciones varias.-

Y bien, el momento de comentar el numeral cuarto del art.183 de nuestra Constitución Política ha llegado. Ya que al principio transcribí dicha disposición, ruego volver la vista hacia ella al estimable lector. La primera parte del numeral indicado, no será objeto de mi comentario, no obstante su indudable importancia. Apenas me contentaré con repetir lo que el Derecho del Trabajo expresa sobre el particular: es un principio establecido para proteger al trabajador contra los abusos del patrono y por eso se dispone que el salario debe pagarse en moneda de curso legal.-

La segunda parte del numeral, que establece que el salario y las prestaciones sociales constituyen CREDITOS PRIVILEGIADOS en relación CON LOS DEMAS CREDITOS que puedan existir contra el patrono, es el tema de esta fase de mi trabajo. Como prólogo a su comentario civil diré que esa norma tiene su fundamento en el deseo del Legislador de proteger al trabajador contra los abusos de los acreedores del patrono, quienes de no tener ningún obstáculo en su contra, en caso de un patrono moroso e insolvente, podrían, al hacer efectivos sus créditos, dejar en la lipi

día y en la miseria más espantosa a los humildes proletarios.-

La Constitución habla de créditos privilegiados y no de créditos preferentes. Ya quedó dicho que el privilegio es una especie de preferencia, pero que además de él existe la hipoteca. En cuanto a que el crédito derivado del salario y de las prestaciones sociales prevalece sobre los créditos privilegiados de la primera y segunda clase que enumera el Código Civil, creo que no hay duda ni alternativa posible. La Constitución Política es el máximo ordenamiento jurídico y sus normas tienen primacía sobre cualesquiera otras, de la categoría que fueren. Esto no se puede discutir. Los créditos de la primera clase han devenido forzosamente en créditos de segunda clase, y los de segunda clase, en créditos de tercera clase, para ceder el primer lugar a los créditos provenientes de las prestaciones sociales y del salario. Ese orden del Código Civil, en ese aspecto, quedó modificado. Las palabras que emplea el Legislador -- Constituyente son claras y precisas: constituyen créditos privilegiados en relación con los demás créditos que puedan existir contra el patrono. El privilegio Constitucional, por lógica, tiene que ser más fuerte que el privilegio de la ley secundaria.

Pero y la hipoteca que no es un privilegio, ¿quedará relegada o después de la Constitución, o por el contrario, gozará de preferencia y puede presumir de un primerísimo (primer) lugar en el orden de pago? Creo que NO. En primer lugar, ni dentro del Código Civil, como pienso haber demostrado, ocupa nunca el primer lugar, ya que tiene sobre ella, antes, a los créditos -

de la primera y segunda clase y si éstos han pasado a ser créditos de segunda y tercera clase, la hipoteca, es obvio, ha pasado también, a ser crédito de cuarta clase y los créditos de cuarta clase, se han transformado en créditos de quinta clase. En todo caso la palabra privilegio utilizada por la Constitución Política no tiene porque interpretarse en el sentido que le da el Código Civil, pues está sobre éste.- A esa palabra no cabe darle más significado que el que naturalmente tiene: gracia o prerrogativa, atributo de excelencia y este significado lo tiene contra LOS DEMAS CREDITOS que puedan existir contra el patrono, privilegiados o hipotecarios.-

El orden de preferencia en el pago de los créditos tendrá que comenzar inevitablemente con los provenientes del salario y de las prestaciones sociales. Después pueden ponerse los que se quiera; eso es cuestión de discusión, de buen o mal criterio selectivo, de correcta o incorrecta ubicación. Los que contiene la Constitución Política no tienen competidor y no hay más remedio que aceptarlos ya, se desee o no, como colocados en lo más alto de la escalinata de los créditos, es decir, que los demás peldaños, en orden descendente, quedan reservados para los demás, esperando el aviso del Legislador secundario.-

