

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-  
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

---

Año IX

Julio de 1933

Núm. 103

---

## LA HIPOTECA NAVAL<sup>(1)</sup>

### ELEMENTOS FORMALES DEL CONTRATO DE HIPOTECA

Se requiere como condición primera la forma escrita, y esto es lógico, desde el momento en que se trata de casos y contratos que posteriormente van a inscribirse en un registro público, o que al menos han de inscribirse si es que se quiere lograr su efectividad. Pero ese documento en que se haga constar la constitución de la hipoteca naval no tiene necesariamente que ser de carácter público, sino que basta con que sea un simple documento privado. Es excepción de esta norma, generalizada en todos los países, el Código de Comercio del Uruguay, que exige que la hipoteca naval se haga constar en escritura pública. En nuestra legislación es dispositivo en esta materia el artículo 3.<sup>º</sup> de la ley de Hipoteca naval ; según se deduce del contenido de este artículo, puede constar la hipoteca naval :

- 1.<sup>º</sup> En escritura pública.
- 2.<sup>º</sup> En póliza de agente mediador del comercio.
- 3.<sup>º</sup> En simple documento privado.

En caso de que se emplee esta última forma de constitución exígese como requisito mínimo indispensable que se presente el perjudicado por la hipoteca ante el funcionario encargado de registrarla.

La inscripción produce efectos constitutivos ; tal se deduce del artículo 14 de la ley de Hipoteca naval, según el cual para que la hipoteca surta sus efectos ha de hallarse inscrita ; de esto se deduce

(1) Véanse los números 99, 100 y 101 de esta Revista.

que la hipoteca como derecho real, como *jus in re* no nace, para los efectos entre las partes y frente a terceros, sino en el momento de la inscripción de la misma en el Registro; aun cuando exista la causa (convención) creadora de la hipoteca, no puede considerarse a ésta formada como derecho real; en esas condiciones no es oponible a terceros, y entre las partes producirá una obligación de carácter meramente personal. Segundo esto, el acreedor que lo sea en virtud de la hipoteca no inscrita poseerá la condición de un simple acreedor quirografario. Chironi dice que si bien la hipoteca se crea por la voluntad, se constituye por la formalidad de la inscripción; y como afirma acertadamente Brunetti, acto creador del derecho de hipoteca es el hecho jurídico continente de la concesión del poder de inscribir la hipoteca; pero en él no se comprende el derecho real, sino sólo el derecho de constituirlo o de exigir su constitución: que consistiendo la garantía en la preferencia, existe garantía en cuanto el vínculo se haya establecido con efectos frente a terceros; la investidura del derecho en el acreedor se cumple exclusivamente por la inscripción, ya que sin ésta carecería del derecho de persecución (porque la persecución perjudica a terceros y sin inscripción éstos no pueden resultar perjudicados), y siendo éste el derecho esencial por excelencia, de todos los integrantes de la hipoteca, en el acreedor, es evidente que la hipoteca, al no existir él, existiría imperfecta, sin posibilidad de producir sus efectos característicos, lo que equivale a no existir.

Todo esto en oposición a la vieja doctrina francesa, que enseñaba ser la formalidad de la inscripción necesaria sólo frente a terceros. Entre nosotros, es esencial para la creación del derecho real incluso entre los contratantes.

Esta distinción es importante en grado sumo, porque estando dirigida la demanda de inscripción a hacer operativo el derecho ya creado, podría hacerse por persona extraña al negocio e incluso por un incapaz; y contrariamente a esto nos encontramos con el párrafo cuarto del artículo 3.<sup>o</sup> de la ley de Hipoteca naval, que exige se presenten a solicitar la inscripción los dos contratantes o cuando menos el que resulte perjudicado por ella y que éste identifique su personalidad ante el Registrador, lo que nos confirma en que es por la inscripción y no por la extensión del contrato por lo que la hipoteca nace; la inscripción es, pues, plena e indubitablemente ele-

mento constitutivo de la hipoteca naval. Celebrado el contrato y no habiéndose éste todavía inscrito, el acreedor tendrá no un derecho de hipoteca, sino un derecho a que ésta se constituya, un derecho para constreñir al deudor a constituirla, y esto en virtud de la obligación personal que del contrato se deriva; pero el derecho de hipoteca sólo con la inscripción nace.

Esto es de sumo interés para los casos de venta del navío o de quiebra del deudor entre la constitución y la inscripción. Y en estos casos entendemos que es el acreedor, que en estas condiciones no será aún hipotecario, el que debe salir perjudicado, pues suya fué la culpa, al no exigir la pronta inscripción del gravamen. Deben exceptuarse, sí, los casos dolosos, en los cuales debe favorecerse siempre a la parte que procedió de buena fe. Pero ésta es ya una cuestión de libre apreciación del Juez.

En cuanto a la constitución de la hipoteca en el extranjero, es de sumo interés el artículo 17 de la ley de Hipoteca naval, que dice: «Si el contrato de hipoteca naval se otorgase en país extranjero, para que surta los efectos que esta ley le atribuye, deberá celebrarse necesariamente ante el Cónsul español del puerto en que tenga lugar, y además inscribirse en el Registro del Consulado, y se anotará en la certificación de propiedad que debe llevar el Capitán, con arreglo al artículo 612 del Código de comercio. El Cónsul español transmitirá inmediatamente copia auténtica del contrato al Registro Mercantil en que la nave se halle matriculada. El Registrador, luego que reciba la copia, deberá efectuar la inscripción en su Registro...»

En el artículo 6.<sup>º</sup> de la ley se marcan la serie de requisitos que deben hacerse constar en la escritura o documento (contrato) en que se pacte la hipoteca, referentes a las personas (número 1.<sup>º</sup>), a las cosas (números 2.<sup>º</sup>, 3.<sup>º</sup> y 4.<sup>º</sup>), al valor de la nave (número 6.<sup>º</sup>), a la identificación e individualización del buque (número 5.<sup>º</sup>) y a la cantidad de que responde cada nave cuando se hipotequen varias (número 7.<sup>º</sup>). Este último requisito hace referencia al principio de determinación, que también se trata en el artículo 11 de la ley.

TRANSMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA.—HIPOTECAS A LA ORDEN  
Y AL PORTADOR

En derecho real, que aparece con la constitución de la hipoteca sobre el buque, debe ser transmisible no menos que el que resulta de la constitución de una hipoteca ordinaria, según el Derecho civil; en esto, como nuestra misma ley de Hipoteca naval confirma, al remitirse al Código civil, rigen íntegramente los principios de Derecho común.

Esa transmisibilidad puede considerarse bajo dos aspectos: como transmisibilidad activa y como transmisibilidad pasiva. La transmisibilidad activa autoriza al acreedor para disponer de su derecho a favor de otra persona siempre que se observen las formas reconocidas por las leyes. Y en virtud de la transmisibilidad pasiva el derecho que el acreedor hipotecario tiene sobre el buque perdura siempre y acompaña a la cosa misma, sea cual fuere el modo de transmisión que se emplease, y la carga que en ella gravita pasa a los terceros poseedores de la cosa misma. Son estos conceptos de sobra conocidos para que insistamos más en ellos. Sin embargo, por la especialidad del caso, estimamos digno de reproducción el artículo 40 de la ley de Hipoteca naval, que regula las condiciones en las cuales ha de enajenarse el buque, en el caso de que el adquirente sea un extranjero; se ve aquí el justificado interés de la ley en proteger al acreedor hipotecario. Dice así el mencionado artículo 40: «Los buques gravados con hipoteca no podrán enajenarse a un extranjero sin consentimiento del acreedor hipotecario o sin que previamente el vendedor consigne el importe del crédito asegurado con la hipoteca, en la forma prevenida en los artículos 1.177 a 1.180 del Código civil. La venta otorgada con infracción de lo dispuesto en el párrafo anterior será nula y el vendedor incurrirá en la pena señalada en el artículo 547 del Código penal.»

Cuanto más se favorezca y facilite la transmisibilidad activa del derecho real de hipoteca, es decir, cuanto más sencillos sean los medios que el acreedor hipotecario tenga a su alcance para transmitir su crédito, tanto más se fomenta y desarrolla el crédito marítimo; desde el momento en que el acreedor hipotecario pueda

con sencillez convertir en numerario su crédito, no tendrá inconveniente, o los tendrá en menor número, en colocar sus capitales en este género de negocios. Pues bien: existen dos clases de hipotecas, cuya transmisión es sumamente sencilla y rápida: *son las hipotecas constituidas a la orden o simplemente al portador.*

Veamos el caso del título de la hipoteca naval constituida a la orden. Las razones que en el párrafo precedente hemos expuesto justifican la sencillez y la celeridad de la transmisión como notas que fomentan el desarrollo del crédito hipotecario naval, aparte, naturalmente, de que es un interés muy sentido en el comercio y en la industria la simplicidad y la celeridad de las operaciones. Sentadas las ventajas de esta clase de sistemas vemos que, si la hipoteca naval se constituye a la orden, el acreedor podrá disponer de su crédito por simple endoso, sin que sea necesaria una nueva inscripción en el Registro ni aun una notificación al deudor; esto por lo que a la técnica del endoso respecta; el traslado debe efectuarse por potestad de la ley en virtud del solo endoso. Pero esto no es una especialidad del Derecho marítimo, sino una aplicación o extensión a su materia del Derecho común. Esos títulos a la orden (puede esto aplicarse también a los títulos al portador) son negociables, como otro cualquiera efecto de comercio, sin forma auténtica; pueden cederse por simple giro o endoso, y con eso pasa la garantía, la hipoteca, de mano en mano, sin necesidad de nueva inscripción; el solo giro o endoso lleva por sí y por potestad de la ley la traslación del Derecho. Esto, en lo que al derecho comercial respecta, no ofrece dudas. Ahora bien: Gianquinto, y con él nuestra ley de Hipoteca naval, en su artículo 2.º creen que ese endoso debe someterse a la inscripción en el Registro, por ser ésta un elemento esencial del sistema hipotecario; la inscripción de la hipoteca—dice Gianquinto—se exige, sobre todo, como una condición de seguridad o de precaución en el interés de los terceros. El endoso se hace privadamente y la escritura privada no está en conocimiento de los terceros sino desde el momento en que se ha transscrito en el Registro. Hasta que el endoso no se encuentra transscrito en la oficina de la Aduana (equivalente en Italia a nuestro Registro de Buques), el traslado de la hipoteca quedará oculto; y es una de las condiciones esenciales de la existencia del derecho hipotecario (según el artículo 1.987 del Código

civil italiano) el público conocimiento del acreedor, del verdadero propietario del crédito, mediante la enunciación de su nombre, apellidos, domicilio y profesión, si la tuviere. Y todo esto no puede conocerse más que por la inscripción en el Registro público: el solo endoso del título deja todo esto ignorado. Hasta aquí Gianquinto. Pero es que, además, esos argumentos son fácilmente rebatibles. Ante todo, en una materia como ésta, en la que todo su desarrollo se hace a base de una ficción (el buque como inmueble), no puede nunca ser obstáculo insuperable un principio de derecho-hipotecario común, principio que además no es absolutamente esencial para la configuración de la hipoteca. Aduce Gianquinto, asimismo, el interés de los terceros; pero ¿es que realmente existe en los terceros un interés efectivo en conocer quién sea el titular del derecho real de hipoteca? Creemos que no; a los terceros puede interesar, y realmente interesa en gran medida, conocer quién sea el deudor, o mejor aún, cuáles son los buques gravados con hipoteca. Pero el conocer al acreedor no puede interesarle, porque, aun conociéndolo, le sería indiferente. Igual da deber a Pedro que a Juan; lo que interesa es saber por qué se debe, cuánto se debe y qué cosas están afectas de una manera inmediata al débito.

Ocurre, además, que los escrúpulos de Gianquinto se encuentran superados incluso en el mismo Código de comercio vigente en Italia (que es posterior a la obra de Gianquinto); así el artículo 488 dispone taxativamente: «Se la scrittura costitutiva del pegno (creo haber advertido anteriormente que el Código italiano emplee aquí la palabra «pegno» como sinónima de hipoteca) e all' ordine, la girata di essa produce il trasferimento del credito e di ogni diritto accessorio.» Este artículo no deja lugar a dudas de ningún género; según él, el endoso produce la transferencia, sin necesidad de inscripción alguna. Y nos confirma más en nuestra posición, respecto a la legislación italiana, el que el artículo 676 dice que «el giratario, el cesionario, la persona subrogada o el acreedor que tiene en prenda el crédito sobre la nave, ya transscrito y anotado, *puede* (*può*) hacer notar sobre el Registro de la Administración marítima y sobre el acta de nacionalidad el giro, cesión, subrogación o constitución de prenda ocurrido». Es decir, que la posición del acreedor es indiferente, desde el momento en que a éste se atribuye facultad para inscribir, pero no se le obliga a ello.

Existe, además, en Italia el caso de una Sociedad anónima naviera que emita—y lo hará válidamente—obligaciones al portador, garantizadas con hipoteca sobre las naves que están en su patrimonio. Y en estas condiciones es evidente que permanecerá desconocido el acreedor hipotecario, pues nos hallaremos, más aún que ante una hipoteca a la orden, ante una hipoteca al portador. Es ésta una innovación saludable para el crédito naval, pues dada la fácil negociabilidad del título, que no necesita formalidades notificativas, viene aquél a adquirir un mayor incremento. Y esto no es más que un antecedente de las aspiraciones de las legislaciones modernas, que pretenden así transformar el documento constitutivo de la hipoteca naval en un título de rápida circulación.

Sin embargo, el Código de comercio italiano no llega a admitir la hipoteca al portador; prefiere y se conforma con la hipoteca a la orden, la cual, mediante giro o endoso, se transmite con todos sus accesorios, según declara expresamente en los artículos 488 y 670, ya citados.

La dificultad de conocer la persona del definitivo titular del crédito hipotecario transmitido por vía de endoso, sin que sea hecha anotación en el Registro marítimo, constituye la más seria de las objeciones que se hacen contra la creación de una escritura de crédito hipotecario a la orden. Ante esta dificultad se rinde nuestra ley de Hipoteca naval, y así, en su artículo 2.º, prescribe que «todo endoso de crédito hipotecario naval habrá de inscribirse en el Registro, para que quien lo recibe pueda exigir su pago mediante el procedimiento que se establece en esta ley»; no vemos motivo suficiente para impedir al acreedor que no inscribió su endoso el que ejerzte su crédito hipotecario: todo lo más que ocurrirá será que el mencionado acreedor, que el endosatario simplemente tal, que no haya hecho público el traspaso que a su favor ha tenido lugar, no podrá pretender que se le hagan las notificaciones de los actos ejecutivos sobre la nave, pues éstas se mandarán al domicilio originariamente indicado en la inscripción del acto constitutivo de su derecho; pero puede encontrarse la solución haciendo las notificaciones al domicilio elegido en la inscripción y haciendo depósito judicial de la suma correspondiente a los acreedores que no han comparecido.

Pero es que además, y en último extremo, es evidente que la transmisibilidad por endoso deriva de la forma del título y no de la naturaleza comercial del objeto, y una vez admitido esto, si el título constitutivo de la hipoteca es a la orden, el traslado de la hipoteca por mero endoso no es más que una cuestión de orden accesorio.

En todo esto no hay que perder nunca de vista—como dice acertadamente Gianquinto—el que la ley lo que quiere es la publicidad del vínculo hipotecario para que los terceros no sean engañados, pero nada más; y al tercero no le importa el que la hipoteca se traslade a otro; lo que le interesan son los gravámenes que sobre la nave pesen; no importa el acreedor, sino la cuantía de la suma debida. Y el traslado, el cambio de sujeto activo, no altera ni la naturaleza ni la cuantía de la primitiva hipoteca inscrita.

Todos estos razonamientos que se han hecho en pro de la no necesidad de la inscripción del endoso para que la transmisión de la hipoteca a la orden tenga lugar pueden entenderse aplicados al caso de la constitución de hipotecas al portador, pues las consecuencias legales de estas hipotecas son las mismas que las de aquellas otras extendidas a la orden, cuando para la transmisión de éstas no se exige la inscripción en el Registro de buques, del endoso.

Ahora creemos pertinente recoger—with Brunetti—las consecuencias que de la admisión de las hipotecas a la orden, sin necesidad de la inscripción del endoso, y de las hipotecas al portador se derivan; son éstas:

1.<sup>a</sup> El derecho de crédito derivante de la escritura no puede ser hecho efectivo sin ésta, debiendo ésta también ser sustancial en las relaciones directas entre el acreedor y el deudor.

2.<sup>a</sup> El pago no puede ser exigido sino por el poseedor del título que es legítimo, a causa de una serie de endosos que llegan hasta él.

3.<sup>a</sup> El endoso en blanco debe permitirse.

4.<sup>a</sup> También debe serlo el endoso en garantía.

5.<sup>a</sup> Dada la esencia del título a la orden, por el cual el derecho literal no puede hacerse valer sin la posesión del documento,

en caso de pérdida o robo se procederá a su anulación y se extenderá un duplicado.

En cuanto a la transmisibilidad pasiva poco hemos de decir aquí, pues ella se resume en el derecho de persecución, que será objeto de nuestro estudio cuando nos ocupemos de los efectos que la hipoteca naval produce respecto de terceros.

#### EFFECTOS DE LA HIPOTECA NAVAL

Guajardo-Fajardo, en su tesis sobre hipoteca naval, dice que los efectos de la hipoteca variarán según que el buque perezca, sufra daños que produzcan su innavegabilidad o llegue felizmente a puerto. Nosotros—diversamente—estimamos que, en realidad, sólo puede hablarse de efectos de la hipoteca propiamente tales en el tercio de los casos; sólo cuando la nave subsista en su integridad patrimonial será cuando pueda hablarse de efectos de la hipoteca, pues en los dos primeros casos que Guajardo cita estimamos que lo que realmente existe es extinción de la hipoteca misma, o todo lo más, subrogación real (que más adelante trataremos de demostrar que no lo es) en las indemnizaciones debidas a la nave.

Vamos a ocuparnos, pues, de la tercera de las hipótesis. Y ya en este terreno añadiremos que la pregunta ¿cuáles son los efectos de la hipoteca? puede ser sustituida por esta otra: ¿cuáles son los derechos característicos del titular, del sujeto activo de la hipoteca? Fundamentalmente se reducen a dos: el derecho de preferencia y el derecho de persecución.

##### 1.º Derecho de preferencia.

Es el que corresponde al titular del derecho real de hipoteca inscrito para cobrar su crédito con preferencia—antes— a otros acreedores que pudieran presentarse. Pero esta preferencia, que en Derecho inmobiliario es casi absoluta, en la hipoteca naval encuentra múltiples limitaciones, debidas casi todas al gran número de créditos privilegiados que en Derecho marítimo existen; la especialidad de la materia de que nos ocupamos justifica—por motivos morales o humanitarios, en la mayoría de los casos—esa posposición del crédito hipotecario.

La primera limitación que en nuestra ley aparece se encuentra

en el artículo 10. Este dice: «La hipoteca naval, constituida en favor de un préstamo que devenga interés, no asegurará en perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.» Aunque este artículo no se refiere para nada a la concurrencia de otros créditos con el hipotecario, esto se deduce fácilmente de su expresión desde el momento que dice «no asegurará en perjuicio de terceros». ¿A qué obedece esta limitación? ