

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO  
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

---

Año XXI

Junio 1945

Núm. 205

---

## ¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?

Los términos en que aparece redactado el artículo 1.445 de nuestro Código, el sentido originario del contrato de compraventa que aquél define, la falta de precepto que sancione con nulidad la venta de cosa ajena, la distinta expresión de otros códigos, y sobre todo la carencia, en el mismo cuerpo legal, de una imposición al vendedor para que tal transferencia opere, son los motivos principales que determinan el interrogante que encabeza estas líneas. Sin embargo, la actitud de la doctrina frente al problema es casi unánime en favor de la contestación afirmativa, calificando Castán semejante proceder de «plausibles esfuerzos» (1), sin duda porque la convicción común así lo entiende, y sobre todo porque el comercio jurídico de tal modo lo demanda, ya que no hay comprador que no persiga como principal fin adquirir la propiedad de la cosa objeto del contrato; y como esto, lejos de ir contra la moral y el bien común, aparece como justa y equitativa pretensión de quien, a su vez, se compromete a pagar un precio por la cosa, sin limitaciones, es decir, por todas las facultades que sobre el bien comprado pueden ejercerse, el Derecho debe cumplir su misión, procurando garantizar tal creencia, que al fin contribuye como ninguna otra a

(1) Derecho civil español, común y foral: *Contestaciones a Notarias determinadas*. Sexta edición. Tomo III, pág. 13.

dar a la compraventa su característica fundamental y a que ésta obtenga el fin económicojurídico para el que existe.

\* \* \*

Mas, en primer lugar, conviene delimitar el área de la obligación a que me refiero considerándola en sí, con independencia de su cumplimiento o infracción, ya que en materia de obligaciones no puede discurrirse sin deslindarlas de los posteriores efectos que se producen en orden a la efectividad de las mismas, cuando éstas motivan título, que con otros requisitos determinan el nacimiento de un derecho real. Recordemos que, como advierte D. Jerónimo González, quien compra, no compra una cosa, sino una obligación (1). Sea cual fuere el contenido de lo que el vendedor hubiere de cumplir, siempre será una conducta determinada que el comprador podrá exigirle. Queda, por tanto, descartada de la cuestión, aunque no deje de tener con ella importantes relaciones que luego examinaré, aquella otra también muy importante de si es o no nula la venta de cosa ajena. Si lo primero, el contrato será ineficaz; si lo segundo, se traducirá la obligación en la reparación consiguiente. Mas ahora no nos interesa saber si en realidad el que vende es o no dueño. Tampoco hemos de pensar en el «modo», ni, en definitiva, en aquellos actos posteriores determinantes de la adquisición. Me limito a estudiar si el vendedor, perfeccionado el contrato, queda obligado a transmitir el dominio de la cosa objeto del contrato. Es más, si me ocupo después de la obligación de saneamiento y de ciertas facultades del comprador en relación con el problema de que se trata, no lo hago sino para argumentar a base de exigencias posteriores, cuyo sentido cabe retrotraer al momento del nacimiento de la obligación.

\* \* \*

Refiriéndose al contrato de compraventa, Arias Ramos (2) lo presenta como aquel en que uno de los contratantes se obliga a

(1) Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 11 de enero de 1943. (Crónica en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, por José L. Díez Pastor, núm. de febrero 1943.)

(2) *Derecho romano*, Vol. II, pág. 91.

Después de dar definición parecida, refiriéndose también al Derecho de Roma, nos dice Pians y Casals: «Esto, a veces, ha motivado algunas equivo-

entregar al otro la posesión pacífica y definitiva de una cosa, y subrayando esta característica, advierte cómo «no debe perderse de vista que la compraventa romana no sirve para que el comprador adquiera el dominio de la cosa..., ni siquiera se obliga (el vendedor) a procurar al comprador el dominio de la cosa: su obligación se limita a ponerle en posesión de la misma», «con lo cual—dice el referido profesor—se acentúa más la diferencia con respecto a la naturaleza que las legislaciones modernas conceden a la compraventa». El conocido texto de Africano (1) confirma lo dicho. La obligación de *rem praestare* no tiene otro alcance que el de proporcionar la posesión pacífica; *vacuam possessionem tradere*.

Para explicar la razón de tan fundamental diferencia, no ya con el Derecho moderno, sino dentro del propio Derecho romano en posterior momento de su evolución, Castán admite la posibilidad de que ello obedeciere a que había cosas como los predios provinciales, no susceptibles de *dominium*, y personas como los peregrinos, que no podían adquirir dicho derecho. Lo cierto es, como el mismo tratadista considera, y con él todos los romanistas, que los inconvenientes que tal limitación del deber del vendedor acarreaban, sobre todo cuando el comercio jurídico adquirió desarrollo, fueron paulatinamente salvándose mediante fórmulas y remedios que ligaban más y más al vendedor. Primero se hace frecuente la convención por la que el vendedor se compromete en el mismo contrato a realizar la *mancipatio*, y en la época clásica se considera comprendida en el *oportere ex fide bona*, siendo, por tanto, exigible aunque no hubiere sido expresamente pactada (Arias Ramos) (2). O sea, como dice Bonfante (3), todo el desarrollo progresivo de la compraventa en el Derecho romano se resume en buscar expedientes para que el vendedor pueda transmitir no sólo la posesión, sino también, definitivamente, la propiedad.

caciones; por virtud del contrato de compraventa no se entrega una cosa, pues entonces sería un contrato real, sino que dentro del Derecho romano hay únicamente la obligación de entregar aquella cosa...» (*Derecho civil español, común y foral*, tomo II, pág. 273.)

(1) «Venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat.» (*Dig.*, lib. XIX, tít. I.)

(2) Ob. citada. Vol. II, págs. 99 y 100.

(3) *Instituciones de Derecho romano*, págs. 480 y 481. (Citado por Castán ob. y lugar expresados.)

A pesar de esta marcadísima evolución, que culmina en nuestros días con la inclusión, en el contrato de la compraventa, de la obligación que estudio y que aparece en las definiciones de tratadistas y en algunos códigos extranjeros, aquel sentido originario, que tenía en Roma influye poderosamente, como todo su Derecho, en la concepción legal de la *emptio-venditio*. Así, en las *Partidas* (1) se dice: «Vendida, es una manera de pleyto que vsan los omes entre sí; e fázese con consentimiento de las partes...»; y refiriéndose después a las obligaciones de los contratantes, agregan: «e aquel que fizo la vendita, deue al otro entregar en aquella cosa quel vendió, con todas las cosas que pertenezcan a ella, o le son ayuntadas» (2). Posteriormente, nuestro Código, como antes dije, omite la obligación de transmitir el dominio, manteniendo el simple deber de «entregar».

Obsérvanse, por tanto, dos corrientes paralelas que nunca llegan a encontrarse. De un lado, la importancia cada día mayor y el desenvolvimiento de la compraventa en el comercio jurídico, «que vsan mucho a menudo los omes entre sí, porque es cosa que non pueden escusar» (3) y que llega hasta el punto de que, como advierte Planio, es hoy, no la transmisión de una cosa, sino la de la propiedad, lo que los pueblos, de común acuerdo, le asignan. De otra parte, el concepto primitivo se mantiene, y aquellos pactos, fórmulas de adaptación a las exigencias de la vida, no llegan a asimilarse, produciendo aisladamente sus efectos. A ello contribuye, sin duda, que la obligación de saneamiento, que también tuvo su desarrollo, tomó personalidad destacada, desligada de la naturaleza del contrato que la motiva, y es contemplada sólo en sus materiales efectos, sin meditar-se como se debiera en la causa a que obedece. Por ello merece especial estudio, que conduzca a ligar la razón de su existir con la verdadera esencia de la compraventa en nuestro ordenamiento positivo.

\* \* \*

«El vendedor está obligado a garantizar al comprador la evicción de la cosa (*evictionem praestare*) cuando un tercero le disputa su de-

(1) Tít. V, partida 5.<sup>a</sup>.

(2) L. XXVIII, tít. V, partida 5.<sup>a</sup>.

(3) Tít. V, partida 5.<sup>a</sup>.

recho, aun cuando no hubiese prometido expresamente la garantía en casos de evicción y no hubiera sabido que la cosa pertenecía a otro... ; el vendedor que vendía a sabiendas la cosa de otro, debe indemnizar *omne quod emptoris interest*» (Mackeldey) (1). Pero, como estudia Arias Ramos (2), primitivamente, el comprador así defraudado no tenía acción contra el vendedor, salvo que, tratándose de *res mancipi*, hubiesen llevado a cabo la *mancipatio*, de la que nacía la *actio auctoritalis*. Conferida la posesión, el comprador había cumplido su obligación. Ante tales inconvenientes, se ideó la celebración de un contrato verbal, por el cual el vendedor, caso de *evictio*, se comprometía a pagar al comprador una cantidad, doble o equivalente al perjuicio sufrido, estipulación que luego se transforma en obligatoria, y, por último, no es preciso que se celebre, pues queda incorporada al contrato y dentro del ámbito de la *actio empti*. Comentando esta evolución, dice Arias Ramos: «Es el punto culminante al que el Derecho romano llegó en este proceso histórico, tendente a eliminar los peligros derivados de aquella su concepción de que la compraventa no supone la obligación de pasar el dominio de la cosa que se vende.»

«Mas si non supiesse el comprador que era la cosa agena cuando la compró, entonces no sería el vendedor tenuto tan solamente de pechar el precio, mas todos los daños, e los menoscabos que le viniessen por razón de aquella vendida que le fizo.» Así se dice en la ley XIX, título V, partida 5.<sup>a</sup>. Y el Código civil preceptúa que tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada, respondiendo el vendedor aunque nada se haya pactado en el contrato (artículo 1.475).

No basta considerar ese derecho de saneamiento por evicción, reconocido en nuestro ordenamiento vigente, sino que ha de preguntarse ¿por qué el comprador puede accionar contra el vendedor cuando se vea privado de la cosa? Para ello no es preciso ningún pacto adicional ni ninguna relación o compromiso posterior, pues del mismo contrato se deriva. Es decir, que la causa de la acción está en el vínculo original mismo, que quedó consumado; pero

(1) *Elementos del Derecho romano*, pág. 247.

(2) Ob. citada. Vol. II, págs. 101 y 102.

si después resulta que hay otra persona que vence en juicio al adquirente, éste puede dirigirse contra el vendedor para resarcirse por completo obteniendo un equivalente de la pérdida sufrida. No cabe duda, por tanto, que la raíz de la aludida acción está en el deber del que vende, cuando esa entrega de que habla el Código civil queda después desvirtuada.

Como dice el tan citado tratadista, con la garantía de la evicción desaparecen los inconvenientes de no estatuirse para el que vende la obligación de transmitir el dominio. Y cabe agregar: ¿por qué no enlazar esta facultad del comprador con el deber correlativo del vendedor, y éste con la obligación de entregar, entendiendo por ésta el acto material y externo que ha de tener un contenido de virtualidad suficiente para que el comprador no se vea privado de la cosa adquirida? (1).

Ha de tenerse en cuenta que el texto legal no distingue y que, salvo estipulación expresa, responde el vendedor al comprador «de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida» (artículo 1.474). Al mismo tiempo ha de verse que el tercero vencerá siempre que tuviere un mejor derecho a poseer que el comprador, o sea que el supuesto de evicción no se limita al caso de un grado superior de posesión, sino al derecho máximo, como el de dominio, de forma que sólo el adquirente que hubiere recibido del vendedor la titularidad suficiente, podrá ganar en la contienda que provoca el tercero, y que de nada servirá el requisito de la notificación de la demanda, si el vendedor, al acudir al litigio, no puede ofrecer los elementos que tuviere a su alcance para justificar el dominio y derrotar al reivindicante. Se deduce de lo expuesto que el saneamiento por evicción descansa en la idea de que el vendedor *debe ser* dueño de la cosa vendida, pues la contraprestación que recibe del comprador queda deshecha desde el momento en que éste sea vencido por el que demuestre la propiedad, revelándose así la falta de la condición

(1) «La entrega es una materialidad, y por esto parece necesario examinar cuál es la causa que la determina y el fin para que ha sido hecha.» (Fubini: *Contrato de arrendamiento de cosas*. Trad. de Roberto Sánchez Jiménez, página 92<sup>a</sup>)

Según Pérez y Alguer, la entrega implica, además de la materialidad de ésta, la tradición que transfiere la propiedad.» (*Notas a Enneccerus*. Tomo II, página 43.)

precisa en el que transmite, condición que a su vez resalta, por el deber de sanear.

\* \* \*

El que deba ser dueño no quiere decir que en realidad lo sea; por esto, la venta de cosa ajena no envuelve nulidad del negocio, y sólo una reparación en cuanto implica infracción de un algo que no puede ser otro que el deber de transmitir la propiedad, pues, en definitiva, ha de ser titular del derecho de dominio y está obligado a entregar la cosa para que el comprador posea «legal y pacíficamente», por tiempo indefinido, pues el precepto no fija límite, y lo que paga el comprador, el precio de la cosa, quiere decir lo que vale la propiedad, ya que las cosas tienen un valor en función de las facultades dominicales que sobre la misma pueden ejercerse cuando no se concreta a una o más de ellas, cual ocurre en el artículo 1.543, en que el precio que el arrendatario paga es el equivalente al «goce o uso de una cosa» y en razón al «tiempo determinado» que se estipule (1).

Podrá objetarse que si no se cumplen los supuestos de la evicción, o sea la reclamación del tercero, el comprador no tiene acción contra el vendedor para que le justifique la realidad del dominio transmitido, caso de surgir la duda o que concurren motivos por los que el adquirente sospeche contra la propiedad transferida. Pero ello aparece justificado si, como más adelante argumento, se considera que el deber que me ocupa no es absoluto, pues, en interés del comercio jurídico del Derecho, sólo le concede en una me-

(1) «En la venta domina lo absoluto, lo definitivo, y en el arrendamiento, lo relativo y transitorio, mediata e inmediatamente, tasado y limitado por el tiempo; según dice en una bellísima monografía Simoncelli, en la venta, la cosa pasa enteramente a formar parte del patrimonio del comprador.» (Fubini: *El contrato de arrendamiento de cosas*. Trad. de Roberto Sánchez Jiménez, página 90.)

Gayoso Arias cita otros preceptos del Código, referentes a contratos varios, en los que se precisa y delimitan las facultades que se transmiten, pero sin transferencia del todo. Invoca de este modo los artículos 1.701, referente a la Sociedad; 1.604 a 1.607 y 1.802, sobre censos y renta vitalicia; 1.740 y 1.758, sobre el comodato y depósito. Contrastan estos preceptos, según advierte el autor, con el 1.445, que habla «de una entrega plena irrestricta, pues que no le pone ni insinúa limitación...» (*Cuestiones sobre el contrato de compraventa*. Tomo VIII, 1921, págs. 146.)

dida determinada que luego especificaré, porque si, en aras de aquel interés, debe existir la obligación de transmitir el dominio en beneficio del comprador, en justa contrapartida, no debe permitirse a éste molestias más o menos fundadas, sino basadas en un fallo que, previo examen de los elementos probatorios oportunos, declara de quién es el derecho controvertido. Es cierto que si la acción no se ejercita por el tercero, queda libre el vendedor de toda reclamación ; pero es que ésta carece de finalidad principal si el adquirente no ha sido perturbado en lo que al fin constituye el contenido material del dominio, es decir, la posesión, ejercicio externo de las facultades a la propiedad inherentes. Así viene a corroborarlo la Sentencia del T. S. de 10 de febrero de 1936, a que luego haré referencia, que precisa y perfila anteriores declaraciones del mismo Tribunal, favorables a la tesis que aquí mantengo.

\* \* \*

Lo expuesto explica el porqué los Códigos alemán y suizo consideran la obligación de sanear como consecuencia de la obligación de transferir el dominio que expresamente imponen dichos Cuerpos legales (§ 433, 1.º, art. 184), los que, en unión de gran parte de la doctrina científica moderna, como Sánchez Román y Valverde (1), quienes tan fundamental consideran el deber comen-

(1) Según Falcón, «es contrato de compraventa aquel por el cual una persona transmite el dominio o derecho real de una cosa suya a otra, mediante el pago del precio.» Refiriéndose a la definición del artículo 1.445, dice: «Esta definición describe los efectos principales de la compraventa, pero no da idea científica del contrato. Para definirlo con propiedad es preciso hacer constar que es un título traslativo del dominio...» (*Derecho civil español, común y foral*. Tomo IV, pág. 208.)

Según Gay de Montella, «contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa a otro, y éste, a pagar por ella el precio». Y comenta: «El legislador español, al definir este contrato en el artículo 1.445 del Código civil, no ha empleado la palabra transferencia de la propiedad, sino simplemente obligación de entrega de una cosa determinada a una persona...» Pero «hacen notar los autores que la transferencia de la propiedad se entiende implícita...; puede decirse que no existe cuestión desde el momento en que la transmisión de la propiedad es el objeto principal de toda venta». (*Legislación comercial española*.)

Opinan del mismo modo en nuestra patria Sánchez Román y Valverde, y en la doctrina extranjera, Colin y Capitant y Ruggiero, entre otros.



tado, que lo dan por supuesto en su definiciones, vienen, en fin, a convertir aquellas dos corrientes paralelas a que antes hacía alusión, en convergentes que se unen en el punto básico donde radica la verdadera naturaleza del contrato de compraventa, adquirida virtualmente en aquella primera evolución del Derecho romano, si bien el camino constructivo fuere interrumpido por el descanso que juristas y legisladores encontraron al ver superados los inconvenientes de la simple obligación de entregar la posesión, en el saneamiento por evicción, que, aun cuando fuera considerado como accesorio y secundario, según afirman Colin y Capitant, al fin quedó imbuído en el propio contenido de la *emptio venditio*, según vimos antes.

Si, con relación a nuestro ordenamiento positivo, no es posible cortar ese paralelismo y llegar a esa unión a través del precepto legal, si podemos, por vía de interpretación, lograrla, de una parte, porque en ningún lugar del Código se prohíbe, y de otra, porque el deber expresamente incluido de posesión legal y pacífica es lo suficientemente expreso para someterlo a una medida y fijar cuál debe ser ésta, validos para ello de los artículos del mismo Cuerpo legal concordantes, de la postura estudiada que observa la doctrina, la Jurisprudencia favorable, y todo ello en función de las fuentes subsidiarias prescritas en el artículo 6.º.

\* \* \*

Mas, antes de examinar la obligación que me ocupa en su alcance y diversos grados, para reforzar lo que queda argumentado, de lo que se infiere la realidad de aquélla, podemos considerar las siguientes razones:

El artículo 1.502 faculta al comprador para suspender el pago del precio si, antes de haberlo hecho efectivo, fuere perturbado en la posesión o dominio, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria. Vemos por este precepto cómo sin necesidad de que llegue la evicción y se cumplan sus presupuestos, puede el comprador exigir indirectamente el dominio, aunque pierda la oportunidad desde el momento que paga el precio, según mi parecer, por los motivos ya detallados. Cabe, por tanto, apreciar las situaciones siguientes:

a) *Contrato perfecto, pero no consumado*.—Puede el comprador suspender el pago, en las hipótesis del artículo 1.502, que no se limita a la perturbación en la posesión, sino a aquella otra de mayor entidad que representa el ejercicio de la acción reivindicatoria, garantía propia del derecho de dominio. Y cabe preguntar: si al adquirente le es posible suspender el pago del precio, no ya sólo por la perturbación, sino simplemente por el temor a que se produzca, y tanto de la posesión como del dominio; ¿puede compaginarse esta facultad con el deber del vendedor, si se limita éste al de conferir tan sólo la posesión? Ello nos explica la redacción del número 1.º del artículo 1.474, que exige la posesión LEGAL y pacífica, o sea con un título que la justifique y que no puede ser otro que el de dueño, pues no es dable confundir la legalidad de la posesión con la protección legal del hecho posesorio. Esta respeta la apariencia de un derecho por el ejercicio de su contenido; aquélla exige que ese contenido descansa en una justa causa, en un título que ha de ser el de propiedad, pues la posesión al transferir es definitiva y abarca la realidad de todas las facultades dominicales, dado que la limitación implica en todo momento determinación precisa de su contenido, y mientras no se detalla, hay que entender que esa entrega de la cosa, esa posesión a conferir, ha de ser plena e incondicional (1).

b) *Contrato consumado*.—En este caso, satisfecho el precio por el comprador, ya no es posible reclamación alguna, ínterin la desposesión venga, por efecto de sentencia firme que declare la justicia de la reclamación formulada por tercero, y, en consecuencia, la plena justificación de la ineficacia práctica de aquella entrega hecha por el vendedor. Entretanto, la seriedad del negocio y su firmeza, nunca más exigible que en la compraventa, contrato fundamental y base de aquél, no permite discusiones ni dudas, como antes quedó argumentado.