CAPITULO QUINTO

INEXISTENCIA JURIDICA

Me ha parecido interesante dejar como último capítulo de mi tesis el relativo a la inexistencia jurídica, por la propia naturaleza de esta Institución. Como el título general de mi trabajo se refiere a las Instituciones del Código Civil salvadoreño, podría creerse que me estoy saliendo de él y que al final, comienzo a divagar. Tal idea sin embargo, debe hacerse a un lado. Si dedico mis postreras páginas a escribir algo sobre la inexistencia jurídica es porque considero que forma parte, que se encuentra contemplada y que halla asidero y apoyo en todo el texto del cuerpo de leyes mencionado, aún cuando no hable de ella expresamente ni le dedique un Título especial.-

Mi objeto pues, es tratar de demostrar que los actos in-existentes están respaldados por la letra de nuestro Código Civil y que no es correcto asimilarlos y equiparlos a los actos viciados de nulidad absoluta y recurrir a los efectos de ésta para declararlos sin vida o sin valor alguno.-

Cupo a Zachariae el privilegio de ser el primero en hablar de la inexistencia jurídica, cuando todos los autores no lograban encontrar la frase o fórmula adecuada para calificar determinada situación que aparecía claramente como no encajando en el concepto tradicional de nulidad.-

Se planteó la duda a propósito del matrimonio de personas del mismo sexo, de las cuales como era lógico, no podía surgir nunca la unión que caracteriza al matrimonio, comprendiéndose de inmediato, que era imposible que entre dos hombres, por ejemplo, nacieran esas relaciones íntimas que distinguen y perfeccionan las uniones de seres de sexos distintos. Ante el hecho, frente a él, les pareció de poca monta la nulidad absoluta y a muy pocos satisfacía la aplicación de esta denominación. Fue entonces cuando de imprevisto, brotó la chispa genial de Zachariae, quien cual un Arquímedes del Derecho encontró el ¡Eureka! (¡Lo he descubierto!) de la Inexistencia de tal unión. La concepción que produjo tal acontecimiento fue tremenda y muchos autores no vacilaron en adherirse a tal manera de pensar, estimando que era el término que con más precisión encuadraba la cuestión.-

Zachariae expresó que no había necesidad, que no hacía falta, que el Legislador se hubiese referido a ese tipo de unión (acto) , puesto que en la ley no se deben consignar requisitos de carácter obvio, que por lo mismo, tácitamente se suponen, de allí que si no son hombre y mujer los que se casan, el "matrimonio" es inexistente, no nulo, porque la ley no contemplaba ese caso entre las nulidades.-

Sobre lo afortunado del vocablo, que le logró su pronta y merecida "carta de ciudadanía", no hace falta decir mucho, ni molestarse argumentando para dejarlo definitivamente establecido. En lo personal me conformo con aceptarlo, pues lo considero acertado.-

Como era de esperarse, de aquel neologismo jurídico se empezó a usar profusamente, a extender su campo de acción. Se a trevieron los tratadistas de Derecho Civil, a aplicarlo también cuando "faltaba" el consentimiento de los contrayentes pues para que un acto nazca al Derecho precisa de la voluntad de los intervinientes. Por último se habló de las "formas" o solemnidades que acompañan a dicho acto y se obtuvo una trilogía de situaciones afines con la inexistencia.-

Del matrimonio se saltó a los actos de carácter patrimonial y la inexistencia encontró, complacida, nuevo terreno de operaciones. El consentimiento, la causa, el objeto y las solemnidades especiales que a veces exige la ley en los actos jurídicos, fueron considerados como elementos de existencia de los mismos, como algo sin lo cual no podía decirse que hubieran adquirido vida, nacido al mundo del Derecho, o lo que es igual: sin la presencia de esos requisitos nos encontramos frente a la nada jurídica, no entramos en contacto con las obligaciones.- Y bien que se distinguen esos requisitos de "existencia" enunciados, de los denominados requisitos de "validez": consentimiento sin vicios, objeto lícito, causa lícita y capacidad de las partes.- Si no concurre cualquiera de los requisitos de existencia, repito, nada se forma en la esfera de lo jurídico, ningún vínculo contractual aparece, simplemente se trata de un acontecimiento, como cualquier otro, pero que no tiene vida jurídica, es decir, no es nada y aunque parezca risible recalcarlo: la nada no es nada, precisamente.-

Si por el contrario las partes consienten, expresan su voluntad aunque sea compulsivamente o interviniendo error o dolo, si al acto asiste, se hace presente una causa y un objeto aunque sean ilícitos y el compareciente interviene aún siendo incapáz, ya no se trata de un acto inexistente, pues los presupuestos indispensables para la existencia se dieron cita, sino que de un acto nulo absoluta o relativamente, pero que en todo puede jactarse de tener existencia jurídica, en tanto en cuanto no se declare judicialmente su nulidad. Porque, talvez no esté demás recordarlo, el acto nulo, mientras no es declarado ineficaz, no solamente tiene las apariencias de la perfección, sino que efectivamente lo es y surte iguales efectos -- que uno correctamente celebrado.- Allá la parte interesada -- o el Juez de oficio o el Ministerio Público para volver el derecho a la normalidad, haciendo uso de las facultades que la ley pone a su disposición y que tienen por objeto obtener la extinción de las obligaciones: Art. 1438, Nº 7º C.- No hace falta insistir que sólo las partes que consienten pueden obligarse.- Este principio encuentra franca acogida en el Art. -- 1316, Nº 2º C., pues sería injusto que quien no ha manifestado su deseo de quedar obligado, se encontrara en dicha situación. Un acto sin tal requisito, no pasa de ser un fantasma jurídico.-

La causa forzosamente tiene que hacer acto de presencia para que en propiedad pueda afirmarse que hay acto jurídico.- Nuestro Código Civil consagra la anterior posición en el Art. 1338.- Se deduce sin mayor esfuerzo que faltando la-

causa todo puede existir, menos el acto jurídico.- Sin causa no habrá más que una pantomina, acaso un remedo infeliz de acto jurídico.-

¿Y que decir del objeto? Si en lo espiritual es importan tísimo el consentimiento, porque patentiza la intención de o bligarse que tienen las partes, el objeto es igualmente im portante en cuanto que representa la materia del contrato, - la parte física, pudiera decirse, y sin él, mal puede hablar se de acto jurídico.- ¿Podría existir la compraventa si no - hay una cosa que comprar? Evidentemente que no.- Una opera ción de compraventa de algo que no existe, ni se espera que exista, no es nada ante los ojos de la ley.- Nuestro Código Civil exige en términos claros la existencia del objeto en - el Art. 1331.-

Las solemnidades exigidas por la ley, si se omiten, aca rrean o provocan la inexistencia del acto.- Las razones lega les de su implantación no tienen las partes que discutir las: a ellas les corresponde únicamente respetarlas y cumplirlas. ¿Un matrimonio celebrado ante un Abogado merecerá ese nombre? No, evidentemente. Su inexistencia es indubitable.- En el Có digo Civil salvadoreño se habla de las solemnidades en el -- Art. 1314.-

Esta es la suerte y la realidad de los actos inexisten tes: son extraños a la vida jurídica, seres sin trascenden cia ni eficacia legal alguna. Ni la prescripción extraordina ria puede convalidarlos.- Todas las medicinas que pueden cu en

rar un acto enfermo (nulo relativamente) les son inocuas: -- Siempre serán lo que son: muertos y según dicen, hasta ahora, sólo Jesucristo ha resucitado.-

El Art. 1551 C. expresa que "es NULO todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el VALOR del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.- La NULIDAD puede ser absoluta o relativa".- Es decir que el acto estará viciado de nulidad, cuando no concurren a su formación requisitos insispensables para su VALIDEZ.- Esta disposición tiene que interpretarse restrictivamente, pues siendo la nulidad una sanción grave, no puede suponerse fuera de los casos taxitivamente expresados,- Y del Art. 1551 C., base de todo el Título XX del Libro Cuarto del Código Civil salvadoreño se desprende, que si al acto o contrato le faltan requisitos que la ley prescribe como necesarios para su EXISTENCIA, no es NULO, pues cosas diametralmente opuestas son la validez y la existencia y sólo cuando están ausentes los elementos de la primera puede hablarse LEGALMENTE de nulidad.- De este artículo hay que partir pues, para buscar en el resto del Código Civil, si efectivamente está contemplada o no la inexistencia.- El art. 1416 C., dice que: "todo contrato LEGALMENTE celebrado, es obligatorio para los contratantes, y sólo cesan sus EFECTOS entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas O POR CAUSAS LEGALES", significando que cuando-

un contrato ha NACIDO al Derecho, sólo puede deshacerse por las maneras relacionadas, para que cesen sus efectos.-

Los contratos o actos afectados de nulidad, como antes dije, TIENEN EXISTENCIA JURIDICA y sólo hasta que aquella es declarada judicialmente, pierden su eficacia (art. 1557 C.).- En otras palabras: los actos o contratos ANULABLES generan OBLIGACIONES mientras una sentencia no DECLARE QUE SON NULOS y por eso es que claramente dispone el art. 1438 C.: "Que toda OBLIGACION PUEDE EXTINGUIRSE (PORQUE SE HA FORMADO)- 7º - POR LA DECLARACION DE NULIDAD O POR LA RESCISION", o sea que la NULIDAD sola, por notable que sea, no es suficiente para destruir la obligación y precisa siempre del auxilio de la sentencia del Juez para producir su efecto aniquilador.- ¿Que se deduce de lo anterior? Que los actos o contratos NULOS no solamente son proyectos, sino que realidades jurídicas (EXISTENTES) y únicamente haciendo uso de las "causas legales" de nulidad y rescisión pueden sacarse del campo de las obligaciones.- El acto o contrato inexistente, como su nombre lo indica, no tiene vida, pues "no ha sido legalmente celebrado y si bien existe una apariencia de él, la ley no ha podido anularlo, porque ello sería tan imposible como matar a uno que no ha nacido.- Por lo menos se podría decir de ese acto o contrato, según la expresión de Planiol, que la inexistencia de él es incompatible con la nulidad, porque la nulidad es una operación que-

consiste en aniquilar un contrato realmente celebrado.- La diferencia que debe hacerse entre el acto o contrato inexistente y el acto o contrato puramente anulable está en que aquel no tendrá valor jamás, mientras que éste si que se convalida por el lapso de 30 años".- ¿Que se puede hacer entonces con el acto o contrato inexistente? Como pueden evitarse sus posibles males?.- LAURENT se pregunta: "¿que el Juez anule la convención? No, la demanda no se podrá formular en esos términos, porque lógicamente es imposible que el Juez pronuncie la nulidad de un contrato, siendo que legalmente no hay contrato; no se anula la nada.- Todo lo que se puede pedir y todo lo que el Juez puede decidir, es que jamás ha habido convención.- ¿Se dirá que es ésta una cuestión de palabras? No, la diferencia es grande entre la nulidad pronunciada por el Juez y la sentencia por la cual él declara que no hay contrato.- Ninguna confirmación, ni expresa ni tácita, puede serle opuesta a quien alega la inexistencia, porque no se confirma la nada".-

Pero y en nuestro Código Civil ¿Acaso aparecen diferenciados los requisitos de validez y los requisitos de existencia? El art. 1416 C., habla de contratos legalmente celebrados, pero ya se vió que a pesar de tener tal carácter, pueden anularse por "causas legales", de donde se colige que sobre esa celebración legal debe hacer una noción-

más fuerte y extensa, puesto que en esos casos el contrato "existe", no hay discusión respecto de su nacimiento.- ¿Qué artículo del Código Civil nos hablará de lo que debe incidir en los contratos para que nazcan como tales? El art. 1314 reza: "El contrato es real cuando, PARA QUE SEA PERFECTO, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, DE MANERA QUE SIN ELLAS NO PRODUCE NINGUN EFECTO VIVIL, y es consensual, CUANDO SE PERFECCIONA por el solo consentimiento".- Si en una convención se omiten tales exigencias, no hay contrato, no llega a formarse el vínculo jurídico que da nacimiento a las obligaciones (Art. 1308 C.).- La ley en esos casos no dice que esos requisitos son necesarios para la validez, sino que emplea palabras que sin lugar a dudas se refieren a la existencia, de allí que hablar de nulidad en ellos, sería salirse de lo estrecho del concepto encerrado en el art. 1551 C., que por ningún motivo debe ampliarse.-

Además del art. 1314 se encuentra el 1425 que expresa: "que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes (cuatro).- Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente (1424 que habla de las obligaciones de hacer)".- Si no se cumple con lo expuesto en el art. 1425 no puede hablarse de prome-

sa nula, sino que de promesa inexistente.- Los contratos--- reales , solemnes y consensuales aparecen dispersos en todo el Código Civil y todos sus preceptos esenciales, en caso - de omitirse, acarrea, insisto, su inexistencia.-

Sin concurso real de voluntades no puede hablarse de contratos (art. 1309 C.), y sin contratos no pueden nacer obligaciones que tengan como fundamenteo una de claración de voluntad (art. 1316, N^o 2^o C.), que debe recaer sobre las cosas esenciales del contrato (art. 1315 C.).-

El requisito de la escritura pública para la venta de bienes raíces que valgan más de doscientos colones (art. 1605 C.), de la inscripción de la hipoteca en el Registro-- respectivo (art. 2160 C.), etc., son solemnidades cuyo incumplimiento hace que tales contratos no produzcan ningún efecto civil.- La falta de solemnidad no acarrea la nulidad del contrato, sino que su inexistencia, pues tal requisito no está establecido en consideración a la naturaleza del -- contrato particularmente considerado, ni en consideración - a la calidad de las personas o al estado de éstas, que en él intervienen.- La compraventa, por ejemplo, es una, ya se trate de bienes muebles o inmuebles y el hecho de que en una se exija escritura pública y en la otra no, no quiere -- decir que sean contratos distintos.- El art. 1572 C. confirma la inexistencia de los contratos en que se ha omitido la escritura o instrumento público, cuando se exige como sol-

lemnidad especial.-

El art. 1551 C., en su segundo inciso, da a entender que el objeto y la causa lícitos son requisitos de validez y erradamente incluye a las formalidades especiales como requisito de la misma clase, cuando ya se vió claro que su omisión provoca la inexistencia del contrato.- Calla tal artículo lo relativo a la causa y al objeto en sí y no hay razón para que ante ese silencio, supongamos que tales elementos al faltar, generan el mismo efecto que cuando concurren en forma ilícita.-

Estoy sinceramente convencido de que ante los actos in-existentes la justicia es poco lo que tiene que hacer y es más, ninguna intervención en ellos debería de tener, y que es de buen criterio jurídico reservar el Título de la Nulidad y la Rescisión para aquellas situaciones especialmente establecidas por el Legislador y que si por extrema precaución se acude a los Tribunales que administran justicia, éstos no pueden decretar ninguna nulidad, como muy bien decía Laurent, pues lo nulo existe, tiene vida, y lo inexistente no es más que un cadáver jurídico y sería absurdo querer dejar sin efecto algo que nunca lo produjo, algo que jamás dió nacimiento a obligación alguna.- Nuestro Código de Procedimientos Civiles en su art. 421 permite aplicar la doctrina de los expositores del Derecho, ante el vacío legal y es más lógico abstenerse de declarar la nulidad de un acto inexistente, que incurrir en un contradictorio le-

gal.- Así como el art. 181, N^o 1^o de nuestro Código de Instrucción Criminal, ante la ausencia de delito, ante la falta de tipicidad, obliga al sobreseimiento, así también en lo Civil debe el Juez tener cuidado de no fallar sobre la nada.- Si en lo Criminal se dice sin temor alguno que el hecho no constituye delito, ¿Porqué no decir en lo Civil usando del art. 421 Pr. citado, tratándose de los actos inexistentes, que no son actos jurídicos, que no tuvieron, ni tienen, ni podrán tener nunca trascendencia legal alguna? -- Creo que es tiempo ya de perder el miedo y el respeto a tanta jurisprudencia conservadora y de abrir las puertas a los sabios principios consabrados en cientos de textos de Derecho Civil, para que entren libremente a la casa de nuestra desconfianza jurisdicción.-

PALABRAS FINALES

La exposición de los temas objeto de mi tesis doctoral acaso sea un tanto desordenada y con conclusiones talvez precipitadas.- Como única excusa a mi favor puedo apuntar la falta de calma de razonamiento propia de la juventud y lo lejos que estoy aún de mi madurez intelectual.- Estoy esperanzado en -- que la experiencia me irá dando poco a poco la tranquilidad indispensable para triunfar en la vida.- En el caso particular de mi tesis de doctoramiento es más explicable mi premura, por cuanto estoy ansioso de recibir el preciado galardón académico, sueño de toda mi vida, cristalización de mi más grande ambición.-

Mi trabajo debe valorarse como lo que es: trabajo de un estudiante y por consiguiente pido con respecto a él, criterio-comprendivo y generoso y no olvidar, más que todo, el entusiasmo que he puesto en el desarrollo de los distintos asuntos, - aún cuando carezco de erudición.- Mis páginas como manifesté en mi Introducción, son en gran parte, fruto de mi esfuerzo personal, por más que lo exponga no sea nada nuevo en materia de Derecho.-

Mi veneración y afecto por la profesión que por fin coroné con la ayuda de Dios y de la suerte, tiene arranque que data desde mi infancia.- Siempre he considerado al abogado como uno de los profesionales -- más luchadores y para colmo de ello,

muchas veces incomprendido.- Su afán y su abnegación, su función de experto del Derecho, de confesor de las flaquezas humanas, no es estimada justamente.- Se pasa por alto que es el "autor de la obra anónima, callada o historia del protocolo" en donde se plasma de modo permanente su intervención eminentemente calificadora, pues en él da vida y forma a la intención de las partes y la bautiza jurídicamente, concediéndole carta de autenticidad. Y en los Tribunales de justicia representa el papel de defensor de la paz jurídica y en su carácter de técnico en leyes contribuye a que los juicios se desenvuelvan mejor y más rápido, haciendo por consiguiente, que las resoluciones se provean pronto y expeditamente.-

Pienso que a nuestra profesión de sacrificio tiene que dotársela de mejores y más amplios horizontes, especialmente llenos de ideales y de optimismo, de fe y de confianza en el porvenir, para que ocupe el sitio que realmente le corresponde y en donde todos sus cultores encuentren dignificación.- Algo importantísimo e impostergable es obtener la unificación del gremio, para la más eficaz defensa de sus intereses.-

Me retiro satisfecho y agradecido del Alma Mater.-

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL, de Marcelo Planiol y Jorge Ripert
TRATADO DE LAS CAUCIONES, de Manuel Somarriva Undurraga
LA PRELACION DE CREDITOS, de Arturo Alessandri R.
DE LA NULIDAD CIVIL ANTE LA JURISPRUDENCIA, de Enrique Rodriguez S.
DOCUMENTOS HISTORICOS DE LA CONSTITUCION POLITICA SALVADOREÑA de 1950
CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES, Organo de divulgación científica de la
Asociación de Estudiantes de Derecho -
de la Universidad Autónoma de El Salva
dor.-