

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año X

Septiembre de 1934

Núm. 117

¿Función automática o función creadora?

Nadie podrá negar que el discurso del señor Ministro de Justicia, en el acto de apertura de los Tribunales, llama la atención de los profesionales sobre un problema fundamental, que si a principios del pasado siglo pareció quedar resuelto con el sacrificio de la Jurisprudencia a la Ley, ha vuelto a ser planteado con nuevos bríos en lo que del xx va corrido y ha entrado, con los métodos teleológicos y con los estudios de la que ya puede llamarse escuela de Tubinga, en una interesante fase.

Dispuesta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO a enfocar las cuestiones jurídicas candentes, abre hoy sus columnas al pensamiento de su ilustre promotor don Vicente Cantos, y procurará, en primer término, dar una idea completa del tema desenvuelto, con las mismas palabras del texto oficial:

* * *

«De todos los aspectos susceptibles de estudio en la actividad judicial, voy a permitirme contemplar en lejana perspectiva la función automática de los Tribunales y su función creadora, que son los dos polos, las dos atracciones supremas entre las que se desenvuelve la administración de Justicia.

La función automática del Juez se produce cuando la calidad de los textos no suscita problemas de interpretación. El Juez, ante el

hecho previsto, alza el signo de la comunidad, el texto legal, y con sólo repetirlo falla. No elabora ; estampilla el hecho con el precepto.

En este sentido, la actitud del Juez es meramente conductora y marcadamente inhibitoria. Su única tarea lógica es comprender la orden que descende de la Ley ; su única finalidad práctica, ejecutarla.

Esta mecanización, que convierte al juzgador en un órgano de conciencia muda e insensibilizada, parece disecar al hombre ; pero no es así. La plenitud del orden social estriba en que sean distintos los órganos y los momentos de la Ley y del juicio ; en que en el trance de juzgar, la Ley se acerque a los interesados sin perder su sentido impersonal e igualitario.

El funcionario obra bajo el régimen del conocido silogismo, en el que la premisa mayor es la Ley ; la menor, el hecho justiciable, y la conclusión, el fallo en el que el hecho y la Ley se amalgaman. Nada pone el Juez, que es el instrumento en que se produce la mezcla de todas estas objetividades.

En este automatismo, proclamado con romántica exaltación por la Revolución francesa, se halla el último límite de la perfección social. Muchos filósofos, y entre ellos Ribot y Spencer, han sostenido que la educación lograría su más alto fin convirtiendo en reflejos psíquicos los principios jurídicos y morales. Paulhan ha llegado a decir, excediéndose : « nuestro ideal del hombre, es un autómatas inconsciente, maravillosamente complicado y unificado ».

Con el derecho mecanizado acontece como con la medicina cuando acierta con el seguro remedio : todas las teorías, los largos tratados, las dudas resistentes a una resolución definitiva, desaparecen.

La extensión del Derecho mecanizado es de gran amplitud ; el Registro civil, el de la Propiedad industrial, la letra de cambio, el contrato de transporte terrestre, con su carta de porte, y el de fletamento, con su conocimiento, y, en general, el rodaje de la sociedad entera, en donde sólo por excepción se viola el Derecho o se suscita el litigio.

Pero no se da siempre la ventura de que el Juez sea portador de axiomas. Su entendimiento, su conciencia, su cultura y su arte tienen casi siempre que movilizarse. Por transparente que sea un precepto, ha de ser interpretado. La claridad ha de declararse después

de interpretar, no antes. La claridad es un paraíso cuyo camino encerrado es la interpretación fácil. Aun en estos preceptos de interiores luminosos, el Juez ha de formularse esta pregunta imponente, pero primera e inevitable: ¿Debo negarme a la aplicación de la Ley? He aquí una cuestión singular, una sorpresa para el espíritu embalado en la concepción automática.

El problema surge con ocasión de la pugna entre las leyes ordinarias y la Constitución, dando lugar, con respecto a las primeras, a la excepción de inconstitucionalidad.

Mucho se ha discutido sobre este punto, y aunque en todos los países está resuelto en el orden positivo, mediante las leyes o mediante las prácticas, de un modo u otro, en el orden científico todavía chocan las opiniones y no se ha logrado un estado de conciencia científica unánime.

Que una Ley ordinaria no puede derogar un precepto constitucional, en el régimen de constitución rígida, es una verdad axiomática. A los preceptos constitucionales se les ha llamado, con acertada expresión, «superlegalidad constitucional». Las leyes ordinarias no son más que la legalidad condicionada por aquélla.

Pero si esto es evidente, ya no lo es tanto que sean los Tribunales los que hayan de resolver acerca de la validez de la Ley. Se ha opuesto a esta atribución la teoría de la división de los poderes, que aunque sujeta a muchas excepciones y disminuído, por tanto, su prestigio tradicional y su valor absoluto, todavía influye e influirá poderosamente en la doctrina y en la legislación. Toca a los Tribunales aplicar la Ley, o dicho en otros términos, obedecer a la Cámara legislativa, y cuando se examina la legitimidad de una Ley, no se realiza un acto de obediencia, sino de inspección superior, siendo así que el Parlamento es la más genuina y legítima forma del Poder, la fuente generadora de la organización íntegra del Estado. ¿Cómo, pues, someter ese soberano al juicio que respecto a su conducta formulen los Tribunales? Esta preocupación ha sido fortalecida por el testimonio de la experiencia norteamericana, en donde los Tribunales de Justicia han ejercitado, con alarmante frecuencia y con extremismo perturbador, esta facultad de rechazar las leyes en su integridad por atentatorias a la Constitución, hasta el punto de haber sonado en aquel país, con pintoresca fuerza literaria, las palabras de «gobierno de jueces».

Mas, por otra parte, militan razones poderosas para que los Tribunales puedan apreciar la excepción de inconstitucionalidad. Porque no se trata de desobedecer, sino precisamente de obedecer con mayor pulcritud y lealtad. El Tribunal que aplica una Ley inconstitucional, obedece al Parlamento ordinario, pero desobedece al constituyente, y, bajo la apariencia de una fiel disciplina, es el colaborador de una rebeldía.

La Ley fundamental del Estado, hecha con los principios sobre que se sustentan no sólo la organización política del país, sino la familiar y la de los derechos esenciales de la persona individual y jurídica, tiene el don de la invulnerabilidad, salvo el evento excepcional de su reforma. Ella representa el derecho natural de un régimen en el orden filosófico y su instinto de conservación en el dinamismo político. La Constitución señala límites infranqueables a todas las actividades del Estado, y no hay organismo que pueda arrogarse facultades que ella no le otorgó.

La idea de función, con sus exigencias de ritmos acordes, surge aquí sin pretensiones de novedad, porque ya hace largo tiempo recordaba Waldeck-Rousseau en la Cámara Francesa, al defender su reforma judicial, que no hay más poder que uno, el del pueblo, y que al delegarlo se descompone en funciones.

La función judicial impide toda complicidad con un desafuero a la Constitución, pero no llega a tener la facultad de juzgar la obra del poder legislativo. De aquí la solución dada por nuestra Constitución en su artículo 100. El Tribunal, ante una Ley que estime contraria a la Constitución, no la aplica, se abstiene de juzgar al Parlamento y remite su consulta al Tribunal de Garantías.

Pero si esta cuestión está claramente resuelta, surgen dudas respecto a la posibilidad de aplicar inmediatamente todos los preceptos de la Constitución, tan sólo porque en ella están estampados.

Sabido es que la Constitución española tiene preceptos a los que ha de seguir un desarrollo legislativo con más pormenores que permitan su ajuste con la realidad.

¿Cuál es el grado de eficacia de estos preceptos constitucionales, en tanto no son amplificados y traducidos en múltiples normas por las leyes ordinarias?

Dos direcciones han de tentar al jurisconsulto y a los Tribunales. De una parte, puede entenderse que toda Ley vigente, al tiem-

po de promulgarse la Constitución que se halla en contradicción con ella, está derogada. Muchas razones podrían esforzar este punto de vista radical. Puede pensarse que el tiempo en que se promulgó una Ley ordinaria es un accidente de escasa resonancia jurídica ; lo que importa es determinar si se halla conforme o no con la Constitución ; la antinomia legal, la pugna entre la Ley y la Constitución, es lo esencial. Una Ley es contraria a la Constitución por su contenido, y no por la fecha en que se dicte. En tal sentido debería considerarse abolida la autoridad marital, considerar establecida la igualdad de obligaciones de los padres respecto a las distintas clases de hijos y abolido el precepto del Código civil que prohíbe la investigación de la paternidad, etc. Sería algo extraña la titución, y en los más de los casos tampoco se encontrarían en ella problemas y a otros semejantes, provocados por los mismos motivos técnicos, pero la Ley tiene previstas estas contingencias. No regiría el Código civil en los preceptos contradictorios con la Constitución, y en los más de los casos tampoco se encontrarían en ella todos los medios normativos para llevar a la práctica sus ideas directrices. Nos encontraríamos entonces en el último supuesto previsto por el artículo 6.º del Código civil ; a falta de Ley exactamente aplicable, los Tribunales tendrían que actuar en función creadora y aplicar los principios generales del Derecho, partiendo de los preceptos básicos establecidos en la Constitución.

Pero también es posible otro punto de vista, que rechace la anterior versión por aplicarse en ella un método interpretativo inaceptable. También puede sostenerse que no se trata aquí de cotejar preceptos antiguos con normas constitucionales nuevas, sino de penetrar en el sentido dinámico de éstas y en la orientación y virtualidad con que se incorporaron al Derecho positivo del país. Puede estimarse que la clave está en la significación derogatoria de la Ley ; ¿el sentido profundo de ella fué que sus preceptos sonaban como trompetas de Jericó, destruyendo todo lo existente y dejándolo provisionalmente en ruina, o fué su propósito que aquellas normas legales antiguas, no obstante su pugna con el nuevo orden establecido, sobrevivieran a su descalificación hasta la vigencia de las nuevas leyes complementarias ? He aquí otro punto de vista asistido de no pocas razones.

Y aun es dable una tercera posición, la de distinguir los pre-

ceptos constitucionales en dos clases: los unos, de posible ejecución inmediata en razón de su sencillez, de su sentido meramente negativo y eliminador o de su tendencia igualitaria, y los otros, por el contrario, sujetos inevitablemente al aplazamiento que imponen la creación de nuevos organismos o de reglas más minuciosas y precisas.

No me es dado decidirme por uno u otro sistema. Lo que particularmente pudiera pensar el hombre, no le es dado sostenerlo al Ministro.

Toca al Tribunal de Garantías descifrar estas incógnitas, contestar a estos interrogantes y crear una doctrina jurisprudencial en estos interesantes problemas de Derecho transitorio.

La función creadora de los Tribunales de Justicia rara vez se da en términos absolutos, pero rara vez también queda radicalmente eliminada. Es éste un punto candente, en el que se ha situado la discutida teoría del «Derecho libre».

No se halla en discusión en nuestro país el poder creador de los Tribunales de Justicia, cuya misión no se limita a aplicar la Ley o la costumbre vigente, sino a producir Derecho con relación al caso debatido, cuando aquellas primeras fuentes son deficientes. Y no solamente están facultados los Tribunales para hacerlo así, sino que incurren en responsabilidad cuando dejan de fallar por oscuridad, silencio o deficiencia de la Ley.

En Francia, Magnaud, Presidente del Tribunal de Chateau-Thierry, provocó la sorpresa sonriente y curiosa de Europa por sus sentencias, en las que prescindía de la Ley, cuando ésta contradecía sus ideas jurídicas. El llevó primero a la práctica este modo de entender sus deberes, y después vimos en libros reproducidas sus sentencias y hasta defendida su conducta, convertida en teoría. Lo que le permitió vivir a esta dirección y atraer las miradas sin que les acompañara la protesta indignada fué la buena fe que le inspiraba y la exaltación de una ética, que colocaba en las sentencias un arrogante y poético penacho de romanticismo.

Fuerza es reconocer que Magnaud prestó dos grandes servicios: uno positivo, otro negativo. De una parte, hizo vibrar, no obstante la arbitrariedad de su doctrina, una indefinible corriente espiritualista, una emoción que escapa a las categorías de la Ciencia, pero que es vital.

Magnaúd ha prestado, sin darse cuenta, con su absurdo proceder, un servicio negativo, desvalorizando las tendencias extremistas del llamado «Derecho libre». Los mismos partidarios de esta doctrina han tachado a Magnaúd de subjetivista y han negado resueltamente que un Juez pueda superponer su ideología jurídica a la de la Ley. Pero ¿hacen ellos algo distinto? Su teoría del «Derecho libre» tiene antecedentes y reminiscencias en épocas lejanas, pero su aparición como movimiento científico colectivo es de este siglo. Las palabras *Derecho justo*, empleadas por Stammler como título de una obra famosa, han logrado un éxito rotundo. El *Derecho justo* es un grito de guerra, es Magnaúd filosofado, una nueva sugestión que nos visita con vestimenta doctoral. Pero estas palabras: el *Derecho justo*, llevan implícita la facultad en el Tribunal de juzgar la Ley en virtud de exigencias imperiosas de la vida que la hagan inadecuada, de mostrarse sensible al aguijón del Derecho natural, que denuncia dolorosamente la arbitrariedad legal.

En este movimiento moderno, lo que tengo por más cierto es la prudente corrección al alcance desmesurado que se ha otorgado por los jurisconsultos antiguos a la Ley. Esta ha sido la doctrina de los iniciadores Geny y Ehrlich. La diferencia no es fácil de percibir a primera vista, y de aquí que Geny, al terminar su obra, que es, por decirlo así, la Biblia de las nuevas orientaciones, decía que era muy posible tuviera el lector la impresión de que no había leído nada nuevo. La trascendencia que ha tenido su trabajo científico y la perennidad de su prestigio han rectificado los recelos de su modestia.

Las necesidades sociales, recogidas por los jurisconsultos y los políticos, traen las leyes que quedan en la *Gaceta* afectadas de momentánea ceguera. Después, merced a los Tribunales de Justicia, se ponen en contacto con la vida, como volviendo a su hogar. En la Ley, como en el hombre, es ése el momento culminante, el de la más incomparable de las efusiones. La Ley es abstracta e impersonal; pero el calor de la pasión, la fe cordial, se la incorpora el Magistrado, que es la Ley hecha carne. Los que de un modo u otro laboramos por la justicia no podemos hacerlo sin que en el seno de nuestra alma haya algo más que ideas y silogismos, algo más que leyes y Códigos, la pasión por el Derecho, la emoción de realizarlo; como ha dicho Bergson del esfuerzo creador, la emoción crea-

triz que eleva a las almas privilegiadas, «irradia un entusiasmo que no se extingue jamás completamente, y que puede siempre volver a encontrar su llama». En ese fuego debemos consumir nuestra vida entera.»

* * *

El papel que a los Tribunales corresponde, en el ordenamiento jurídico de un pueblo, depende de circunstancias y razonamientos que van desde las más vulgares observaciones hasta las más insondables esferas del pensamiento puro.

No solamente la organización judicial, los grados de la jerarquía, la potestad disciplinaria, el juego de los recursos procesales, las prácticas forenses y la rutina administrativa son fuerzas incontrastables que ligán al Juez y le imponen, por vía directa o indirecta, la opinión aceptada, aunque no se halle reconocida como complementaria o rectificadora de la Ley, sino que, en general, la función de la Jurisprudencia (entendida en el sentido de pronunciamientos o decisiones judiciales) se halla íntimamente relacionada con la Constitución del Estado, con la teoría de las fuentes del Derecho y, lo que a primera vista parece más extraño, con el concepto y bases filosóficas del mismo.

Por eso los juristas alemanes, que, desde la promulgación del Código civil y, sobre todo, desde la Gran Guerra, han enfocado los temas metodológicos, y los maestros franceses, que, después de Geny, han entrado por la amplia vía de una interpretación tan liberal como deformante, no se contentan con una crítica respetuosa de los juicios y decretos judiciales, ni con buscar en ellos el *substratum* de una doctrina progresiva, ni siquiera con revelar la marcha de la jurisprudencia, acreditar las fuerzas que en ella actúan y mostrar el encadenamiento de los motivos, sino que elevan el plano de la discusión por encima del texto fundamental de los Estados.

Nada de particular tiene que con ello se ponga en tela de juicio la teoría de las fuentes del Derecho y las relaciones tradicionales entre ellas admitidas. No es lo mismo admitir como tales la Ley, la costumbre, las decisiones judiciales y la ciencia del Derecho, que suprimir alguno de estos manantiales o cegarle, como lo hace el párrafo segundo del artículo 6.º de nuestro Código civil.

Mayores son las variaciones que pueden introducirse si prescindimos del concepto clásico y consideramos a la Ley como un mero plan del ordenamiento deseado, o como un imperativo que ha de encontrar su apoyo en la vida social, o como un mandato cuya efectividad depende del cálculo de probabilidades, o como una indicación dirigida a la conciencia de la comunidad, o como una manifestación reflexiva en la serie de los procedimientos declarativos del Derecho. El ídolo se degrada, la práctica diaria del Derecho sube como una marea, que lo esconde o lo derriba.

Con mayores bríos que nunca vuelve ahora la doctrina de la *costumbre*, creación espontánea del Derecho, a cuya sombra se acogen los golpes de Estado, las revoluciones, la fundación de Estados, la conquista... Ante la imponente majestad del antiguo principio de legitimidad se yergue ahora la teoría de los hechos ~~con-~~
~~sumados, la conquista... Ante la imponente majestad del antiguo prin-~~
~~titados de una justificación: Rusia, Italia, Alemania, España... in-~~
~~vocan al proletario, a la nación, a la raza, al pueblo..., porque~~
~~comprenden que la mera tenencia de los órganos de promulgación~~
~~da tan sólo una apariencia de legalidad.~~

Y de aquí vamos directamente de cabeza, como vulgarmente se dice, al problema de la *vigencia*.

¿Quién da a la Ley, alejada de la comunidad, su supremacía y encadena al Juez, que se halla en contacto con ésta? Los juristas se desesperan ante la pregunta, pasando del deber al ser, del campo normativo a la realidad viviente, sin hallar otra solución que la del célebre barón de Munchausen, que salía del pantano tirándose de los pelos.

La Ley rige, porque ella misma lo decide. Y si alguien pone en duda la veracidad de sus títulos, contesta con gesto olímpico: *Ego sum qui sum*, sin reparar en que, tratándose de Derecho, la clave descansa no en lo que es, sino en lo que debe ser.

Todas estas cuestiones, a las que la filosofía jurídica dirige en la actualidad sus proyectores, quedan planteadas con el discurso que hemos extractado. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO promete desenvolverlas ante el público español dentro de sus modestos límites.

El precontrato

SEXTA PARTE

LOS PRECONTRATOS Y EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Por el interés de este punto nos parecía conveniente dedicarle un apartado, si bien el deseo de no dilatar con exceso la extensión de este trabajo y los escasos datos que suministra la doctrina patria acerca del tema nos imponen una relativa concisión. En efecto: los Tratados sistemáticos de Derecho civil español de los Profesores Sánchez Román, De Diego y Valverde apenas si mencionan el término *precontrato*. Este figura en un Programa de Oposiciones a Notarías (1), pero no sabemos que haya sido objeto, hasta la fecha, de estudio especial entre nosotros.

«El antiguo Derecho de Obligaciones español, escribe Ernesto Mayer (2), es una forma del Derecho de Obligaciones germano.» No es muy de extrañar que el Código civil español haya pasado por alto la regulación expresa de los precontratos, si se tiene en cuenta que otros cuerpos legales más modernos y de técnica más depurada, como el Código civil alemán (3), prescindieron, a su

(1) Tema 39. En *Gaceta de Madrid*, 8 de Mayo de 1930.

(2) Y tan es así que el Derecho español de los siglos XII y XIII conserva aquel carácter más que otros Derechos germánicos de la época, como el escandinavo. Véase el *Antiguo Derecho de obligaciones español*, pág. 9, Barcelona, 1926.

(3) Este Código se compone de dos grandes ramas: Derecho patrimonial y Derecho de las personas, integrados, respectivamente, por los derechos de obligaciones y de cosas, de la familia y de la sucesión. Si algún reproche puede hacerse a este Código, aparte de sus famosas autocitas, es el de ser una obra excesivamente técnica, impropia de ser comprendida por quienes no estén preparados en Derecho. (V. Karl Hauff, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, vol. I, pág. 1. Stuttgart, 1927.)

vez, de una reglamentación específica de aquéllos. En cambio, al revisar el Código federal de las obligaciones suizo se creyó conveniente legislar sobre los precontratos, que, como dice Pacchioni, pueden concluirse en el curso de los tratos para garantizar la celebración de contratos futuros.