\* \* \*

Entre los argumentos tan apreciables que en favor de la misma tesis que aquí sostengo, aduce Gayoso Arias (2), merece especial

(1) Véase lo dicho en la nota (1), pág. 383.

(2) «Cuestiones sobre el contrato de compraventa». *Revista de Derecho Privado*, pág. 145, tomo VIII, año 1921.

Observa también el citado tratadista en el mismo artículo (pág. 148) los

consideración el que se funda en el artículo 1.462 del Código civil, al exigir que el vendedor ponga en PODER y posesión de la cosa comprada, lo que revela, a juicio de aquel tratadista, necesidad de hacer también entrega del derecho de dominio, según revela la palabra poder, y en cuanto a efectos de su contenido externo, se usa además la palabra posesión. Yo entiendo que aquella palabra más bien refuerza el concepto posesión, advirtiéndose a modo de redundancia en que incurre el legislador, preocupado tal vez porque la interpretación del artículo 1.445, como así ha ocurrido, produjese dudas, y su tendencia a que no baste la posesión en sí, sino ésta como contenido del dominio que en definitiva ha de ser transmitido; pues no ha de perderse de vista que toda posesión, sea cual fuere, consiste precisamente en una relación de hecho en que el poseedor se encuentra respecto a la cosa poseída, que en realidad se encuentra en poder suyo, y por ello es idea consustancial con la de la posesión misma, aunque lo innecesario de utilizar la repetida palabra revele esa tendencia y preocupación.

\* \* \*

Partiendo de la base sentada, o sea que es obligación del vendedor transmitir el dominio de la cosa vendida, veamos, para terminar, algo que es tan importante y que completa la tesis, es decir, la medida de esa obligación, que a mi entender no es absoluta, y por ello, más que nada, requiere una determinación.

Para tal intento, nada mejor que seguir la orientación que nos proporciona la Jurisprudencia, quien, acorde con la opinión expuesta, nos viene además a dar la medida de la obligación estudiada, y, por último, se nos muestra implícitamente en armonía con el alcance que al deber de saneamiento concede nuestro Código, cuyo alcance nos viene a demostrar una vez más la relación íntima que entre la evicción y la obligación comentada existe, por lo cual habremos de examinar al propio tiempo los supuestos de que trata el artículo 1.477 del Código civil.

\* \* \*

términos en que se expresa el artículo 1.509, referente al retracto convencional, y según el cual, no retrayendo el vendedor, adquiere irrevocablemente el dominio de lo vendido (el comprador). Indirectamente advierte aquí el Código los efectos peculiares y la esencia del contrato.

Dice la Sentencia de 4 de junio de 1928 (1): «Considerando que nuestro Código civil, al definir el contrato de compraventa en su artículo 1.445, dice con *alguna impropiedad* que se obliga a *entregar la cosa* y no *que se transfiera el dominio*, cuando la *naturaleza* del contrato es precisamente *la transferencia de la propiedad*, aunque sea necesaria la entrega de la cosa; y en otros pasajes se dice que son modo de adquirir los contratos mediante la tradición (artículo 609 del mismo Código), pero este modo derivativo tiene lugar en la forma y manera que determinan los artículos 1.462, 1.463 y 1.464 del mismo cuerpo legal...» El carácter traslativo de la compraventa lo declara también la Sentencia de 26 de junio de 1924: «Considerando que la compraventa es un contrato consensual, bilateral y oneroso, por el que *una parte se obliga a transferir* a otra el dominio de una cosa..., y habiendo el Tribunal declarado... que el ahora recurrente no era ni fué después... dueño de las acciones que ofreció vender, es evidente que los elementos personales reales y formales que han de concurrir conjuntamente para la perfección del contrato de compraventa, sólo concurren los primeros y últimos y faltaron los elementos reales, porque, respecto a la existencia de la cosa, era de ajena pertenencia, la que sin derecho ofreció el vendedor, y por la naturaleza de conmutativo que tenía el pacto convenido, *en que no se hizo intervenir riesgo ni incertidumbre* respecto a la cosa vendida, sin que el vendedor cumpliera la obligación de entregarla, no podía nacer la primordial obligación del comprador de pagar el precio en el tiempo y forma estipulados...» (2). Indirectamente, la Sentencia de 11 de marzo de 1929, al declarar lícito y permitido el pacto de no transferir el dominio interin se cumpla la condición impuesta en el contrato, reitera la anterior doctrina, que en cierto modo precisa, al expresar que «si bien los requisitos esenciales de los contratos son invariables, los naturales pueden modificarse por convenio de las partes...» (3).

Singular interés ofrece la Sentencia de 10 de febrero de 1936, que a primera vista parece contradecir la doctrina anterior, pero que, a mi juicio, la delimita y precisa: «Considerando que, aunque la jurisprudencia patria venga dando una cierta *holgura y flexibi-*

(1) *Colec. Legislativa*, 1926, pág. 35.

(2) *Colec. Legislativa*, 1924, pág. 369.

(3) *Colec. Legislativa*, 1929, pág. 316.

lidad a las obligaciones esenciales del *vendedor o transmitente* a título oneroso, limitadas, según el texto literal de los artículos 1.461 y 1.474 del Código civil, a la *entrega* de la cosa objeto de la venta o del contrato *de tipo traslativo*, y al *saneamiento* garantía en los casos específicos de la evicción..., llegando así este Supremo Tribunal a ciertas soluciones, en las que amplía prudentemente el contenido de la obligación de entrega (por ejemplo, en las Sentencias de 26 de junio de 1924, 4 de junio y 8 de marzo de 1929)..., no es lícito derivar de ello la *existencia de una amplia obligación legal* de garantizar la *perfecta titularidad* de la cosa que es objeto del contrato en un país como el nuestro, en que ni los textos legales imponen una *absoluta y rigurosa garantía* de los vicios jurídicos, ni los usos del tráfico permiten siempre que se entienda implícitamente pactada esa responsabilidad; y como en el caso presente no se ha demostrado que el uso ni la ley impongan la necesidad de que el transmitente de una central eléctrica garantice la posibilidad del legal funcionamiento de la misma y la inscripción de la posesión oportuna en el Registro público de aprovechamiento de aguas, no cabe estimar la infracción... de los artículos 1.450, 1.461 y 1.474 del Código civil...» (1).

\* \* \*

Relacionando las tres primeras resoluciones citadas y el conjunto que nos ofrece, combinándolo con la última, se deduce de la doctrina legal expuesta lo siguiente:

1.º La impropiedad de expresión de que adolece el artículo 1.445 del Código civil exige dar mayor holgura y flexibilidad al sentido literal de su texto, entendiendo que es obligación del vendedor transmitir la propiedad de la cosa vendida, sin que tenga acción para reclamar el precio en el caso de que resultare no ser de su pertenencia, y aunque es precisa la entrega para efectividad de aquel deber, acto material en el que sin duda pensó el legislador, sin extenderse a su trascendencia respecto a la transmisión, inherente a la naturaleza del contrato de compraventa.

2.º La obligación en cuestión no es absoluta, de modo que

(1) *Aranzadi*. Ref. 331, año 1936. Rep.º de Jurisprudencia.

imponga al vendedor la garantía de una titularidad perfecta con ausencia de toda clase de vicios jurídicos, sino el mínimo preciso para que el contenido normal del derecho de dominio pueda pasar al comprador y gozar éste de su posesión pacíficamente, de modo que no sea perturbado con fundamento y disfrute amparado en las facultades «auctor», pero sin poder exigirle una pureza tal que el derecho adquirido desenvuelva por sí toda la amplitud de que es capaz, tanto en el fin económico a llenar por la cosa que es su objeto como por los medios de prueba para desarrollar todas sus virtudes jurídicas, más allá de las precisas para no ser privado de la propiedad escueta, en cuyo supuesto se da vida a la acción de saneamiento, que envuelve la efectividad y garantía de aquel deber.

3.º La obligación en cuestión puede ser alterada por el pacto de alguna condición que suspenda su efectividad o la altere de algún modo, cual en el de reserva de dominio ocurre (1).

4.º Tampoco es obstáculo para que ante una contingencia prevista por las partes, y que puede estar basada en una titularidad imperfecta, quede sin efectividad, por cumplirse la circunstancia temida, de ambas partes de antemano conocida.

\* \* \*

Para completar nuestro estudio sobre el alcance de la tan repetida obligación, y del mismo modo que para justificarla enlacé su realidad con la doctrina sobre la evicción, haré lo propio analizando el artículo 1.477 del Código civil, en donde son de apreciar varios supuestos, aparte la necesidad de su estudio con objeto de salvar la posible objeción que a cuanto queda tratado pudiera ofrecer precisamente la posibilidad de que los contratantes suprimen por pacto expreso aquella garantía sin la cual la obligación de transmitir carece de virtualidad para su imposición, caso de incumplimiento o de que cumplida resultare ineficaz el propósito que envuelve su existencia.

(1) Las mismas dudas ofrecidas sobre si este pacto es o no admisible, revelan la esencialidad estudiada al considerarse la reserva de dominio como anomalía o excepción dentro de los efectos propios y peculiares del contrato que me ocupa, y de los que parten cuantos han dedicado su atención a investigar la naturaleza y alcance de aquella singular modalidad.

En efecto, el artículo 1.477 permite el pacto por el cual el comprador renuncie al saneamiento por evicción, determinando sus efectos y, yendo más allá, permite incluso la renuncia a toda reparación, aunque exija para ello el conocimiento de los riesgos y la sumisión a sus consecuencias; mas en éste, como en el anterior caso, lo estipulado sería ineficaz, como advierte el artículo 1.476 si hubiere mala fe de parte del vendedor. Por último, la responsabilidad por tal concepto puede aumentarse o disminuirse a virtud de especial convenio.

Para mejor orden en la exposición iré distinguiendo los supuestos varios que pueden darse, analizando por separado sus consecuencias y de este modo llegar a la conclusión apetecida.

#### A) CASO NORMAL: CONTRATO SIN ESTIPULACIÓN ALGUNA SOBRE EVICCIÓN O CON PACTO COINCIDENTE CON LOS TÉRMINOS LEGALES.

Será obligación del vendedor transmitir al comprador el derecho de dominio sobre la cosa objeto del contrato. Como queda antes advertido, no en un sentido absoluto, sino con los límites detallados al comentar la jurisprudencia patria, o sea, en pocas palabras: transmisión de la titularidad mínima para gozar del contenido normal de dicho derecho, a ejercer externamente a modo de posesión a título de dueño y pacíficamente.

Si en este supuesto el comprador es vencido a virtud de acción de tercero que le prive de lo adquirido, podrá ejercer a su vez la de saneamiento contra el vendedor, quien habrá de hacerle reintegro del precio que tuviere la cosa al tiempo de la evicción, frutos o rendimientos, costas, gastos e intereses, en los términos establecidos en el artículo 1.478; pero sin poder exigir documentos, medios o pruebas no impuestos en el contrato, o que de él se deduzcan y sean consecuencia de la buena fe que a todo contratante se impone conforme al uso o la ley (art. 1.258) (1).

(1) «Mas si non supiese el comprador que era la cosa agena quando la compró, entonce non sería el vendedor tenuto tan solamente de pechar el precio, mas todos los daños, e los menoscabos que le viniesen por razón de aquella vendida que le fizo». (L. XIX, tít. V, partida 5.<sup>a</sup>)

**B) AUMENTO DE LA OBLIGACIÓN: PACTO EXPRESO QUE LA INTENSIFIQUE.**

En razón de la facultad que concede el artículo 1.475, párrafo tercero, los efectos normales ya dichos quedarán aumentados en los términos que se hubiera pactado, hasta llegar a la exigencia de la titularidad perfecta y sin vicios, ni aun secundarios.

**C) DISMINUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN: PACTO EXPRESO SOBRE ELLA.**

Dentro de este supuesto cabe apreciar los siguientes casos:

a) *Estipulación de una menor responsabilidad, salvo mala fe del vendedor, que responderá en tal supuesto en los términos expresados en el apartado A).*

b) *Pacto por el que las partes acuerden simplemente la renuncia al derecho de saneamiento (art. 1.477).*

Subsiste, no obstante, la obligación de transferir. Incumplida, produce los efectos determinados en el artículo 1.477, es decir, la devolución del precio que la cosa tuviere al tiempo de la evicción, sin compensación de otros desembolsos o daños.

El precepto aludido nos corrobora la tesis sentada. A pesar de que expresamente el comprador renuncia a la garantía legal, el legislador, aunque más atenuada, la conserva en su sustancia. No obedece, por tanto, la responsabilidad de mi estudio a un pacto que se agregue al contrato y que accidentalmente lo mate. No sólo sin necesidad de estipulación aquélla existe, sino que incluso, hecha renuncia, el comprador desposeído puede accionar por evicción, exigiendo indirectamente el cumplimiento de la obligación de que trato. Todavía nada se puede objetar: el saneamiento subsiste y la necesidad de transferir el dominio permanece incólume. Sólo encontramos una limitación, por cierto secundaria, a sus efectos propios. Pero es más: si hubiere habido mala fe en el transmitente, el pacto quedaría sin efecto y la reparación habría de hacerse en toda la extensión antes estudiada (art. 1.476.)

c) *Que el comprador hubiere hecho renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias.* En tal caso el vendedor no tiene obligación de sanear si la evicción se produce (art. 1.477).

Este es el caso más delicado que a mi comentario se ofrece en



relación con el principal argumento que me sirvió de base para demostrar la obligación de transmitir el dominio. ¿Cabe pensar que en el supuesto que ahora me ocupa ha desaparecido la tan repetida obligación? ¿Estaremos en presencia de una hipótesis que destruya la tesis construída?

En manera alguna; el artículo 1.476 salva toda posible dificultad. Si el vendedor—dice dicho precepto—hubiere actuado con mala fe, la renuncia será nula y el comprador, por tanto, como si tal pacto no existiere, podrá accionar en caso de evicción.

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por mala fe a efectos del precepto comentado? Con admirable congruencia, el artículo 433 nos lo dice: conocimiento de que en el título existe vicio que lo invalida, pues no debemos olvidar los términos en que aparece redactado el artículo 1.477, «que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los *riesgos de la evicción*». Es decir, que en el caso que me ocupa no se trata de un contrato por el que se venda cosa ajena sabiéndolo los contratantes, sino de una situación que sin implicar falta del derecho de dominio a favor del enajenante se teme que por los defectos del título, los vicios de que pudiera adolecer o cualquiera otra circunstancia, pueda el comprador ser desposeído por un tercero, o que no siendo el vendedor en realidad tal propietario crea en el derecho de que presume, aunque reconozca los vicios que puedan destruir el derecho que se obliga a transmitir; admita la posibilidad de que por situación más ventajosa a favor de un tercero pueda éste reclamar con éxito contra el comprador, al que así se lo advierte, a pesar de lo cual da su consentimiento, arrojando los peligros consiguientes. Mas se trata en este caso de un **riesgo, de una duda, de una posibilidad** con más o menos probabilidades, no de algo cierto indudable, por conocimiento exacto de la realidad contraria al derecho atribuído. Si así ocurriere respecto al vendedor, sin comunicárselo al comprador y sin éste conocer tan anómala situación, la renuncia por méritos del artículo 1.476 sería nula, ya que la mala fe del transmitente sería manifiesta.

Si la garantía de evicción en semejante hipótesis falta, no es porque el vendedor quede relevado del deber de transmitir el dominio, sino porque, conocidos de ambos contratantes los defectos de que el título adolece aptos para poder desvirtuar la transmisión al

cumplirse el hecho temido y previsto, carece de causa la reparación que el saneamiento integra. Por tanto, la obligación de mi estudio sigue siendo esencial y la renuncia en cuestión no implica tan siquiera eliminación de su concurso, sino amplísima restricción de sus efectos, que no afecta en sí al deber que se mantiene, pues el vendedor, si lo incumple, podrá ser compelido no sólo a la entrega de la posesión, sino de todas aquellas facultades a virtud de las cuales poseía, y la nueva titularidad tendrá que ser respetada *erga omnes*, con la sola excepción de quien venciére al accionar contra el adquirente, a virtud de una potestad de superior rango que destruya aquella otra débil y enfermiza, por cuyo motivo se acordó la renuncia al saneamiento, que sólo puede pedir quien recibió como sano un derecho que luego resultó no serlo, pero no quien aceptó deficiencias que, de por sí, fueron las causa de la posterior desposesión.

El «álea», que como recientemente ha declarado el Tribunal Supremo, contrariando anterior criterio (1), no sólo concurre en los contratos regulados por el Código civil en el título XII de su libro IV, sino que puede darse en otros muchos, la vemos aquí matizando el contrato de compraventa, que pierde en cierto modo su carácter conmutativo. Si la evicción tiene lugar, el comprador sufrirá la pérdida, sin reparación, de la cosa comprada, quedando el vendedor beneficiado con el precio recibido, que no está obligado a devolver; en el supuesto contrario, éste ha perdido un bien que pudo enajenar por mayor precio, lucrándose el comprador en la diferencia, ya que en definitiva el riesgo será tenido en cuenta al concluirse el «negocio», repercutiendo sobre el precio.

No sólo puede darse el supuesto analizado, sino que en muchos inmuebles, y sobre todo en los bienes muebles, se da con harta frecuencia. La realidad nos denuncia multitud de casos en que, bien por secular abandono o por dificultades originales no superadas, tanto de parte del que posee como de aquel tercero que pudiera reclamar contra dicha posesión, ésta continúa en concepto de propiedad más o menos perfecta, que es sometida a toda clase de transacciones, particularmente en función de la compraventa.

(1) Sentencia de 30 diciembre de 1944.—Se refiere a la de 27 de junio de 1906, afirmando que ésta sostenía la doctrina contraria, pero incidentalmente, y sin que fuere reconocida por otras resoluciones del mismo Tribunal.

d) *Que se pacte expresamente la renuncia a la evicción, por constar a ambas partes que la cosa que va a ser objeto de la compraventa no pertenece al vendedor, aunque se encuentre en la posesión de la misma.*

Aquí no es posible ya la mala fe en el vendedor. Ambos contratantes conocen que lo que va a venderse no es la propiedad, sino la posesión. Pero ¿es posible que ésta sea objeto de la compraventa? Creo que la posesión como hecho no pueda entrar de lleno en el concepto de objeto del contrato, ya que no cabe considerarla, a estos efectos, abstracción hecha de la base en que descansa, y que por ello lo que en la hipótesis examinada se transmite es la protección posesoria que la ley dispensa a todo poseedor (art. 446 del Código civil.)

Si un matiz aleatorio cabía advertir en el caso anterior, en éste aparece más destacado, no en cuanto a la cosa, como en la compra de la cosa que se espera, si a riesgo de que llegue o no a existir se concluye el convenio, sino en cuanto a la fuerza de la protección posesoria, de modo que se llegue o no a dar la reclamación de tercero de mejor derecho, con la posibilidad de que transcurra el tiempo preciso para la usucapión sin que tal demanda se formulese.

Hemos llegado, por vía de eliminación, al único supuesto en que, a mi parecer, no es obligación del vendedor transmitir el derecho de propiedad (1). El comprador, a sabiendas, adquiere la cosa que ha de entregársele en el sentido que literalmente aparece del artículo 1.445 y que se daba en el Derecho romano primitivo. Al fin ya advierte Arias Ramos que uno de los remedios a la limitación de los efectos que en aquel Derecho tenía la obligación del vendedor era la usucapión (2).

¿Seguirá en este caso estimándose el convenio como un contrato de compraventa? Baudry Lacantinerie y Saignat (3) consi-

(1) «Cosa agona vendiendo un ome a otro, valdrá la vendida. Pero aquel que tal compra faze, o sabe que aquella cosa que assí compra, que non es de aquel que gela vende, o creya que es suya. E si sabe que es agena, maguer que la torne después por juyzio a aquel cuya es, non es tenuto el vendedor de tornarle el precio; fueras si quando gela vendió se obligó que lo tornasse». (L. XIX, tít. V, partida 5.<sup>a</sup>)

(2) Obra citada y páginas ya dichas.

(3) Citados por Castán. (Obra expresada.)

deran la obligación estudiada como natural y susceptible, por tanto, de estipulación en contrario. Según esta opinión, que contradice en parte el parecer casi unánime de la doctrina científica, el supuesto que ahora considero habría de calificarse de compraventa. Pero si, como queda estudiado, aquel deber es esencial, el «negocio» de tal modo concertado no puede estimarse como compraventa. Coincidirá con ésta en su naturaleza primitiva, pero resulta inadaptable a la que hoy contempla la ciencia jurídica y muchos de los Códigos extranjeros, así como el nuestro, interpretado del modo que lo hemos hecho, aunque tal vez pudiera admitirse que el legislador tolerase, dentro del tipo normal, la modalidad atípica que examino y por ello redactase en tal forma el artículo 1.445, si bien opino que no es así desde el momento que en la correlatividad que hemos ido trazando, y que guarda su texto con el 1.477, no se advierte, pues este último precepto no incluye en sus supuestos tan anómalo caso. Creo más bien que la redacción del 1.445, censurada por el Tribunal Supremo en la Sentencia antes citada, obedeció, de una parte, a aquel arraigo histórico no contradicho ante la tranquilidad suministrada por la garantía de la evicción, y de otra, al posible temor de que la obligación de transmitir la propiedad fuere interpretada del modo absoluto que originó el litigio resuelto por el mismo Tribunal en su Sentencia de 10 de febrero de 1936, por la que, según vimos, modera su alcance y declara su relatividad.

No creo, en conclusión, que el caso tratado contradiga el argumento fundamental, pilar básico de la tesis construida. Aunque no se apreciase la atipicidad que originara la aplicación de los preceptos de la compraventa tan sólo en lo adaptable, y hubiese que acudir a los principios generales que autoriza el artículo 6.º, estaríamos en presencia de una excepción que, sin incurrir en el defecto de aquellos que por la particularidad singularísima de un supuesto destruyen las esenciales características de una institución, hemos de ponderar conforme al principio, tan real como vulgarizado, de que, lejos de contrariarla, confirma la regla.

\* \* \*

Mas para no faltar a la obligada sinceridad, consideraré el interés que el particular supuesto últimamente examinado ofrece en

relación con la tan discutida cuestión sobre lo que el Derecho dice y la realidad acusa, que se traduce en las interferencias de las ideas propiedad y posesión, que—como con tanto tino advierte D. Jerónimo González—equivale a la diferencia que existe entre el deber ser y lo que es (1). En los casos que es deber, y siempre en la típica compraventa, transmitir la propiedad, ésta, en relación con el vendedor, existirá o no, pero ha de tener intención de transmitir y creencia de que puede hacerlo. La realidad se encargará después de dar el éxito al tercero si el derecho existía a su favor, quedando reparado el comprador—fórmula de armonía—por medio del saneamiento, con lo cual nada ha perdido, como tampoco, al fin, el vendedor, que no podía aprovecharse de lo que no era suyo. Pero puede ocurrir que aquella otra realidad, la de la posesión del que vende, se imponga por el transcurso del tiempo y, en fin, por la dejación del titular del verdadero derecho. De este modo se vendió en la creencia de una facultad que realmente no existía, pero al fin se produjo. Esto explica la validez de la venta de la cosa ajena, que, como dice Gayoso Arias (2), no produce la nulidad del vínculo, sino que sólo afecta al alcance de la obligación; y hace comprender al propio tiempo la verosimilitud de que la compraventa se lleve a efecto en situaciones imperfectas, viciadas o indefinidas, dando lugar a un juego complejo de circunstancias, actos y omisiones, en las que el legislador tal vez pensara como un argumento más para redactar en la forma que lo hizo el artículo 1.445 del Código civil.

\* \* \*

(1) Conferencia pronunciada en la Academia matritense del Notariado el día 11 de enero de 1943. (Crónica en la *Rev. Gen. de Legisl. y Jurisp.*, febrero de 1943.) En su teoría general del Derecho, Carnelutti, al tratar del concepto «legitimación» (que tanto interés ofrece hoy día, particularmente en el campo del Derecho procesal), pone como ejemplo la compraventa civil y mercantil en el ordenamiento positivo de Italia, para demostrar en relación a la eficacia del «acto», que unas veces para ella es necesario que la persona que lo realiza y el bien sobre el cual se realiza sean realmente tal sujeto y tal objeto, aunque otras basta con que «puedan ser». Se basa el ejemplo en que la compraventa civil es nula si se vende cosa ajena, lo que no ocurre en la mercantil (artículos 1.459 del Código civil y 59 del Código Mercantil). (Trad. de Carlos G. Posada, pág. 257.)

(2) Art. citado (pág. 33).

De cuanto queda estudiado cabe extraer las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup> Es deber del vendedor no sólo entregar la cosa vendida y mantener en la posesión legal y pacífica de ella al comprador (contenido externo), sino también transmitir el derecho de dominio (contenido interno).

2.<sup>a</sup> Semejante obligación es *esencial* al contrato de compraventa, en el sentido de que tal ha de ser la intención y propósito del vendedor, aunque la realidad no coincidiese luego con la creencia que le hubiese impulsado.

3.<sup>a</sup> La repetida obligación no es absoluta, sino limitada a la titularidad suficiente para ejercicio mínimo de la propiedad, sin posibilidad de perturbación o desposesión por tercero; pero sin trascender a detalles externos de pruebas, vicios no esenciales o defensas, precisos para todo el desarrollo económico del bien objeto del negocio y toda su plenitud jurídica.

4.<sup>a</sup> Dentro de ella, y en cuanto a su eficacia, caben grados o matices que, partiendo de la reparación completa e incluso superando la relatividad advertida, sigue por la simple compensación del precio, terminando con la supresión de la garantía de saneamiento cuando el contrato se hubiere terminado a base de soportar el evento de la evicción; pero sin perderse por ello en ningún supuesto la creencia de la posibilidad y probabilidades de la potencialidad de transmisión con virtud suficiente para consolidar el derecho y necesidad de cumplir los actos a ella encaminados. La mala fe por falta de esa creencia mantiene la eficacia de la obligación en todo su alcance, produciendo el deber del saneamiento, caso de evicción, aunque se hubiere pactado la renuncia al mismo.

5.<sup>a</sup> Concertada la venta de cosa ajena, con conocimiento de esta circunstancia por ambas partes, sólo ha de transmitirse la protección posesoria, perdiendo el contrato su carácter de compraventa típica, aunque permite el juego de las obligadas relaciones entre propiedad y posesión.

6.<sup>a</sup> El artículo 1.445 del Código civil, interpretado en función de sus concordantes, no contradice las conclusiones expuestas, y su defectuosa redacción obedece al origen histórico de la compraventa, en cuya esencialidad no llegó a incorporarse el remedio para los inconvenientes de la simple transmisión, de la posesión, superados

por el saneamiento, y tal vez para evitar la interpretación absoluta de la obligación apreciada y al propio tiempo permitir el desenvolvimiento de las situaciones posesorias imperfectas, pero aptas para la consolidación del dominio.

\* \* \*

Con las conclusiones sentadas queda agregada mi pobre aportación a la labor científica en pro de la verdadera esencia del contrato de compraventa, que de este modo viene a llenar plenamente el fin de su existir y, sobre todo, da completa satisfacción a lo que sobre sus efectos se entiende por cuantos actúan como partes en el repetido «negocio jurídico», e incluso a esa opinión científica casi unánime que comparten sin duda los profesionales del Derecho; pues entiendo que no hay Abogado, Notario, Registrador o Juez que al contemplar la gestación de un contrato de compraventa o el concierto ya perfecto dejen de pensar, al asesorar, autorizar, inmatricular o fallar, el deber fundamental de transmitir el dominio que el vendedor contrae al prestar su consentimiento sobre la causa, cosa y precio.

MIGUEL MORENO MOCHOLI.

Juez de Primera Instancia.

## La concordancia entre Registro y realidad en la nueva Ley sobre Reforma de la Ley Hipotecaria (\*)

SUMARIO: I. Inmatriculación. Medios de lograrla.—A) Expediente de dominio.—B) Título público de adquisición, solo o complementado por acta de notoriedad.—C) Certificación librada por el funcionario a cuyo cargo está la administración de los bienes inmuebles pertenecientes al Estado, Provincia, Municipio, Corporaciones de Derecho público e Iglesia católica.

### INMATRICULACION

Partiendo del artículo 347 de la Ley Hipotecaria, según ha quedado redactado después de la nueva Ley de reforma, pueden señalarse los siguientes medios de inmatriculación:

- a) El expediente de dominio.
- b) El solo título público de adquisición de la finca no inscrita, siempre que aquél—interpretamos la letra b) del artículo 347 a *sensu contrario*—contenga acreditado de modo fehaciente el título dispositivo del transmitente o enajenante.
- c) El título público de adquisición de la finca no inscrita, complementado por acta de notoriedad, cuando aquél no contenga acreditado de modo fehaciente el título dispositivo del transmitente o enajenante.
- d) La certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los bienes inmuebles que pertenezcan al Estado, a la Provincia, al Municipio y a las Corporaciones de Derecho público que forman parte de la organización política de aquél, y a las de la Iglesia católica, cuando carezcan de título escrito de dominio.

Teniendo en cuenta el carácter excepcional de este último medio

(\*) Véase el número 203 de esta REVISTA.



inmatriculador—pues sólo se puede utilizar para inscribir el dominio de inmuebles, no inmatriculados, pertenecientes a las entidades que se citan—, podemos dejar reducidos a dos los medios normales utilizables en todos los casos de fincas no inscritas, cualquiera que sea el titular a que pertenezcan—de inmatriculación registral :

A) El expediente de dominio.

B) El título público de adquisición, solo o complementado por acta de notoriedad.

Si comparamos este brevísimo guión de los medios inmatriculadores, extraído del actual artículo 347 de la Ley Hipotecaria, con la larga lista que nos ofrecía la legislación anterior, brotará espontáneo el merecido elogio hacia la nueva norma positiva.

Aún no ha sido alcanzada, es cierto, la codiciada meta del ideal medio único de inmatriculación : la certificación expedida por un Catastro perfecto. Pero, mientras esto llega, bien está que mostremos nuestro contento por la desaparición, cuando menos, de todos aquellos medios inmatriculadores merced a los cuales ingresaba en el Registro la posesión de las fincas. Desde que entre en vigor la nueva Ley, en efecto, no podremos atribuir virtud inmatriculante ni al expediente posesorio, ni a la certificación posesoria de bienes del Estado y Corporaciones, ni a las resoluciones definitivas recaídas en los interdictos de adquirir, retener y recobrar la posesión. Y por si la no inclusión de estos títulos en el inventario del nuevo artículo 347 no fuera bastante argumento para pensar de esta manera, tenemos el sólido apoyo del terminante artículo 23, tal como ha quedado redactado después de la Ley de reforma : «El mero o simple hecho de poseer no podrá ser objeto de inmatriculación registral.» Y ante tan categórico precepto, todas las normas positivas que amparaban las expresadas inmatriculaciones posesorias han de considerarse sin vigor por incompatibles con aquél. Así debe entenderse a tenor de la cláusula derogatoria contenida en el artículo 2.º de la reciente Ley, promulgada el 30 del pasado diciembre.

Examen separado de los medios de inmatriculación :

A) EXPEDIENTE DE DOMINIO.—Se mantiene en la nueva Ley, a pesar de que, como dice el preámbulo de ésta, «... más que como sistema de intabulación, se ha utilizado, las pocas veces que lo ha

sido, como medio de reanudación de la vida registral y de liberación de cargas».

El expediente de dominio, utilizado como medio de inmatriculación, tiene, según la nueva Ley, la siguiente tramitación, que sistematizamos :

*Iniciación, Juez competente y documentos que han de acompañarse.*—Se iniciará, ante Juzgado competente—que lo es, cualquiera que sea el valor de la finca o fincas objeto del expediente, el de primera instancia del partido en que radiquen las fincas o el del en que esté inscrita la parte principal, si fuere una finca enclavada en varios partidos—, por un escrito al que deberá acompañarse :  
*a)* Una certificación acreditativa del estado actual de la finca en el Catastro Topográfico Parcelario, o, en su defecto, en el Avance Catastral, Registro Fiscal o Amillaramiento. *b)* Otra certificación del Registro de la Propiedad, que expresará la falta de inscripción de la finca que se pretende inmatricular. *c)* Los documentos acreditativos del derecho del solicitante, si los tuviere, y en todo caso cuantos estimare oportunos para la justificación de la petición que hiciere en su escrito.

*Traslado del escrito al Ministerio Fiscal, citaciones y edictos.*—El Juzgado dará traslado de este escrito al Ministerio Fiscal y citará : a aquel de quien procedan los bienes o a su causahabiente, si fuere conocido, y al que tenga amillarada o catastrada la finca a su favor, y convocará por medio de edictos a las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada. Los edictos se publicarán : en todo caso, en los tabloncillos de anuncios del Ayuntamiento y Juzgado Municipal a que pertenezca la finca ; si el valor de la finca o fincas excede de 25.000 pesetas, aparte de en los sitios indicados, en el *Boletín Oficial* de la provincia, y si rebasara de 50.000 pesetas, además, en el periódico de mayor circulación de la provincia.

Se citará también : a los titulares de los predios colindantes y al poseedor de hecho de la finca, si fuera rústica, o al portero o, en su defecto, a uno de los inquilinos, si fuere urbana.

*Plazo para comparecer.*— Los que se consideren interesados pueden comparecer ante el Juzgado para alegar lo que a su derecho convenga, dentro de los diez días siguientes a la citación o a la publicación de los edictos.

*Prueba.*—Para proponerla cuentan, el actor y los interesados que hayan comparecido con un plazo de seis días, y para practicarla, con otro plazo de diez días, a contar de la fecha de admisión de aquélla.

*Resolución del expediente.*—El Juzgado, después de oír por escrito—o de palabra, cuando el valor total de la finca o fincas sea inferior a 5.000 pesetas—sobre las reclamaciones y pruebas que se hayan presentado, al Ministerio Fiscal y a los demás concurrentes, y en vista de lo que alegaren y calificando las pruebas por la crítica racional, dictará auto dentro del quinto día, declarando justificados o no los extremos solicitados en el escrito inicial.

*Apelación.*—Este auto será apelable en ambos efectos por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de los interesados, sustanciándose la apelación por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento civil, para los incidentes.

*Título inmatriculable.*—Consentido o confirmado el auto, será, en su caso, título bastante para la inscripción solicitada.

Comparando esta tramitación del expediente de dominio con la vigente, según la legislación anterior, se observa—aparte de otros matices diferenciales menos acusados, un extraordinario acortamiento de los plazos. Aquel período de prueba de ciento ochenta días, durante el cual podía el Juez admitir todas las pertinentes, ha quedado reducido hoy a seis días para proponerla, y diez para practicarla.

El Proyecto de Ley, tal como pasó a la Comisión de Justicia, permitía la tramitación del expediente ante el Juzgado municipal, cuando el valor total de la finca o fincas objeto de aquél fuese inferior a 5.000 pesetas. Pero esta innovación no pasó al texto del Proyecto aprobado por las Cortes. Persiste, pues, el sistema anterior de atribuir la competencia para la tramitación del expediente de dominio, única y exclusivamente al Juzgado de primera instancia.

B) TÍTULO PÚBLICO DE ADQUISICIÓN, SOLO O COMPLEMENTADO POR ACTA DE NOTORIEDAD.—Estamos colocados frente al medio inmatriculador que, durante tantos años, tuvo su sede en el párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Se consideraba a este párrafo como la plataforma positiva de la llamada «excepción general» al principio hipotecario de tracto sucesivo definido en el pá-

rrafo 1.º del mencionado artículo. Hoy, por fin, tiene consagración legislativa lo que, en buena técnica hipotecaria, debe aceptarse sin vacilación: que nada tienen que ver la inmatriculación y el tracto sucesivo. La primera significa—remachamos conceptos de sobra conocidos—el ingreso de una finca en el Registro, y con ello, la iniciación de la historia tabular del inmueble; lo segundo es la etiqueta de un principio hipotecario a virtud del cual no pueden inscribirse en el Registro más que aquellos actos de trascendencia inmobiliaria realizados por el titular inscrito. La inmatriculación se apoya en la idea de una finca no inscrita; el tracto sucesivo presupone una previa inscripción a favor del disponente. Las inscripciones de inmatriculación son inscripciones «primeras», sin posible juego en ellas, a favor de su titular, de la fe pública del Registro; las inscripciones practicadas al amparo del tracto sucesivo son inscripciones «derivadas», y su titular—si reúne además los requisitos necesarios—estará protegido por la *fides publica*.

Repetimos que hoy—desde el 30 de diciembre de 1944—, nuestra Ley Hipotecaria contempla el tracto sucesivo y la inmatriculación como conceptos totalmente distintos. Aquél está recogido en su ya clásico artículo: el 20—por cierto, mucho más correcto en su redacción actual, porque no limita la exigencia del tracto, como se hacía antes, a los actos de transmisión o gravamen—; la inmatriculación está desarrollada en los nuevos artículos 347 y siguientes, y por lo que se refiere al medio inmatriculador que ahora nos interesa, en los artículos 352 y concordantes.

Se mantiene, pues, en la nueva Ley el medio inmatriculador del antiguo párrafo 3.º del artículo 20. Pero con importantes retoques, que vamos a examinar:

Antes de la reforma—y según la interpretación más generalizada, y también más en armonía con los textos positivos—, los documentos públicos de adquisición de inmuebles podían servir por sí solos como títulos inmatriculadores, con tal de que en ellos «constasen» o se «expresaren»—que igual significación tienen ambos términos—las circunstancias esenciales—las de la regla 2.ª, párrafo 1.º del artículo 87 del Reglamento Hipotecario—de la adquisición a favor del que, en el documento que se pretendía inscribir, apareciera como transmitente. Todo documento público, con pretensiones de título inmatriculador, era efectivamente inscribible por sí

solo, con tal de que en él se hiciesen «constar»—aunque fuera a virtud de simple manifestación del transferente y bajo su responsabilidad (medio de reseña del título adquisitivo admitido por el artículo 174 del Reglamento Notarial)—las «circunstancias esenciales de la adquisición anterior», que señalaba y especificaba el artículo 87, regla 2.<sup>a</sup>, párrafo 1.<sup>o</sup> del Reglamento Hipotecario.

No hacía falta, pues, para lograr la inmatriculación en la hipótesis examinada, que se «probare» que se hiciera cumplida «justificación» de la adquisición del transmitente. Bastaba con que tal extremo «constara» en el mismo documento presentado.

Es de notar que al lanzar esta mirada retrospectiva a la legislación hipotecaria anterior a la reforma última, escribimos dando por resuelta, en favor de uno de los bandos contendientes, una cuestión que dividió en dos contrapuestos partidos a todos los que—Registradores y Notarios, particularmente—vivimos y aplicamos el Derecho inmobiliario: el de los «facilitativos», o de criterio amplio en la aplicación práctica del ya antiguo párrafo 3.<sup>o</sup> del artículo 20, y el de los «dificultativos», o de criterio restrictivo y estrecho. El primer sector de opinión—en cuyas filas nos considerábamos alistados—, entendiendo la palabra «constar», usada por el Reglamento Hipotecario, como sinónima de «estar algo manifestado en forma permanente o durable», llegaba a la conclusión, antes expuesta, de que eran por sí solos títulos de inmatriculación aquellos documentos públicos—en especial escrituras—en los que «constasen» las circunstancias de la adquisición anterior, ya fuera por referencia a documentos exhibidos al autorizante, ya por manifestación verbal del transmitente. En cambio, los juristas que hemos dado en llamar dificultativos hacían equivalentes el término «constar» y la expresión «ser probado», y esta equivalencia les llevaba a la conclusión lógica de que no podían inscribirse por sí solos aquellos documentos referentes a fincas no inmatriculadas, si el título adquisitivo del transferente se expresaba en el documento por simple manifestación verbal de aquél y bajo su exclusiva responsabilidad. Los que así pensaban, venían a establecer este silogismo: no puede servir como título inmatriculador por sí solo el documento público en el que no esté «probada» la adquisición del transmitente; la simple manifestación verbal de éste nada prueba a estos efectos; el documento público en el que la adquisición anterior se exprese

por lo que manifieste verbalmente el que enajena, no es apto para que se extienda, sobre su base, el asiento inmatriculador.

Dejemos quieta la virulenta controversia. Hemos dicho, de pasada, que somos facilitativos, y decimos ahora que por ello, y con arreglo a los textos hipotecarios positivos hoy reformados, hemos creído correcto siempre interpretar y aplicar el medio inmatriculador sancionado en el artículo 20, en un sentido amplio, generoso y abierto.

Y no hace falta que digamos más. Primero, porque todo cuanto pudiera reiterarse en este sentido y en defensa del criterio que sostenemos, lo expuso ya de modo magistral, y hasta casi nos atreveríamos a decir que con argumentos exhaustivos, Romero Cerdreira en un clarísimo, valiente y razonado artículo, publicado en esta misma REVISTA, en el número 187, correspondiente al mes de diciembre de 1943. Y segundo, porque aquellos preceptos positivos, sobre la base de los cuales se escribió tan brillante alegato, ya son historia.

A la vista de las nuevas normas contenidas en la Ley de reforma de 1944, no podemos, por muy bien dispuesto que para ello esté nuestro ánimo, seguir pensando como antes... en el terreno del Derecho positivo.

Más decimos: el actual texto del artículo 352 de la Ley Hipotecaria aun podríamos, con buena voluntad, hacerle compatible con nuestro criterio interpretativo, amplio y benigno, del medio inmatriculador que ahora examinamos. Pero toda buena voluntad se estrella frente al precepto positivo del artículo 347, letra b). Este es, a nuestro juicio, el obstáculo legal verdaderamente insuperable para que podamos seguir manteniendo nuestro punto de vista.

De nada serviría, en efecto, que con evidente torsión y violencia interpretativa de los textos legales y en un alarde de esa buena voluntad a que antes hemos aludido dijéramos, frente al primer párrafo del nuevo artículo 352: Es verdad que en él se establece que «serán inscribibles los títulos públicos otorgados por personas que hagan constar de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos...»; pero como, en definitiva, quien hace constar esta circunstancia no es el que transmite, sino el funcionario que autoriza el título, podemos concluir que el Notario autorizante de una escritura, en la que por manifestación

verbal del transmitente se expresa la indicada circunstancia, ha dado vida a un título perfectamente apto por sí solo para la inmatriculación, puesto que en él hace constar el indicado funcionario, de un modo fehaciente—en escritura pública—, la circunstancia repetida.

La anterior argumentación queda sentada simplemente a título de malabarismo dialéctico-jurídico, de cuya inconsistencia somos los primeros convencidos. En nuestro sentir, la única interpretación verdadera, sería y justa que puede darse al texto positivo que ahora examinamos es ésta: para que sirvan de medios de inmatriculación los títulos públicos a que se refiere el artículo 352, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, según su redacción actual, será preciso que el transmitente exhiba al funcionario autorizante de aquéllos, o, al menos, presente en el Registro de la Propiedad, el documento fehaciente del que resulte la adquisición anterior. Si el documento fehaciente se exhibe al autorizante, el título público de referencia, al que se habrán incorporado las circunstancias de dicha adquisición, será inscribible por sí solo; si únicamente se presenta en el Registro, la inmatriculación de la finca podrá hacerse a virtud de aquel título acompañado de este documento. Pero en ambos casos se habrá cumplido fielmente el artículo 352, párrafo primero; porque, por uno u otro procedimiento, el otorgante del título público traslativo ha hecho constar de modo fehaciente en el Registro de la Propiedad—que es la Oficina que interesa, porque es en ella donde se inmatriculan las fincas, y por eso es al funcionario encargado de aquélla (el Registrador) a quien se dirige la Ley en este artículo—haber adquirido el derecho transmitido con anterioridad a la fecha de dicho título.

Vamos a desarrollar nuestro pensamiento, de la mano del título público, norma y patrón: la escritura notarial.

Supongamos una escritura pública a cuyo amparo se pretende inmatricular una finca. Y pueden presentarse las siguientes hipótesis:

a) El transmitente presenta al Notario el documento fehaciente—escritura pública no inscrita o documento privado de los del artículo 1.227 del Código civil—del que se desprenda con certeza la «adquisición anterior». El Notario autoriza la escritura, relacionando el título de adquisición del que transmite con arreglo a lo

que resulte del documento presentado (primeras palabras del artículo 174 del Reglamento Notarial). No hay duda de que en esta escritura el que transfiere «ha hecho constar de modo fehaciente» su adquisición anterior. Estamos, pues, frente a un título público inscribible por sí solo, y en la inscripción que se practique «se expresarán necesariamente las circunstancias esenciales de la adquisición anterior», tomándolas del mismo documento presentado (nuevo artículo 352, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria), único preciso para la inmatriculación del inmueble.

b) El transmitente no presenta al Notario documento alguno con el que acredite su adquisición; pero afirma, bajo su responsabilidad, que adquirió el derecho que transmite. El Notario, no obstante la falta de título justificado, autoriza la escritura—porque puede hacerlo al abrigo del artículo 174, párrafo primero, del Reglamento Notarial—, vertiendo en ella esta manifestación verbal del transferente. Lo que no podrán lograr ni el que transmite ni el que adquiere es que la escritura—perfecta y plenamente ajustada a Derecho Notarial—se inscriba en el Registro de la Propiedad. La legislación del Notariado no pone tacha a semejante título público; pero la Ley Hipotecaria, sí. Y es el artículo 352 de esta Ley—que, como antes hemos dicho, habla al Registrador y no al Notario—el que nos dice que esa escritura no puede servir, por sí sola, de título inmatriculador, porque está otorgada por un transmitente que «no hace constar de modo fehaciente su adquisición anterior». Ahora bien; si existe un documento que «haga fe», justificativo de la adquisición del que transmite, y que, aunque no exhibido al Notario, se presente en el Registro en unión del título traslativo, la inscripción inmatriculadora podrá practicarse, y en ella «se expresarán necesariamente las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, tomándolas...» de ese otro documento fehaciente presentado al efecto. El ingreso de la finca en el Registro habrá sido posible gracias al título público y al documento fehaciente que le acompaña y que sirve para justificar la adquisición de quien transmite.

c) Damos por reproducida la anterior hipótesis, con la única diferencia de que ahora no se presenta el necesario documento fehaciente—porque no existe—ni al Notario, ni al Registrador. A la vista del artículo 352 de la Ley, la consecuencia es clara: esa es-



critura no puede inscribirse, y si se presenta en el Registro, sólo conseguirá, a lo más, provocar la anotación preventiva a que se refiere el último párrafo del citado artículo. Pero dejemos ahora esta anotación preventiva—que, por ser una anotación por defecto subsanable, debería tener su emplazamiento en el artículo 42, número noveno, de la Ley—y pensemos en la imposibilidad de que, sin la subsanación oportuna, esa escritura—defectuosa desde el punto de vista registral—sirva de título a la inscripción inmatriculadora.

*El artículo 347, letra b).*—Y llegados a este punto, pide imperiosamente un puesto en la disquisición el nuevo artículo 347, letra b), de la Ley. Dice así el precepto de referencia: «La inmatriculación de fincas que estén inscritas a favor de persona alguna se practicará:... b) Mediante el título público de su adquisición, complementado por acta de notoriedad cuando aquél no contenga acreditado de modo fehaciente el título dispositivo del transmitente o enajenante.»

Lo primero que notamos en el texto transcrito es lo que páginas atrás hemos apuntado: que no es posible ya mantener la idea de que puedan servir para la inmatriculación títulos públicos en los que se «haga constar», pero no «se justifique», la adquisición del que transfiere. Como ya hemos visto, este pensamiento teníamos que desecharle ante la sola contemplación del artículo 352 de la Ley, rectamente interpretado. Pero, por si fuera poco claro a este respecto el citado artículo, las terminantes palabras del 347—«... no contenga *acreditado de modo fehaciente*...»—nos sitúan al margen de toda duda.

Por otro lado, bien puede comprenderse que no existe contradicción entre el precepto que ahora estamos examinando y lo que hemos escrito en relación con el artículo 352. El hecho de que la letra b) del artículo 347 invoque el acta de notoriedad para complemento del título público de adquisición cuando éste no contenga acreditado de modo fehaciente el título dispositivo del transmitente o enajenante, no quiere decir, de ninguna manera, que se niegue todo valor a los documentos fehacientes—escrituras públicas no inscritas, documentos privados en los que se dé alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1.227 del Código civil—a los que más atrás nos hemos referido. Sin duda, el título público traslativo de la hipótesis b) antes examinada, a pesar de no «contener accredi-

tada de modo fehaciente la adquisición anterior», puede inscribirse con un complemento que no es el acta de notoriedad, sino aquellos otros documentos fehacientes.

Al hablar el artículo 347 de la Ley de «cuando el título público de adquisición no contenga acreditado...», tenemos que interpretar la expresión legal a través del artículo 45 del Reglamento Hipotecario, en el que se definen los títulos inscribibles. «Se entenderá por título para los efectos de la inscripción—dice—el documento o documentos públicos en que funde su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla y que hagan fe, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite.» Y bien se comprende, después de la lectura de este texto reglamentario, que el título público aludido en el artículo 347 de la Ley es, en la hipótesis por nosotros desarrollada bajo la letra b), la escritura notarial—en la que no se acredita la adquisición del transferente—con el aditamento de esos otros documentos complementarios que son los que, de un modo fehaciente, justifican dicha adquisición. Únicamente cuando falta en la escritura la justificación expresada, y no se presenten en el Registro los oportunos documentos complementarios, habrá de acudir, para lograr la inmatriculación apetecida, al acta de notoriedad.

Por todo ello, si al comenzar la parte de nuestro trabajo dedicada a la inmatriculación dijimos, a la vista del artículo 347, que existían dos fundamentales títulos inmatriculadores: el expediente de dominio y el título público de adquisición, solo o complementado por acta de notoriedad, ahora, con una visión más amplia de la nueva Ley, perfilamos el problema y decimos: la inmatriculación puede conseguirse:

- 1.º Por el expediente de dominio.
- 2.º Por el título público de adquisición, solo, si en él consta acreditado de modo fehaciente el título dispositivo del transmitente.
- 3.º Por el título público de adquisición complementado por los documentos fehacientes que acrediten el anterior extremo, no justificado en aquel título.
- 4.º Por el título público de adquisición complementado por acta de notoriedad en la que resulte acreditado el repetido particular, no justificado ni en aquel título ni en otros documentos fehacientes complementarios.

*El acta de notoriedad.*—El artículo 350 de la Ley Hipotecaria, tal como ha quedado redactado después de la reciente Ley de reforma, establece las reglas a que ha de ajustarse la tramitación de estas actas de notoriedad que, como hemos dicho, no sirven por sí solas para la inmatriculación registral.

A continuación sistematizamos los trámites del acta de notoriedad, utilizable como complemento del título inmatriculador.

*Notario hábil.*—El del lugar en que radiquen las fincas. (He aquí una plausible y lógica excepción a la regla de voluntariedad para la elección de Notario.)

*Iniciación del acta y documentos que han de acompañarse.*—El acta se iniciará por el requerimiento que para instrucción de aquélla hará al Notario hábil la persona que demuestre interés en el hecho que trate de acreditar y que asevere, bajo juramento, la certeza del hecho mismo, so pena de falsedad en documento público. Este requirente presentará necesariamente al Notario: *a*), una certificación del estado actual de la finca en el Catastro Topográfico Parcelario o, en su defecto, en el Avance Catastral, Registro Fiscal o Amillaramiento; *b*), y otra certificación del Registro de la Propiedad que expresará la falta de inscripción de la finca que se pretenda inmatricular.

*Notificaciones.*—Iniciada el acta, el Notario notificará su iniciación: a las personas que, según lo dicho y acreditado por el requirente o lo que resulte de la certificación catastral, tengan algún derecho sobre la finca; a aquel de quien procedan los bienes o a sus causahabientes, si fuere conocido; al poseedor de hecho, si fuera finca rústica, o al portero o, en su defecto, a uno de los inquilinos, si fuera urbana, y a los titulares de los predios colindantes. La notificación a todas las expresadas personas se hará: personalmente o por cédula, si su domicilio fuese conocido; caso de no serlo, la notificación a dichas personas y a cuantos puedan ostentar algún derecho sobre la finca se hará por edictos, que se publicarán: si la finca objeto del expediente es de cuantía superior a cinco mil pesetas, en el *Boletín Oficial de la Provincia*, en el periódico de mayor circulación de la misma y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento a cuyo territorio corresponda el inmueble; si la cuantía de éste no alcanza la expresada cifra, solamente será necesario fijar los

edictos en el indicado tablón de anuncios, quedando al arbitrio del Notario la publicación de aquéllos en los periódicos citados.

*Comparecencia.*—Los notificados podrán, dentro de los veinte días siguientes al de la notificación, comparecer ante el Notario, exponiendo y justificando sus derechos.

*Pruebas.*—Se practicarán las que el Notario considere conveniente para comprobación de la notoriedad pretendida, hayan sido o no propuestas por el requirente.

*Resolución del acta.*—Practicadas las pertinentes diligencias y pruebas, el Notario dará por terminada el acta, haciendo constar si, a su juicio, está suficientemente acreditado el hecho.

*Remisión del acta al Juzgado y resolución del Juez.*—En caso afirmativo, el Notario remitirá copia total de dicha acta al Juzgado de Primera Instancia del partido donde radique la finca. El Juez, oyendo al Ministerio Fiscal, apreciará la prueba y las diligencias practicadas, que, en caso necesario, podrá ampliar para mejor proveer. El Juez, en su resolución, puede manifestarse conforme con lo actuado o disconforme. En el primer caso lo notificará así al Notario, al cual remitirá testimonio de su resolución para su protocolización. Si se muestra disconforme, la resolución judicial será apelable en ambos efectos por el requirente, sustanciándose la apelación de los trámites procesales de los incidentes.

*Oposición.*—Si se formulare a la tramitación del acta, el Notario, sin incorporar el expediente al protocolo, lo remitirá al Juzgado competente, el cual, por los trámites establecidos para los incidentes, resolverá a instancia de parte lo que proceda.

\* \* \*

Habíamos puesto los Notarios muchas esperanzas en el acta de notoriedad. Creíamos—y había base y razón para creerlo—que esta clase de actas serviría de instrumento eficacísimo al objeto principal de rescatar para el Notariado lo que es—o debe ser—legítimamente nuestro: la llamada jurisdicción voluntaria. Fué el Proyecto de Ley de reforma de la Ley Hipotecaria, tal como se remitió a la Presidencia de las Cortes, y antes de su envío a la Comisión de Justicia, el que nos proporcionó la primera satisfacción. El artículo 347 de aquel Proyecto consideraba título apto para

la inmatriculación y para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido... el acta de notoriedad. Ella sola, sin necesidad de ir acompañando a otro documento público, era título bastante para obtener la inscripción solicitada. Y cuente el lector con que la tramitación del acta, según el referido Proyecto, se realizaba *exclusivamente* ante el Notario. El Juez sólo intervenía cuando se formulaba oposición, es decir, cuando el expediente se hacía contencioso.

Después, el artículo 209 del vigente Reglamento Notarial no podía ser más alentador en este mismo sentido: «El acta de notoriedad—dice el citado artículo—tiene por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios, *sobre los cuales podrán ser fundados y declarados derechos y cualidades con trascendencia jurídica.*»

Confesamos que, demasiado ingenuos, nos vimos inundados por un optimismo irrefrenable. Nuestra fantasía nos hizo imaginar realidad próxima incluso el anhelado «expediente *notarial* de declaración de herederos abintestato». Y es que, realmente, las transcritas palabras del Reglamento Notarial y la orientación que se dió al Proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria justificaban todos los sueños dorados. Aquello sólo era el principio de una ruta venturosa que había de culminar inexorablemente en la integración de la función notarial.

Pronto vino a trocarse en pesimismo nuestro optimismo anterior. En la actual legislación hipotecaria—verdadero retroceso en el camino emprendido—el acta de notoriedad no es por sí sola—como lo fué en el Proyecto de reforma—título bastante para la inmatriculación. Y lo que es peor: el acta de notoriedad—«carabina» (empleamos la expresión gráfica de un viejo Registrador) del documento público traslativo—no se sustancia exclusivamente ante Notario; en su tramitación interviene el Juez.

Siempre hemos sentido por la función judicial y por los dignísimos funcionarios que la ejercen un profundo respeto. Quede bien sentada esta afirmación. Pero, no obstante aquel respeto, consideramos acusadamente vejatorio para el prestigio del Notario la intervención del Juez en el acta de notoriedad: por el momento en que se produce y por el alcance que se concede a esta intervención.

Cuando ya todo está resuelto; cuando se han practicado las diligencias y pruebas; cuando el Notario ha hecho constar que, a su juicio, está suficientemente acreditado el hecho..., entonces, pre-

cisamente, es cuando interviene el Juez, y su intervención alcanza : a revisar todo lo actuado por el Notario ; a decir si este funcionario —que no es un inferior jerárquico de aquél, aunque en la nueva Ley lo parezca—ha procedido bien o mal ; a llevar a cabo, si lo estima oportuno, y para mejor proveer, la ampliación de las diligencias y pruebas practicadas o dirigidas por el Notario ; a rechazar, inclusive, todo lo actuado, si no está conforme con ello.

De aquel acta de notoriedad exclusivamente notarial, título apto por sí sola para la inmatriculación, apenas queda nada hoy : ni goza de autonomía inmatriculante, ni se mueve sólo en el ámbito notarial. Y bien está la pérdida de aquella autonomía ; pero la intervención judicial nos desconcierta por lo inexplicable.

Tradicionalmente se ha venido considerando a la autoridad del Juez como la más apta para proteger los intereses de las personas indefensas, y así vemos, por ejemplo, cómo las particiones hereditarias en las que hay interesados menores sujetos a patria potestad no representados por su padre o madre precisan la aprobación judicial (artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento civil, interpretado por la jurisprudencia de la Dirección de los Registros). Pues bien ; nótese que, aun en esta clase de actos—en los que, como dice Giménez-Arnau, desempeña el Juez una función tutelar, no de la norma jurídica, sino de los intereses de un indefenso—, la intervención judicial tiene un carácter puramente formulario. Según doctrina sentada por la Dirección de los Registros en Resolución de 24 de diciembre de 1900, lo que resuelve el Juez en tales casos «se le impone como ineludible, cualquiera que sean los defectos internos o externos de que adolezcan tales operaciones particionales». Y si esto ocurre aquí, ¿no es absurdo el alcance de la intervención judicial en el acta de notoriedad con fines de inmatriculación? En este acta no se tutelan los intereses de ninguna persona indefensa ; se sustancia simplemente un acto de los que el ya citado Giménez-Arnau llama «puros de jurisdicción voluntaria». Y, sin embargo, el Juez—que no debiera intervenir—interviene, y no para resolver de un modo formulario, aprobando ineludiblemente la actuación notarial, sino con facultades verdaderamente amplias y tan enérgicas, que hasta pueden culminar en la repulsa de todo lo actuado por el Notario.

¿ Por qué se ha seguido esta orientación en la Ley de reforma?

Se imponía una solución radical: o intervención única del Juez, o actuación exclusiva del Notario. Si es que está lejano el día en que se considere al Notario único funcionario público competente en los actos «puros» de jurisdicción voluntaria; si es que—como indudablemente ocurre en la actualidad—se estima que sólo el Juez puede dar autenticidad plena al hecho notorio de la adquisición del transferente al objeto de complementar el título público de inmatriculación de finca; si todo esto es así, repetimos—y, desgraciadamente, lo es—, no vemos la necesidad de esa actuación mixta (notarial-judicial) como no sea para poner bien a las claras el desgraciado papel del Notario, que sirve en bandeja el manjar de su actuación a un Juez que puede rechazarlo con un displicente: «No me gusta.» Si el Juez está legalmente facultado para, en funciones de examen de lo actuado por el Notario, apreciar pruebas y diligencias, y, en caso necesario, ampliarlas para mejor proveer, ¿por qué no actúa él solo desde un principio? De no haberse conseguido sacar incólume el acta de notoriedad, *exclusivamente notarial*, del Proyecto, nos pronunciamos de modo decidido por el expediente *judicial* neto. Sólo ante el Juez deben tramitarse y decidirse las actuaciones encaminadas a complementar el título público de inmatriculación cuando en él—o en otro documento—no se contenga acreditado de modo fehaciente el título dispositivo del transmitente o enajenante.

C) CERTIFICACIÓN LIBRADA POR EL FUNCIONARIO A CUYO CARGO ESTÁ LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES PERTENECIENTES AL ESTADO, PROVINCIA, MUNICIPIO, CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO E IGLESIA CATÓLICA.—Poco diremos de este medio especial de inmatriculación recogido en el párrafo tercero del artículo 347 de la Ley, según su redacción actual. Solamente apuntamos algunas observaciones:

Desaparecidas las inscripciones de posesión (nuevo artículo 23 de la Ley), no pueden ya practicarse asientos de esta clase a favor de las citadas entidades públicas que carezcan de título inscribible de la propiedad de sus bienes. En tales casos se acudirá, no a los antiguos certificados posesorios, sino a estas otras certificaciones, expedidas por los funcionarios antes dichos, a virtud de las cuales

se abrirá, con una inscripción de dominio, la historia hipotecaria del inmueble perteneciente a la entidad pública de que se trate.

Sólo exige la Ley un requisito para poder extender el asiento dominical de inmatriculación: la expresión del título de adquisición del inmueble. Por cierto que la redacción del precepto positivo es en este punto bastante confusa. Viene hablando de que las entidades públicas, cuando carezcan de título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos. Y añade: «...y en los que se expresará el título de adquisición». ¿Dónde es donde ha de expresarse el título adquisitivo? Aunque, gramaticalmente, parece que en los bienes, resulta absurda esta interpretación literal. Pudiera pensarse que en los *asientos* que se extiendan a virtud del aludido precepto; pero, aparte de que—seguimos en el terreno de la gramática—no se vierte en el texto positivo ese plural «asientos», que concordaría con la expresión «en los que», el asiento no podría nunca expresar el título de adquisición si este título no constara en el documento que sirve de base para extender aquél: la certificación librada por el funcionario administrador de los bienes de la entidad pública. Creemos, por ello, que el artículo 347, párrafo tercero de la Ley debiera haber terminado con estas palabras: «... y en la que se expresará...», o con estas otras: «... y en la *cual* certificación se expresará...».

Por lo que atañe al «título de adquisición» de que habla el artículo, entendemos que se refiere la ley a la adquisición por la entidad pública, con lo cual apreciamos una notable diferencia con lo que se previene para inmatriculación de los bienes particulares. No hace falta, en el caso que ahora estudiamos, «justificar» la adquisición del transferente, ni siquiera es preciso aludir a ella. Basta con «expresar» el título de adquisición de la entidad pública que, pretendiendo acoger su propiedad al régimen inmobiliario, carece de título inscribible directo.

Por las características arriba apuntadas, estos asientos de inmatriculación, sin referencia alguna a la adquisición del posible transferente, son inscripciones integralmente «primeras».



## El pacto de exclusión de la acción personal en la hipoteca

La reciente reforma hipotecaria tiene dos aspectos: uno positivo, consistente en los nuevos artículos injertados, que con técnica nueva robustecen y perfilan nuestro ordenamiento inmobiliario, y otro negativo, de supresión unas veces, de poda otras de los artículos sustituidos, que entrañaban una verdadera faramalla y dieron lugar a hacer de nuestra disciplina, en muchos conceptos, de una casuística inextricable. Por eso, la verdadera importancia de la reforma no se verá clara hasta que el Gobierno publique la nueva redacción de la Ley.

Dado el volumen que tal reforma implica, es de la mayor conveniencia el estudio minucioso y parcial de cada punto concreto, en orden a la novedad que encierran y sus posibles aplicaciones y desarrollos.

En muchas ocasiones, el nuevo precepto no es sólo de índole hipotecaria, aun dando a esta palabra su significación más lata, sino también de carácter sustantivo y con relevancia civil. Tal es el caso del nuevo artículo 138.

La doctrina del mismo es una novedad en nuestra legislación, aunque la tendencia y la finalidad que persigue se conseguían anteriormente, si bien de una manera restringida e indirecta, merced al procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial. Tampoco parece inspirado en ninguna legislación extranjera. Veamos a qué preocupación responde y qué ventajas puede reportar.

El citado artículo 138 dice así: «La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor, que establece el artículo 1.911 del Código civil. No obstante, podrá válidamente pactarse

en la escritura de constitución de la hipoteca que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor.»

I. El primer párrafo no hace sino confirmar y poner en claro el principio general de la responsabilidad hipotecaria, que si bien no ofrecía dudas bajo el aspecto doctrinal, no había ningún precepto en nuestro Código civil ni en la Ley Hipotecaria que lo estableciera: a saber, la responsabilidad personal ilimitada del deudor no se altera por el hecho de constituir hipoteca en garantía de una obligación. Para que esto quede bien de relieve, es fórmula de estilo en casi todas las escrituras de constitución de hipoteca, especialmente en las de garantía de préstamos, el consignarlo de una manera expresa.

De esta manera, el acreedor, conservando intacta su acción personal contra todos los bienes y derechos presentes y futuros del deudor, tiene, además, la acción real hipotecaria contra los bienes gravados, aunque pasen a poder de terceras personas. Y puede ejercitar indistintamente una u otra.

II. Este principio, efectivamente, responde a la lógica institucional de la obligación y a la más pura ética. Ahora bien, en su desenvolvimiento pueden ocurrir casos que ya no estén acogidos en este espíritu.

Y esto lo vemos en la práctica en multitud de ocasiones:

A) De una manera general, siempre que el acreedor se adjudica la finca por falta de licitadores, el tipo de adjudicación suele ser inferior al importe del crédito. Teóricamente, el acreedor conserva su acción contra los demás bienes del deudor, por el resto; aunque, en realidad, el valor efectivo de la finca lo cubra con exceso. Decimos teóricamente, porque en la práctica la justicia se impone, y tanto unos como otros no piensan en semejante posibilidad.

Ennecerus (*Obligaciones*, II, 2.º, pág. 317, ed. española) pone asimismo el siguiente ejemplo: «Si una finca cuyo valor ha disminuído hasta valer sólo unas 100.000 pesetas está gravada con una hipoteca por esa misma cantidad a favor de A., el cual insta

la subasta, la llamada postura mínima será completamente irrisoria. Si entonces A. hace una postura de 2.000 pesetas, sin que nadie la mejore (los acreedores hipotecarios de rango inferior no lo hacen, porque se dan cuenta de no poder saldar la hipoteca de A. sin adjudicarse la finca por más de su valor; el deudor, tampoco, por carecer de medios), la finca le será adjudicada en 2.000 pesetas y conservará, en cuanto al resto de 98.000, su crédito contra el deudor» (¡!).

El Derecho alemán, para remediar esta injusticia, no tiene procedimiento ninguno, a juicio del autor, fuera del p. 826 B. G. B. (daño infligido contra las buenas costumbres), y los anotadores españoles tienen asimismo que recurrir al artículo 1.902 del Código civil, dándole una interpretación amplia y generosa.

B) Aparte de estas posibilidades, tampoco se ve muy claro que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra cualesquiera bienes del deudor, prescindiendo de los hipotecados, pudiéndole ocasionar un quebranto económico innecesario, por la coyuntura, el especial destino o afección de determinados bienes.

No hay que profundizar mucho para ver la diferencia que existe entre hipotecar bienes gananciales o bienes propios del marido o de la mujer; entre hipotecar, una Sociedad Anónima, su fábrica de productos químicos o unos almacenes de la ciudad. Indiscutiblemente, en estos casos no le da igual al marido que se proceda contra los bienes gananciales que contra los suyos propios, ni a la Sociedad, que se venda su fábrica o su almacén.

No obstante, en Derecho español la solución no es tan terminante que conceda al acreedor, en todo caso, a su libre arbitrio, el ejercicio de la acción personal o de la acción hipotecaria. Sólo es posible semejante elección cuando los bienes hipotecados hayan pasado a poder de tercero. Si continúan en poder del mismo deudor, el acreedor habrá de dirigirse previamente contra ellos, según el artículo 1.447 de la Ley procesal, gozando, por tanto, el deudor, en este caso, de un *beneficium excusionis realis*, y tiene el derecho a remitir al acreedor a la finca hipotecada, para que se satisfaga previamente sobre ella.

C) El hecho de contraer una hipoteca, disminuye la solvencia del deudor injustificadamente. Los futuros acreedores han de considerar que el patrimonio del deudor que no ha sido gravado puede

ser perseguido en ejecución del crédito hipotecario, y si son acreedores meramente personales, corren el riesgo de ser perjudicados en contra de sus legítimas expectativas.

Considérese, en cuanto a la quiebra, la facultad concedida al acreedor hipotecario por el artículo 919 del Código de Comercio, en relación al artículo 166 de la L. E. C. y 132 de la L. H., que le permiten la ejecución separada e individual.

III. Reconocidos estos pequeños inconvenientes prácticos del principio de la responsabilidad personal ilimitada, no obstante, hay que mantenerlo, y la Ley reformada lo mantiene, no impone la limitación de la responsabilidad a la finca en el caso de la hipoteca. Esto es un acierto, pues aquel principio, como indicamos, es lógico, equitativo y ético.

Pero admite el pacto en contrario. ¿Hacía falta que semejante licitud se declarara expresamente en virtud de una Ley? ¿No son libres las partes de estipular lo que les convenga?

Indiscutiblemente, el precepto legal no es ocioso. En el plano contractual pueden convenirse los pactos que los contratantes estimen pertinentes a sus peculiares intereses, sobre los puntos accesorios de una determinada relación jurídica, pero no así sobre elementos esenciales de la misma, que alterarían la lógica conceptual, con evidente peligro de nulidad de lo pactado.

Así no puede haber compraventa sin cosa y precio; ni arrendamiento sin término de duración; ni prenda sin desplazamiento; ni hipoteca sin facultad de vender la cosa hipotecada; aunque las partes, y algunas veces la Ley, digan lo contrario.

Ahora bien: pactada la limitación de responsabilidad, únicamente a la finca hipotecada, ¿se contraría esta lógica jurídica o se quebranta algún precepto fundamental?

A primera vista, en contemplación del artículo 1.255 del Código civil, parece que no. Pero dado el categórico precepto del artículo 1.911, que hay que estimarlo de orden público, relacionado con el artículo 4.º, el referido pacto habría de considerársele nulo o, por lo menos, podía ser objeto de discusión.

Por tanto, procedía admitirlo de un modo explícito, reconociendo su validez, y esto es lo que hace el segundo párrafo del artículo 138 que examinamos.

IV. Pero aparte de esta cuestión, y puesto que estamos en mate-

ria hipotecaria, cuyas disposiciones se encaminan principalmente, no a los convenios *inter partes*, sino a los efectos *erga omnes*, veamos las repercusiones del pacto de limitación de la responsabilidad a la finca hipotecada, respecto de terceros.

Las consecuencias de tal pacto en el orden hipotecario son interesantes. En primer lugar, la distinción entre deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor, tan afinada en la hipoteca ordinaria, queda casi borrada en este caso, porque desaparece el elemento que la cualifica: responsabilidad directa del deudor y responsabilidad *ob rem* del tercero. No hay, por tanto, por qué hablar de tercero en este sentido. El crédito se desconecta de la persona del deudor y queda adscrito definitivamente en la finca. En cierta manera es la finca la que debe.

Al no poderse ejercitar acción personal contra el deudor, la transmisión de la finca hipotecada es irrelevante a los efectos de la asunción de la deuda, puesto que ésta es real, de la misma finca. El primitivo deudor queda desligado y el acreedor habrá de reclamar siempre al propietario, aunque sea hipotecante no deudor o tercer poseedor. Se verifica, por consiguiente, una transmisión de la obligación, sin consentimiento y aun sin conocimiento del acreedor.

En la adquisición a título oneroso de las fincas de tal manera hipotecadas se impone siempre el descuento de la carga. No hay lugar a la retención, y el adquirente asume forzosamente el carácter de deudor, si bien con responsabilidad limitada a la misma finca.

Siendo deudor siempre el propietario, ¿cabe aplicar los derechos que la Ley Hipotecaria concede al tercer poseedor en cuanto a las mejoras?

Lógicamente, no procede darle un trato distinto y distinguir entre mejoras practicadas por el primitivo deudor y adquirente posterior. Sería de suma importancia aclarar este extremo en la nueva edición de la Ley.

Una solución equitativa sería no tener para nada en cuenta las mejoras hasta el momento de la ejecución hipotecaria; de forma que únicamente tuviera derecho el propietario al sobrante una vez cubierto el importe del crédito. Lo cual equivale a que perdiera el valor de las mejoras cuando el precio total de la finca no bastare a satisfacer el crédito.

V. ¿En qué clase de hipotecas puede pactarse semejante limi-

tación? Del texto de la Ley parece deducirse que sólo en las de garantía de préstamos. Sin embargo, no habría dificultad en admitirlo respecto de otras, como las en garantía del precio aplazado en las ventas y en general en todos los casos en que el crédito está plenamente determinado.

A) Hay que excluir las hipotecas por razón de gestión, en las que el crédito no es fijo, siendo, por tanto, hipotecas hasta una responsabilidad máxima. Aunque en las mismas la extensión objetiva de la hipoteca, por razones de seguridad y especialidad, se limita hasta una cantidad determinada, sería una inmoralidad limitar asimismo la responsabilidad del futuro deudor por los resultados de su gestión. Equivaldría a otorgarle un *bill* de indemnidad en su conducta, en manera alguna justificado en el campo del Derecho privado.

B) Quedan dentro de esta excepción igualmente las hipotecas legales, la mayoría de las cuales son hipotecas de seguridad: la del tutor, la del padre, la del marido; y, además, porque se trata de intereses que la Ley estima deben defenderse a todo trance, siendo la hipoteca legal sólo una medida más de protección, pero no la única. Baste recordar las limitaciones de disposición, las acciones y derechos de carácter extraordinario a favor del pupilo, del hijo y de la mujer.

C) Hablando de la ley de pacto, puede dudarse de si es admisible esta hipoteca en los casos en que se constituye formalmente de un modo unilateral. Tal en los de garantía de obligaciones emitidas al portador, en que no hay posibilidad, a no ser que todas las obligaciones estuvieran ya suscritas por corto número de personas, de que éstas concurren al otorgamiento de la escritura para su aceptación.

En algunos casos se apela al procedimiento de intervenir un tercero como gestor de los obligacionistas futuros. (Gay de M.: *Tratado práctico de Sociedades*, II, pág. 276.)

Sin entrar en el fondo del asunto, nos basta por ahora con considerar de que en las obligaciones al portador se da un verdadero contrato entre el suscriptor de las mismas y la Sociedad que las emite. La Sociedad hace una oferta completa en todas sus partes, que es aceptada por el hecho de la suscripción del título. Es un contrato en forma de adhesión.

No hay pues, dificultad en admitir que la Sociedad emisora de

obligaciones con garantía hipotecaria limite su responsabilidad a los mismos bienes gravados. Antes al contrario, estamos en el ámbito propio donde puede desenvolverse con más frecuencia semejante pacto.

Las grandes Sociedades, dotadas de una fuerte organización económica, son titulares, de hecho, de varios patrimonios separados, caracterizados éstos por su especial destino o campo de acción; en estas circunstancias tienen el mayor interés en que el gravamen de elementos propios de un patrimonio no repercuta en manera alguna en los demás. Con ello se evita desorganizar las restantes unidades de explotación, cuyo principal valor reside en la coordinación de sus factores componentes, que puede ser muy superior al de cada uno por separado. De esta manera asimismo se favorece la economía pública.

Las ventajas en este aspecto son claras, pero la dificultad está en determinar la valoración de las fincas. Parece demasiado dejar en completa libertad a la Sociedad en este aspecto, pues se correría peligro de que el público fuera engañado. Se impone, por tanto, la valoración hecha por algún organismo oficial: Cámara de la Propiedad Urbana, Cámaras de Comercio, Servicio Agronómico...

VI. Repercusiones del pacto en cuanto al procedimiento de ejecución. El procedimiento extrajudicial es el que más se adapta a esta nueva categoría de hipoteca. En él se pone de relieve el ejercicio directo del derecho de realización del acreedor, sin concurso alguno del deudor, cuya posición en los casos de exclusión de su responsabilidad personal es meramente expectante.

La limitación de no poderse ejercitar dicho procedimiento habiendo terceros ha sido suprimida en la actual reforma por el artículo 129. Así, el procedimiento extrajudicial cobra eficacia y está llamado a ser la forma cómoda, rápida y habitual de realizar la hipoteca, resolviendo de esta suerte la espinosa cuestión de la simplificación del proceso de ejecución hipotecaria.

En cuanto al procedimiento sumario, vemos que muchas de sus formalidades pierden importancia con la existencia del pacto eliminando la responsabilidad personal del deudor. Tal ocurre con el señalamiento del domicilio de aquél para la práctica de notificaciones y requerimientos; pues, trasladándose el centro de gravedad de la acción del deudor a la finca, en la hipótesis de sucesivos adqui-

rentes, el primitivo deudor queda desinteresado y será conveniente remitir la práctica de tales notificaciones y requerimientos al poseedor de la finca, cualquiera que sea.

El tipo de subasta nunca podrá ser inferior al importe del crédito, pues implicaría una contradicción que de antemano no quedara cubierto.

La subasta en este caso presenta la singularidad de que, tanto el acreedor como el propietario, tienen interés en que sea lo más oportuna y favorable posible; y, quedando desierta, el actor habrá de optar entre adjudicarse la finca o repetir la subasta cuantas veces lo crea conveniente. Pero en el primer caso, el tipo de adjudicación es indiferente, ya que, sea igual o inferior a su crédito, su acción queda agotada. Por esto la solución sería dar carta de pago del crédito hipotecario; esto es lo preceptuado en cuanto al procedimiento extrajudicial.

Si el resultado de la subasta consiste en la adjudicación a un tercero por tipo inferior al importe del crédito, tampoco puede decirse que conserve el acreedor una especie de crédito sin acción por el resto. El crédito, no sólo la acción, queda también extinguido, pues de esta forma ha sido configurado.

Ahora bien; si la depreciación de la finca se debe a conducta dolosa o culposa del poseedor, el acreedor tendrá derecho a resarcirse, no en virtud de su crédito, sino como indemnización debida.

VII. Y para terminar, haremos resaltar que la trascendencia de este pacto implica un mayor interés por parte del acreedor en que la finca conserve su primitivo valor de estimación. El ejercicio de su derecho, por tanto, no queda limitado ni condicionado sólo al vencimiento del crédito o al momento de la subasta. Es preciso concederle alguna especie de fiscalización y la facultad de oponerse al menoscabo económico de la finca, su deterioro, mala explotación o abandono.

En este sentido es de aplicación el artículo 188 del Reglamento hipotecario, que dice así: «Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará



providencia, mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño.

Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia, poniendo el inmueble en administración judicial.»

No obstante, es preferible adoptar medidas preventivas de carácter convencional, determinando la conducta del propietario respecto a la finca: prohibición de cortar arbolado, no variar esencialmente el sistema de explotación, hacer las reparaciones ordinarias o extraordinarias que procedan, no arrendar la finca cuando, dadas las circunstancias y la protección legal de la posesión arrendaticia, fuera un obstáculo para su adquisición posterior por un tercero; impedir su división material, etc.

Todos estos puntos han de tenerse en cuenta en las escrituras en que se establezca este pacto admitido por la reforma de la Ley Hipotecaria.

LUIS CÁRDENAS HERNÁNDEZ.

Notario.

## Más sobre el tema «La prescripción y el Registro»

El joven y culto Notario de Madrid Sr. Bergamo dió el día 1 de junio, en el Colegio Notarial de esta ciudad, una notabilísima conferencia sobre el tema «La usucapión y el Registro». No estamos conformes con algunas de las afirmaciones allí vertidas, y al objeto de desvirtuarlas, en lo que está de nuestra parte, se destinan estas líneas. Por eso nos corre prisa decir, no nos duelen prendas, que la conferencia fué interesantísima, y si no se nos tachara de impresionables, diríamos más, diríamos que es la mejor que hemos oído en nuestra ya larga vida de odores del Derecho.

Feliz de frase, de incisiva y acerada dialéctica, el joven maestro—nunca con más propiedad pueden emplearse estos calificativos—fué desarrollando su lección, con dominio absoluto de la situación y del auditorio. No le vamos a seguir paso a paso—tal vez no podríamos, no obstante no haber perdido la atención un solo momento, ya que fué mucho y muy interesante lo que dijo—, pero si queremos puntualizar algunos extremos que estimamos inexactos.

Nosotros pasamos muy mal rato. Nos dió pena ver a un conferenciante extraordinario emplearse con delectación no disimulada en tundir contra una institución que tendrá sus defectos—no lo negamos—pero que también, es innegable, ha cumplido y cumple una misión irremplazable, y en mucho mejores condiciones que podrá cumplirla el instituto de la posesión extrarregistral, con la que parece quiere sustituirse.

Y vamos ya con el objeto de nuestro trabajo. En el curso de esta disertación que comentamos, se hicieron, entre otras, las siguientes afirmaciones:

- a) El artículo 35 de la nueva Ley Hipotecaria establece, con re-

lación al título para la usucapión tabular, una presunción *juris tantum*.

b) El poseedor tabular tendrá que probar su buena fe si quiere conservar su condición de tercero protegido.

c) El poseedor tabular no puede tener buena fe ni estar exento de culpa lata si hay un poseedor extrarregistral.

d) La inscripción nada añade al acto inscrito.

e) La prescripción actúa contra el Registro como excepción.

f) La prescripción extraordinaria se da contra el tercio protegido por la *fides pública*.

g) De ese barrido general que la prescripción extraordinaria, enfrentada con el Registro, produce, sólo se salvan los Derechos reales adquiridos a título oneroso y de buena fe, que no llevan aneja facultad de inmediato disfrute.

Primera cuestión: «El artículo 35 perfila, con relación al título, una presunción *juris tantum*.

Nada más contrario a la verdad. Y para que no se nos tache de apasionados, lo primero que vamos a hacer, al combatir esta tesis, es traer a la palestra, como esforzados guerrilleros, las elocuentes y categóricas palabras de la Ley. Dicen así: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, *será justo título la inscripción* y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

Ahí quedan esas palabras y las dejamos ahí, sin comentarios, en la seguridad de que todos los que las lean llegarán a la consecuencia de que en ellas se establecen una afirmación legal y dos presunciones: la afirmación legal, en cuanto al justo título; y las presunciones, respecto a la posesión ininterrumpida, pública y pacífica, y a la buena fe. Y surgen esas deducciones espontáneamente, sin esfuerzo, «prima facie», con la facilidad y claridad que el agua surge de la fuente. ¿Por qué, si no, esas distintas expresiones..., *será justo título la inscripción*, será, ser, distinto de presumir, «y se presumirá que aquél ha poseído», etc..., presumir, distinto de ser y de inferior rango...? ¿Por qué, pues, se quieren ver las mismas cosas, designadas por distintas frases, si estas frases no son equivalentes?...

Se presumen, se presumirán, dice siempre el Código civil con machacona insistencia, en todos los artículos que establece alguna presunción. De muerte en los 33, 34 y 191; de legitimidad de los hijos, en los 108 al 110; de su condición de naturales, en el 130; de buena fe, en los 69, 434 y 436; de los derechos de los tutores, en el 267; de las obligaciones, en el 1.090; de propiedad, en el 359; de posesión, 448 y 449..., en todas. Y cuando hace afirmaciones: «Son documentos públicos...», artículo 1.216; «son inhábiles por incapacidad natural...», artículo 1.246; «serán válidas las enajenaciones...», artículo 974; siempre, siempre las mismas palabras, serán, son..., y nunca, nunca, en esas o parecidas frases, han visto los exégetas el perfil de ninguna presunción.

Pero, es más: es que si de las palabras de la Ley nos remontamos a la interpretación gramatical, nos encontramos con que presunción significa tanto como conjetura, deducción..., algo que si existe y tiene fuerza y produce efectos es en razón de unas circunstancias especiales, verdaderos presupuestos de su existencia.

Por eso ha podido decir un ilustre autor español—nuestra bibliografía no ha pasado las fronteras—: «Las presunciones son una prueba indirecta, que consiste en deducir de un hecho base (demostrado por otros medios de prueba), un hecho consecuencia. Podemos definir la presunción, en términos generales, como la averiguación de un hecho desconocido, deduciéndole de otro conocido, y, en términos más concretos, siguiendo a Dusi, como «el juicio lógico por el cual argumentamos, según el vínculo de causalidad que liga unos con otros los acaecimientos naturales y humanos, podemos deducir la subsistencia o el modo de ser de un determinado hecho que nos es desconocido, en consecuencia de otro hecho o hechos que nos son conocidos».

Pues bien: a la vista de estas consideraciones, ¿cómo puede sostenerse que esas palabras del artículo 35 establecen una presunción, y mucho menos *juris tantum*?

Segunda cuestión: «El poseedor tabular tendrá que probar su buena fe si quiere conservar su condición de tercero protegido».

Y ¿qué hacemos entonces con lo que dispone el artículo 35 de la Ley Hipotecaria y lo que dispone el artículo 434 del Código civil?... Pues las palabras de estas disposiciones son bien categóricas. En el primero se dice que el titular inscrito se presume que ha poseído

do de buena fe ; y en la segunda se establece : «La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe del poseedor le corresponde la prueba».

Es verdad que esas presunciones son *juris tantum* y pueden destruirse por prueba eficaz en contrario ; pero ello no evita que sea el que luche contra ellas quien tenga que cargar con la prueba.

Tercera cuestión : «El poseedor tabular, si hay un poseedor extraregistrar, no puede tener buena fe ni estar exento de culpa lata».

De ser cierta esta afirmación caería por su base toda la doctrina del tercero hipotecario, que se asienta hoy sobre la buena fe.

Y si es cierto que el instituto de la posesión publica el derecho sobre la cosa poseída materialmente, no es menos cierto que esa publicidad es incompleta y confusa en sumo grado, pues no nos dice otra cosa que hay un poseedor, pero nada nos dice de la causa de esa posesión, ni de la extensión de la misma, ni del tiempo a que se refiere, ni del carácter que tiene. Y decimos nosotros : ¿cualquier posesión y desde cualquier tiempo y con cualquier carácter impide la buena fe del poseedor tabular?...

Cuarta cuestión : «La inscripción nada añade al acto inscrito».

¿Y los principios de legitimación y fides pública, pilares ambos del edificio de la publicidad registrar?... Pues qué : ¿no es cierto que las prerrogativas de estos principios son añadidos al acto inscribible por la inscripción?... Dice nuestro Roca : «La presunción de exactitud del contenido del Registro, a pesar de que éste no concuerde con la realidad jurídica, actúa no solamente cuando en pleno juego de la fe pública registrar se trate de proteger a un tercero, sino también cuando, independientemente de esto, haya de sostenerse, aunque transitoriamente, la titularidad de quien tenga inscrito a su favor un derecho. En este aspecto se presume que este derecho *pertenece* a este titular registrar, de modo que aunque sea un titular aparente, se reputa que su derecho existe y es suyo».

Y más adelante añade : «Como aplicaciones importantes en nuestro Derecho del principio de legitimación, pueden señalarse los siguientes :

a) La prohibición de que se ejercite acción alguna contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos, sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente.

b) El procedimiento de tercería registral establecido en el artículo 24 de la Ley.

c) El procedimiento judicial sumario de ejecución de la hipoteca, fundado esencialmente en el contenido registral.

d) La conversión de una inscripción de posesión en inscripción de dominio, cuando hayan transcurrido diez años.

e) La necesidad del consentimiento del titular inscrito para obtener la cancelación de su asiento en el Registro.

f) La justificación de la propiedad inscrita a los efectos de entablar la acción reivindicatoria.

Y con relación a la fe pública registral dice: «Frente a tercero se presume *juris et de jure* o se reputa *ministerio legis*, que el contenido del registro es *exacto*; en el sentido de *completo* siempre y en el sentido de *verdadero* también siempre, menos respecto de las acciones de nulidad que se apoyen en un título anteriormente inscrito.

Esta presunción o, si se quiere, ficción de exactitud registral, se deriva de los siguientes artículos de la ley Hipotecaria: 23, 29, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 77, 144, etc.» Pues bien, todas estas garantías y privilegios es la inscripción y sólo la inscripción quien los produce.

Quinta cuestión: La prescripción actúa contra el Registro como excepción.

Ya se ve que quien esto sostiene no ha ejercido la Abogacía, pues en otro caso hubiera caído en la cuenta de que la prescripción alegada como excepción no puede conducir a la declaración del dominio de la cosa prescripta. A lo más que entonces puede conducir es a enervar la acción ejercitada de adverso. Por eso decíamos nosotros en reciente artículo publicado en esta revista que juzgábamos equivocada en este punto la opinión del Sr. Sanz, creador de esta tesis. Hoy nos ratificamos en aquella repulsa. Y decimos: El poseedor tabular por el procedimiento de ejecución del moderno artículo 41—o, si se quiere, por el procedimiento de los artículos 100 y 101 del Reglamento—se coloca en situación de demandado, y en esta cómoda postura se sienta en su tienda a esperar; y ahora preguntamos: Si esto sucede, ¿qué le queda que hacer al usucapiente?... Puede, desde luego, alegar la prescripción ganada con arreglo al artículo 36; pero esa declaración de pres-

cripción no podrá hacerse en este procedimiento; lo impiden, entre otras razones, la de que la sentencia dictada en este proceso no produce excepción de cosa juzgada, pudiendo las partes volver sobre la misma cuestión en juicio ordinario. Pues bien: si en este proceso no puede hacerse, tendrá que hacerse en otro, en el que se ejercite como acción. Es más, creemos que al accionar de prescripción debe pedirse también la rectificación del Registro y la anotación de la demanda.

Lo propio piensa Roca: «Si el prescribente ha consumado la usucapión, entonces se produce una inexactitud registral, o sea una falta de paralelismo entre la realidad jurídica y el contenido del Registro, pues éste publica como titular a un dueño que ha perdido ya el dominio por haberlo adquirido el prescribente. Este tiene una *acción* para obtener que se rectifique el Registro, inscribiendo la finca o derecho a su nombre... El prescribente tendrá en este caso la facultad de pedir la anotación preventiva de la demanda que interponga.» Y añadimos nosotros: ¿es que basta que el prescribente diga que ha prescrito para que se le tenga por dueño?... Y si eso no basta, alguien tendrá que decirlo, y ese alguien no puede ser otro que el Tribunal competente, mediante el ejercicio de la oportuna *acción* y en el procedimiento adecuado.

Sexta cuestión: «La prescripción extraordinaria se da contra el tercero protegido por la *fides pública*».

Llegamos ya al punto crucial del debate, el más espinoso y difícil, y donde nuestra opinión y la que de adverso se sostiene son absolutamente contradictorias e irreconciliables. Nosotros hemos sostenido en el artículo citado que ni la prescripción ordinaria ni la extraordinaria se daban contra este tercero. Nos fundábamos en las palabras del artículo 35 antiguo, para las situaciones anteriores a la Ley, y también nos fundábamos en las palabras del artículo 36 moderno. Y por si esto era poco, traíamos a cuento las decisiones de la Jurisprudencia, en aquellas sentencias de 19 de enero de 1909, la de 27 de abril de 1906, la de 4 de julio de 1928 y también esa de 27 de diciembre de 1932, que se nos arroja como un guante y se airea como talismán de la nueva y regeneradora doctrina. Ya la examinaremos luego detenidamente, y ya veremos a qué tesis favorece. Y por fin traíamos también en nuestro auxilio las conclusiones

de la doctrina de nuestros tratadistas, Villares Picó y Roca Sastre, sobre todo.

Pues bien, no obstante tantos y tan destacados auxiliares, nuestra exégesis ha sido desdichada, la doctrina no es ésa, la conclusión a que debe llegarse en este punto controvertido, es que la prescripción extraordinaria se da contra el tercero protegido, con excepción del que lo sea por razón de un derecho que no lleve aparejada facultad de inmediato disfrute. Y toda la fuerza de esta argumentación contraria, emana, cual luz radiante del Sol, de esa sentencia de 27 de diciembre de 1932. La cita Núñez-Lagos en un notable trabajo publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* sobre «Realidad y Registro», y la esgrimió, como catápuila demoledora el Sr. Bergamo en su conferencia.

Yo siempre tuve a tal sentencia como confirmadora de nuestra tesis; y no sólo yo, sino que también Roca la cita en este sentido cuando dice: «Resulta, pues, que en cada transmisión de la finca o derecho en usucapión, ésta queda interrumpida si está en curso, y queda sin efecto si está consumada. En este segundo caso el prescribente no puede quejarse, porque en su mano estaba evitar este resultado entablando el correspondiente juicio y anotando la demanda.

«Estos efectos» no los expresa claramente al artículo 35 de la Ley, y esta es la causa de tanta vacilación y dudas. No obstante, los principios del sistema imponen dicha solución. El Tribunal Supremo acepta esta doctrina (sentencias de 19 de enero de 1909, 27 de diciembre de 1932, etc.)»

Pero ante el tono triunfador con que se la esgrime. («Desde ella soplan aires de fronda, que han de acabar con las ficciones», decía el Sr. Bergamo), confieso que llegué a aturdirme y con el ánimo encogido fui a constatar lo que tal sentencia decía. Y ahora, después de leída y estudiada con todo detenimiento, se me ocurre una pregunta: todos esos señores que la citan como de tesis adversa al Registro ¿la han leído siquiera?... Perdonen que yo lo dude. Porque la tal sentencia no hace otra cosa que confirmar en todas sus partes la tesis por nosotros sustentada.

Y para que todo el mundo pueda hacer su comentario, sin perjuicio de que nosotros hagamos el nuestro, ahí va íntegra la sentencia en la parte que hace relación al problema debatido. Dice



así: «Para decidir la colisión de derechos entre propietarios y poseedores no es necesario atender a si se halla inscrita la posesión en que se funda la prescripción extraordinaria, ya que así se deduce del artículo 35 de la ley Hipotecaria.

A los acreedores hipotecarios no les es aplicable el último párrafo del artículo 35 de la ley Hipotecaria, ni las excepciones impuestas a los artículos 23, 27 y 34 del mismo cuerpo legal por razón del íntimo contacto que la vida jurídica establece sobre el poseedor y propietario.

Que al acreedor hipotecario sólo podría privársele de la protección inmobiliaria si hubiera tenido conocimiento de la inexactitud de la inscripción de dominio y no cuando obre de buena fe, aunque se declare simulada la compraventa del inmueble por el deudor que hipotecó la finca.» Y el considerando básico referente a la prescripción extraordinaria dice: «Considerando que para la prescripción extraordinaria basta el transcurso de los treinta años, por ser éste el único factor que crea el derecho prescriptible según el artículo 1.959 y sentencia de 22 de octubre de 1919, sin que para decidir la colisión de derechos entre propietarios y poseedores sea necesario atender a si se halla inscrita la posesión en que se funda la prescripción extraordinaria, ya que, a tenor del párrafo final del artículo 35, en cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho real que se está prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común.» ¿Qué conclusiones se deducen de esa sentencia?...

A nuestro entender las siguientes: 1.<sup>a</sup> Que el dueño y el poseedor extrarregistral no son terceros entre sí. Esta conclusión se deducía claramente ya del artículo 35 que esta sentencia no hace otra cosa que aplicar a rajatabla; y 2.<sup>a</sup> Que el acreedor hipotecario, cuando obra de buena fe (es decir, cuando es tercero según la doctrina del Supremo recogida en la nueva Ley), nada tiene que temer de la prescripción extraordinaria. Y ésta ¿no es la doctrina tradicional, la de siempre, la del artículo 35, la de Villares Picó, Roca Sastre, la nuestra?

Una última pregunta ¿En dónde establece esa sentencia que la prescripción extraordinaria se da contra tercero?... Pues qué, ¿no nos dice que el acreedor hipotecario sólo perderá su derecho cuando no tenga buena fe y, por ende, deje de ser tercero?...

Ya sabemos que la buena fe del adquirente es difícil en caso de que haya un poseedor extrahipotecario, máxime en estos momentos con la agravación que trajo al problema la inclusión en el artículo 36 moderno de la doctrina de la culpa lata, pero así y todo, cuando ese tercero de buena fe se dé (muchas o pocas veces), este tercero nada tendrá que temer de la prescripción extraordinaria.

Y para que se vea lo apasionado de la campaña contra la Institución, tenemos que señalar que no se dijo en la conferencia que *contra el Registro no es posible buena fe*.

Nosotros ya lo habíamos sostenido en nuestros comentarios, pero eso no tiene importancia que nuestras palabras, por nuestras, nada o bien poco valen; ¡ah!, pero es que lo había dicho también Porcioles, ese nuevo y singular tratadista y conferenciante, que ha saltado de golpe del anonimato al primer plano, en gracia a su laboriosidad extraordinaria y a su pensamiento robusto. Pues sí; Porcioles, el autor de esa página brillante que es la exposición de motivos de la nueva Ley, alma e inspirador de la reforma, había dicho, en una magnífica conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona, lo siguiente: «¿Tiene buena fe quien prescribe contra el dominio inscrito?... No—dice Porcioles—; instaurado el Registro de la Propiedad, quien quiera adquirir con un mínimo de diligencia no puede eximirse de acudir a los asientos registrales. No cabe buena fe si los libros del Registro proclaman abiertamente quién es el titular. A no ser—agrega—que por la fecha de la última inscripción se haya podido llegar al convencimiento de que ha habido otras transmisiones no inscritas, o de que se haya operado una usucapión anterior.

»¿Tiene buena fe el adquirente registral del artículo 34 de la Ley, que conoció o pudo conocer que extrarregistralmente había una usucapión consumada o en curso de consumación?...

»La doctrina española ha estimado generalmente que las relaciones entre el titular registral y el usucapiente deben ser consideradas *inter-partes*, y que no puede alegar buena fe quien conoció o pudo conocer el estado posesorio causa de la prescripción. Al adquirente no se le puede exigir más diligencia que la que normalmente pone todo comprador, y cuando resulte claro y de una manera *ostensible* que hay una prescripción en curso o con-

sumada, o un poseedor en concepto de dueño que está en relación constante con la finca, podrá decirse que ha habido mala fe.» Comentamos nosotros: muchas cosas tiene que publicar la posesión para que haya mala fe en el adquirente. Tiene que publicar, de una manera *ostensible*, que hay una prescripción en curso o consumada, que la posesión es en concepto de dueño..., y preguntamos ahora: ¿Y es este instituto de la posesión medio hábil para tantas publicidades?...

Sigue Porcioles: «Exigir un estudio jurídico o una especial investigación, sería dejar sin efecto el propio Registro de la Propiedad, con todas sus consecuencias. Quien adquiere una finca fundado en una situación registral, *debe presumirse siempre que ha obrado de buena fe.*»

Aquí dejamos la polémica y la damos por terminada, y quiera Dios que de estas disputas entre Registradores y Notarios no salga perjudicada la Institución. Eso sería lo lamentable.

JOSÉ AZPIAZU RUIZ.  
Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

ES POSIBLE LA INSCRIPCIÓN DE UNOS BIENES CUYO DOMINIO ARRANCA DE UN TÍTULO HEREDITARIO, BASADO EN UNA DECLARACIÓN DE HEREDEROS QUE HA SIDO FORMULADA POR EL JUEZ A NOMBRE DE DETERMINADAS PERSONAS, CON RESERVA A FAVOR DE «OTRAS DE IGUAL O MEJOR DERECHO».

*Resolución de 9 de marzo de 1945. «B. O.» de 23 de abril.*

En el Juzgado de primera instancia de Ayamonte se incoó una declaración de herederos, en el curso de la cual, y en virtud del llamamiento hecho por edictos, se presentó un escrito por determinada señora, haciendo constar que anteriormente ella, sus dos hermanos y sobrinos habían sido declarados herederos de la misma herencia por el indicado Juzgado, por lo que suplicaba se desestimase la declaración de herederos ahora en trámite. Por el Juzgado se acordó la ratificación de la solicitante; pero no habiendo ésta designado domicilio para notificaciones y citaciones, le fué notificada la providencia al efecto en estrados, y transcurridos los días señalados sin que la ratificación ni la comparecencia tuvieran lugar, el Juez declaró herederos abintestato a los instantes, «sin perjuicio de otros herederos de igual o mejor derecho».

Y presentada en el Registro de Ayamonte una escritura de partición formulada a base del referido auto, fué denegada porque la declaración de la parte dispositiva de dicho auto, hecha «sin perjuicio de otros herederos de igual o mejor derecho», aparece afectada con notoriedad de un marcado carácter vacilante, incompatible

con la seguridad mínima que se debe exigir para conceder los beneficios de la inscripción.

Interpuesto recurso, la Dirección ratifica el auto del Presidente de la Audiencia, que revoca la nota de calificación.

«Considerando que en el auto de declaración de herederos tramitado a instancia de doña P. A. y don S. S., por defunción de doña C. D., se han observado todas las formalidades y cumplido cuantos requisitos exige la Ley, y a través de la prueba practicada, el Juez ha estimado que los mencionados señores debían ser declarados herederos ;

Considerando que para ponderar el valor de las alegaciones formuladas por doña P. D. es necesario tener en cuenta las siguientes circunstancias : a) tales manifestaciones no fueron realizadas por comparecencia ante el Juzgado, sino hechas en un escrito que firmaba una persona distinta y fué remitido por Correo ; b) el escrito de referencia no fué ratificado ; c) a pesar de los edictos publicados y que llegaron a su conocimiento, según se desprende de sus propias alegaciones, no hizo uso de los derechos que la ley de Enjuiciamiento Civil le confiere ; d) el pretendido auto que dice ostentar a su favor de fecha 28 de junio de 1941, tampoco ha sido presentado en el Registro, no obstante el tiempo transcurrido, y e) el Juez ha desechado tales pretensiones, que no fueron justificadas, en el auto mismo cuya inscripción se pretende ;

Considerando que la Ley Hipotecaria, al permitir que el vacío provocado por las sucesiones *mortis causa* sea cubierto mediante las declaraciones del testamento vigente, del contrato sucesorio donde se admita y de la declaración judicial, en defecto de ambos, viene en cierto modo a legitimar al heredero aparente para que pueda solicitar la inscripción de su título y continuar el tracto dominical y adopta las medidas que estima necesarias para obtener la doble finalidad de no interrumpir el comercio de inmuebles y garantizar en lo posible los derechos del heredero real ;

Considerando que el título conferido a los recurrentes es suficiente para provocar la inscripción y les ampara y legitima como titulares en el Registro, pero no impide el ejercicio de las acciones correspondientes a cualquier otro heredero de mejor derecho con efectos contra el tercer adquirente dentro de los plazos hipotecarios, y contra el que hubiese obtenido la inscripción del auto ju-

dicial dentro de los fijados para la prescripción de la *hereditatis petitio*.

\* \* \*

Recordemos la resolución de 2 de julio de 1890—citada en casi todos los Tratados hipotecarios y que fué alegada por el Registrador en su informe—expresiva de «que la declaración de herederos abintestato es, por su propia naturaleza, un título de dominio perfecto, lo cual excluye toda reserva en favor de tercero de mejor derecho», que—con la presente—ha quedado rectificada.

REGISTRO MERCANTIL. ¿LA REUNIÓN EN UNA SOLA MANO DE LAS ACCIONES DE UNA COMPAÑÍA ANÓNIMA PRODUCE AUTOMÁTICAMENTE SU DISOLUCIÓN? ¿AUN EN LA POSIBILIDAD DE CONSIDERAR SUBSISTENTE LA SOCIEDAD, LA MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS ACORDADA POR EL SOLO SOCIO O ACCIONISTA, IMPLICA AUTOCONTRATACIÓN?

*Resolución de 11 de abril de 1945. «B. O.» de 9 de mayo.*

Otorgada por un señor, en nombre de la Sociedad Anónima «Compañía Financiera Inmobiliaria», escritura de modificación del Estatuto vigésimoquinto de la Sociedad (referente a que en el segundo semestre de cada año tenga lugar, por lo menos, una Junta general extraordinaria), acreditándose las facultades del otorgante mediante un certificado, protocolizado con la escritura, del que resulta que el repetido otorgante es poseedor de la totalidad de las 54 acciones de la Compañía y único socio de la misma, fué denegada por el Registrador Mercantil de Barcelona por los dos defectos que—en interrogante—se consignan en la rúbrica.

Interpuesto recurso, la Dirección revoca la nota del Registrador, sentando la interesantísima doctrina siguiente:

«Que la práctica comercial en muchos países revela la creciente difusión de Empresas unipersonales de responsabilidad limitada (*one man's Company*), acerca de las cuales, con criterio favorable o adverso, a su reconocimiento, se va elaborando una interesante doctrina; y, recientemente, en un Estado ligado a nuestra patria

por estrechos vínculos, se ha estudiado un proyecto para que se admita expresamente la referida realidad mercantil y se someta a regulación legal que haga inútil el empleo de fáciles e inevitables efugios, a cuyo amparo funcionan y se desenvuelven Compañías anónimas en las que la totalidad de sus acciones o la mayoría decisiva de éstas pertenece a un solo dueño, no obstante restricciones o prohibiciones legales;

Que, examinados el Derecho científico, las legislaciones extranjeras y la respectiva jurisprudencia, que tanto contribuye a poner de manifiesto la realidad jurídica, a provocar la reforma de las Leyes y a suplir sus deficiencias, se observan las normas u orientaciones siguientes: *a*), la reunión en una sola mano de las acciones de una Compañía Anónima produce automáticamente su disolución, aunque sean diferentes los efectos, según que ésta la solicite un tercero o sea espontáneamente publicada por el único accionista; *b*), por el contrario, tal concentración de acciones, de acuerdo con la teoría romanista de la Corporación, no afecta a la existencia de la Sociedad; *c*), lo mismo para crear la Compañía que para que ésta subsista es indispensable un número mínimo de socios; *d*), la disolución de la Sociedad de un solo hombre sólo puede ser decretada por la autoridad judicial, a instancia de algún interesado; *e*), se permite la reconstitución de la Compañía dentro de cierto plazo, a partir de la fecha en que cesó la pluralidad de accionistas, mediante la adquisición de parte de las acciones por otra u otras personas; *f*), se convierte en personal e ilimitada la responsabilidad del socio que continúa actuando determinado tiempo después de saber que era el único tenedor de las acciones, bien en todo caso, bien en los supuestos de mala fe; *g*), se exigen adecuadas garantías de publicidad, y, en fin, se distingue el momento inicial de constitución o fundación social de otros posteriores en que por fusión, reunión o incorporación se produce el fenómeno jurídico estudiado;

Que nuestro Código de Comercio, en su artículo 116 y en sus concordantes 125, 145 y 151, requiere más de una persona para crear la Compañía mercantil, preceptuando en el número segundo de su artículo primero que son comerciantes «las Compañías mercantiles e industriales que se constituyeren con arreglo a este Código», y en el citado artículo 116 añade que «una vez constituida la So-

ciudad mercantil tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos»; pero dicho cuerpo legal no establece como motivo de disolución de las Compañías anónimas el hecho de que las acciones lleguen a ser momentánea o permanentemente de una sola persona; y en su artículo 221, aplicable a toda clase de Compañías, sólo enumera como causas de su disolución total el cumplimiento del término prefijado, la conclusión del objeto de la empresa, la pérdida entera del capital y la quiebra de la Compañía;

Que sin desconocer ni desestimar los inconvenientes y peligros que pueden derivarse de la coexistencia de los patrimonios individual y social—no superiores a los posibles peligros e inconvenientes en los casos de Compañías anónimas en las cuales, real o simuladamente, haya dos o más accionistas—, y en atención a la necesidad de decidir la impugnación de la nota del Registrador mercantil de Barcelona a pesar del actual silencio de nuestro ordenamiento legal, debe reputarse improcedente en materia que por su índole es de interpretación restrictiva, aumentar oficiosamente las mencionadas causas de disolución de las Compañías, y, en el reducido ámbito de una calificación registral y de un recurso gubernativo, declarar extinguida *ipso facto* la sociedad anónima «Compañía Financiera Inmobiliaria», dados los daños más o menos irreparables que pudieran ocasionarse, los complejos y graves problemas que podrían surgir, la falta de gestión promovida por acreedores u otros interesados para oponerse a la subsistencia de la empresa, la confusión que se provocaría en las sociedades de tipo familiar, donde por sucesión *mortis causa* no es difícil la acumulación de acciones en una sola mano y la posibilidad de restablecer el equilibrio social transitoria o excepcionalmente alterado en el caso de que parte de las acciones volviese a la circulación, toda vez que el repetido Código no señala plazo alguno para la adquisición de acciones por otra u otras personas ni prohíbe o condiciona su enajenación judicial o extrajudicial; sin perjuicio de que si el único titular, prevaleándose de la laguna legislativa, cometiera abusos de derecho, puedan en su día los Tribunales de justicia, a instancia de parte o de oficio, según los casos, dictar los acuerdos y hasta imponer las sanciones correspondientes;

Y en cuanto al segundo defecto subsidiariamente consignado en la nota, que la variación introducida en uno de los Estatutos so-



ciales, exclusivo motivo del otorgamiento de la escritura calificada se contrae a que se celebre Junta general extraordinaria cuando lo estime oportuno cualquiera de los Gerentes, y, además, a que deberá celebrarse, por lo menos, una Junta general de la expresada ciase en el segundo semestre de cada año; y de esto claramente se infiere que en tal manifestación de voluntad no se aprecia conflicto de intereses entre partes ni siquiera tiene carácter contractual el voto emitido para la modificación parcial estatutaria, por lo cual no cabe aceptar la tesis calificadora de que la indicada reforma de la escritura social implica autocontratación.

\* \* \*

Reconociendo los magistrales razonamientos de los considerados transcritos, sobre todo teniendo en cuenta—como dice el penúltimo de ellos—que «dados los daños más o menos irreparables que pudieran ocasionarse, los complejos y graves problemas que podrían surgir..., debe reputarse improcedente, en materia que por su índole es de interpretación restrictiva, aumentar *oficiosamente* las causas de disolución de las Compañías, y, en el reducido ámbito de una calificación registral y de un recurso gubernativo, declarar extinguida *ipso facto* la Sociedad anónima de referencia», reconociendo todo ello—repetimos—, suscribimos, sin embargo, la nota del Registrador y la opinión del ilustre catedrático señor Garrigues, que califica de «deformación jurídica» y «artificiosa»—enfocado el asunto desde el punto de vista estricto de nuestro derecho positivo—esta construcción jurídica (la de la reunión de todas las acciones o participaciones sociales en una sola mano) que pretende amparar con las prerrogativas del patrimonio social a patrimonios en realidad individuales. (*Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, pág. 327.)

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de enero de 1944.*

ADOLECE DE VICIO DE NULIDAD EL EXPEDIENTE DE DENUNCIA EN QUE SE OMITEN LOS REQUISITOS REFERENTES A LA CONSTITUCIÓN DEL DEPÓSITO DE GARANTÍA Y EL INFORME DEL LIQUIDADOR, Y EN EL QUE, SIN DICTAR ACUERDO RESOLUTORIO NI DETERMINAR LA PARTICIPACIÓN DEL DENUNCIANTE, SE ORDENA LA PRÁCTICA DE LA LIQUIDACIÓN, PREVIO REQUERIMIENTO AL DENUNCIADO.

*Antecedentes.*—En la Abogacía del Estado de X se presentó un escrito de denuncia, haciendo constar que doña M. C. había fallecido sin testamento y sin herederos conocidos, y que tenía a su nombre en un Banco una cartilla de ahorro con un saldo de 10.000 pesetas, más los intereses, la cual fué hecha efectiva por doña A. P. cuando la causante se encontraba en estado agónico.

La Abogacía del Estado comprobó, efectivamente, que el cobro se había efectuado la víspera del fallecimiento con la firma de dos testigos por imposibilidad física de la titular; y puesto de manifiesto el expediente, la denunciada alegó que era cierto que había hecho efectiva dicha cartilla, pero que la cantidad percibida constituía el pago de los servicios prestados a la causante durante más de diez años, y que, en todo caso, no era exigible el impuesto, por cuanto la donación es un contrato, y no constando en documento alguno le alcanzaba la exención del número 5.º del artículo 6.º del Reglamento, referente a los contratos verbales.

La Abogacía del Estado, sin más trámites, ofició a la Oficina

liquidadora competente en el sentido de que, estando acreditado el hecho de la transmisión, procedía, por aplicación del artículo 175, apartado sexto, requerir a la donataria para que presentase los documentos correspondientes y girar las liquidaciones reglamentarias, y que si no accedía al requerimiento se liquidase aplicando la tarifa de extraños con la penalidad correspondiente.

Así lo hizo dicha Oficina, girando las liquidaciones en esa forma con la multa del cien por cien.

La interesada entabló recurso ante el Tribunal Provincial, esgrimiendo el argumento antes expuesto, reforzado con la cita del artículo 48 del Reglamento, sobre la necesidad de que los actos *inter vivos* consten documentalmente para caer bajo la acción del impuesto, y con la del 75, ya que—decía—no habían sido hallados los bienes en poder de los herederos o legatarios.

El recurso fué acogido por el Tribunal Provincial, y la Dirección General de lo Contencioso entabló apelación fundada: en que la donación era *mortis causa* por haberse hecho en peligro inminente de muerte y afectar al total de los bienes; en que no es un contrato, sino un acto con arreglo a la definición del artículo 618 del Código civil y un simple modo de adquirir, conforme al 609 del mismo texto legal; en que, por tanto, no es aplicable al caso la exención de los contratos verbales, y en que, aunque a la donación *mortis causa* le falte el requisito del testamento, ello no impide que sea liquidable por aplicación del artículo 41 del Reglamento, que dispone que al liquidar se prescinda de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a la validez de los actos y contratos. En cuanto a la multa aplicable, fué de parecer que no era procedente la del tanto de la cuota y sí la del 30 por 100 por falta de presentación en plazo.

El Tribunal Central no entró en el fondo del problema y anuló todo lo actuado, a partir de la comunicación inclusive que el Abogado del Estado envió al liquidador, por no haberse cumplido los trámites de los artículos 173 y siguientes del Reglamento, como son: la exigencia de caución al denunciante o decisión motivada de ser innecesaria, informe del liquidador y el acuerdo resolutorio de la Abogacía del Estado, con declaración expresa del derecho del denunciante en la multa que proceda imponer.

*Comentarios.*—La solución adoptada por el Tribunal no podía

ser otra, dados los defectos procesales de que adolecía el expediente, y hubiera sido, sin duda, interesante conocer su decisión, porque el caso tiene interés, dadas sus circunstancias, ya que se trata de un acto de donación que hay que estudiar concordando los artículos 29, 48 y 75 del Reglamento, una vez dilucidada su naturaleza jurídica de *inter vivos* o de *mortis causa*. En el segundo supuesto la cuestión se simplificaría, porque las donaciones *mortis causa* siguen, a los efectos fiscales, las normas de las sucesiones, y en éstas basta la mera existencia del hecho sucesorio para que la liquidación se practique, mientras que en las *inter vivos* se precisa la existencia de un documento que las solemnice.

De todos modos, en el presente caso, aun calificada de una donación *inter vivos*, nos inclinamos a considerarla sometida al impuesto, teniendo en cuenta las especialísimas circunstancias concurrentes y lo dispuesto en el apartado primero del artículo 75, el cual considera como parte del caudal hereditario, a los efectos del impuesto, los bienes de todas clases que hubieran pertenecido al causante en el mes anterior a su fallecimiento y que al ocurrir éste se hallen en poder de los herederos o legatarios.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de enero de 1944.*

ESTÁN EXENTAS DEL IMPUESTO LAS FIANZAS CONSTITUÍDAS POR MUTUALIDADES PATRONALES DE ACCIDENTES DEL TRABAJO, PORQUE ASÍ LO PRECEPTÚA LA LEY SOBRE ESTA CLASE DE ACCIDENTES.

Una Mutualidad de esa clase constituyó un depósito como fianza a favor del Ministerio de Trabajo, y la Abogacía del Estado en la Caja General de Depósitos giró liquidación por derechos reales y concepto de fianza, y contra ella recurrió la entidad interesada, alegando que, constituido el depósito para garantizar la responsabilidad que pudiera contraer como aseguradora de los riesgos de accidentes del trabajo, estaba exenta del impuesto con arreglo a los artículos 54 de la Ley citada de 8 de octubre de 1932 y su Reglamento de 31 de enero de 1933, porque dicho depósito necesario era una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 105 de ese Re-

glamento y en las Ordenes de 9 de julio y 4 de noviembre de 1941, dictadas para ampliar las fianzas anteriormente constituidas, y, además, la exención la confirma el número 48 del artículo 6.º del Reglamento del impuesto.

El Tribunal Central estimó el recurso por las mismas razones alegadas por la recurrente.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 1.º de febrero de 1944.*

**LAS CANTIDADES PERCIBIDAS POR LOS BENEFICIARIOS DE LOS SEGUROS DE VIDA TRIBUTAN, COMO REGLA GENERAL, POR EL CONCEPTO DE HERENCIA, Y PARA QUE EL CASO SE CONSIDERE COMO EXTINCIÓN DE PRÉSTAMO ES REQUISITO INDISPENSABLE QUE SE ACREDITE POR MEDIO DE ESCRITURA PÚBLICA DE PRÉSTAMO QUE LA CANTIDAD A PERCIBIR POR EL BENEFICIARIO ES EL PAGO DE LA CANTIDAD DEBIDA POR EL ASEGURADO, SIN QUE ESA FORMA DE ESCRITURA PÚBLICA PUEDA SUPLENSE CON NINGÚN OTRO DOCUMENTO, AUNQUE TENGA EL CARÁCTER DE PÚBLICO, COMO LA PÓLIZA INTERVENIDA POR CORREDOR DE COMERCIO.**

*Antecedentes.*—El asegurado D. B. P. suscribió en mayo de 1932 un seguro de vida, importante 50.000 pesetas, figurando como beneficiario el Banco Español de Crédito.

El Banco, al fallecer el asegurado, presentó en la Oficina liquidadora la póliza de seguro, junto con una certificación de Corredor de Comercio con relación a sus libros, en la que transcribe una póliza de 15 de noviembre de 1935, suscrita por dicho Banco y por el asegurado, en la que consta que entre aquél como acreedor y éste como deudor habían mediado relaciones mercantiles, de las que el don B. P. adeudaba al Banco 40.760,17 pesetas, y para asegurar su pago convinieron, entre otras estipulaciones, en que la deuda vencería en el momento en que venciera la póliza de seguro y en que las cantidades que el Banco suscriba como beneficiario del seguro quedaban especialmente afectas al reintegro del crédito.

La Oficina liquidadora aplicó el número octavo del artículo 31 del Reglamento y liquidó como herencia y al tipo de extraños, y ei

Banco formuló reclamación, diciendo que, según el artículo 41 de dicho Reglamento del impuesto, éste debe exigirse con arreglo a la verdadera naturaleza del acto liquidable, por lo que no era admisible apreciar en el caso una sucesión hereditaria; que estaba fehacientemente acreditada con la póliza intervenida por Corredor de Comercio la existencia de un préstamo hecho efectivo o cancelado con el capital asegurado; que el único fundamento de la Oficina liquidadora de no haberse presentado escritura pública acreditativa del préstamo, como exige el apartado noveno citado, no era admisible con arreglo a las normas del Derecho común, puesto que la póliza ante Corredor de Comercio colegiado es documento público del mismo rango que la escritura pública, en cuanto aquélla se refiere a actos de comercio y no cabe hacer distinción entre ambos respecto a autenticidad y eficacia y, por consiguiente, la misma fuerza probatoria tienen ambos documentos, a los efectos del citado apartado noveno, en cuanto a que la cantidad recibida por el beneficiario la recibe en pago de la cantidad debida por el asegurado; que si se aceptase el criterio del liquidador, se llegaría a la conclusión de que una sentencia firme no sería bastante para llenar el requisito del citado apartado, y que el criterio sentado en las sentencias de 9 de marzo de 1907 y 26 de enero de 1920 no era contrario al del Banco recurrente.

El Tribunal Central no compartió la tesis del Banco y confirmó la desestimación del recurso hecha por el Tribunal Provincial.

El párrafo octavo del artículo 31—dice—, al exigir el impuesto al beneficiario como herencia, no tiene más excepción, aparte de la del número 7 del artículo 15, que la del apartado noveno, la cual admite la posibilidad de que el caso se liquide como extinción de préstamo, pero a condición de que el beneficiario acredite, precisamente con escritura pública, que la cantidad que ha de percibir por el seguro es en pago de la debida en concepto de préstamo, y este precepto—sigue diciendo la resolución—ha de interpretarse restrictivamente y su aplicación exige justificar con escritura pública no sólo la deuda debida, sino también que ella procede de préstamo, supuesto que no todas las deudas tienen necesariamente este carácter, sino que pueden ser originadas por otras causas, sin que, además, tal prueba de escritura pública pueda ser sustituida ni suplida con ninguna otra.

Fuera de esto—continúa el Tribunal—, en la póliza suscrita e

intervenida en 1935 se hace constar que la deuda existente de que se trata procedía de operaciones mercantiles que habían existido entre el Banco y el asegurado, y este reconocimiento de deuda es cosa muy distinta del contrato de préstamo y, por añadidura, muy posterior a la póliza de seguro de vida; de todo lo cual deduce que no se da el requisito de la escritura pública, ni tampoco el de estar acreditado el préstamo, cuyos requisitos conjuntos son los exigidos en el apartado noveno, el cual, por lo mismo, no pudo aplicarse al caso controvertido.

Por nuestra parte nos limitamos a decir que la solución dada es la única posible reglamentariamente. Aunque es verdad y exacto el parangón en cuanto a eficacia entre la póliza intervenida y la escritura pública ante el Derecho común, lo cierto es que fiscalmente, y a los efectos del párrafo discutido, la escritura es imprescindible y la póliza, ineficaz.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de febrero de 1944.*

EL CONTRATO DE SUMINISTRO CELEBRADO ENTRE UNA SOCIEDAD PRODUCTORA DE ENERGÍA ELÉCTRICA, CONSTITUIDA EN LA ZONA DEL PROTECTORADO ESPAÑOL EN AFRICA, Y UNA SOCIEDAD DISTRIBUIDORA, ESTABLECIDA EN UNA PLAZA DE SOBERANÍA, CUYA ENERGÍA SE ENTREGA EN EL LÍMITE DE AMBOS TERRITORIOS, ESTÁ SUJETO AL IMPUESTO DE DERECHOS REALES.

*Antecedentes.*—En Tetuán, y a medio de documento privado, la «Anónima Electras Marroquíes» convino con la «Empresa de Alumbrado de Ceuta» en suministrarle para su distribución y venta, dentro de la zona del territorio ceutí de soberanía española, energía eléctrica y en que la entrega se haría en un punto de la Zona de Protectorado contiguo al límite de la zona de soberanía.

El documento dicho se otorgó en Tetuán, lo mismo que otro posterior por el que la Sociedad productora arrienda a la distribuidora todas las instalaciones de redes de transporte, estación receptora y de transformación, etc., que tenía establecidas en el término municipal de Ceuta, y en el primero se convino, además, entre otros extremos.

que las dudas o diferencias en el cumplimiento del contrato se decidirían por tres amigables componedores, sin expresar el lugar donde éstos habían de dictar sus fallos.

El contrato fué liquidado como suministro por la Oficina liquidadora de Ceuta, por el número 21 de la Tarifa, al 2,50 por 100, y contra la liquidación recurrió la «Anónima Electras Marroquíes», acreditando estar constituida en Tetuán por escritura ante el Cónsul español, y alegó: que el contrato de suministro estaba suscrito en Tetuán, en donde había de surtir todos los efectos jurídicos y económicos; que la energía había de entregarse en el límite territorial de ambas zonas, lo cual implica que el contrato se consuma en la del Protectorado; que el concepto legal de suministro comprende la entrega material de objetos muebles o unidades métricas, que ha de realizarse en territorio no exento para que sea liquidable; que no es en Ceuta donde la obligación había de cumplirse, y en conclusión entendió que, en virtud del artículo 1.º del Reglamento, hay que atenerse al principio de la territorialidad, o sea al lugar donde nace el acto y la obligación, y como éstos nacieron en la Zona del Protectorado están fuera del ámbito del impuesto.

El Tribunal Económico-Administrativo Provincial rechazó la reclamación con apoyo en que, conforme al artículo 1.º del Reglamento del impuesto, los bienes muebles adquiridos por españoles, aunque materialmente no se hallen en el territorio nacional, están sujetos al impuesto, y como la entidad adquirente goza de la nacionalidad española y los bienes de que se trata tienen la condición de muebles, se dan los dos supuestos. Además, se llega a la misma conclusión teniendo en cuenta el contenido del apartado 2.º del artículo 3.º del propio Reglamento, a tenor del que en las transmisiones o adjudicaciones a favor de españoles por actos *inter vivos* será exigible el impuesto en cuanto a los bienes muebles, créditos o acciones que sean objeto de la transmisión, aunque tales bienes se hallen fuera de España.

El Tribunal Central confirmó la tesis del Provincial, reforzando los argumentos de éste con la cita del apartado segundo del artículo 1.º del Reglamento y de los números 3.º y 4.º del apartado tercero del mismo artículo en cuanto disponen que el impuesto afecta a los bienes situados en territorio nacional, aunque sean extranjeros los adquirentes o contratantes y que se consideran situados en



territorio nacional los derechos, acciones y obligaciones que hayan nacido, puedan ejecutarse o hubiesen de cumplirse en territorio sujeto al impuesto.

Sienta asimismo la conclusión de que la «Sociedad Electras Marroquíes» no tiene la nacionalidad extranjera, ya que se infiere que es española del hecho de haberse constituido por escritura otorgada ante el Cónsul español en Tetuán, y estima, por último, que las acciones dimanantes del contrato de suministros pueden ejercitarse en territorio sujeto al tributo mediante el nombramiento de amigables componedores, que son los que deben resolver, según lo estipulado, las cuestiones que se promuevan entre los contratantes, cuyos fallos es de suponer que se dicten en territorio de soberanía al no constar el lugar en que hayan de decidirse.

Como único comentario diremos que el caso es tan claro, que nos extraña que haya sido objeto de reclamación.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL.

Abogado del Estado y del I. C., de Madrid.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Especial

SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1945.—*Competencia (depósito de menores).*

Según se desprende, a efectos de competencia, del conjunto de lo actuado en el expediente de depósito de menores, D. Juan y D. Dionisio M. C. fueron expulsados de la casa de su padre, acogiéndose aquéllos a la de su tío, que tenía su domicilio en Madrid, en cuya población vienen permaneciendo y sin legal oposición de su padre, el que, al decretarse su depósito por el Juez de Primera Instancia, número 4, de Madrid, con el obligado señalamiento de alimentos en el auto en que así se acuerda, ha promovido cuestión de competencia invocando el fuero de su domicilio—Ceuta—ante este último Juzgado. Si bien conforme al artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el domicilio de los hijos en potestad es el de sus padres y, según la regla 20 del artículo 63 de la Ley procesal, en los depósitos de personas será Juez competente cuando, como en este caso, no existen autos anteriores, el del domicilio de la persona que deba ser depositada, por lo que podría a primera vista sostenerse que, siendo Ceuta el domicilio del padre, como lo es, este último Juzgado sería competente para conocer del depósito en cuestión, es lo cierto que una reiteradísima jurisprudencia de este Tribunal, formulada generalmente a propósito de expedientes de depósito de mujeres casadas para entablar demandas de divorcio, pero que es aquí perfectamente aplicable, por identidad de razón, tiene establecido que las normas arriba citadas carecen de aplicación, cuando, como ocurre en este caso, la persona cuyo domicilio determina legalmente el de la que ha de ser depositada, viene tolerando la residencia habitual de ésta en distinto lugar, pues entonces ha de entenderse como domicilio, a efectos de competencia, el que realmente lo es del depositado, y por ello ha de admitirse la competencia del Juzgado de Madrid, que viene conociendo de los autos. Con mayor razón debe ser desestimado el argumento esgrimido invocando la regla 21 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que las cuestiones de alimentos provisionales cuando éstos se pidan incidentalmente en los casos de depósitos de personas o en juicio, será Juez competente el del lugar en que tenga su domicilio aquel a quien se pidan, puesto que este precepto es de evidente inaplicación cuando los alimentos no se discuten en un juicio, sea o no incidental, sino que se fijan en el auto decretando el depósito en cumplimiento del deber que impone al Juez el artículo 1916 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1945.—*Promesa de liberación de deuda.*

Los problemas planteados en este litigio tienen su punto de arranque en el hecho de que el precio de la compraventa celebrada el 18 de junio de 1936 quedó en poder del comprador para aplicarlo al pago de deudas contraídas por el vendedor, sin que se haya contado para ello con la conformidad de los acreedores, ni conste en forma alguna que el comprador se obligase a obtener tal conformidad, lo que lleva a configurar jurídicamente este pacto como sustitución de la entrega del precio por una promesa de liberación o asunción interna de la deuda que, a diferencia de la novación subjetiva determinante de la liberación del deudor primitivo, mantiene la relación existente entre éste y sus acreedores, a la vez que provoca el nacimiento de un nuevo vínculo entre el deudor originario o vendedor y el deudor por subrogación o comprador, en virtud del cual este último queda ligado para con aquél al pago de las deudas y a la posible resolución de la venta por incumplimiento de la obligación contraída.

## Tribunal Especial de contratación en zona roja

Un gran número de sentencias reafirma la jurisprudencia, sentada desde el principio de este año y consignada en esta Revista (1945, p. 219), acerca de la naturaleza contractual del pago, sobre todo cuando contiene una novación, como ocurre si el deudor paga con medios de pago diferentes a los estipulados, por ejemplo, con dinero rojo; y, en consecuencia, la anulabilidad del contrato de pago por vicios de consentimiento. Creemos haber estado entre los primeros que emitieron tamaña doctrina (REVISTA CRÍTICA, 1943, p. 207).

Las sentencias que tenemos a la vista son las siguientes: del 20 de febrero (núm. 8), 26 de febrero (núm. 10), 26 de febrero (núm. 11), 1.º de marzo (núm. 12), 13 de marzo (núm. 14), 21 de marzo (núm. 16), 24 de marzo (núm. 17), 24 de marzo (núm. 18), 16 de abril (núm. 20), 21 de abril (núm. 21), 27 de abril (núm. 22), 1.º de mayo (núm. 23), todas ellas del corriente año. A continuación reproduciremos algunos considerando típicos desprendidos de la sentencia núm. 16, del 21 de marzo de 1945:

«De los medios de extinguir las obligaciones, regulados en el capítulo cuarto del título primero del libro cuarto del Código civil, hay unas, como la pérdida de la cosa debida, si es determinada, la confusión y la compensación que producen su efecto propio, o sea la extinción de la obligación a la que afectan, sin la voluntad y aun sin el conocimiento de los acreedores ni de los deudores; y otros, como la condonación y la novación, que, para su eficacia, requieren el acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor (art. 1.187, en relación con los 632 y 633), o del acreedor con un tercero (art. 1.205); es decir, que son medios estos últimos de carácter contractual, por exigir, para su eficacia, el consentimiento de las partes; objeto que es la extinción de la obligación del deudor y el nacimiento, para el acreedor, de la obligación de no reclamar la extinguida, y causa, que puede ser la mera liberalidad en la condonación o la nueva obligación en la novación. El pago, en las obligaciones de dar, es uno de los medios extintivos de

carácter contractual, que exigen, para producir su efecto, una manifestación de voluntad del deudor, respecto al concepto de pago en que se entrega la cosa, coincidente con la del acreedor, en cuanto a que la entregada sea la debida, y a su recepción por razón de pago, y no como préstamo, depósito, donación y otra cualquiera por la que pudiera entregarse y recibirse respectivamente. Contra esto, nada arguye que el Código civil conceda eficacia a pagos en los que falta la manifestación de la voluntad del acreedor, como ocurre en el pago a un incapaz o a un tercero, cuando en uno y otro caso se ha convertido en utilidad del acreedor, porque la extinción de la deuda, en tales casos, no se produce por el pago mismo, sino a consecuencia de la excepción que surge a favor del deudor, fundada en el enriquecimiento injusto por falta de causa, que sobrevendría, a favor del acreedor, si después de aprovecharse de la utilidad que le ha producido el pago defectuoso, tratase de cobrar lo antes debido. Tampoco se desprende argumento válido alguno contra la conclusión aceptada de la consideración de la fuerza liberatoria de la consignación, aun contra la voluntad del acreedor, porque entonces, si la consignación está bien hecha, se sustituye su voluntad por la correspondiente declaración del Juez, sustitución semejante a la ordenada por el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el otorgamiento de la escritura de venta al rematante de los bienes subastados en el procedimiento de apremio de la vía ejecutiva. Si, como queda demostrado, en el pago regular de las obligaciones de dar ha de intervenir para su eficacia el consentimiento de acreedor y deudor, es evidente que la validez de ese consentimiento, de carácter contractual, como se ha dicho, requiere el conocimiento y la libertad del que le preste, por lo que, si el conocimiento está perturbado por el error, o la voluntad por la violencia o el miedo, será nulo, por disposición «general» contenida en el artículo 1.265 del Código civil, y «especial» para casos como el de autos en el 2.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940.

LA REDACCIÓN.

# V A R I A

EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ: *Concepto y misión de la Filosofía jurídica*. (Editorial «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1944, páginas 135.)

En un trabajo relativamente breve, el Sr. Galán condensó las bases de la monografía que tenemos a la vista. Me refiero a su artículo «Del oficio de la Filosofía jurídica», publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (número de enero de 1945). El autor resume en el mencionado esbozo sus ideas sugestivas de esta forma (l. c. p. 29): «Como temas de la Filosofía jurídica me limito aquí tan sólo a apuntar los siguientes: a), la determinación de su propio concepto; b), la investigación jusnaturalista o derecho natural; c), la investigación ontológica o teoría fundamental del Derecho. En el segundo de estos temas predomina el punto de vista de la concepción del mundo; pero a la actitud teórica fundamental corresponde, sin embargo, en el mismo un importante papel. En el tercero la relación es inversa».

En el profundo estudio que tenemos a la vista, el punto de vista es el mismo. No obstante, a los tres temas indicados: determinación del concepto, ontología del Derecho y derecho natural, se agrega todavía otro: la historia de la Filosofía del derecho. Este cuarto problema no carece de relación con los anteriores, concretamente con el primero, puesto que el concepto de la Filosofía jurídica debe extraerse de su historia y de su función en la vida espiritual del hombre. Dentro de la historia merece especial atención la actualidad. El plan de la Filosofía jurídica resulta, pues, el que sigue:

*Filosofía del Derecho.*

I. Introducción: concepto de la Filosofía del Derecho.

II. Método.

1) Historia o fuentes.

a) Historia de la Filosofía del Derecho.

b) La actualidad o situación presente de la Filosofía del Derecho.

2) Sistema.

a) Derecho natural.

b) Ontología del Derecho.

La tarea de la Filosofía jurídica es independiente. La revelación sobrenatural no es fuente de la Filosofía, sino meramente norma negativa (l. c. ps. 22 y 23). No obstante, el Sr. Galán sabe que la Religión decreta, al igual que la Filosofía, una concepción del mundo y de la vida (l. c. p. 48), y que toda concepción del mundo es, en el fondo, el precipitado de una actitud y de un sentimiento de tipo religioso (l. c. p. 79).

El programa del Sr. Galán es, desde luego, amplio y atractivo. Estamos seguros que lo cumplirá con la misma brillantez con la cual lo expone.

LEONARDO PRIETO CASTRO: *Exposición del Derecho procesal civil de España* (tomo II, Librería General. Zaragoza, 1945, páginas 592) (1).

El ansiado tomo segundo de la imprescindible obra de Prieto acaba de publicarse. El tomo consta de seis libros y empieza con el libro cuarto. Los epígrafes son los siguientes: juicios especiales y sumarios, inactividad total de las partes, procedimientos parajudiciales, recursos, ejecución forzosa, y, por último, costas y beneficio de gratuidad. El Sr. Prieto deja de exponer, en cambio, la jurisdicción voluntaria, salvo el acto de conciliación, al que incluye en procedimientos parajudiciales. Tampoco analiza los juicios universales, ni los juicios universales «mortis causa», que científicamente pertenecen a la jurisdicción voluntaria, ni tampoco los juicios universales «por muerte patrimonial», o sea quita y espera,

(1) Véase la reseña referente al primer tomo en esta REVISTA, 1941, páginas 311 a 316.

concurso y quiebra. Por más que nos vale un libro, más sentimos que deje de explicarnos algo; y la verdad es que en este caso lo sentimos muchísimo.

En el libro cuarto merece especial atención el interesante capítulo sobre el concepto de la sumariedad y de los juicios especiales. Agradecemos la inclusión en el manual de sendos capítulos acerca de los juicios sobre el estado civil y la condición de las personas, el procedimiento en cuestiones de trabajo, y sobre otros juicios especiales como los en materia de propiedad industrial, en materia de seguros, etc. El capítulo nono crea orden en la confusa materia del juicio ejecutivo. Un apéndice al cuarto libro analiza el procedimiento incidental.

El libro quinto está dedicado exclusivamente a la rebeldía.

El libro sexto se ocupa del acto de conciliación y del arbitraje.

El libro séptimo contiene una interesante exposición de la doctrina general de los recursos. A continuación se analiza la apelación y la casación; y, por último, los recursos contra la cosa juzgada. Bajo el último epígrafe hallamos la revisión, el recurso de audiencia y la oposición de terceros a la cosa juzgada (*actio Pauliana*).

El libro octavo establece nociones fundamentales de la ejecución forzosa, muy necesarias para una Ley carente por completo de ellas. No se olvida la oposición a la ejecución ni su aseguramiento. Tal vez se hubiera podido haber dedicado más espacio a la ejecución de una condena de emitir una declaración de voluntad y a la ejecución de una condena de entregar cosas genéricamente determinadas.

El último libro trata del aspecto económico del proceso.

Los libros son como las personas. Sólo una larga convivencia, de continua consulta, nos los hace conocer. Sin embargo, se permiten pronósticos: el tratado de Prieto promete ser un excelente compañero, servicial y de fiar.

JAMES GOLDSCHMIDT: *El término de imputación*. («Revista Nacional», de Córdoba, 1944-5.)

La viuda del autor, doña Margarita, ha traducido para el citado periódico argentino, de la *Revue Internationale de la Théo-*

*rie du Droit* este artículo, dirigido contra la afirmación hecha por Kelsen en sus problemas fundamentales (Hauptprobleme), de que el concepto psicológico de la voluntad no es aplicable a las ciencias normativas, sean éticas o jurídicas, porque para éstas la voluntad no es otra cosa que el «término de imputación normativa», que remonta hasta una persona y se detiene en ella.

El autor sienta, por el contrario, que la esencia de la voluntad es la transformación de la motivación en causa, lo mismo cuando distinguimos con aquella palabra una facultad permanente del alma que cuando nos referimos a una disposición psíquica de tipo resolutorio o cuando concretamente citamos un acto volitivo. Los pavorosos enigmas de la causalidad y del libre albedrío quedan así como pilares de la concepción metafísica, pero el establecimiento del término de imputación se busca en la tendencia emocional a detenerse en el individuo con quien choca nuestra propia voluntad, y se apoya, en la teoría pura del Derecho, sobre la concepción de que las normas jurídicas son advertencias de la «responsabilidad» que el Estado hará efectiva.

FEDERICO CASTEJÓN: *Hacia un Código Penal subjetivo*.—En “Estudios Jurídicos”, año IV, 1944, fascículo de Derecho Penal, número 3, págs. 3 a 128.

El trabajo del ilustre Catedrático de Derecho Penal y prestigioso Magistrado del Tribunal Supremo aspira a ser esbozo de la formulación de la vieja Ley penal española con arreglo a un principio subjetivista, que, comenzando por intentar crear tipos legales de autor, podrá continuarse en lo sucesivo con la formación de tipos criminológicos (Bockelmann, Kohlrausch, Lange) (1), y quizá, con auxilio de la biocriminología, llegar a la definición de tipos constitucionales (los criminobiotipos de Saldaña). No hay delitos, sino delincuentes. La concepción subjetivista del Derecho Penal aumenta considerablemente los poderes del Juez en el proceso: en lugar de hechos concretos, conductas generales; en lugar de resoluciones firmes, resoluciones modificables; en lugar de penas, medidas de seguridad.

LA REDACCIÓN.

(1) Véase REVISTA CRÍTICA, 1942, 293 a 295.