Los autores españoles han estudiado la materia al examinar el contrato preparatorio de promesa, habiéndole asignado como lugar para su exposición en el sistema del Derecho civil puesto independiente al principiar a desenvolver los contratos en particular (1). No contiene, según hemos indicado, nuestro Código civil expresa sanción para los precontratos; no obstante, las consideraciones expuestas sobre su necesidad y conveniencia, especialmente el principio de la libertad de contratación recogido en el artículo 1.255, y las normas generales sobre obligaciones y contratos, justifican la admisión de aquéllos en nuestro Derecho positivo.

Reconocida por nuestra legislación figura la promesa de vender o comprar, a la que se refiere el artículo 1.451 del Código civil, estableciendo que por la conformidad en la cosa y en el precio, los contratantes tendrán derecho para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato. Cuando no pueda cumplirse la promesa indicada, regirán para las partes las disposiciones sobre obligaciones y contratos contenidas en el libro correspondiente del mismo Cuerpo legal. Las leyes de Partidas declaraban ya que la promesa o promisión «es otorgamiento que facen los omes unos con otros por palabras e con intención de obligarse auiniéndose sobre alguna cosa cierta que deuen dar o fazer unos a otros». (Partida V. Título 11. Ley I.)

La técnica civil patria establece frente a los contratos principales los preparatorios; entre éstos incluye la promesa, sociedad y mandato. Promesa, en general, es una declaración de voluntad seria y definitiva de constituirnos deudor hacia otros. Como dice el Sr. De Diego, «es un contrato que tiene por objeto la celebración de otro posterior». El concepto coincide con el dado por nosotros del precontrato; pero conviene que puntualicemos que

(1) Así Valverde, *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, segunda edición, pág. 307; De Diego, ob. cit., vol. IV, pág. 322. El primer puesto entre los contratos preparatorios le concede también el Sr. Sánchez Román en sus *Estudios de Derecho civil*, tomo IV, pág. 463.

el rasgo más destacado de la promesa de «contrahendo sive ineundo contractu» es crear entre las partes una situación jurídica especial que les obliga a la celebración de otro contrato posterior, porque es una característica poco destacada por algún autor español.

Hállase sometido el precontrato en el Derecho civil vigente a los principios generales sobre contratación; sus elementos personales han de tener capacidad para contratar, y el contrato proyectado deberá ser posible y lícito (1). El consentimiento en el precontrato debió prestarle espontánea y libremente sin violencia, error ni dolo. A falta de normas específicas sobre determinación podrán aplicarse las que dedican las leyes a la determinabilidad del objeto de la prestación en los contratos obligacionales.

Para interpretar justamente el artículo 1.451, el Sr. Castán (2) distingue varias clases de promesa de compraventa: a) Promesa unilateral de comprar o vender no aceptada, que es una oferta sin efectos jurídicos. b) Promesa unilateral de vender aceptada o constituye un contrato unilateral que obliga sólo al promitente. c) Promesa unilateral de comprar aceptada, cuyos caracteres y efectos son análogos a la anterior; y d) Promesa bilateral de compraventa recíprocamente aceptada, a la que parece referirse más propiamente el artículo 1.451 del Código civil (3).

Esta modalidad del precontrato no priva al obligado del derecho de disposición de la cosa prometida, porque la promesa ni verifica la transmisión ni suspende el ejercicio del poder de disposición; para ello sería preciso que fuesen inseparables la obligación de enajenar y su consumación, el deber con el ser. No siendo posible prescindir aquí de la doctrina impuesta por el Código en sus artículos 1.609, 1.095 y 1.475. La categórica separación del Derecho

(1) En las normas, bastante completas, dedicadas por las Leyes de Partidas al contrato de promesa se indica que podrá ésta hacerse «sobre cosa que sea en poder de los omes e acostumbrada a enajenarse entre ellos», incluso aun de cosas que aun no son nacidas, la cosecha futura, el fruto de alguna sierva. No son válidas las promisiones de cosas que no fueron, son ni serán ni las que no podrán cumplirse según el orden natural, como «darte he el sol o la luna; o fazerte un monte de oro». Cfr. Partida V, tít. II, leyes XXI y XXII.

(2) Véase *Derecho civil español*, tomo II, pág. 315.

(3) Véase Jossérand, *Cours de droit civil positif français*, vol. II, número 1.069. París, 1933.

alemán entre los derechos reales y de obligación acaso suprimiría muchos de los complejos problemas que se presentan entre nosotros. La promesa engendra en favor de quien se hizo un derecho personal que no es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, a no ser que esté garantida con hipoteca, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento dictado para ejecución de la ley Hipotecaria. Nuestra misma legislación, en el artículo 1.872 del Código civil, regula la promesa de constituir prenda o hipoteca, que da lugar a una acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurre el que defraudare a otro ofreciendo como libres cosas que no le pertenecen o fingiéndose dueño de las mismas. Ha regulado también el Código civil los esponsales del futuro matrimonio, que ya hemos estudiado, y la promesa de mejorar a que se contrae el artículo 826, si bien estos casos, por su naturaleza especial, no coinciden en absoluto con las características atribuidas al precontrato. Al precontrato se aplicarán los principios generales sobre las obligaciones y los contratos contenidos en nuestro Código en los artículos 1.088-1.314.

«Faltaban en nuestro antiguo Derecho obligaciones nacidas del contrato—afirma Mayer—, pues sólo existían las que procedían de delito o de los contratos reales. Estos continuán admitidos en nuestra legislación; son contratos que se perfeccionan mediante la entrega de la cosa o la realización de un hecho; para la perfección o nacimiento de los mismos no es suficiente el consentimiento. En estos contratos se revela con mayor claridad la figura del precontrato. Supuesto que la perfección del préstamo mutuo precisa la entrega de las monedas, en tanto que ésta no se haya verificado existirá un compromiso de entregar una cosa a una persona, que a su vez se obliga a devolverla: un precontrato. El contrato principal nacerá como consecuencia de la actividad de las partes ligadas por el precontrato. Debe tenerse en cuenta, además, que si el contrato de préstamo en la mayor parte de las ocasiones nace con independencia del precontrato, la constitución del préstamo con garantía hipotecaria va unida casi siempre al mismo.»

Antes de poner término a estas brevísimas consideraciones sobre nuestro Derecho queremos recordar alguno de los problemas

esenciales que plantean los artículos 1.279 y 1.280 del Código civil. Al tratar de los sistemas de contratación, indica el Sr. Sánchez Román que se entiende por sistema la serie de bases armónicas que organizan la práctica de un principio o la realización de un hecho; es algo que dice relación a la conducta, al método, al procedimiento, al desarrollo, en fin, de una idea. Y el Sr. De Diego agrega que el sistema de contratación es «la idea cardinal, la base primordial bajo la cual se desenvuelven y cobijan los contratos reconocidos en una legislación» (1). Nuestro Código civil, acomodándose a las exigencias modernas, adoptó un sistema ecléctico, ya sancionado en los artículos 51 y 52 del Código de Comercio de 1856. El principio espiritualista en materia de contratación fué proclamado, según es sabido, en la ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá (2).

El artículo 1.278 del Código civil preceptúa que los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurran las condiciones esenciales para su validez (3). A continuación dispone el artículo 1.279 que «si la Ley exigiera el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez». Este último precepto podemos considerarlo clave de nuestro sistema de contratación; es un modo ingenioso, se ha indicado, de dar eficacia a los dos principios: la suficiencia del consentimiento y la necesidad de la forma.

La interpretación del texto legal ha sido motivo de viva discusión entre los civilistas españoles, siendo de lamentar la falta de investigaciones y conclusiones precisas. La forma puede imponerse como esencial «ad solemnitatem» o por vía de prueba, pero la dificultad está en determinar cuándo sea lo uno o lo otro, pues, como indica el Sr. Sánchez Román, no obstante lo preceptivo del

(1) Véase ob. cit., tomo IV, pág. 204. Madrid, 1919.

(2) Modernamente adopta el criterio de libertad de forma la ley sueca de 15 de Junio de 1915, según Karlgrén, en su artículo sobre «Negocios jurídicos de carácter patrimonial». *Annuario di Dir. Comparate*, vol. IX, fasc. I.

(3) Se alude al consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación contenidos en el art. 1.261.

artículo 1.280, ha de entenderse en relación con el 1.278 y 1.279, y «la perfección del contrato no depende del cumplimiento de esas formas, exigidas como requisitos por el artículo 1.280». Creemos que quizás sea lo más adecuado para fijar la relación entre los artículos relacionados investigar el fundamento y finalidad de la prescripción formal. A veces se ofrece con claridad en la Ley, como en algún número del artículo 1.280, en que, para proteger a las partes contra la precipitada realización de actos de indiscutible trascendencia patrimonial, se estableció la necesidad del documento público, y al admitir por el juego del artículo 1.279 que mediante un convenio sin forma se pudiera obligar a las partes a cerrar el contrato, se destruiría la finalidad perseguida por la Ley (1).

En suma, en todos los casos en que el artículo 1.280 alude a contratos verdaderamente solemnes, respecto de los que, aparte del precepto objeto de examen, exista declaración expresa en la Ley, como sucede con el censo o la hipoteca, sobre la necesidad de escritura pública, no obstante los términos expresivos del artículo 1.279, en tanto que no haya sido observado el requisito formal no existirá entre las partes vínculo jurídico alguno. Este mismo criterio parece aceptado en reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo; la sentencia de 21 de Junio de 1932 declara que para la validez de ciertos contratos se requiere como indispensable la escritura pública, como sucede con la donación de inmuebles (2).

No obstante la semejanza que a primera vista pudiera observarse entre los casos expuestos y el objeto del tema, si en los primeros existe una celebración sucesiva de contratos en cuanto que las partes pueden compelerse a elevar el contrato a escritura pública, como reconoce la sentencia de 11 de Marzo de 1932, no existirá un verdadero «contrahere», ni ninguna de las características privativas del precontrato, por lo que, en general, puede desecharse la aplicación del mismo en tales supuestos.

(1) La prescripción de documento público en cuanto al contrato de arrendamiento, funciona en la legislación alemana para centrar la fórmula «Kaufbruch nicht Miete».

(2) En relación con los efectos de la promesa de venta véase también la sentencia de 7 de Febrero de 1933.

CONCLUSION

Según hemos podido observar, el germen de la construcción del precontrato hay que buscarlo en Töhl, teniendo también valor primordial los estudios de Degenkolb, poco modificados por sus continuadores.

Casi ultimada la labor de preparación de este trabajo, tuvimos ocasión de leer el estudio debido a Anselmo Viterbo, publicado en el *Archivio Giuridico*, con motivo de la recensión del Libro de Roth (1). Nos causó profunda impresión porque contiene una crítica acerada contra el precontrato. Para aniquilar la posibilidad lógica del precontrato habría que demostrar que desdoblar el concepto obligarse a una prestación, en obligación de obligarse a una prestación, es psicológicamente imposible. Los más enconados enemigos del precontrato, sin negar que pueda existir, se oponen a reconocerlo en la práctica: no creen en definitiva que las partes tengan que acudir a una institución tan compleja. Los que niegan el precontrato bilateral tendrán que admitir el que obliga a una sola de las partes, como única posibilidad para asegurar en ciertos casos las obligaciones contraídas. Pero objeta Viterbo que ni aun en ese supuesto el precontrato es el medio único, puesto que existe la oferta irrevocable. Y muéstrase partidario de la conversión del precontrato en contrato definitivo por obra del Juez, afirmando, por último, que es necesario aceptar una u otra característica del pensamiento jurídico: el interés o la voluntad. Töhl y Schlossmann prefirieron el primero; Degenkolb y Coviello apreciaban con exceso la última.

Después de examinar el precontrato de los contratos reales y formales, se opone a su reconocimiento, aunque confiesa que en ciertos negocios, como en la letra de cambio, podrá existir. Intenta demostrar que la historia del Derecho revela que el «pactum de contrahendo» es un fenómeno determinado por un riguroso formalismo jurídico, y por ello, limitado el uno, es necesario también restringir el otro.

(1) V. *Archivio Giuridico*. Filippo Serafini, vol. XXI, 1931, páginas 32 y siguientes.

Nosotros negamos que la idea del precontrato pueda ser una entelequia elaborada por la dogmática germánica, o un negocio artificioso, abstracto; responde a un concepto y a una necesidad de la vida jurídica pasada y de la actual. Argumentaciones de tipo negativo, cual la de Viterbo, no son novedosas; Storch y Schlossmann pretendieron negar la existencia del precontrato, porque nadie había visto un ejemplar vivo del mismo, con lo que venía a ser como la famosa serpiente de mar. Los mismos redactores del Código civil alemán se opusieron a su reglamentación, pensando sustituirle por otros medios.

Para Schlossmann carece de utilidad el precontrato que las partes celebran cuando, puestas de acuerdo sobre los extremos del contrato definitivo, no quieren su ejecución inmediata, porque los contratantes pueden concluir el contrato principal suspendiendo su ejecución. Mas este criterio no se sigue nunca en la realidad, y como sutilmente observa Carrara (1), las partes utilizarán con preferencia aquella institución que, obligándoles, les deje en libertad hasta el día que puedan comenzar la ejecución (2). Mucho sentimos no poder recoger aquí las interesantes construcciones sobre la promesa, de Bassenge, en su valiosa monografía *Das Versprechen*, y de Reinach, en sus *Fundamentos apriorísticos del Derecho civil*.

Reconocía Sohm que la economía de nuestro siglo se encuentra regida todavía por la idea del tráfico (3). Y Hedemann, al estudiar los progresos del Derecho en el siglo XIX, indica como conquistas fundamentales del Derecho privado: I. Una nueva ordenación de la vida del comercio. II. Nueva reglamentación del Derecho sobre la tierra; modificaciones del Derecho social y en las relaciones de familia. Y ampliando su indicación en el primer punto, advierte que se ha dado un poderoso impulso al desarrollo de la persona individual y que la vida moderna descansa en la libertad de contratación, de disposición y asociación. Parece que procede admitir el precontrato con la libertad de contratación, pos-

(1) Véase ob. cit., pág. 42.

(2) Schlossmann concluye, como resultado de su investigación, que el precontrato es un concepto sin contenido que nunca se presenta en la vida, sino en los libros.

(3) Véase ob. cit., pág. 75.

tulado de los modernos Códigos, en cuanto sirve para satisfacer las necesidades del comercio.⁽¹⁾ y porque nada se opone a su reconocimiento dentro de los principios fundamentales del Derecho de obligaciones.

Schapp, en su monografía, dedica una parte al examen de la opinión de Stintzing, teoría que por la novedad de sus pensamientos atrajo la atención científica, y piensa que se ha dedicado escasa atención a la causa de los precontratos y se ha intentado derivar las reglas del precontrato «in abstracto», mientras que la mayoría de las cuestiones sólo podían contestarse por aquel motivo creador; tales la diligencia del obligado, duración, cedibilidad de los derechos del acreedor, forma del precontrato. Sin embargo, hay problemas que pueden resolverse por consideración del precontrato mismo, como el del contenido de la prestación. No es cierto que el obligado por un precontrato lo esté a concluir su contrato a instancia del acreedor. Este serviría de poco al acreedor. Lo interesante, según Stintzing, es que el obligado por un precontrato tenga el objeto disponible y en todo momento esté en condiciones de cumplir el compromiso. Por tanto, la disponibilidad de prestar constituye el contenido del precontrato. Este deber es puro, sin condición, y se convierte en el deber de ejecutar cuando el acreedor haya declarado que lo quiere. La llamada «Leistungsbereitschaft» es coercible; consiste en un hecho y en una abstención.

El precontrato de los contratos reales constituye el centro de gravedad de la institución, y es una consecuencia del reconocimiento de los mismos mientras las legislaciones les admitan con tal carácter (2). Y lo mismo cabe afirmar de los contratos formales en legislaciones como la española. El precontrato como previo al contrato definitivo encontrará causa frecuente de aplicación cuando no es suficiente para la eficacia del negocio jurídico la simple manifestación de voluntades. El Derecho puede limitar la autonomía del hombre, imponiendo como obligatorias ciertas for-

(1) En tal sentido, Schapp, entre otros, ob. cit., pág. 23. El Proyecto francoitaliano de las Obligaciones, en su art. 5, crea la posibilidad de admitir los nuevos tipos contractuales que pueda ofrecer la vida.

(2) Véase Hedemann, *Schuldrecht*. Berlín-Leipzig, 1931, pág. 299.

mas o estableciendo que la eficacia de un acto dependa de la entrega de una cosa.

Precisamente cuando se ha impuesto una forma especial, no obstante haber logrado las partes acuerdos sobre los puntos fundamentales y de detalle del negocio jurídico, puede faltar de momento la posibilidad de formalizarlo en forma legal. Decía certeramente Roth (1) que no siempre se tienen a mano tinta y pluma, ni en todo caso hay una persona competente para autenticar el acto. Entonces surgirá una evidente oposición entre el poder y el querer de las partes, y para favorecer sus deseos lícitos, que merecen protección y respeto, se presenta en primer plano a nuestra consideración un convenio obligatorio que vincule a las partes para la futura celebración del contrato que pretenden, que les obligue por lo menos de modo provisional a contraer la obligación definitiva. Este contrato constituye el medio más adecuado para que las partes obtengan de manera eficaz la realización de su propósito de contratar.

En todos esos casos cabe un negocio intermedio entre las simples negociaciones contractuales y la conclusión de un contrato definitivo, negocio jurídico que liga a las partes, obligándolas a cooperar para la celebración de un contrato ulterior, cuyo contenido estará en relación con el contrato principal a que atienden, y debe subsumarse en una figura que nosotros hemos calificado de precontrato, cuya utilidad innegable reconocerá quien, con ánimo sereno, analice el juego de las relaciones jurídicas (2). El precontrato actuará muchas veces como negocio de seguridad, sentido en el que creemos que tiene plena justificación y posibilidad para amplios desenvolvimientos («Sicherungsgeschaft»).

En síntesis, podemos concluir:

I. El precontrato es un contrato que asegura la celebración de otro posterior. Su función se cumple obligando a las partes a la celebración de un contrato futuro que de momento no quiere o no puede celebrarse.

II. La esencia del precontrato se pone de relieve en que en-

(1) Véase ob. cit., pág. 260. También Pacifici-Mazzoni, ob. cit., página 258, vol. IV. Oser, ob. cit., pág. 97.

(2) Así, Witter, *Der Darlehensvorvertrag*, pág. 15. Essen, 1915.

gendra una acción dirigida a un «contrahere». No se encamina a obtener una prestación real determinada, sino a lograr la más exacta cooperación para la conclusión de un contrato obligacional futuro.

III. El precontrato ha de determinar suficientemente la clase y el contenido del contrato principal que se proyecta, expresando sus puntos objetivamente esenciales. Es un contrato independiente, que constituirá a veces un estadio extraordinario en la formación del contrato. Produce efectos de carácter personal y ha de expresar el plazo en que deberá concluirse el contrato principal.

IV. Careciendo en nuestro Derecho positivo de una reglamentación propia, nos parece que podría regularse en la necesaria reforma que se hará del Código civil.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.

La prescripción de las acciones hipotecarias

1. Exégesis del artículo 128 de la ley Hipotecaria.—2. Sus relaciones con otros artículos de la misma ley y del Código civil en su contexto y en la interpretación de la jurisprudencia.—3. Problemas que suscita la prescripción de las acciones hipotecarias: A) Inscripción de un título prescrito. B) Cesión de un crédito inscrito de más de quince años y menos de veinte. C) Cancelación de hipotecas de acción prescrita.—4. Estudio de estas cuestiones en el Derecho histórico y en el vigente: procesos formativos: a), en cuanto a la naturaleza de las acciones; b), en cuanto a la prescripción de las mismas; c), en cuanto a la prescripción tabular: orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia.—5. Corolarios sintéticos.

1. El artículo 128 de la ley Hipotecaria plantea la prescripción de las acciones hipotecarias, limitando su vida a veinte años, que se cuentan desde que con arreglo al título inscrito puedan ejercitarse. El precepto, de una aparente sencillez, entraña una nebulosa de conceptos, apenas se somete a las primeras meditaciones, porque el ejercicio de la acción hipotecaria, que es accesorio y de persecución de un inmueble solvente—esto es, posible de reducirse a precio—, supone en el actor la existencia de un derecho de crédito y su acción correspondiente, dándose el extraordinario viceversa de que las acciones derivadas de los derechos de crédito, en general, tienen marcado en la Ley un plazo de prescripción más reducido, ya que, según el artículo 1.964 del Código civil, las acciones personales prescriben a los quince años. Este problema, primeramente planteado, no tendría eficacia técnica si no fuera una realidad el principio de que partimos de que en todo crédito hipotecario hay un elemento jurídico principal y un elemento jurídico accesorio, uno que es fundamento, pie y origen del segundo, y sin

el cual no puede existir, a saber: a), el crédito específico como obligación interpartes, que supone un sujeto activo y otro pasivo; un acreedor y un deudor, entre los cuales se fragua el nexo de la relación jurídica que se concreta en una exigencia y una prestación con variado contenido de derechos y obligaciones, y b), una determinada facultad accesoria y particular, que permite al acreedor ponerse en contacto directo con un inmueble, haciendo exclusión del deudor—una vez fracasado su potencial de solvencia—para obtenerla en dicho inmueble, elevándolo a la categoría de acreedor subsidiario y convirtiéndolo, mediante su venta, en precio efectivo con el cual enjague su crédito y solviente la obligación.

Y puede, por ello, entenderse comprendidas en la acción hipotecaria dos acciones: una, precedente, sustancial, sea viviente, sea en expectativa, que es el crédito entre personas, de contenido conocido o condicional; otra, adjetiva o determinativa, que es el mismo crédito dirigido contra un inmueble que lo sujeta directamente para su solvencia en caso de insolvencia personal. De no ser con esta adjetividad de solvencia supletoria, no tendríamos hipoteca. Si estableciéramos una relación directamente inmediata con el acreedor y el inmueble, tendríamos establecido un dominio o algunos de sus derechos integrantes. Tal es la necesidad de no independentizar la acción sobre el inmueble de la acción sobre la persona. Por ello la acción hipotecaria en sí no puede ser juzgada como una acción exclusivamente real. Y como tampoco puede ser considerada exclusivamente como acción contra la persona, porque si deja de mirar al inmueble, deja de ser hipotecaria, tampoco puede ser calificada de acción personal. En el modismo, que llamaríamos vulgar, del foro se acostumbra a tenerla por acción mixta, extendiendo este concepto a la posibilidad de su doble orientación. No es, sin embargo, este calificativo apropiado para desentrañar su naturaleza, pues aparte de que las orientaciones de la doctrina civil moderna desechan la existencia de las acciones mixtas, por desconocerles una sustantividad única y orgánica, y tal doctrina ha tomado ya carta de naturaleza en la jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal, es del todo evidente que el corte clásico de la acción mixta—limitado dentro del Derecho romano a las conocidas con el nombre de *communī dividundo, familiae circumde y finium regundorum*—, que se determinaba por la exis-

tencia simultánea y en calidad de sustantividad principal, sin subordinación de accesoriedad alguna, de la dirección personal y la real para la obtención de fines convergentes y conjuntos, no se da en la acción hipotecaria, en la cual la orientación personal y la real son subsidiarias, esto es, que, cumplida la una queda la otra sin contenido, y, por tanto, extinguida.

Concluimos, pues, que en la acción hipotecaria, de naturaleza compuesta o compleja, hay dos acciones: una, principal, personal; otra, accesorio y subsidiario, real; vivas y ciertas las dos, que pueden esgrimirse según sus orientaciones respectivas, pero ambas al mismo fin, que no pueden ser simultáneas y que se excluyen y extinguen una en otra por su efectuación.

¿Querrá esto decir algo en contra de la sustantividad de la hipoteca y su más perfecto modismo de la llamada hipoteca independiente? No. La sustantividad de la hipoteca, como derecho real de naturaleza diferenciada, en configuración propia, y la hipoteca independiente, como reserva inmobiliaria acotada por el dueño de una finca, para su mejor manipulación y comercialidad, suponen la existencia del crédito y no se conciben sin él. En estos modismos se ventilan la vigencia del derecho real en forma *erga omnes*, independientemente de a quién pertenezca y cuáles sean las vicisitudes de su vida, pero siempre vigente.

2. Esta doctrina se afirma en textos legales y en declaraciones jurisprudenciales:

Los textos legales que reconocen la naturaleza personal de la acción hipotecaria son variadísimos y parten de tal supuesto en su misma redacción, conformándonos con citar el artículo 121 de la ley Hipotecaria, que reserva al acreedor el derecho de repetir «contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder» si la hipoteca de alguna no alcanzara a cubrir la parte del crédito de que se le hizo responsable al repartir la totalidad entre varias en el caso reglado por el artículo 120, que ordena dividir la dicha totalidad en tantos créditos como fincas sean hipotecadas. Dicha facultad, especificada por el artículo 121 con las características de sin prelación, respecto de gravámenes posteriores a la hipoteca inscrita, es acción personal nacida del crédito por su naturaleza propia.

La jurisprudencia parte también de este supuesto, nunca con-

tradicho, que se refiere directamente, por ejemplo, en la Resolución de 5 de Abril de 1907, al decir que «atendida la naturaleza de obligación accesoria que tiene la hipoteca, es evidente que puede constituirse para la seguridad del cumplimiento de todas las obligaciones permitidas por las leyes; pero es indispensable, sin embargo, determinar, en todo caso, la cantidad fija de que responde la finca hipotecada; por esta especialidad, inherente también a la naturaleza y fines de la obligación hipotecaria».

Si, pues, el crédito se halla contenido en la hipoteca, y el crédito confiere acción personal, es evidente que esta acción la tenemos en el crédito hipotecario.

Esta acción es también supuesto necesario, y hasta considerada como independiente, en el artículo 126 de la ley Hipotecaria y en el 1.879 del Código civil, al decir que «el acreedor podrá reclamar de un tercer poseedor de los bienes hipotecados la parte del crédito asegurada con los que él mismo poseyere, si no lo verificase el deudor después de requerido», y el Tribunal Supremo tiene declarado, en Sentencia de 17 de Mayo de 1910, «que no existe precepto legal alguno que obligue al acreedor a proceder contra los poseedores de los bienes especialmente hipotecados, toda vez que, sobre ser la hipoteca una mera garantía de la obligación, que no obsta al ejercicio o no, a su libre arbitrio...»

Los textos legales que reconocen la naturaleza real de la acción hipotecaria son también variadísimos; pero nos concretaremos a citar dos de la ley Hipotecaria: el artículo 105, al declarar que «las hipotecas sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen», y el 129, que dice que «la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados»...

Dichas dos acciones, que en su efectución han de ser esgrimidas para obtener el pago del crédito, se han de dirigir, la personal, contra la persona del deudor, y la real, contra los bienes hipotecados, sin que la existencia de ésta excluya la vigorosidad de aquélla, pues siendo la acción real hipotecaria de condición accesoria, lo natural es que participe de la naturaleza de la principal, y ésta es la razón de la complejidad de esta acción.

Algún autor español—el notable Registrador Sr. López de

Haro—parece suponer que en los créditos hipotecarios existen tres acciones: la personal, producida por el crédito; la real, producida por la posibilidad de dirigirse contra el inmueble hipotecado en calidad de embargable preferente, según las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil para el juicio ejecutivo, y la real hipotecaria, para dirigirse contra el inmueble hipotecado en calidad de sustituto del deudor y obligado especialmente al pago. Si hubiéramos de seguir estas orientaciones habríamos independientizado la acción hipotecaria de tal manera, que la dejaríamos en simplemente real.

No hallamos diferencia alguna entre la acción hipotecaria, que va simplemente contra la cosa comprometida, y la real, que se encamina con preferencia a la cosa hipotecada; pues precisamente esa preferencia del sistema del juicio ejecutivo es la simple dirección de la acción hipotecaria, quedando empequeñecida, ya que la exclusividad supondría imposibilidad de dirigirse contra otros bienes que los hipotecados. En la construcción técnica española, la hipoteca sujeta directamente los bienes sobre que se impone al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituye, pero no supone renuncia alguna por parte del acreedor a cobrar su crédito íntegro si la finca hipotecada, una vez vendida, no diera precio bastante para enjugarlo. Por eso es por lo que dispone el acreedor hipotecario de dos acciones para su cobro: la personal, contra el acreedor, y la real, contra el inmueble, y por esa convergencia de acciones ocurre el caso de que la prescripción de la acción hipotecaria, de mayor amplitud en su aspecto real secundario (veinte años) que en su aspecto personal principal (quince años), tolere la eficacia de una acción para contra el inmueble de condición accesorio, habiendo ya caducado la principal contra la persona del deudor. Y que nos hallemos en este confuso viceversa, formulado en el absurdo de ambos extremos de dilema. Uno es éste: si la acción personal prescribió a los quince años, y ya carece de acción el acreedor, ¿cómo podrá dirigirse contra el inmueble, si no puede dirigirse contra el deudor? Y, sin embargo, la acción hipotecaria prescribe a los veinte años. Otro es éste: si el acreedor puede dirigirse y cobrar su crédito del inmueble después de los quince años, ¿cómo puede esgrimirse una acción ya prescrita? Pues ¿no prescribe la acción personal a los quince años?

De nada nos valdrá resolver el caso diciendo que en ello consiste la excepción privilegiada de la acción hipotecaria: en lograr que se estire la personal hasta el límite de la prescripción extraordinaria entre ausentes—que dice la exposición de motivos—, pues siempre se nos podrá dar el caso de que, transcurridos los quince años, se ejecute la finca hipotecada, no alcance con su precio en venta hasta solventar el crédito y quede pendiente parte de él para dirigirlo contra el deudor. Entonces, excepcionados de prescripción, tendremos que resolver el problema de cómo se ha ejecutado parte del crédito por no prescrito, y no puede ser ejecutado el resto por prescrito; esto es, que nos hallamos con un crédito prescrito y no prescrito a la vez.

En el Derecho sustantivo, la cuestión habría de tenerse por resuelta así: el título no inscrito—puesto que no se considera válidamente constituída la hipoteca; esto es, constituída plenamente, mientras no se inscribe en el Registro—contendría sólo una acción personal de crédito, que prescribe, de no haber sido esgrimida, al cumplir los quince años, contados desde que pudo serlo. Respecto del título inscrito, una vez transcurridos los quince años, contados desde que pudo ser reclamado el crédito, sin serlo, podrá ser esgrimida la acción hipotecaria antes de los veinte años. Pero como no se puede proceder contra los bienes sin requerir de pago al deudor, y este requerimiento supone el ejercicio de la acción personal, podría ésta ser excepcionada—aunque sin eficacia—, ya que, no efectuado el pago, habría de esgrimirse la acción real directamente contra el inmueble, sin que pudiera ser excepcionada de prescripción eficazmente, por no haber llegado el término de ésta; bien entendido que el crédito sólo podría realizarse en cuanto alcanzare el valor de la finca, pues en lo que excediere aquél de éste quedaría, en su condición de acción personal, para otro procedimiento, en el que podría ser eficazmente excepcionado. Y claro está que, al calor de las declaraciones del artículo 121 de la ley Hipotecaria, podrá reclamarse por acción hipotecaria la parte de crédito no solventado, persiguiendo las fincas hipotecadas, a la vez que la hipotecada—aun siéndolo por cantidades determinadamente distintas, pero motivadas en el mismo contrato—, pues el referido artículo establece una especie de solidaridad en-

tre las hipotecas resultantes, al dividir un crédito en cantidades diversas, impuestas también sobre diversas fincas.

3. Trayendo ahora esta cuestión al terreno adjetivo del mecanismo registral, se originan muy importantes problemas, que los tratadistas estudian y la Dirección de Registros ha resuelto con criterio digno de estudio.

A) El Sr. López de Haro, en su *Legislación hipotecaria*, plantea el caso de que se presente para inscripción en el Registro un título de crédito hipotecario después de quince años, pero antes de los veinte de haberse cumplido el plazo del préstamo. Habida cuenta de la obligación del Registrador de calificar, surge la duda de si habiendo prescrito la acción personal, y no estando inscrita la hipoteca (sin que haya, por tanto, vencido la acción hipotecaria, puesto que la hipoteca no queda constituida hasta su inscripción), puede ser ya inscrito el título que contiene un derecho caduco, ya que es precepto de la ley sustantiva, artículo 1.961 del Código civil, que «las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado en la ley».

El referido autor no se atreve a declarar el título ineficaz, y dice que la hipoteca está perjudicada, y, por tanto, sin valor su asiento en el Registro para el caso de que se excepcione de prescripción la reclamación hecha al obligado. Las razones en que apoya su opinión de ser el título inscribible son dos: una, que la prescripción no se produce de derecho, sino que ha de ser declarada, y otra, que la prescripción es renunciable por el interesado.

En cuanto al primer extremo, son congruentes las Resoluciones de la Dirección, fechas 16 de Marzo de 1881 y 21 de Agosto de 1895, que contienen doctrinas que acaso merezcan revisión: la una afirma «que si bien la acción hipotecaria se extingue por la prescripción, y, por tanto, una vez declarada, caduca el derecho inscrito, independientemente de la voluntad de los interesados; para que esto tenga lugar es preciso que se pruebe el transcurso del término legal y que no ha sido interrumpido, hechos cuya apreciación incumbe a los Tribunales de Justicia». La otra dice que la cuestión de la prescripción no es posible resolverla «teniendo en cuenta tan sólo el lapso de tiempo, ya que, para computar éste con

acierto, preciso es saber si ha habido o no interrupción de la prescripción».

Pero la cuestión del caso propuesto es importante y no ha de valer endosarla a los Tribunales de Justicia, pues el régimen hipotecario es un régimen de garantías para tercero, y tanto será tercero el que se proteja con el Registro acogiéndose a inscribir sus derechos, como el que, apartado de él, confía en que no ha de darse entrada en sus libros a un derecho ineficaz, para elevarlo a la categoría de protegido contra otros. Si al presentarse a inscripción el título dicho no podía inscribirse a causa de haberse interpuesto un derecho de otra persona que adquirió el dominio del mismo titular hipotecante a quien perjudicaría, igual respeto debe merecer el derecho del mismo hipotecante, que ya no debe padecer en su contra un gravamen prescrito, si es que la prescripción resulta del mismo título. Los términos legales son fatales, y su transcurso es notorio a la razón como una verdad matemática inflexible.

Si los quince años extinguen el derecho, y han transcurrido, el derecho queda extinguido *ipso facto*. La exigencia de que se pruebe el transcurso del término legal queda cumplida con sólo la lectura del título donde conste y la lectura del almanaque: son hechos positivos que lleva el título.

La otra exigencia de precisar saber si ha habido o no interrupción de la prescripción equivale a exigir la prueba de un elemento negativo. Lo apropiado no es desecher la prescripción por falta de prueba de que no se ha interrumpido, sino, al contrario, aceptarla, salvo prueba de que se interrumpió; cosa bien fácil para el acreedor, toda vez que con una citación a conciliación o un requerimiento notarial de pago en el domicilio del deudor, hechos a tiempo, y los documentos justificantes unidos al título, queda la dificultad orillada. Las razones de ambas Resoluciones no parecen las más apropiadas al juego de los efectos exigibles del Registro de la Propiedad.

La otra razón del autor citado para aceptar a inscripción el título dicho es que la prescripción es una excepción renunciable por los interesados, los cuales han de alegarla. Aquí tenemos necesidad de una mayor cautela, porque precisamos saber quiénes son los interesados que han de alegarla. No es el juicio registral una

litis entre partes conocidas que han de alegar y probar, dando al juez los materiales para su sentencia. El juicio registral es una calificación de título que tiene frente a sí a la ley y, con ella, los intereses de cuantos sujetos desconocidos pueden ampararse en su manto, y en el caso del título propuesto, el mismo titular hipotecante a quien beneficia la prescripción. Ciertamente que los derechos pueden renunciarse; pero por lo mismo que la renuncia ha de nacer de la determinación de la voluntad, mientras no se produzca y pruebe, no tiene por qué tomarse en cuenta. Agotada esta idea, nos llevaría a exigir la denegación de la inscripción, como no fuera que se presentase un documento comprobante de la renuncia hecha por el titular inscrito.

Estas reflexiones nos permiten concluir que el título en cuestión no debe ser inscrito y levantar una solución al problema diciendo que la prescripción de la acción personal derivada de un crédito hipotecario extingue, para el acreedor, el derecho de inscribir su hipoteca, impidiendo el desenvolvimiento de la acción hipotecaria real.

B) Contrario sería, a nuestro juicio, el juego que se produce con la prescripción de la acción personal en un título hipotecario inscrito. Sea el caso de la cesión del crédito hipotecario efectuada después de los quince años y antes de los veinte de haber llegado el día desde el que fuera reclamable el crédito.

Se plantea la duda de si, a virtud de haber prescrito la acción personal para reclamar el crédito, ha quedado sin contenido el derecho inscrito, y, por tanto, ha de calificar el Registrador como ineficaz el derecho, y, en consecuencia, nula la cesión del crédito (cosa muy importante para el Notariado), y por ello denegar la inscripción del título.

La solución adelantada tiene su apoyo en que si bien es cierto que la acción personal haya prescrito, no así la acción real, que tiene pleno vigor en la inscripción registral del titular cedente, pues si bien es verdad que por la inscripción no se haya cambiado la naturaleza de la acción crediticia de carácter personal, habiendo sido adicionado el crédito con la prerrogativa de la acción real contra la finca, conserva un contenido que revigora la acción personal, dándole una segunda vida, que surge al calor de la excep-

ción que supone el plazo de veinte años, concedida a la acción hipotecaria.

No será menester decir, como el Sr. López de Haro dice, que el artículo 1.964 del Código civil dió el concepto y favor de acción hipotecaria a la misma personal, dimanante del crédito garantizado con hipoteca; pues, aunque agotando el orden de nuestro análisis, habríamos de negar a este cedente derecho alguno para proceder contra el deudor por acción personal, reservándole sólo la facultad de dirigirse contra el inmueble—previo requerimiento de pago a su dueño, quienquiera que fuese—, este derecho y su acción, que estudiamos, es bastante para valorizar la cesión con toda eficacia instrumental y registral.

Y no olvidamos por esto el artículo 1.447 de la ley de Enjuiciamiento civil, que concede al ejecutante de un crédito, que tuviere bienes hipotecados especialmente, el derecho de proceder contra ellos en primer lugar; precepto por el cual parecen como ligadas las dos acciones, como si al ejercitar la una quedara ejercitada la otra, pues precisamente el precepto, al establecer el ligamen, no hace otra cosa que reconocer la eficacia absorbente del carácter real de la acción estudiada. Se daría el caso de que excepcionada de prescripción una ejecución contra el deudor, planteada después de los quince años, no podría estimarse, por el llamamiento que hace la ley Rituaria a los bienes ejecutados; los cuales quedan apresados legalmente en virtud de la acción real presupuesta.

C) Más interés aún ofrece el caso de la prescripción de la acción hipotecaria en su relación con la eficacia de los créditos inscritos y con la cancelación de hipotecas de cierta antigüedad. Esta cuestión alcanza una importancia práctica enorme por la estimación que haya de hacerse de los gravámenes civilmente caducos en las transmisiones inmobiliarias y por la exigencia, cada día más apremiante, de limpiar el Registro de la Propiedad de gravámenes hipotecarios ya extinguidos, improbable de que sean reclamados y también imposibles de cancelar por voluntad del titular, el cual falleció ha largos años, y su descendencia anda dispersa o desconocida, siendo tan deseable soslayar las dificultades de un procedimiento judicial. El problema que estudiamos ahora es conocido entre los tratadistas con el dictamen de «prescripción ta-

bular», y se relaciona íntimamente con las doctrinas de la cancelación.

En sus términos más sencillos, se llama prescripción tabular a la que resulta de los mismos asientos del Registro. Sabemos que para prescribir se necesita un hecho positivo (el lapso de tiempo marcado por la Ley) y un hecho negativo (el abandono del derecho, o sea su no ejercicio, siendo ejercitable). El primer hecho resulta de la aplicación del precepto legal, levantándose sobre dos antecedentes, uno, positivo: el momento en que nace la acción para el ejercicio del derecho; otro, negativo: que el lapso no haya sido interrumpido por reclamación eficaz. En los derechos inscritos cuyo contenido sea una exigencia que se reduzca a dinero, como en el caso del crédito hipotecario, la vida hipotecaria puede dividirse en dos etapas: la que podríamos llamar su desarrollo, desde que nace hasta que se hace exigible, y la que podríamos decir su vida integral; la primera está determinada por un detalle o conjunto de detalles que lo configuran por voluntad de los interesados o por ella y los ordenamientos de la Ley; la segunda arranca desde el momento de su exigibilidad y acaba al efectuarse la prestación o al cumplirse el plazo legal de prescripción. Mediante que tales condiciones se combinen o enlacen, tendremos mecánicamente: dentro del Registro, el crédito inscrito y el momento de hacerlo efectivo (que conste en la inscripción misma o que se anote con el documental correspondiente). El lapso de tiempo lo dará la sucesión de los días. Y el hecho de la no interrupción resultará también del Registro mediante a no haber sido presentado documento en que conste el haberse efectuado. Dándose tales requisitos, no hay duda de que el crédito queda extinguido.

Ahora bien: ¿corresponde a la jurisdicción de los Registradores de la Propiedad declarar estas extinciones? A nuestro juicio, sí; pues siendo el Registro de la Propiedad la oficina pública donde consta el estado de los inmuebles y sus derechos reales, es evidente que los Registradores deben darse cuenta de cuál sea el estado de cada uno de los derechos inscritos y de los efectos de los títulos presentados a su calificación. Y, en consecuencia, toda solicitud de cancelación de un crédito prescrito a la que acompañen los documentos comprobantes, o en la que se re-

fieran al propio Registro como comprobante, debe ser calificada por ellos y atendida para la práctica de los asientos que correspondan.

Sobre la exactitud de esta doctrina se deduce que las hipotecas o gravámenes prescritos, según las resultancias del Registro, o las de los títulos sobre que los asientos del mismo fueron realizadas, han de ser tenidos por ineficaces, a los efectos del juego de los derechos de tercero, y que deben ser canceladas *ipso jure*, a virtud de petición y prueba de parte interesada.

4. Estas conclusiones de la doctrina no se hallan completamente de acuerdo con las declaraciones legales de nuestro derecho histórico y del vigente, al menos en su interpretación al uso; siendo, por lo tanto, un guión técnico para las ordenaciones o interpretaciones futuras.

Restablecido el estado positivo de las cuestiones estudiadas, a través de la historia jurídica, nos hallamos con los siguientes procesos formativos:

a) *En cuanto a la naturaleza de las acciones contenidas en el texto hipotecario.*—Hemos de remontarnos a la aparición de la acción—cuasi serviana en el Derecho romano—, que fué concedida por el Pretor, y que define la *Instituta* diciendo que es «aquella por la cual persiguen los acreedores las prendas o las hipotecas». Y sigue diciendo la *Instituta* que «así como prenda es aquella cosa que se entrega, desde luego, al acreedor, se comprende en la denominación de hipoteca la que, sin tradición, queda obligada por el solo convenio». Como quedaba en poder del deudor la cosa hipotecada, había que reclamarla del deudor para poder enajenarla, y así surgían dos acciones: la personal sobre el obligado y, pasando por ella, la real contra la cosa; pues una vez reclamada se consideraba ya en poder del acreedor, a los efectos de la enajenación. Esta acción fué llamada por el Corpus Juris *acción hipotecaria*, bajo cuyo nombre ha pasado al Derecho moderno, que quiere decir *actio superpositio*, de *hipos* y *tecos*, que significa superponer o poner sobre, palabras tomadas del griego como de formación sabia. Tal la encontramos en la ley de Partidas, donde ya se reconoce la prenda sin desplazamiento, y aunque el acreedor no se halle en la tenencia de la cosa, queda ésta obligada, pudiendo demandar al deudor la entrega de ella. Y,

si vencido el crédito y requerido de pago el deudor, no lo satisficiera en el plazo de treinta días, el acreedor puede venderla en almoneda, cobrándose del precio y entregando al deudor lo que le sobrara (partida 5.ª, título 13, leyes 1.ª, 13, 14, 41 y 42). Pero como no habiendo entrega de la cosa al acreedor, el mismo deudor podría venderla y darla en prenda, acudieron las leyes 14 y 38 de dicho título y partida a formular una condición de subsidiaria para la acción real, en estos casos, dando carácter principal a la personal, y por ello imponían al acreedor que habría de demandar primeramente al deudor en todos sus bienes, y, caso de insolvencia, acudir a la acción real contra la cosa, cualquiera que fuera su poseedor.

Como ésta era la legislación española, al dictarse la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, se facultó al acreedor para poder dirigirse contra los bienes del deudor distintos del hipotecado, aun estando éstos en su poder, dejando la acción real en calidad de subsidiaria.

La ley Procesal de 1881, estimando anómalo el carácter subsidiario de la acción real, rectificó el precepto, ordenando que en el juicio ejecutivo, si hubiera bienes hipotecados en garantía de créditos, se procederá contra ellos en primer lugar. Tal había resuelto antes la ley Hipotecaria, que tachó de poco acorde con el crédito real obligar a los acreedores a hacer exclusión en los bienes del deudor, caso de que la finca hipotecada hubiere pasado a tercero, asegurando así «un próximo reintegro al vencimiento de la operación garantizada».

La reforma dada a la ley Hipotecaria el año 1909 reforzó de tal manera la acción real hipotecaria, que, al establecer el procedimiento judicial sumario para la efectividad del crédito hipotecario, hizo la dicha acción real independiente de la personal, dejando ésta reducida a un mero requerimiento de pago de carácter preventivo, confiriéndole a la acción real una virtualidad ejecutiva tal, que no puede ser excepcionada por el deudor sino con la falsedad del título, con procedimiento entablado, pago y cancelación inscrita, diversidad de saldo deudor (en las hipotecas, para garantía de cuentas corrientes) y tercería de dominio, con título debidamente inscrito anterior a la inscripción de la hipoteca. Recuerda esto el carácter ejecutivo directo e inmediato que tienen

las copias *grosses* por el Derecho francés, y dice relación más a la eficacia del título inscrito que a la naturaleza de la acción; pero marca una tendencia tan decidida a la exclusividad de la acción real y la anulación de la personal, que debe ser destacada en el lugar de estas cuestiones.

El Sr. López de Haro dice que este procedimiento sumario para la hipoteca no es de ejercicio de una acción, sino de efectuación de las resultantes del Registro. Tan sutil distinción no alcanza a evitar que, llamándose acción al medio procesal de efectuación de derechos, quede dentro de la actividad de la acción real tal efectuación; que, al cabo, no es otra cosa que el logro de las finalidades por las que dicha acción real subsiste.

b) *En cuanto a la prescripción de las acciones.*—Al ocuparse la exposición de motivos de la ley Hipotecaria primera del problema de la prescripción de las acciones hipotecarias, expone cuál fué la prescripción en el Derecho histórico español y determina los motivos que justificaron la novedad del cambio de plazo que traía el artículo 128 de la Ley. «Las leyes de Partidas—dice—señalaron cuarenta años de duración a la acción hipotecaria cuando se intentaba contra el deudor o sus herederos, y treinta cuando se dirigía contra los extraños. Las leyes de Toro ordenaron que cuando en la obligación hubiera hipoteca, la deuda se prescribiera por treinta años y no menos—esto era porque la acción personal ejecutiva prescribía a los diez años, y la ordinaria, a los veinte—. Según la inteligencia que generalmente se da a la ley de Toro, la acción hipotecaria dura treinta años, considerando como reformado, en este punto, el Derecho antiguo. Sin embargo, no puede dejar de tenerse en cuenta que esto ha sido objeto de serias y largas cuestiones entre los jurisconsultos... Se ha dicho contra la prescripción de treinta años que la Ley sólo se refiere a la deuda garantizada con la hipoteca, y no a la acción hipotecaria, que ha quedado dentro de sus antiguas condiciones; se ha sostenido que la acción hipotecaria puede existir después de la extinción de la obligación a que sirve de garantía, y suceder, por lo tanto, que, prescrita la acción personal, aun dure la hipotecaria; se ha considerado, siguiendo al jurisconsulto Cujas, que la acción hipotecaria no es accesoria a la personal, sino que existe por sí misma y es de diferente naturaleza y calidad; se ha insis-

tido en que no puede depender una acción real de una personal ; se ha disputado acerca de si hay diferencia entre la duración de la acción hipotecaria cuando se constituye para la seguridad de una deuda y cuando es para una venta, comodato o permuta ; se ha supuesto, por último, que la acción hipotecaria debe durar treinta años, por lo menos, para que quede subsistente la que con arreglo a las Partidas debía tener mayor duración. Necesario era poner límites a estas diferentes interpretaciones y fijar el tiempo que debe durar la acción hipotecaria ; la Comisión propone el de veinte años, porque siendo éste señalado para la prescripción de las acciones personales a que está adherida la hipoteca, perdiendo ésta su fuerza, no debe conservarla la hipoteca ; pues que extinguido el crédito no puede menos de considerarse extinguida su garantía». La referida exposición de motivos enumera todos los problemas que acerca de la prescripción de las acciones atinentes al crédito hipotecario se les ocurrieron a los comentaristas de las leyes de Toro, a fin de armonizar la inteligencia del texto «prescribe la acción personal ordinaria a los veinte años..., *pero donde en la obligación hay hipoteca, la deuda se prescribe a los treinta años*». Venía el Derecho clásico hablando de la prescripción como refiriéndose a la libertad de los inmuebles gravados, y ahora cambia en las leyes de Toro y habla de obligación en que hay hipoteca y de prescripción de la deuda. Diferenció así la acción personal común de la derivada de una obligación donde hay hipoteca, y allí señaló treinta años para prescribir la deuda ; quedando, por tanto, señalado ese plazo para las hipotecas o libertad de las fincas. Tal complejidad dió origen al planteamiento de los problemas de que habla la exposición de motivos de la ley Hipotecaria ; los cuales la Ley los resuelve con señalar a esta acción un plazo de prescripción igual al de las acciones personales y declarando accesoria la acción real, dejándola ligada a la vida de la acción personal o deuda.

La reforma hipotecaria acabó con los problemas de la prescripción de tales acciones ; pero la reforma codificadora, al rebajar a quince la prescripción para las acciones personales y dejar la acción hipotecaria en veinte (artículo 1.864 del Código civil), volvió a plantear las mismas dudas, colocando la cuestión en el mismo estado en que la pusieron las leyes de Toro y echando en olvido

la razón de los autores de la Ley en sus palabras «extinguido el crédito, no puede menos de considerarse extinguida su garantía». Esta confusión de las leyes españolas es un contraste notable con la legislación francesa, por ejemplo, donde, con más acorde tradición a las normas del Derecho romano, se distinguen entre la prescripción del crédito hipotecario—entre partes—a la que se le concede el plazo de las acciones personales, y la prescripción del gravamen hipotecario para tercero, a la que se le exige el plazo de prescripción adquisitiva del inmueble; esto es, una prescripción al revés: la de la libertad de la finca, en vez de la extinción del gravamen.

c) *En cuanto a la prescripción tabular.*—El derecho anterior a la ley Hipotecaria no alcanzaba a planear estas cuestiones en el terreno de la inscripción, porque el régimen de la antigua contaduría de hipotecas no significaba otra cosa que una mera transcripción de títulos. Esto, sin embargo, distinguía, para los efectos de la liberación del inmueble, que la reclamación se hiciera entre partes contratantes o entre acreedor y tercero, sosteniendo tan sólo un mayor plazo de prescripción *in volentes*, acortado para *erga omnes*, mirando a la redención del inmueble. Dentro del régimen hipotecario moderno, tomada consideración al valor que significa la inscripción en cuanto a los efectos de tercero, para el que sólo existe lo inscrito, y tal como está inscrito, el problema de la prescripción tabular tiene una realidad viva, pues el crédito cuya garantía se halla prescrita y sin defensa registral es crédito muerto, y la finca gravada, pero con gravamen que no tiene acción para ser reclamado, por haber fenecido según los detalles inscritos, debe ser reconocida como libre. Hemos visto, sin embargo, que dos Resoluciones de la Dirección anteriores al Código civil y de fechas en las que todavía se resentía la técnica inmobiliaria de cierta falta de precisión, de la que hoy no adolece, han denegado la solución de los problemas, reservando a los Tribunales de Justicia en cada caso la solución apropiada. Traída, sin embargo, a su jurisdicción propia la resolución de los problemas del estado de los inmuebles, tanteamos ensayar una justificación de la fatalidad de la prescripción tabular como hecho inflexible y legalmente declarable por el Registrador.

Nos apoyamos en el artículo 150 del Reglamento de la ley

Hipotecaria, que dice que «las inscripciones verificadas en virtud de escritura pública podrán cancelarse sin que preste su consentimiento la persona a cuyo favor se haya hecho, sus causahabientes o sus representantes legítimos y sin necesidad de que recaiga la providencia ejecutoria a que se refieren los artículos 82 y 83 de la ley Hipotecaria, cuando quede extinguido el derecho inscrito por declaración de la Ley o resulte así de la misma escritura inscrita».

No hay, pues, necesidad de providencia judicial ni de consentimiento de los interesados, porque si de la inscripción—que es de la escritura inscrita reflejo fiel—resulta la prescripción de la acción, y el derecho caduca en virtud de ella con independencia de la voluntad de los interesados, y aun de los términos de la escritura resulta el consentimiento del interesado (en cuanto a la aceptación de las condiciones o características de su derecho), es evidente que se han dado los requisitos pedidos por el precepto legal para la cancelación. Tal ocurre con los arrendamientos de plazo sabido, objeto de la Resolución de 30 de Noviembre de 1900. No ha de obstar a la cancelación algún hecho influyente en la prescripción, la interrupción o la renuncia, los cuales, al objeto de evitar la prescripción, pueden ser llevados a la anotación registral al calor del artículo 16 de la Ley, que ordena hacer constar con nota el no cumplimiento de las condiciones resolutorias de los actos inscritos, y bien pueden ser tenidos por tales los hechos referentes a la interrupción o renuncia de la prescripción.

5. De esto se deduce para el Derecho español: 1.º Que no es inscribible un título de hipoteca una vez transcurridos los quince años, como no se acompañen los justificantes de la reclamación que interrumpió la prescripción o la renuncia del deudor a formular la excepción. 2.º Que debe ser cancelada, a instancia de parte, la hipoteca que, según los datos del Registro, se halle prescrita. 3.º Que no son inscribibles la cesión, gravamen o subhipotecas de la hipoteca prescrita. 4.º Que procede certificar de libre la finca hipotecada, pero de gravamen prescrito, si bien expresando los detalles del derecho y su plazo de efectución.

ANTONIO BELLVER CANO,

Notario.

Justa causa traditionis

LAS PRIMERAS IMPUGNACIONES E HISTORIA DEL CONCEPTO DE LA «JUSTA CAUSA»

A la teoría de Savigny, como a todos los descubrimientos del pensamiento humano, también se pretende buscar antecedentes, que, a pesar de lo expresivos que son muchos de ellos, no restan importancia al mérito de aquél como descubridor de lo que hoy se llama contrato real.

Ya la corriente científica que rebaja el mérito de la causa traditionis se encuentra representada por Duarensus en sus *Pandectarum*, com. XLI, tít. I, cap. XIII, vol. II, pág. 548, de la edición de 1765 (según Hoffmann). Pero el verdadero predecesor de Savigny es el jurisconsulto Donello, el cual se expresa sobre ello con una gran claridad en sus *Comm. de jure civili*, Nürnberg, 1822, vol. II, pág. 386, donde, pensando en § 40, II, 1, *Inst.* (¿procede de Gayo?), se plantea la cuestión de si para la transmisión de propiedad o constitución de un derecho real sea necesario, además de la entrega y la voluntad de transmitir, un negocio jurídico válido, y dice: «Nihil tertium praeter illa duo requiritur», la causa sólo tiene la importancia de «ut voluntatem confirmet... ostendatque, unde illa intelligatur», y en párrafo 9 (pág. 388)... : «Nihil interest, utrum praecedat re vera an opinione tradentis. Nam si causa praecedens requiritur solum, ut hinc declaretur voluntas transferentis: dicendum est quocumque alio modo constare poterit, voluisse quem rem suam transferre etiamsi vere causa non subeset, si tradiderit, nihilominus transtulisse... causa ad probationem tantum exigi-

tur» (1); y para probar todo esto ha de remitirse, como después lo han de hacer todos los autores de la escuela de Savigny, a la *condictio indebiti*.

Schneff, *Disp. de ficta s. quasi traditione*, 1662, pág. 19 (IV, 17): «Ut constet, translationem possessionis rei hoc animo factam esse, ut res alienetur..., requiritur causa impulsiva (Titulus)..., quod trad., quae... extrinsecus quoad nudum in oculos aut aures in oculos aut aures incurrens factum indifferens est ad utrumque: dom... transferendum aut non transferendum» (2).

Y lo mismo sostuvo Branchu, en 1721, en *Obs.*, dec. II, capítulo XIX; pero sólo ocasionalmente al hacer una investigación acerca del error que perjudica a la usucapión.

En este estado de la doctrina empieza a profesar Savigny y a exponer sus puntos de vista, que, a decir verdad, fueron primero conocidos por obras de discípulos suyos, especialmente por las de Regenbrecht y de Warnkönig. El propio Savigny no publicó su *Derecho de obligaciones*, donde desarrolla puntos de vista originales suyos, sino hasta 1853.

Examinemos, pues, las tesis de estos tres autores sin alterar el orden cronológico en que aparecieron.

Regenbrecht, com. ad leg. 36, D. *De acq. rer. dom.* et l. 18, *De rebus creditis*, Berlín, 1820; de él son las afirmaciones siguientes: La tradición en sí no significa sino cambio de posesión. De la totalidad del negocio resultará si se ha querido o no transmitir la propiedad. El requisito de una causa *praecedens* se contradice con sólo remitirse a lo que pasa en el regalo manual y en el mutuo. Al propio contrato real, acuerdo de voluntades, lo llama causa. Se plantea luego la pregunta: «Cur justa causa in trad.

(1) No importa que preceda en la realidad o sólo en la opinión del tradente. Pues si sólo se requiere la causa precedente, para que por ella quede declarada la voluntad del transferente, hay que decir que podrá constar de cualquier otra manera que alguien quiso transferir su cosa, aunque realmente no hubiere causa, y si entregó, la transfirió; no obstante, la causa se exige sólo para la prueba.

(2) Para que conste que la traslación de la posesión de la cosa se hace con intención de enajenarla se requiere causa impulsiva (*titulus*), porque la tradición que se hace extrínsecamente, nudamente, y que hiere a los ojos y a los oídos, es un hecho indiferente para ambas cosas, a saber: para transmitir o para no transmitir el dominio.

commemorent non item in mancipatione?» Y la contesta de la siguiente manera: «Mancipatione nihil nisi dominium transferri potest; traditio vero ambigua est, ut cerebro discerni nequit, utrum nuda possessio, an simul cum possessione dominium transmissum sit; proinde donationis causa indicabit, dominium esse acquisitum, pignoris causa, possessionem efficiet» (1).

Pero el trabajo que obró como una maza demoledora de la vieja doctrina fué el también inspirado por Savigny, que publicó en *Arch. f. d. civil. Praxis*, t. VI, págs. 111 y siguientes, el profesor Warnkönig.

Ya en las primeras páginas sienta su tesis diciendo: Yo creo que ni un crédito ni un negocio jurídico válido son condiciones de la transmisión de propiedad por tradición; la justa causa consiste más bien en un hecho que demuestra al adquirente de una cosa, la voluntad del propietario anterior de transmitirle por tradición su derecho, y, en consecuencia, sirve para justificación de su (propiedad) posesión; pueden o no darse o un crédito o un negocio jurídico válido. Para probarlo cita textos en que, a pesar de faltar obligación y negocio jurídico válido, la propiedad, sin embargo, se traspaşa y los agrupa en los siguientes números:

1. El famoso texto de Juliano, ley 36, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1, donde, a pesar del disenso acerca de las causas (in causis vero dissentiamus), decide el traspaso de propiedad. (Sobre interpretación crítica de este texto en sí, y con referencia a su contradicción por otro de Ulpiano, véase más adelante.)

2. Los casos de las condiciones indebiti y sine causa. La dote pasa al marido aun en caso de matrimonio nulo, a pesar del principio «sine matrimonio nulla dos intelligitur» (l. 5, D., *De condict. sine causa*, y l. 1, § 3, *De cond. s. c.*, 12, 7). En la condictio indebiti el error es el fundamento de la transmisión de propiedad y no la obligación ni el negocio jurídico (l. 50 y 53, D., *De cond. indeb.*, 12, 6, y l. 22, *Pr. eodem*).

(1) ¿Por qué mencionan la justa causa en la tradición y no igualmente en la mancipación? Por la mancipación no puede transferirse sino el dominio; pero la tradición es ambigua; de suerte que no se sabe discernir si sólo es transmitida la mera posesión o si al mismo tiempo que ésta lo es el dominio, por lo cual la causa donationis indicará que el dominio ha sido adquirido, la causa pignoris ejecutará la posesión.

3. En caso de dolo y violencia en los contratos de buena fe, que, según la doctrina son nulos, se transmite, no obstante la propiedad contra el principio «Nemo ex damno alterius lucrari potest» (l. 10, C., *De rescind. vend.*, 4, 44). El mismo argumento para los casos de cond. ob. turpem causam.

4. El caso, entre otros del Cód., lib. IV, tít. L, «Si quis alteri vel sibi», 1, 6, especialmente el párrafo que empieza con las palabras: «Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti», donde diciéndose paladinamente que no hay compra, sin embargo, el marido adquiere la propiedad.

5. Finalmente, en casos en que se producen negocios jurídicos simultáneamente a la tradición, resulta que, al hacer ésta, no se piensa absolutamente en ellos. Así en el mutuo, en los contratos innominados, que comienzan con un dare, en los que la obligatio nace con la transmisión (1).

Para fundamentar su tesis en principios generales acude a Gayo (*Rer. Cottid.*, transcrito en *Inst.*, II, 1, § 40).

«Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi» (2).

Y agrega Warnkönig: «No se vea en esto una mera figura declamatoria, pues la misma idea está confirmada en la paráfrasis de Teófilo, quien requiere para transmisión de propiedad ut animo domini transferendi fiat traditio.»

Pero como la propiedad es un derecho el más importante de todos, interesa que se sepa en quién reside; por ello la mera voluntad de enajenar no basta en Derecho romano a transmitir la propiedad, sino que es necesario el hecho externo de la tradición.

(1) L. 1, § 2, D., 19, 4: «Item emptio ac venditio nuda consentietium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet, alioquin si res nondum tradita sit nudo consensu constituit obligationem dicemus .. (*)».

(2) *Inst.*, II, 1, § 40: «Nada, pues, es tan conveniente a la equidad natural como el tener por válida la voluntad del dueño que quiere transferir a otro su cosa.»

(*) L. 1, § 2, D., 19, 4: «Y así la compra y la venta se contraen por la mera voluntad de las partes; y la permuta tiene principio por la entrega de la cosa, y no siendo así, decimos que no se constituye obligación por sólo el consentimiento, si aun no se entregó la cosa...»

La tradición, sin embargo, por sí sola no acredita la transmisión de la propiedad; hay que buscar un hecho que distinga unas transmisiones de posesión de otras: éste es la justa causa. La intención del tradente, manifestada por un hecho que acompaña a la tradición, es la justa causa (l. 6, C., 4, 50, ya citada, y l. 55, D., 44, 7), de Javoleno, que, a decir verdad, es reivindicado por las dos doctrinas opuestas en su favor.

Las indicaciones de muchos títulos en la usucapio y en la actio publiciana hay que tomarlas en otro sentido distinto; por ejemplo, pro emtore, pro donato, etc., más bien son pro traditio ex justa causa, como lo evidencian las ls. 3, 4 y 5, D., 6, 2.

Se hace cargo de la contradicción de su doctrina, que supone la l. 31, pr., D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1, indicando que el texto contradice el Derecho romano. Pero quizá Paulo, al expresarse «Aliqua justa causa praecesserit», haya querido decir si no ha precedido la voluntad del tradens de enajenar manifestada de alguna manera. Claro que el hecho de citar el contrato de compra hace a esta solución algo forzada.

Termina con la definición de justa causa dada en su *Manual de Instituciones*: «Nihil aliud est justa causa, quam animus domini rem suam tradere volentis, negotio quodam vel facto expresso, quo accipiens rem sibi tanquam propriam traditam probare possit» (1).

El verdadero inspirador de estos conceptos es Savigny, quien sólo en 1853 dió a luz su pensamiento al publicar su obra *Derecho de obligaciones*.

Dice que se ha entendido la tradición como una solutio de una obligatio praecedens, y que el apoyo más firme de la doctrina está en la palabra «praecesserit», que emplea un texto. Cita luego los dos ejemplos, que se han hecho clásicos, de la limosna a un pobre y de la entrega inmediata de una cantidad que alguien nos pide en préstamo; en ellos, dice, no hay contrato precedente, y, sin embargo, la propiedad se traspasa.

«La verdadera significación de la justa causa es más bien la siguiente: Cuando se realiza una entrega, se pueden perseguir

(1) Justa causa no es otra cosa que la voluntad del dueño que quiere entregar su cosa—por cualquier negocio o hecho expreso—, por lo que el accipiens pueda probar para sí la cosa como propia y tradida.

finés muy distintos. Se puede dar una cosa en alquiler, en custodia o en prenda, y en este caso no hay transferencia de propiedad. En la mayor parte de los textos, y sin ninguna inexactitud de lenguaje, la expresión «traditio» se aplica a la transferencia de posesión jurídica o de la que da los interdictos, en la que entra la prenda. Pero varios textos la emplean también al hablar de la transferencia de la mera detentación, como en el caso de alquiler, depósito...

Pero también se puede entregar como consecuencia de una venta, de una permuta o en los ya citados casos de donación o préstamo, y en todos ellos hay transmisión de propiedad. ¿En qué consiste la verdadera diferencia entre estas dos especies de casos? Únicamente en que en los últimos el propietario anterior quiere transferir su propiedad, y en los primeros, no. De aquí se deduce que la tradición transfiere la propiedad por la voluntad concordante de ambas partes contratantes, pero no cuando esa voluntad falta. La tradición misma es, pues, una verdadera convención; sólo que no es una convención obligatoria, sino real; es preciso distinguirla bien de la convención obligatoria (venta, cambio, etc.), que puede servirle de base, en efecto, y la precede.»

Cita en su apoyo a Gayo, l. 9, § 3, *De acq. rer. dom.*, 41, 1; pero como resulta que el mismo Gayo, en *Inst.*, II, § 20, requiere la justa causa, caben dos suposiciones: o que hubo una divergencia entre los autores antiguos, cosa imposible, porque vemos a Gayo en ambos lados, o que el concepto de justa causa tiene un contenido distinto del que se le atribuye.

Construye el concepto de justa causa, dándole un valor indiciario, que resuelve las dudas que el acto equívoco de la tradición provoca, y así dice: «Ahí yace la verdadera significación de las palabras «justa causa», porque siempre se podrá reconocer con certeza si la intención de las partes iba dirigida hacia una traslación de propiedad (como en la venta o en la permuta) o no (como en el alquiler y el depósito). Desde este punto de vista, puede también justificarse la expresión «praecesserit», sin recurrir necesariamente a la idea de una obligación, aunque la obligación preexistente sea el caso más frecuente y el más importante.»

Luego dice que los textos consideran la operación desde distintos puntos de vista. Varios exigen la intención de transferir la propiedad. Otros exigen una justa causa y designan de esta manera

el signo externo de la intención. «El verdadero sentido de las dos series de textos es, pues, absolutamente el mismo» (1).

Varios años más tarde, la doctrina que hemos expuesto como de Savigny es tratada con el mismo enfoque, pero no con el mismo éxito ni ecuanimidad, aunque sí con mucha más extensión, por Strempele, *Über den Begriff der justa causa bei der Traditio*, 1856.

Recoge la idea de Savigny de que el mero acto de tradición es algo equívoco, porque puede servir a transmitir la detentación (§ 3, *Inst.*, *Quibus modis re contrah.*, 3, 14; fr. 5, § 10, D., *De instit. act.*, 14, 3, y fr. 8, *De peculio*, 15, 1); la posesión jurídica (fr. 12, *De vi et de vi arm.*, 43, 16; fr. 19, *De peric. et comm.*, 18, 6; fr. 21, *De usufr.*, 7, 1; l. 2, C., *De acq. poss.*, 7, 32; fr. 1, pr., *De rerum permut.*, 19, 4, y fr. 1, pr., *De pignor act.*, 13, 7); el derecho publiciano (todo el título de *Publiciana in rem actio*, D., 6, 2, así como el *De except. rei ven. et tr.*, D., 21, 3, en su significación actual); la propiedad bonitaria (el mismo título, en su significación primitiva), y, finalmente, la propiedad (toda después de desaparecida la quiritaria) (fr. 11, § 2, D., *De act. emti venditi*, 19, 1; § 40, *Inst.*, *De rer. div.*, 2, 1; fr. 15, *De rebus dubiis*, 34, 5, y l. 2, C., *De crimine stellion*, 9, 34).

Habla luego de que habiéndonos acostumbrado a ver en la tradición el contrato de propiedad, se ha producido la consecuencia de desfigurar la fisonomía del contrato de transmisión de propiedad entre vivos. De esta idea preconcebida se tenía que producir la conclusión de la existencia de un contrato y de un contrato en que intervienen dos voluntades.

Regularmente, siempre a falta de declaración de voluntad expresa o tácita, sólo transmite la tradición, la posesión jurídica y no la propiedad ni la mera detentación; y esto se prueba directamente por Paulus Rec., *Sent.*, lib. V, tit. II, § 2, *De don.*, y en el 77 *De r. v.*, 6, 1, donde se exige la voluntad de tener la cosa por la posesión jurídica (2) y por el hecho de que sólo se transmite la po-

(1) *Le droit des obligations*, par F. de Savigny, trad. par Gerardin Jozan, 2^a éd. París. Thorn, 1873; tomo II, págs. 422 y siguientes.

(2) «*Probatio traditae, vel non traditae possessionis non tam in jure, quam in facto consistit*» (*).

L. 77, *De r. v.*: «*Quaedam mulier fundum non marito donavit per episto-*

(*) «La prueba de la posesión tradida o no tradida no tanto consiste en derecho cuanto en hecho.»

sesión jurídica en los casos de compra pretio non soluto necque crédito y en la constitución de dote ante nuptias. A la misma consecuencia conduce la consideración de la heterogeneidad de la voluntad en la detentación y en la posesión jurídica; el detentador tiene la cosa nomine alieno, al paso que el poseedor la tiene suo nomine.

El propio Strepel sienta luego las siguientes atrevidas afirmaciones, alguna francamente en contradicción con los textos: «Basta sólo para la transmisión de propiedad por contrato la voluntad declarada de darla y recibirla y su incorporación en el acto de la tradición; no se requiere una justa causa... El contrato de propiedad es formal, porque exige una corporización de la voluntad en el acto de la entrega; pero, además, de esta forma es necesario la voluntad de dar y recibir, y su declaración y ésta puede ser expresa o tácita. Para los primeros no puede hablarse de la necesidad de una justa causa, y en los segundos vale como un indicio concluyente a favor de la existencia de la voluntad de dar y recibir (indicio que no es el único), y en este sentido lo mencionan las fuentes.»

Rechaza los pasajes que apoyan a la doctrina de la justa causa diciendo que no la exigen con certeza porque suponen todos que la declaración expresa de transmitir no se ha dado (así aparta el fr. 31, pr., *De acq. rer. nom.*, 41, 1, y el fr. 55, *De contr. emt.*, 18, 1). De la l. 24, C., *De reivind.*, 3, 32, dice que debe entenderse sólo aplicable a prescripción y usucapión. En Gayo, II, § 20, es donde ve una seria dificultad. Aparta la teoría de la usucapión por el requisito de la buena fe, que en algo tiene que basarse, y por adlam, et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem, veluti per colonam; proponeretur quod etiam in eo agro, qui donabatur fuisset, quum epistola emitteretur, quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset» (*).

(*) *IL. 77, De r. v.*: «Cierta mujer donó, por medio de carta, un fundo a uno que no era su marido y de él tomó el mismo fundo en arriendo. Contestó que no se podía sostener que al donatario le correspondía acción real, como habiendo tomado posesión por medio de la misma donante como colona. Se manifestó igualmente que cuando ella remitió la carta se hallaba en el predio que donaba, cuya circunstancia era suficiente para transferir la posesión, aunque no hubiese mediado el arriendo.»

mitir un título putativo pro suo, distinto de los admitidos para la transmisión de propiedad.

Considera luego someramente la teoría de las condictions, que desde que Warnkönig publicó su célebre artículo (quizá pudiera decirse que desde Donello) han sido el caballo de batalla de ambas doctrinas contrapuestas.

Trata después de algunas causas, llamadas justas, y con este motivo cita en primer término, referente al préstamo, el fr. 4, pr., y 10, *De r. c.*, 12, 1 (1), según los cuales el dinero a prestar es primero depositado en el adquirente, pero con motivo del préstamo futuro. Se ordena especialmente allí mismo que el accipiens soporte el periculum aun durante el tiempo que sólo sea depositario. Y argumentando precisamente con esta carga del periculum, deduce no haber lugar a aplicar las reglas del depósito. No se dice claramente, pero parece insinuarse que, a pesar de sólo existir un precontrato de préstamo, la propiedad se transmite.

De los contratos innominados examina como el más importante el aestimatum y aparta el caso en que la voluntad de dar y recibir la cosa se declara expresamente, pues en él no hay duda de

(1) Fr. IV: «Si quis nec causa nec propositum foenerandi habuerit, et tu empturus praedia desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est ejus qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut precio uteretur periculo suo rem habebit.»

Fr. 10: «Quodsi ab initio cum deponeren, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum» (*).

(*) L. 4, pr., D., 12, 1: «Si alguno no tuvo ni motivo ni intención de prestar a interés y habiendo tú de comprar mi predio quisieres recibir en mutuo una cantidad y no quisieres tomarla en tal concepto de préstamo antes de efectuar la compra e igualmente el acreedor, en razón a tener necesidad de marchar, depositare en tu poder la indicada suma, al objeto de que si efectuares la compra le quedases obligado en virtud de préstamo; semejante depósito corre a riesgo del que lo tomó, porque también el que recibió una cosa para venderla a fin de usar del precio, tiene la cosa a riesgo suyo.»

L. 10, eodem: «Pero si desde el mismo momento en que deposite la cantidad, te hubiere permitido hacer uso de ella si quisieres, no habrá mutuo antes de haberla separado de donde se había colocado, porque entonces aun no se sabe si tendrá lugar el mutuo.»

la transmisión de propiedad; en cambio, donde falte aquélla será de los hechos que acompañan a la tradición, de los que se deducirá la existencia de aquélla. Y opina Strempel que debe verse implícita aquélla en el pacto de recibir la cosa el aestimatario y prometer o devolverla o devolver el precio fijado por ella, porque el aestimatario podrá, igual que el institor, vender a crédito, fr. 5, § 15, *De inst. act.*, 14, 3 (1), y el propietario no podrá perseguir al comprador a crédito, y solamente tiene una acción personal contra el aestimatario.

Por lo que hace a la constitución de dote ante nuptias, resulta que la promesa es, según las fuentes, condicional (fr. 4, § 2, *De pactis*, 2, 14; frs. 21, 80 y 83, *De jure dot.*, 23, 3) (2). Pero la

(1) Fr. 5, § 15, 14, 3: «Item si institor, cum oleum vendidisset, annulum arrhae nomine acceperit, neque eum reddat, dominum institoria teneri; nam ejus rei causa, in quam praepositus est, contractum est, nisi forte mandatum ei fuit, praesenti pecunia vendere; quare si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit» (*).

(2) Fr. 4, § 2, 2, 14: «Hujus rei argumentum etiam stipulatio dotis causa facta est—nam ante nuptias male petitur—quasi si hoc expressum fuisset; et nuptiis non secutis ipso jure evanescit stipulatio.»

Fr. 21, D., 23, 3: «Stipulationem quae propter causam dotis fiat constat habere in se conditionem hanc «si nuptiae fuerit secutae» et ita demum ex ea agi posse quamvis non sit expressa conditio: «si nuptiae» constat; quare si nuntius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur.»

Fr. 80, eodem: «Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, neque eo nomine postea debitorem viro obligatum futurum, ait Labeo; falsum est quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est. Fr. 83, eodem: Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, non posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est» (**).

(*) Fr. 5, § 15, D., 14, 3: «Si habiendo vendido el institor aceite, recibiese en señal un anillo y no le devolviese, el dueño se obliga por la acción institoria, porque contrató en aquello para lo que fué propuesto, a no ser que se haya mandado no vender fiado, por lo cual si el administrador recibió prenda en lugar de precio, se dará la acción institoria.»

(**) Fr. 4, § 2, D., 2, 14: «También es prueba de esto la estipulación que se hace por causa de dote; porque la dote no se pide legítimamente antes de las nupcias, como si esto se hubiera expresado; y no teniendo efecto las nupcias, por el mismo derecho fenece la estipulación.»

Fr. 21, D., 23, 3: «La estipulación que se interpone por causa de dote, cons-

solutio de una obligatio condicional, como la de que nos ocupamos, no lo es, y lo prueba fr. 10, *De cond. cau. data c. n. s.*, 12, 4, donde se otorga una *condictio datorum* para recuperarla. Dice que a falta de declaración expresa, ha de estarse por transmisión de posesión jurídica. Se aplica lo dicho al fr. 9, 1, *De jure dot.*, 23, 3, de Ulpiano (1), donde se presupone que en la dotis *datio* ante nuptias, en que no se ha dado la voluntad expresa, ni aun de modo condicionado, y que el *accipiens* sólo recibe la posesión jurídica, y se pregunta Ulpiano qué ocurrirá después si el dador muere antes de la celebración del matrimonio, y contesta diciendo que, consecuentemente con los principios, debería negarse la transmisión de propiedad; pero que, por motivos especiales, derivados de

(1) Fr. 9, § 1, D., 23, 3: «Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? et vereor, ne non possint in dominio ejus effici, cui datae sunt quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo, qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum et quum sequitur conditio nuptiarum jam heredis, dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo, fatendum est. Sed benignius est, favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei, quod defunctus fecit, aut si distulerit, vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso jure transferre, ne mulier maneat indotata» (*).

(*) Fr. 9, § 1, D., 23, 3: «Si diese a alguno algunas cosas para que se hagan de la dote efectuado el matrimonio y yo muriese antes, ¿acaso se harán suyas luego que tenga efecto el matrimonio? Parece que no se harán de aquel a quien se entregaron; porque después de muerto dejaron de ser del que las dió; porque la donación está pendiente hasta el día que se contrae el matrimonio, y cuando se verifica la condición están en el dominio del heredero y no pueden dejar de ser suyas contra su voluntad; pero es más conforme a equidad que en favor de la dote se imponga al heredero que consienta en lo que hizo el difunto, y si no quisiese o se ausentase, que el dominio se transfiera, «ipso jure», al marido aun contra la voluntad del heredero que se ausenta o no quiere consentir, para que la mujer no quede sin dote.»

ta que contiene en sí esta condición; si tuviese efecto el matrimonio. También se puede pedir en virtud de ella, aunque no se haya puesto la condición expresada; por lo cual, si se revocó el poder al procurador parece que faltó la condición de la estipulación.»

Fr. 80, eodem: «Si el deudor de la mujer prometiese dote al esposo de ella, le puede pedir a su deudor lo que le debía antes del matrimonio; y dice Labeon que por esto el deudor no quedará obligado al marido, lo cual es falso, porque aquella promesa está suspendida ínterin permanezca la obligación en aquella causa.»

la dote en cuestión, se abandona aquella solución y se adopta la contraria. Y esto antes que la ley 6, C., *De promiss. dot.*, 5, 11, hiciera obligatoria la promesa de dote.

Si es exacta la interpretación del fr. 9, § 1, *De jure dot.*, 23, 3, resulta que poniéndole en relación con fr. 8, eod., y fr. 1, § 2, *Pro-dote*, 41, 9 (1), tendríamos la prueba de que la justa causa no es requisito del contrato de propiedad.

Un razonamiento análogo emplea Strempel hablando de las donaciones mortis causa.

Considera largamente el caso de compra pretio non soluto (sobre esto más adelante), para terminar diciendo que es exacto el juicio de Puchta, *Vorlesungen*, § 281, «la tradición puede concebirse desde dos puntos de vista: o el de transmitir la propiedad o en el de la mera transmisión de posesión; en la compra no hay que admitir el primero cuando el vendedor no ha sido satisfecho o no se le ha proporcionado un sustitutivo del pago».

Sigue Strempel la defensa de su punto de vista, sosteniendo

(1) Fr. 8: «Sed nisi hoc evidenter actum fuerit credendum est, hoc agi ut statim res sponsi fiant et nisi nuptiae secutae fuerit reddantur.»

Fr. 1, § 2: «Et primum de tempore videamus, quando pro dote quis usucapere possit utrum post tempora nuptiarum an vero et ante nuptias. Est quaestio vulgata an sponsus possit hoc est, qui nondum maritus est, rem pro dote usucapere. Et Julianus inquit, si sponsa sponso ea mente tradiderit res ut non ante ejus fieri velle quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessavit; si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi Julianus ait, ut statim res ejus fiant et si alienae sint usucapi possint; quae sententia mihi probabilis videtur; ante nuptias autem non pro dote usucapit sed pro suo» (*).

(*) Fr. 8: «Pero a no haberse pactado esto expresamente, se debe creer que se entregan con el ánimo de que las cosas se hagan al punto del esposo y que se restituyan en caso de no efectuarse el matrimonio.»

Fr. 1, § 2: «Veamos primero cuándo empieza el tiempo para la usucapición, con el título pro dote; acaso antes de las bodas o después de ellas; y regularmente se disputa si el esposo, esto es, el que aun no es marido, puede usucapir con el título pro dote. Juliano dice que si la esposa entregó la dote al esposo con intención de que no se hiciese suya antes que tuviese efecto el matrimonio, cesará también la usucapición; pero si esto no se expresó claramente, dice Juliano que se ha de creer que se hace suya inmediatamente la dote, y si la cosa que se dió en dote fuese ajena, se puede usucapir, cuya sentencia me parece probable, pero antes que tenga efecto el matrimonio no se puede usucapir con el título pro dote, sino con el de pro suo.»

que la existencia en un negocio de una de las llamadas causas inhábiles ad dominium transferendum, no es, en todo caso, obstáculo a la transmisión de propiedad.

La *societas*, aunque fr. 13, § 1, *Praescr. verb.*, 19, 5, parece negar la posibilidad de transmisión de propiedad, resulta que fr. 1, § 1, y fr. 2 y 58, pr., D., *Pro socio*, 17, 2, dicen lo contrario que en la *societas quaestus*, es indiscutible la transmisión de propiedad de los fungibles a ella llevados, y que en éste, respecto a no fungibles y en la *societas unius rei* hay que acudir a una declaración expresa.

Por lo que se refiere a *locatio conductio*, existe el fr. 39, loc. 19, 2, «non solet locatio dominium mutare», y fr. 55 de O. et A., 44, 7, cita entre las causas que traspasan la propiedad la *conductio* (1).

Hablando del *pignus* para mantener su tesis, recurre a la *fiducia*, donde la transmisión de propiedad ocurre en virtud de aquella causa.

El mismo razonamiento respecto a depósito.

Termina con la consideración de las leyes prohibitivas que, en virtud de la causa, sancionan de nulidad el contrato de propiedad.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO,

Doctor en Derecho.

(1) Fr. 55: «In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio...» (*).

(*) Fr. 55: «En todos los contratos por los cuales se transfiere el dominio es necesario que se dé la voluntad de los contratantes; porque no se puede contraer venta, donación, conducción...»

ANA ELERS

Cajera en las oficinas de la Asociación de Registradores de la Propiedad.

Gestor administrativo. Habilitación de Clases pasivas. Presentación de toda clase de instancias en la Dirección general de los Registros y en los demás Centros oficiales. Gestiones en los mismos. Certificaciones de penales, últimas voluntades y demás. Fianzas, jubilaciones, viudedades y orfandades.—San Bernardo, 42, segundo derecha.—Teléfono 13906.

Los compromisos en Derecho comparado hispanocubano

Compromiso, del latín «compromissum», derivado de «compromittere», comprometer, es un contrato por el que dos o más personas (compromitentes) que tienen pendiente una cuestión entre sí someten su resolución al arbitrio de otra u otras personas (compromisarios), que pueden ser árbitros y amigables componedores, obligándose a pasar por lo que ellos decidan.

Es un contrato consensual, bilateral o plurilateral y auxiliar.

Es consensual porque se perfecciona con el consentimiento; bilateral o plurilateral, pues produce obligación para todos los contratantes, y auxiliar, porque supone la existencia de un estado jurídico anterior el que viene a resolver.

También es llamado al compromiso un contrato resolutorio.

Su fundamento está en la libertad y conveniencia de los contratantes, puesto que es más rápido y económico que la vía judicial para la resolución de cualquier cuestión, y tanto es así, que hasta en el orden internacional se ha utilizado el compromiso antes que cualquier otro medio.

De este contrato se ocupan los dos artículos—el 1.820 y 1.821—que forman el capítulo segundo de este título.

Dice el primero, el 1.820, que las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas. Y, el segundo, el 1.821, que lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable a los compromisos; y que en cuanto al modo de proceder en los compromisos y a la extensión y efectos de éstos, se estará a lo que determina la ley de Enjuiciamiento civil.

Aunque son los mismos el fundamento y objeto de los compromisos que los de las transacciones, hay que convenir en que aquéllos hacen más relación al juicio que a ésta; y que el compromiso, como dice Manresa, es, en efecto, no una variedad de la transacción, sino del juicio; siendo, a lo más, en esta relación, el compromiso una transacción encomendada a terceras personas para resolver un litigio pendiente o posible; y, si los rigen los mismos principios es porque tienen esta afinidad; pero si bien es así en la capacidad y demás que al contrato afecta, en la forma de éste, modo de proceder por los compromisarios y extensión y efectos, hay que ceñirse, como hemos visto lo dispone el último párrafo del artículo 1.821, a lo que preceptúa la ley Procesal.

La transacción se realiza, como ya he explicado, mediante siempre recíprocas renunciaciones de sus derechos o parte de ellos, por los interesados, mientras que, en el compromiso, muy al contrario, se resuelve atendiendo a la justicia del caso, dando a cada cual su derecho, se halle o no dispuesto a transigirlo. Esta diferencia esencial entre ambos contratos—transacción y compromiso—la fija, con toda precisión, la sentencia del Tribunal Supremo de España de 25 de Abril de 1902, cuando dice que: los artículos 1.820 y 1.821 del Código civil son aplicables cuando las partes no sólo comprometen la decisión de sus contiendas en un tercero, sino que sustituyen a la autoridad judicial por la de árbitros o amigables compondores, para que éstos dicten sentencia previos trámites más o menos rigurosos, habiendo sólo transacción si se prescinde de este segundo requisito.

Y, por último, como dice Ruggiero, citado por Castán, es profundamente diverso el fin específico de la transacción y del compromiso, pues mientras con la transacción se trueca la litis o se impide que surja, con el compromiso la litis no se elimina, y todo se reduce a sustituir la jurisdicción ordinaria por una especial y excepcional.

Estando, pues, lo sustancial de este contrato sujeto a los mismos principios que rigen al de transacción que acabo de estudiar, y lo demás, a los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, voy a examinar éstos en lo pertinente, pues no he de descender al detalle de la tramitación del juicio arbitral.

En primer lugar me ocuparé del artículo 486 de este cuerpo le-

gal, que es el que, como si dijera, abre las puertas a estos juicios, y que dice que «toda cuestión entre partes, antes o después de deducida en juicio, y cualquiera que sea su estado, puede someterse al juicio arbitral o al de amigables componedores por voluntad de todos los interesados, si tienen aptitud legal para contraer este compromiso».

Se exceptúan de esta regla, y no pueden someterse a la decisión de árbitros ni a la de amigables componedores:

1.º Las demandas a que se refiere el número 3 del artículo 482.

2.º Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, debe intervenir el Ministerio fiscal.

La excepción que establece en el primer número, referida al 3.º del artículo 482 de la misma Ley, es la de los juicios relativos a derechos políticos u honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas.

Ya expuse, al tratar de las transacciones, los fundamentos de estas excepciones, lo que por su similitud hace innecesario repetirlo aquí.

Luego tratan por entero la materia los artículos 789 al 838, inclusive, del Libro segundo, Título V, secciones primera y segunda de dicha ley de Enjuiciamiento civil; disponiendo el primero de esos artículos, el 789, que: «el nombramiento de Jueces árbitros, que para decidir cuestiones litigiosas puede hacerse por las personas y en los casos que se determinan en el artículo 486, habrá de recaer precisamente en Letrados mayores de veinticinco años, que estén en pleno ejercicio de los derechos civiles»; y el 790, que: «el número de los Jueces árbitros será siempre impar».

Si las partes convinieren en que sea uno sólo, deberán elegirlo de común acuerdo.

Este mismo acuerdo deberá mediar para la elección de todos, o por lo menos del tercero, si convinieren en que sean tres o cinco, de cuyo número no podrá pasarse.

En ningún caso los interesados podrán conferir a una tercera persona la facultad de hacer la elección o nombramiento de ninguno de los árbitros.

Importancia grandísima tienen estos preceptos, cuyo incum-

plimiento, como disposiciones de orden público que son, acarrea la consiguiente nulidad. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo de España, de 19 de Junio de 1891, declaró que: «no ajustándose la elección de árbitros a lo dispuesto en este artículo, es nula e ineficaz, sin necesidad de pedir previamente su nulidad».

El artículo 790 contiene tres preceptos del mayor interés: el número de los Jueces árbitros; cómo deben ser nombrados, así como el tercero, y la necesidad de hacer personalmente la elección, que no es dable confiar o encargar a tercera persona.

Los árbitros han de ser uno, tres o cinco, pero siempre en número impar. Trata esta medida de evitar el empate, y es justísima.

El laudo ha de darse por mayoría absoluta. Así declaró la sentencia del Tribunal Supremo de España de 5 de Enero de 1897, que: «firmado un laudo por dos de los tres árbitros nombrados, se cumplen los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, que exige mayoría absoluta de votos en tales resoluciones».

El nombramiento de uno ha de hacerse de común acuerdo; y cuando sean tres o cinco, podrá cada parte nombrar uno o dos, que sea del agrado o aceptado por la contraria, y el que haga el número tres o el cinco, de acuerdo como cuando es uno.

Nunca, según el imperativo precepto del artículo 790 en su último párrafo, podrán conferir los interesados a una tercera persona la facultad de hacer la elección de ninguno de los árbitros. Estos reciben de aquéllos por su directa y manifiesta voluntad la jurisdicción, y ha de ser su designación debida, por tanto, a un acto personalísimo que, en modo alguno, cabe delegar.

Sin embargo, el compromiso puede contraerse por medio de mandatario con poder especial para ello, con la facultad expresa de nombrar árbitro. Lo que la Ley prohíbe, lo que quiere impedir, es que se confiera a una tercera persona ajena a la cuestión y a los interesados esa facultad.

El artículo 791 preceptúa que el compromiso habrá de formalizarse necesariamente en escritura pública, y será nulo en cualquiera otra forma en que se contrajere,

El artículo 792 previene que la escritura de compromiso habrá de contener precisamente, bajo pena de nulidad, los siguientes puntos o conceptos, expuestos con tanta precisión que no hay más que enumerarlos.

Ellos son :

- 1.º Los nombres, profesión y domicilios de los que la otorguen.
- 2.º Los nombres, profesión y domicilios de los árbitros.
- 3.º El negocio que se someta al fallo arbitral, con expresión de sus circunstancias.
- 4.º El plazo en que los árbitros hayan de pronunciar la sentencia.
- 5.º La estipulación de una multa, que deberá pagar la parte que deje de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.
- 6.º La estipulación de otra multa, que el que se alzare del fallo deberá pagar al que se conformare con él para poder ser oído.
- 7.º La designación del lugar en que habrá de seguirse el juicio.
- 8.º La fecha en que se otorgase el compromiso.

Sigue después el texto de la Ley dando reglas de sustanciación de estos juicios, y, en el artículo 799—intercalado entre los que al procedimiento dicho se contrae—se preceptúa que el compromiso cesa en sus efectos :

- 1.º Por la voluntad unánime de los que lo contrajeron.
- 2.º Por el transcurso del término señalado en el compromiso, y de la prórroga, en su caso, sin haberse pronunciado sentencia.

Si esto sucede por culpa de los árbitros, quedarán obligados a la indemnización por daños y perjuicios.

Los efectos del compromiso, como observa Manresa, no son ni pueden ser otros que la sustanciación del juicio arbitral por los trámites que la Ley determina, hasta que los árbitros pronuncien su sentencia sobre los puntos o cuestiones sometidas a su fallo por voluntad expresa de los interesados. En el presente artículo se determinan los casos en que ha de cesar el compromiso en sus efectos, y, por consiguiente, también los árbitros en sus facultades, teniéndose aquél por revocado o terminado.

Los artículos 814 y 816 preceptúan que los árbitros pronunciarán su fallo sobre los puntos sujetos a su decisión dentro del plazo que reste por correr del señalado en el compromiso o de su prórroga, si se hubiere otorgado, el primero; y, el segundo, que el voto de la mayoría absoluta de los árbitros hará sentencia cuando sean más de uno.

Si no resultare mayoría de votos conformes, se extenderá en los autos el voto de cada árbitro en forma de sentencia.

Los puntos en que discordaren se someterán a la resolución del Juez de primera instancia del partido, y será sentencia lo que éste acordare, fuere o no, conforme con el voto de cualquiera de los árbitros.

Ambos artículos, claros y precisos, me eximen de todo comentario, siendo sólo oportuno recordar que así como los árbitros sólo pueden decidir las cuestiones que expresamente le estén sometidas por la escritura de compromiso, tampoco pueden dejar fuera de su resolución ninguno de los puntos sometidos a su fallo.

Y, luego de disponer lo relativo al recurso que se da contra la sentencia y cómo han de proceder los árbitros cuando lo sean, para fallar pleitos pendientes, sigue la Ley, en los artículos del 826 al 838 inclusive, tratando de los amigables componedores, en términos sustancialmente lo mismo que lo ha hecho de los árbitros, disponiendo que aquéllos no tendrán que ser Letrados como éstos; que la escritura contendrá los mismos puntos que la de los árbitros, menos los números 5.º, 6.º y 7.º; que el recurso que se da contra sus sentencias es el de casación, y que firmes que sean, o si se hubiese prestado fianza, se cumplirán, procediéndose de la manera prevenida para la ejecución de sentencias.

Declarando la Jurisprudencia en su sentencia del Tribunal Supremo de España de 29 de Enero de 1912 que: «pueden ser amigables componedores los extranjeros no naturalizados»; la de 10 de Diciembre de 1903 que: «el convenio de someter una cuestión al juicio de amigables componedores es, desde luego, válido, aun cuando no conste en escritura pública, dando acción a las partes para exigir su cumplimiento en forma legal, o sea, ya con posterioridad, sujetándose a lo preceptuado en la ley de Enjuiciamiento civil»; la de 7 de Enero de 1919 que: «más que el carácter de Jueces ejercen el de conciliadores—los amigables componedores—, y, por tanto, es evidente que las limitaciones que sanciona la jurisprudencia no pueden desnaturalizar el fundamento jurídico de la amigable composición, que, sobre el sustentáculo de la buena fe, tiene para deliberar y dar su laudo el campo discrecional que le concede el artículo 833 (en Cuba 832) de la ley de Enjuiciamiento

civil»; y la de 8 de Mayo de 1920 que: «la extralimitación de los amigables componedores determina la nulidad del laudo».

Del juicio de amigables componedores, que tiene para su régimen y sustanciación los mismos preceptos fundamentales que el de árbitros, y ambos se asientan en el compromiso, no he de ocuparme en este estudio con más detalles, por entender que es ocioso hacerlo así.

No pretendo—desde luego quede así sentado—con lo expuesto dejar estudiada suficientemente, esta tan importantísima como trascendental materia de las transacciones y los compromisos, a cuyo primer contrato, el tan insigne tratadista como eminente jurisconsulto Pothier, se había propuesto dedicar un tratado completo, impidiéndoselo su muerte; pero sí creo que al examinar toda la doctrina en conjunto, comentándola a la luz de la Jurisprudencia, he hecho algo prácticamente útil, contribuyendo de ese modo a la recta inteligencia de los preceptos que la rigen, que es, precisamente, lo perseguido por mí en estas labores.

ANDRÉS SEGURA Y CABRERA,

Abogado y Notario jubilado de Cuba.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

HIPOTECA EN GARANTÍA DEL PRECIO EN OPERACIONES COMERCIALES. EL ACTA DE PROTESTO DE LETRA PRESENTADA PARA HACER CONSTAR, A MEDIO DE NOTA MARGINAL, EL NACIMIENTO DE LA ACCIÓN HIPOTECARIA, NO NECESITA CONTENER LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA HIPOTECADA, PORQUE, ADEMÁS DE ACOMPAÑARSE LA PRIMERA COPIA DE LA ESCRITURA DE HIPOTECA EN QUE CONSTA TAL EXTREMO, NI LO PIDE EL ARTÍCULO 199 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, NI ES DE EXIGIR EN ASUNTO DE MERA REFERENCIA AL PRINCIPAL.—TAMPOCO ES DE NECESIDAD ACREDITAR QUE LA LETRA DE CAMBIO ES DE LAS INCLUIDAS EN LA GARANTÍA HIPOTECARIA, YA QUE, DADA LA NATURALEZA DE ESTAS HIPOTECAS DE GARANTÍA ESPECIAL, NO SE EXIGE EN ELLAS, EN CUANTO AL IMPORTE QUE GARANTIZAN, LOS REQUISITOS QUE RIGEN PARA LAS QUE NO PERTENECEN A DICHO GRUPO.

Resolución de 30 de Abril de 1934. (Gaceta de 17 de Julio.)

El Notario de Almería D. Pascual Lacal Fuentes autorizó escritura por la que D. Juan Rodríguez Ayala constituyó hipoteca sobre una casa de su propiedad en favor de la entidad mercantil «Emilio Ferrera y Hermano, S. A.», y en garantía del resultado de operaciones mercantiles por las que esta Sociedad autorizaba a aquél para retirar de su casa mercantil las mercancías que necesitara para su comercio por cantidad que no excediera de 5.500 pesetas y en precio que se representaría en cada operación por letras de cambio, pactando que el protesto de una de ellas daría nacimiento a la acción hipotecaria.

Inscrita dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Gergal, se presentó en el mismo la copia de un acta de protesto por falta de pago de una letra de cambio autorizada por el Notario de Almería D. Joaquín Monterreal Fernández, acompañada de la escritura de constitución de hipoteca, en la que se puso por el Registrador nota que sustancialmente dice así :

«Se deniega la extensión de la nota marginal para hacer constar haberse contraído la obligación o cumplido la condición de que estaba pendiente la eficacia de relacionada hipoteca (única operación viable en la actualidad, dada la naturaleza del documento presentado, y acompañados, ya que no se ha solicitado concretamente en el de presentación el asiento que se pretendía), por observarse los siguientes defectos :

1.º No describirse en el título presentado la finca respecto de la que ha de hacerse la operación oportuna, no siendo bastante la presentación de otro documento en que se contenga y con referencia al cual hayan de tomarse las circunstancias descriptivas.

2.º No acreditarse que la cantidad consignada en la letra de cambio origen del protesto, es de las incluidas en la garantía hipotecaria a que se refiere la escritura acompañada. Ambos defectos se consideran insubsanables, por lo que no procedería nota marginal preventiva, aunque fuera solicitada.»

Desestimada por el Presidente de la Audiencia la excepción de falta de personalidad del Notario recurrente alegada por el Registrador, revocó la nota de éste en cuanto al primer defecto calificado, confirmándola en cuanto al segundo, y la Dirección general, en la apelación interpuesta por el Notario respecto del segundo motivo de la nota calificadorá, resuelve solamente en cuanto a él, revocando el auto apelado, por los siguientes motivos :

Tratándose de una hipoteca de garantía en la que no se determina el valor de las obligaciones por el máximo que aparece en la inscripción, sino en el tiempo y forma congruentes con las reservas y manifestaciones de los contratantes, el importe que garantiza, dentro de sus propios límites, no puede tener los caracteres específicos del que sirve de base al derecho real de hipoteca en los casos ordinarios.

Atendiendo a los extraordinarios desenvolvimientos del crédito en la época moderna, para no trabar—como dice la Resolución de

28 de Febrero de 1928—con extraordinarios requisitos la constitución de tales garantías y para hacerlas más fecundas y prácticas, ha admitido este Centro que el crédito personal asegurado dentro de los indispensables límites del derecho real pueda sujetarse en su determinación a fórmulas sencillas o a reglas complicadas, y, en su consecuencia, «no se ha exigido que se identifiquen las letras de cambio aseguradas en la forma aludida ni que se puntualicen los vencimientos de las obligaciones futuras».

Por ello, dados los términos precisos de la escritura, es procedente la extensión de la nota marginal solicitada, sin perjuicio de que los Tribunales puedan declarar, en su día, si tales responsabilidades se hallan o no cubiertas por la garantía.

ANOTACIÓN DE DEMANDA DE PROPIEDAD. EFECTOS QUE PRODUCE. EL QUE ADQUIERE DESPUÉS DE ANOTADA LA DEMANDA DE PROPIEDAD, DEMANDA QUE HA SIDO ADMITIDA Y FALLADA DE ACUERDO CON LAS PRETENSIONES DEL DEMANDANTE, CONOCE LA CAUSA QUE PUEDE PRODUCIR, Y EN EL CASO HA PRODUCIDO, LA NULIDAD DE SU INSCRIPCIÓN, PROCEDIENDO CONVERTIR LA ANOTACIÓN DE DEMANDA EN INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL DEMANDANTE, YA QUE LOS EFECTOS RETROACTIVOS QUE HAN DE ATRIBUIRSE A LA SENTENCIA DEMUESTRAN QUE EL TITULAR, SEGÚN EL REGISTRO, NO HA SIDO NUNCA VERDADERO DUEÑO, Y QUE LA INSCRIPCIÓN A SU FAVOR CONTIENE UN VICIO CUYA CAUSA RADICA EN EL MISMO REGISTRO Y DE ÉL PROVIENE, POR LO QUE PROCEDE LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DICHA ORDENADA EN LA SENTENCIA.

Resolución de 30 de Mayo de 1934. (Gaceta de 19 de Julio.)

En el Registro de la Propiedad de Pravia se presentó mandamiento para ejecución de sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Oviedo, por la que se declara nula una escritura de venta y su consiguiente inscripción, mandando cancelar las hechas en favor del comprador. Es de advertir que de la demanda a que pone término dicha resolución se había tomado anotación en el Registro con anterioridad a inscripciones en las que el citado adquirente vendía a su vez las fincas de que se trata.

El Registrador de la Propiedad puso nota que dice así: «No admitida la cancelación que se ordena en el mandamiento que antecede, porque la inscripción cuya nulidad y consiguiente cancelación se ordena, extendida en este Registro a nombre de D. Manuel González y González, por venta que le hizo el demandante, D. Alberto Fernández y Fernández, no es la última de las que, referentes a las fincas, aparecen en el Registro, que es el caso en que se hace innecesaria la extensión de otra inscripción nueva en la forma que proceda, a tenor de lo dispuesto en el artículo 94 del Reglamento hipotecario, sino que del Registro aparece que el D. Manuel González y González vendió las fincas en cuestión a D. Jesús Díaz González y éste inscribió a su nombre la adquisición, que es el caso en que se hace preciso el cumplimiento del mencionado artículo, toda vez que la cancelación de la inscripción a favor de don Manuel González no produce el efecto de hacer revivir la extendida a nombre del D. Alberto Fernández, sino que la que queda vigente es la extendida a favor de D. Jesús Díaz por estar amparada por el artículo 34 de la ley Hipotecaria, ya que éste no ha sido parte en el procedimiento, y, por lo tanto, condenado también a perder su adquisición, previa igual declaración de nulidad de inscripción y cancelación que la recaída respecto del D. Manuel, y aunque la inscripción hecha a favor del D. Jesús no se haya procurado fortalecerla siguiendo el procedimiento de la notificación que en dicho artículo se prescribe. Para que la cancelación tenga lugar, dada la existencia de inscripción posterior a nombre de distinto titular de los litigantes, sería, pues, preciso que el Tribunal sentenciador ordenara, como en el citado artículo 94 del Reglamento se dispone, la extensión de una nueva inscripción en la forma que procediera, sin perjuicio de que, en tal caso, se amoldara la calificación de esta Oficina a tales circunstancias.»

En el recurso interpuesto informó la Sala de lo Civil en el sentido de deber ordenarse la cancelación. El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado, con las consideraciones que siguen :

Si las anotaciones preventivas en general consagran unas veces y crean otras un verdadero *jus ad rem* actual, que ascenderá a la categoría de *jus in re* o se cancelará, según triunfe o no el derecho que defiende, la de demanda garantizará, por lo menos, que

en lo futuro podrá practicarse una inscripción o cancelación sin temor a los derechos adquiridos e inscritos con posterioridad a la misma.

Ello no contradice la buena fe del adquirente, que el Registro fundamentalmente protege, porque siendo conocidas las causas de nulidad o de resolución del derecho, los efectos hipotecarios de los actos posteriores tienen que estar subordinados al cumplimiento de la condición implícita que supone la conversión de la anotación en inscripción definitiva.

Tal doctrina sólo rompe en apariencia el encadenamiento del causante al sucesor que mediante eslabones formales deben mostrar los libros hipotecarios, porque al vivir el derecho del adquirente dependiente de las alternativas del otro, los efectos retroactivos que la declaración judicial provoca muestran que, en definitiva, el titular, según el Registro, no ha sido nunca verdadero dueño.

Como consecuencia de los anteriores principios, brillantemente desarrollados por ilustres tratadistas, anotada la demanda de don Alberto Fernández con anterioridad a la venta de D. Manuel González a don Jesús Díaz, en cuya inscripción a favor de éste funda el Registrador su nota denegatoria, la sentencia que pone término al pleito provoca la cancelación automática de la misma al modo de una condición resolutoria expresa.

VENTA DE BIENES EN TESTAMENTARÍA HECHA POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA EN REBELDÍA DEL ALBACEA Y COMO CONSECUENCIA DE PROCEDIMIENTO DE APREMIO SEGUIDO CONTRA ÉSTE SOBRE PROVISIÓN DE FONDOS. ES PERFECTAMENTE INSCRIBIBLE, SIN QUE LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR HAYA DE DETENERSE EN EXAMINAR Y Oponer si el albacea se halla o no facultado por la testamentaría para vender, puesto que se trata de enajenación forzada.—No cabe dudar de la aplicación del párrafo séptimo del artículo 20 de la ley hipotecaria, que declara innecesaria la inscripción a favor de los albaceas si las fincas están inscritas en favor de la causante, ya que se trata de inmuebles que no han estado en la posesión de los herederos y sobre las que pueden y deben ha-

CERSE EFECTIVAS LAS RESPONSABILIDADES DIMANANTES DE UN PROCEDIMIENTO DE APREMIO.

Resolución de 13 de Junio de 1934. (Gaceta de 27 de Julio.)

En autos sobre provisión de fondos seguidos a consecuencia de juicio voluntario de testamentaria contra el albacea contador-partidor, se decretó el embargo de bienes de la herencia. Celebrada la subasta en rebeldía de aquél, por el Juez de primera instancia número 2, de Sevilla, D. Domingo Onorato Peña, se otorgó ante el Notario de dicha ciudad D. Francisco Felipe Duque y Rincón, escritura por la que aquél, previo nuevo requerimiento al albacea, vende en nombre de éste al rematante, en subasta pública, varias fincas rústicas de la testamentaria que estaban previamente anotadas de embargo.

El Registrador de la Propiedad del Norte, de dicha capital, puso en la escritura nota de: «No admitida la inscripción del precedente documento por observarse los defectos siguientes: primero, no acreditarse la cualidad de albacea de D. Emilio Galiano Correa, ni que su supuesto albaceazgo esté vigente, ni que la venta se efectúe para los fines que expresa el artículo 903 del Código civil, ni que hayan intervenido los herederos, ni que dicho señor Galiano esté facultado para vender, y segundo, figurar las fincas inscritas a nombre de persona distinta de aquella contra quien se ha seguido el procedimiento, y no acreditarse que sea aplicable al caso de que se trata la excepción contenida en el párrafo séptimo del artículo 20 de la ley Hipotecaria; y pareciendo insubsanables estos defectos, no procede la anotación preventiva.»

El Presidente de la Audiencia revocó la nota recurrida por el comprador, y la Dirección general, con cita de la Resolución de 15 de Julio de 1916, confirma el auto apelado, con las siguientes consideraciones:

«Ninguno de los razonamientos alegados por el Registrador y en la doctrina por él citada en orden a facultades de los albaceas, es de aplicación al caso actual, en el que, como aclaró la Resolución citada en otro del todo semejante—que debe mantenerse, a pesar de las opiniones de distintos autores que estudian la cuestión siempre desde aquel punto de vista—, no habiéndose verifica-

do la enajenación por iniciativa o voluntad del albacea, sino en virtud de procedimiento de apremio seguido judicialmente, no es pertinente la cuestión de si estaba o no aquél autorizado por la testadora para enajenar bienes de la herencia o si obraba o no en virtud de precepto legal, puesto que, en realidad, la enajenación se ha efectuado independientemente de las facultades que para ello tuviera el propio albacea por un acto de carácter superior y obligatorio para el mismo como representante de la herencia, según el Juzgado; y no está en la competencia del Registrador el examinar los fundamentos que para ello haya tenido.

Tampoco, y por igual razón, puede ponerse en duda la pertinencia de la excepción del párrafo séptimo del artículo 20 de la ley Hipotecaria, ya que las fincas vendidas no llegaron a entrar en poder de los herederos y se hallan inscritas a nombre de la causante de la testamentaria, sobre cuyos bienes han de hacerse y se hacen efectivas aquellas responsabilidades, a tenor de los artículos 902 y 1.064, como originadas para el cumplimiento y validez del testamento.»

ADJUDICACIÓN DE FINCA EN SUBASTA JUDICIAL. AL PACTARSE EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA QUE LA SEGUNDA SUBASTA HABÍA DE CELEBRARSE POR UN TIPO IGUAL A LAS DOS TERCERAS PARTES DEL FIJADO PARA LA PRIMERA, NO SE VA EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 201 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, NI DEL ARTÍCULO 1.872 DEL CÓDIGO CIVIL, PORQUE AQUÉL, AL REGULAR EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL PARA LA EFECTIVIDAD DE LA HIPOTECA, LO HACE CON CARÁCTER MARCADAMENTE PERMISIVO EN CUANTO A SU MODIFICACIÓN, QUE CONFIRMA LA REFERENCIA QUE EN ÉL SE HACE AL CITADO EN SEGUNDO LUGAR, QUE CONSAGRA LA LIBERTAD DE LOS CONTRATANTES.

EL HECHO DE HABERSE ADJUDICADO LA FINCA A LA ACREEDORA CONCURRENTEMENTE A LA SUBASTA COMO POSTOR HACE INNECESARIA LA OBSERVANCIA DEL CONTENIDO DEL NÚMERO 3.º DEL CITADO ARTÍCULO 201, QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE DAR CARTA DE PAGO DEL CRÉDITO ASEGURADO.

Resolución de 28 de Junio de 1934. (Gaceta de 28 de Julio.)

Por el Notario de Granada D. Santos Fernández y Santos se autorizó escritura por la que D. Bartolomé Navarro Castro constituía hipoteca sobre finca de su propiedad en garantía de la devolución a doña María Matilde de Zabala del préstamo que éste le hizo de 65.000 pesetas y de 16.000 más para intereses, etcétera, pactándose la facultad de la acreedora de acudir para hacerla efectiva al procedimiento extrajudicial del artículo 201 del Reglamento hipotecario, fijándose como valor para el caso de subasta el de 83.000 pesetas.

Declarada desierta la primera subasta, concurrió la acreedora a la segunda con postura de 55.000 pesetas, otorgándose, en rebelía del deudor, escritura de adjudicación a la misma ante dicho Notario, en la que se dice que como por efecto del procedimiento se había extinguido la hipoteca, no habiendo alcanzado el precio del remate para satisfacer un crédito por el cual fué embargada la finca—anotado con posterioridad a la hipoteca—, solicitaba la cancelación de dicha anotación, conforme a lo dispuesto en el número 3.º del citado artículo.

El Registrador de la Propiedad de Alhama, de Granada, puso en la escritura nota denegando la inscripción del precedente documento por contener los defectos siguientes: 1.º Haberse admitido en la segunda subasta postura inferior al tipo de tasación, en contra de lo que expresamente establece el párrafo tercero del artículo 201 del vigente Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria y el 1.872 del Código civil. 2.º No darse carta de pago del crédito asegurado, de conformidad a lo establecido en el mismo párrafo del artículo antes expresado; y 3.º No dar fe el Notario autorizante de lo manifestado por la compareciente en cuanto al procedimiento seguido. Y siendo insubsanables tales defectos, tampoco es admisible la anotación preventiva. La cancelación que se solicita en el apartado 8.º de la precedente escritura no procede con arreglo a lo dispuesto en el artículo 84 de la ley Hipotecaria.

Confirmó el Presidente de la Audiencia la calificación del Registrador en cuanto a los dos primeros extremos de la nota, no

aceptando el tercero, y en alzada del Notario la Dirección general revoca el auto apelado, con los siguientes razonamientos:

Dados los términos en que ha sido planteado el recurso y la apelación, únicamente deben ser examinadas y resueltas las cuestiones que plantean los dos primeros motivos de la nota, o sea la que pudiéramos llamar de fondo, referente a la adjudicación en segunda subasta, por un tipo inferior al de la tasación, y la marcadamente formal, consistente en haberse omitido la expresión de dar carta de pago del crédito asegurado por la hipoteca.

Siendo inherente a la naturaleza de ésta el derecho del acreedor a disponer de la cosa hipotecada, a fin de obtener un pago que el deudor demora o resiste, lo único que hay que averiguar, tratándose del procedimiento extrajudicial y en cuanto al primer motivo, es si aquella rebaja en el tipo establecido en la escritura reúne todas las condiciones exigidas por la Ley y la moral, o si, por el contrario, se aparta de los principios fundamentales y sustantivos establecidos en garantía de los deudores.

Como tiene repetidamente declarado este Centro, el artículo 201 del Reglamento hipotecario, al regular dicho procedimiento, lo hace con un carácter marcadamente permisivo, estando sus disposiciones consignadas *ad exemplum*, como lo demuestra, no sólo los términos en que aparecen redactados, sino la referencia que hace el artículo 1.255 del Código civil, que consagra la libertad de los contratantes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

Establecida esta libertad y pactado en la escritura de constitución de hipoteca que la segunda subasta se celebraría «bajo el tipo de las dos terceras partes del fijado», no puede estimarse tal pacto como contrario a la Ley, ni a la moral ni al orden público, que caracteriza a las normas procesales, y menos, si se tiene en cuenta que la adjudicación se hizo por una cantidad que sobrepasa las posibilidades establecidas en los procedimientos de carácter judicial, según los artículos 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil y regla 12 del artículo 131 de la ley Hipotecaria, preceptos que, por su carácter, alejan toda presunción de inmoralidad.

Respecto al segundo motivo, estando claramente determinado en la escritura de adjudicación que la acreedora concurrió a la su-

basta como postor por medio de su apoderado y que como tal se le adjudicó la finca, no se está en el caso previsto en el número 3.º del artículo 201 citado, de obligatoria observancia en el supuesto distinto de quedar desierta la segunda subasta y adjudicarse el inmueble a la acreedora.

La precedente Resolución repite la doctrina ya expuesta en las dos que en ella se citan: 1.º de Julio—debe ser 11—de 1930 y 25 de Agosto de 1933. (Gacetas de 8 de Septiembre de 1930 y 13 de Septiembre de 1933. Págs. 959 del número 72 y 933 del número 108 de esta REVISTA.)

En ambas se establece que el contenido del tan citado artículo 201 no tiene carácter coactivo o taxativo y que se halla consignado como modelo que cuenta con la garantía legal, por lo cual el que los otorgantes intenten separarse en algún extremo de su contenido no lleva consigo la presunción de ilicitud si el procedimiento ideado se ajusta a las leyes y respeta a deudores y terceros con inscripción anterior.

COMPRAVENTA. TÍTULO PARA JUSTIFICAR LA ADQUISICIÓN ANTERIOR A 1.º DE ENERO DE 1932. LA INFORMACIÓN «AD PERPETUAM», POR LA QUE UN AYUNTAMIENTO ACREDITA LOS BIENES DE APROVECHAMIENTO COMUNAL EXCEPTUADOS DE LA DESAMORTIZACIÓN CIVIL, NO ES TÍTULO QUE JUSTIFIQUE DICHA ADQUISICIÓN ANTERIOR, YA QUE NI FIJA CON PRECISIÓN LA EXTENSIÓN DEL DERECHO CONSTITUIDO NI ES ADECUADO A LA NATURALEZA DEL ACTO, POR LO QUE LA ESCRITURA DE VENTA QUE SE INVOKA COMO ANTECEDENTE NO SE HALLA BIEN EXTENDIDA, SIN PERJUICIO DE QUE EL REGISTRADOR LA INSCRIBA EN VIRTUD DE HALLARSE INSCRITA LA FINCA EN POSESIÓN A FAVOR DE LA ENTIDAD VENDEDORA.

Resolución de 3 de Julio de 1934. (Gaceta de 1.º de Agosto.)

El Registrador de la Propiedad de Tudela denegó la inscripción de una escritura por la que el Síndico de un Ayuntamiento, en escritura otorgada ante el Notario de dicha población, D. Felipe Flórez López, vendió un solar que pertenecía al Municipio,

según se acreditaba con la información para perpetua memoria, aprobado por el Juzgado de primera instancia en 1864, y protocoladas las diligencias ante Notario, «por no ser la información invocada medio legal de justificar la posesión ni el dominio a favor del Ayuntamiento de Fustiñana. Está pendiente de inscripción otro título referente, al parecer, a las mismas fincas, cuya calificación pudiera afectar al que refiere esta escritura. Asimismo pudiera ser, en su caso, causa que impida la inscripción el hallarse incluida la finca vendida en la base 20 de la ley de Reforma Agraria. Se extiende esta nota a petición expresa del presentante. No se ha solicitado anotación preventiva que, en otro caso, procedería denegar». Y al final de la copia de las diligencias para perpetua memoria, la que es del tenor que sigue: «Presentado con la escritura número 250 de 1933 del Sr. Flórez, Notario de Tudela. No admitida la inscripción del título precedente por no ser el acto que refiere medio legal de justificar la posesión ni el dominio a favor del Ayuntamiento de Fustiñana. Está pendiente de inscripción otro título referente, al parecer, a las mismas fincas. Se extiende esta nota a petición expresa del presentante. No se ha solicitado anotación preventiva, que no sería procedente.»

El primer incidente del recurso interpuesto por el Notario, o sea la negativa de su personalidad para interponerlo que declaró el Presidente de la Audiencia, fué resuelto por la Dirección general, revocando el auto de aquél en Resolución de 10 de Enero último (*Gaceta* de 17 de Febrero. Pág. 290 del número 112 de esta REVISTA).

En cuanto al fondo del asunto, reducido a declarar que la escritura se hallaba bien extendida y que la información de referencia era medio hábil para justificar la posesión, a los efectos registrables, así lo declaró el Presidente, y la Dirección acuerda declarar que la escritura no se halla extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, en cuanto en ella se invoca la información para perpetua memoria como título que justifica la adquisición anterior a 1.º de Enero de 1932; sin perjuicio de quedar en libertad el Registrador para proceder a inscribir la referida escritura, tomando como base la inscripción de posesión practicada, con los siguientes argumentos:

La cuestión a resolver en este recurso debe limitarse, con las

posibles derivaciones, a la calificación del Registrador de no ser la información para perpetua memoria, invocada por el Notario en la escritura de venta, documento bastante para justificar la adquisición del derecho que se pretende inscribir, ya que las demás ni han sido realmente planteadas, ni discutidas, ni tienen hoy virtualidad alguna, a los efectos de la inscripción perseguida, desde el momento en que la finca «Común de las Eras» fué inscrita a favor del Ayuntamiento de Fustiñana, como consecuencia de la certificación posesoria expedida con posterioridad.

A tal fin es de pertinente aplicación la doctrina establecida por la Resolución de 30 de Diciembre de 1909, al establecer que los documentos que justifiquen la adquisición de un inmueble reúnan los requisitos exigidos para su inscripción al tiempo de su otorgamiento o autorización, en cuyo sentido es evidente que la información relacionada no fija con la necesaria precisión la extensión del derecho constituido ni es título adecuado a la naturaleza del acto, aun reconociéndose su cualidad de fehaciente.

Por las mismas razones, no siendo la información *ad perpetuam* forma documental adecuada para justificar el derecho de referencia, tampoco es posible que sirva como título para robustecer la inscripción de posesión practicada, y mucho menos si se tiene en cuenta, mirando al elemento formal del recurso, el momento en que se practicó.

REGISTRO MERCANTIL. RECURSO GUBERNATIVO. PERSONALIDAD PARA INTERPONERLO. LA TIENE EL DIRECTOR GERENTE DE UNA SOCIEDAD CONTRA LA NEGATIVA DE INSCRIPCIÓN POR EL REGISTRADOR MERCANTIL DE UNA ESCRITURA, TODA VEZ QUE SE TRATA DE UN ACTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA QUE NO EXIGE ACUERDO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, SÓLO NECESARIO, EN ESTE CASO, PARA INTERPONER LITIGIOS, BASTANDO LA REPRESENTACIÓN QUE AQUÉL TIENE PARA COMPARECER ANTE OFICINAS PÚBLICAS.

Resolución de 14 de Julio de 1934. (Gaceta de 22 de Agosto.)

El Registrador mercantil de Pontevedra negó la inscripción

de una escritura de modificación de los Estatutos de la Sociedad «Vapores de Pasaje y Turismo, S. A.», domiciliada en Vigo, y otorgada ante el Notario de dicha ciudad D. Manuel Rivademar Lojo, por contener defectos. Interpuesto recurso por el Director Gerente, dictó el Registrador acuerdo por el que, sin resolver en cuanto al fondo de la petición de reforma de la calificación y sin perjuicio del superior criterio de este Centro, al que ordenó la remisión del expediente, declaró la falta de personalidad del Director Gerente de la Compañía «Vapores de Pasaje y Turismo, S. A.», para interponer el recurso, por entender que tal función era de la competencia del Consejo de Administración, ya que, según el artículo 31 de los Estatutos de la Sociedad, apartado J), le correspondía «la interposición de las acciones judiciales o el personamiento en toda clase de litigios, así como el otorgamiento de los poderes necesarios para ello», pues el Director Gerente sólo podía ejercitar las facultades que en dichos Estatutos se le marcaban, entre otras la del apartado C) del artículo 36, según el cual tenía la representación de la Sociedad ante los Tribunales, oficinas públicas, Autoridades y funcionarios.

La Dirección general revoca el acuerdo del Registrador, declara la personalidad de dicho Gerente para interponer el recurso, y acuerda devolver el expediente al Registrador para que dicte acuerdo, de conformidad con lo prevenido en el artículo 77 del Reglamento del Registro Mercantil, con los siguientes considerandos:

«El acuerdo del Registrador, fundado en el apartado J) del artículo 31 de los Estatutos sociales, que exige acuerdo del Consejo de Administración para la «interposición de toda clase de litigios», prejuzga con inexactitud el verdadero carácter del recurso gubernativo, que, según la técnica registral moderna, ha de situarse dentro de la jurisdicción voluntaria y no en el campo propio de la contenciosa, criterio confirmado, además, por los artículos 65 y 66 del Reglamento vigente del Registro Mercantil, al dejar a salvo el ejercicio de las correspondientes acciones ante la Autoridad judicial, cualquiera que sea la resolución recaída en el recurso.

Así determinado el carácter y alcance del recurso gubernativo, la personalidad para interponerlo pudo y debió decidirse de con-

formidad con lo dispuesto en el artículo 36 de los Estatutos sociales, que conceden al Director Gerente la representación de la Sociedad ante las oficinas públicas, Autoridades y funcionarios, y no en razón a lo establecido en el 31 de los mismos.

Con arreglo a lo prevenido en el artículo 76 del Reglamento vigente de 20 de Septiembre de 1919, nada procede resolver respecto de los documentos aportados por la representación de la Sociedad anónima expresada, que tuvieron entrada en este Centro en 19 de Marzo último, porque no fueron conocidos ni calificados por el Registrador en tiempo oportuno.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas: Glorieta de Bilbao, 6 y Glorieta de Atocha

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas

Capital desembolsado 51.355.500 —

Reservas 65.208.261,45 —

400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo

Este Banco realiza toda clase de operaciones bancarias.—Compra y venta de valores.—Descuento y cobro de cupones y títulos amortizados.—Custodia de valores.—Giros, transferencias, cartas de crédito, órdenes telegráficas sobre todos los países del mundo.—Aceptaciones, domiciliaciones, créditos comerciales simples y documentarios, etc., etc....

TIPOS DE INTERES

I. — Cuentas corrientes.

A la vista 2 por 100 anual.

II. — Operaciones de ahorro.

A) *Libretas ordinarias de ahorro* de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas 3 1/2 por 100 anual.

B) *Imposiciones.*

Imposiciones a plazo de tres meses 3 por 100 anual.

Idem a seis meses 3,60 — —

Idem a doce meses o más 4 — —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de correos, núm. 297

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

40. *Inexistencia de contrato.—Revocabilidad de los poderes de los Administradores de las Compañías anónimas.* Sentencia de 28 de Junio de 1934.

Constituída una Sociedad anónima con arreglo a determinados Estatutos, en los que se fijaban las facultades del Consejo de Administración, el Presidente de éste firmó con D. L. L. un documento privado en el que se nombraba al citado D. L., con carácter vitalicio, Director general, con sueldo de 60.000 pesetas anuales y un 5 por 100 de participación, con derecho, en caso de fallecimiento, a percibir su familia el capital que se indicaba. Disconforme la Compañía con tal contrato, interpuso demanda contra D. L. L., y el Juzgado y la Audiencia declararon la nulidad del mismo y nulas las cláusulas relativas a duración e indemnizaciones. Interpuesto recurso por el demandado, lo rechaza el Supremo, considerando que si bien la justicia en el orden civil es de naturaleza rogada y por ello los Tribunales han de sujetarse en sus fallos a lo solicitado por las partes, conforme se ordena en el artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, no es lícito suponer que esa doctrina queda infringida cuando el Tribunal sentenciador, en concordancia con las peticiones del demandante, decide extremos implícitamente contenidos en las cuestiones propuestas y discutidas en el pleito, aunque no se ajuste literalmente a los términos de la súplica de la demanda, como esta Sala ha declarado repetidas veces; por tanto, en el presente caso, al declarar el Tribunal *a quo* nulo e inexistente por falta de consen-

timiento el contrato privado de 28 de Abril de 1927, no incurrió en el vicio de incongruencia que se alega en el primer motivo del recurso apoyado en el número segundo del artículo 1.692 de la ley Procesal, por cuanto, aunque en la súplica de la demanda reiterada en la réplica se pidió tan sólo que se declarase nulo y sin ningún valor ni efecto el aludido contrato, es lo cierto que su inexistencia fué objeto de debate y base de los fundamentos de derecho primero y cuarto de la demanda, con invocación del artículo 1.621 del Código civil, como reconoce el propio recurrente; porque la nulidad de los actos y contratos es uno de los conceptos más confusos del Derecho civil, en que los términos ineficacia, inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad y otros se usan por los Códigos, y aun por los autores, con gran imprecisión, no mencionando nuestro Código civil en forma expresa la inexistencia, de lo que se sigue en la petición de nulidad de la súplica, dado lo anteriormente dicho, se hallaba implícitamente contenida la inexistencia.

Que las cuestiones a resolver por el planteamiento del segundo motivo del recurso apoyado en los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil en que se invocan como infringidos por violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.309 y 1.727 del Código civil, 155 y 255 del de Comercio y 1.º, 22, 23 y 40 de los Estatutos, y se señalan como documentos auténticos la escritura social y el contrato litigioso, son, en esencia, las siguientes: Si la competencia estatutaria para el otorgamiento del contrato de autos está definida a favor del Consejo, por tratarse de asunto relativo a la administración de la Sociedad no reservada a la Junta general, como el recurrente pretende, o si, por el contrario, como se afirma en la sentencia recurrida, aquel contrato es nulo por contener estipulaciones contrarias a la Ley, e ineficaz por falta de consentimiento del Consejo de Administración; y si acaso alguna de sus estipulaciones constituyese una efectiva extralimitación del Consejo, ello no acarrearía la nulidad absoluta del contrato, sino a lo sumo una relativa nulidad, que, a más de afectar tan sólo a la cláusula en que se cometió el exceso y fué objeto de confirmación tácita, que es lo pretendido en el recurso o, en caso opuesto, si la extralimitación del Consejo determinaría la nulidad de

pleno derecho del acto concertado, como se sostiene por la Sala sentenciadora.

Que el contrato formalizado por documento privado fecha 28 de Abril de 1927 entre D. L. P., como Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad, facultado por el Consejo de Administración de la misma, y el recurrente, D. L. L., aun cuando en él se asigna al último un doble carácter al nombrarle Director general técnico, tiene, en realidad, un contrato de mandato por la extensión de los poderes conferidos, ya que en su cláusula C) se dice literalmente que tendrá los más extensos poderes para la administración de la Sociedad, de todas sus filiales, casas de comercio o armamento de buques de que la Sociedad tenga el control, como así lo calificó acertadamente el Tribunal *a quo*, lo que el recurso no combate, mandato que al ser conferido por el Consejo, órgano colectivo de gestión de la entidad, mandatario a su vez de la Junta general de accionistas, tenía para ser más eficaz jurídicamente que ajustarse a los Estatutos y a la Ley.

Que las cláusulas contenidas en tan repetido contrato referente a que D. L. L. se compromete de por vida con la Sociedad a no crearle dificultad de ningún género y a prestarle sus servicios como Director general técnico, a que la Sociedad se compromete por su parte a tener mientras viva el señor L. como Director general técnico, a reconocer a D. L. L..., de cuyo nombramiento vitalicio de Director general técnico se ha hecho mención más arriba, los más extensos poderes para la administración de la Sociedad, de todas sus filiales, casas de comercio o armamentos de buques de que la Sociedad tenga el control, a percibir para sus gastos de representación, aparte de una indemnización anual de 60.000 pesetas, el 5 por 100 de los beneficios netos de la Sociedad y de todas sus filiales que ella funde y sobre las que tenga el control, después de deducir los gastos generales, sin tener en cuenta ni las amortizaciones ni los dividendos y, por último, convenir desde ahora y para siempre que la ruptura de este contrato o el incumplimiento de una de sus cláusulas dará derecho a una indemnización de un millón de pesetas a pagar por la parte causante en favor de la otra, cuyas cláusulas contienen el contenido esencial del contrato, son unas contrarias a la Ley y otras infringen los Estatutos sociales, por cuanto la irrevocabilidad del mandato que en él se pacta con la

pena de indemnización, caso de revocación, es evidentemente nula, con infracción de los artículos 1.733 del Código civil y 122, 125 y 279 del de Comercio, ya que la revocabilidad de los poderes de los administradores de las Compañías anónimas *es considerada por todos los tratadistas como de orden público*, por ser susceptibles esencialmente de ser revocados *ad nutum*, nulidad de pleno derecho, por violar una prescripción legal, y que no es susceptible de confirmación; y la cláusula en que se acuerda conceder al recurrente una participación de un 5 por 100 en los beneficios, con preferencia y prioridad a las amortizaciones y dividendos, altera visiblemente la distribución estatutaria, fijada en su artículo 40, e infringe el artículo 36 de los propios Estatutos, los que sólo pueden modificarse por la Junta general extraordinaria, y además los artículos 121 y 154 del Código de Comercio; y como el Consejo de Administración, al concertar el contrato, no estaba capacitado para dar aquello que no tenía, es visto que el tan aludido pacto es ineficaz, por falta de consentimiento, y al declararlo así la sentencia recurrida no infringió los preceptos legales que se invocan en el segundo motivo del recurso, que debe ser desestimado; y que el tercer motivo no puede en forma alguna prosperar, porque en él se sostiene, en síntesis, que el contrato contiene cláusula arbitral para decidir las diferencias que surjan en su cumplimiento, y, aun cuando ello es cierto, como se declara la nulidad y la inexistencia del mismo, no puede tener efecto aquella estipulación que presupone la validez del contrato.

* * *

Acerca de los conceptos de inexistencia, nulidad, etc., recordamos la sentencia de 1 de Marzo de 1932 (REVISTA CRÍTICA, IX, página 62), en la que aparece una breve nota bibliográfica. A los trabajos allí citados de Lavandera y Traviesas pueden agregarse: Oertmann, Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos. Revista de Derecho Privado, tomo XVI, pág. 65. En cuanto a la nulidad de orden público, a que se refiere el Supremo, puede verse: Kayser, Les-nullités d'ordre public, en Revue Trimestrielle de Droit Civil, tomo XXXII, pág. 1.115. Cohendy, Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public (en la misma Revista, tomo XIII, pág. 33).

Con relación a los Directores generales de las Sociedades anónimas (y revocabilidad «ad nutum», a que alude la sentencia), véase Pic: De l'administrateur délégué, du directeur général et du directeur technique dans les Sociétés anonymes, en la misma Revista, tomo XII, pág. 693.

El estudio de poderes irrevocables puede hacerse en Hupka, La representación voluntaria en los negocios jurídicos, Madrid, 1930, pág. 377. Véase la bibliografía referente a representación en la Sentencia de 7 de Junio de 1934 (REVISTA CRÍTICA, X, pág. 634). Acerca de la revocación de poderes, véase Saguer, Revocación de mandato, en Revista Jurídica de Cataluña, tomo VI, pág. 209.

41. *Culpa.—Muerte causada en atropello de automóvil, conducido por un chofer que tenía prohibido por su principal sacarlo fuera de los actos de servicio.—Irresponsabilidad de la propietaria del vehículo. Sentencia de 6 de Julio de 1934.*

Cometido por un chofer, que había sacado el coche del garaje sin la debida autorización de su dueño, un atropello, que ocasionó la muerte de una persona, fué condenada la propietaria del vehículo; pero el Supremo establece la verdadera doctrina en los siguientes:

Considerando que la responsabilidad impuesta a los dueños en el artículo 1.903 del Código civil, por los perjuicios causados por sus dependientes, sólo es exigible cuando los causen en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones, y estimando por la Sala sentenciadora que el dependiente M. Z., en las primeras horas de la madrugada del 2 de Julio de 1929, sacó el coche del garaje y tomando en aquél varios amigos recorrió con ellos diferentes calles de Madrid, deteniéndose en los establecimientos que a bien tuvieron, ocurriendo el accidente que determinó la muerte de A. P. E. cuando proseguía la ruta de tan arbitrario recorrido, aunque se haya alegado que el chofer no tuviese de su principal, la señora J., otra prohibición que la general de no permitir que sus amigos usaran el coche, es indudable que tales hechos no pueden considerarse como funciones del dependiente Z., máxime si se tiene en cuenta que el alegre y arbitrario recorrido se llevó a cabo con la prohibición expresa de la dueña del auto, la cual, sin duda, quiso evitar accidentes como

el que ocurrió; y sin que sea obstáculo para esta apreciación el hecho de que Z. se propusiera realizar pruebas, pues no resulta que las efectuara en la ocasión de referencia, ni las calles de F., S. B. y otras céntricas que recorrieron son a propósito para realizarlas.

Considerando que si el hecho tuvo lugar, no al realizar un servicio encomendado, sino cuando se ejecutaba un acto prohibido, y, a mayor abundamiento, el dependiente tenía carnet de conductor de automóviles, la dueña no le autorizó para coger el vehículo, según se consigna en el auto de procesamiento de Z., y usó de él no obstante la prohibición ya repetida, es evidente que en la ocasión de autos doña P. J. había empleado la diligencia de un buen padre de familia, para prevenir el daño, no pudiendo, por tanto, exigírsele responsabilidad, y, en consecuencia, al no estimarlo así el Tribunal *a quo*, ha infringido, por aplicación indebida, el artículo 1.903 del Código civil, dando lugar a la casación.

* * *

Véase la nota inserta al final de la Sentencia de 12 de Marzo de 1934 (REVISTA CRÍTICA, tomo X, pág. 471) y la Sentencia de 23 de Marzo de 1932 (REVISTA CRÍTICA, IX, 213). Para la responsabilidad derivada de accidentes de automóvil puede consultarse: Salmerón, La defensa del conductor en el nuevo Código penal, Barcelona, 1929. Colom y Marimón, Compendio jurídico del accidente de automóvil, Barcelona, 1933 (con abundantes notas bibliográficas). Fischer, Los daños civiles y su reparación, Madrid, 1928. Gay de Montellá, El problema de la responsabilidad civil resultante de los accidentes de automóvil, Revista Jurídica de Cataluña, tomo XV, pág. 103. Wahl, La responsabilité civile relative aux accidents d'automobiles. Revue Trimestrielle de Droit Civil, tomo VII, pág. 1. Sobre responsabilidad, véase Mazeaud, Responsabilité delictuelle et responsabilité contractuelle, en Revue Trimestrielle de Droit Civil, tomo XXVIII, pág. 551. Gaudemet, Une évolution nouvelle dans la théorie de la responsabilité civile (en la misma Revista, tomo XXVI, pág. 893). Becqué, De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle (en la misma Revista, tomo XIII, pág. 251). Geny, Risques et responsabilité (en la misma Revista, tomo I, pág. 812).

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

42. *Divorcio de extranjeros.*—*Los Tribunales españoles, ¿han de aplicar la ley nacional de los cónyuges o la legislación española de divorcio?* Sentencia de 10 de Julio de 1934.

En pleito de divorcio de un matrimonio, en el que el marido es de nacionalidad italiana, interesó el Fiscal la desestimación de la demanda por tal circunstancia, e interpuesto recurso por la mujer contra la decisión de la Audiencia, lo admite el Supremo, de acuerdo con la siguiente doctrina:

Considerando que en el presente divorcio no se trata de una cuestión de competencia entre Tribunales españoles e italianos, ya que los Tribunales españoles tienen competencia, conforme al artículo 51 de la ley de Enjuiciamiento civil, para conocer de toda cuestión que en nuestro territorio se suscite entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, y por ello nuestros Tribunales no pueden declinar su jurisdicción en favor de los extranjeros, salvo cuando otra cosa se haya pactado en los Tratados internacionales, según el artículo 70 de igual Ley, siendo tal principio de competencia independiente de cuantas leyes y reglas puedan ser aplicables por los Tribunales de España, conforme a las teorías de los respectivos Estatutos, que es precisamente la cuestión del presente divorcio, esto es, si los Tribunales españoles, cuya competencia es indudable, deben o no aplicar al caso litigioso la Ley española o la italiana, por ser italiano el marido, sin que, además, la incompetencia de jurisdicción alegada por la mujer en su recurso pueda explicarse en cuanto a los Tribunales españoles, ya que fué ella la primera que sometió y acudió a los citados Tribunales y sigue en su recurso afirmando y defendiendo su competencia.

Considerando que, sentado lo anterior, hay que tener en cuenta el hecho esencial de que estando ambos litigantes conformes en que se resolviera su divorcio por la Ley española, única que invocaron en sus respectivos escritos y alegaciones, fué el Ministerio Fiscal el que, no al contestar la demanda, ni durante la tramitación del pleito en el Juzgado, sino en el acto de la vista, ante la Audiencia, «interesó la desestimación de la demanda, por ser el demandado súbdito italiano, y no ser de aplicación para él la le-

gislación española, conforme al artículo 9.º del Código civil», sin añadir más preceptos legales, sin apreciar la legislación aplicable ni invocar disposición de la italiana en que fundar su petición, ni recurrir de la sentencia en que la Audiencia, al fallar, desestimando la demanda, reconoce indirectamente su competencia, y no habiéndose alegado, y menos probado, el derecho material italiano, esto es, las leyes vigentes y los preceptos reguladores del divorcio entre italianos, procede declarar que la Ley aplicable, tanto por la voluntad expresa de los cónyuges como por no haberse alegado otra, es la Ley española.

Considerando que aplicando los preceptos de nuestra ley de Divorcio, tanto a las peticiones del recurso como al fondo del asunto, y examinada la injusticia notoria en aquél alegada, es indudable una evidente contradicción, más que entre dos resoluciones de las dos Salas de la Audiencia de esta capital, entre los dos considerandos y el fallo de la sentencia recurrida, que no armonizan, porque si en el primer considerando se afirma y se sostiene que al extranjero le acompaña su estado y capacidad, debiéndosele por ello aplicar las leyes de su país; que siguen al individuo, mientras no contradigan los principios de orden y los intereses de la nación en que hace sus declaraciones, y en el segundo fundamento se hace la declaración de que ambos cónyuges son italianos, la lógica y legal consecuencia era o no aplicar la legislación italiana o abstenerse de fallar en cuanto al fondo, por no ser de aplicación la Ley española; pero ni se cita en la sentencia precepto alguno de aquella legislación ni se deja de fallar en el fondo, puesto que se desestima la demanda sin reserva ni aditamento alguno, y ello constituye una injusticia notoria en la interpretación y en la aplicación de la ley de Divorcio, porque la desestimación total y absoluta de una demanda de divorcio tiene que basarse en la Ley especial que regula éste, y lo que procede evidentemente, con arreglo a la citada Ley, en el actual caso, es la estimación de la demanda, que, fundada en la causa 12 de su artículo 3.º, o sea en la separación de hecho en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años, resulta completamente acreditada, tanto por aceptación y conformidad del marido como por la prueba practicada a instancia de ambos cónyuges.

Considerando que por lo expuesto, procede aceptar el moti-

vo de injusticia notoria alegado en el recurso y revisar la sentencia recurrida.

* * *

Es de mayor interés la doctrina que se desprende de la sentencia anterior. No es la primera vez que el Supremo tiene que rectificar el criterio de la Audiencia de Madrid. Recuérdesse el caso de la Sentencia de 9 de Febrero último (REVISTA CRÍTICA, número 112, pág. 305), en la que se reconoce la competencia de los Tribunales españoles para conocer de la nulidad de un matrimonio de españoles celebrado en el extranjero. En el caso actual, la cuestión es diferente y de una gran dificultad; se trata nada menos que de la posibilidad de la aplicación de la Ley española, en asunto tan importante como es la materia de divorcio, a unos súbditos italianos. Recomendamos la lectura de las páginas 136 y siguientes de la obra de Lasala «Sistema español de Derecho civil internacional e interregional» (Madrid, 1933 (?), ya citada otras veces, en las que se analiza el problema, desde el punto de vista de la licitud de divorcio dictado por Tribunales extranjeros (Real orden de 16 de Febrero de 1917, que rechaza un divorcio decretado en Méjico), la admisión por los Tribunales extranjeros de demandas de divorcio interpuestas por españoles y la aplicación de la Ley española por los Tribunales de España al divorcio de una mujer (española) casada con un italiano (Sentencia de 27 de Enero de 1933). Es innecesario recordar que, con arreglo al artículo 148 del Código civil italiano, la causa única de disolución del matrimonio es la muerte (Véase Ruggiero: «Instituciones de Derecho civil», II, pág. 834). A este respecto debemos citar el trabajo de F. de Castro «La Constitución española y el Derecho internacional privado» (Revista de Derecho Privado, tomo XIX, página 103), donde se plantea la cuestión de la sentencia en el supuesto de que el derecho de los cónyuges o del marido no permita el divorcio. El Supremo, de acuerdo con el espíritu de la Constitución, se decide por la primera solución expuesta por Castro, o sea la aplicación del Derecho español. Véanse los comentarios de Castro a la sentencia antes citada, de 27 de Enero de 1933, en Revista de Derecho Privado, tomo XX, pág. 129.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia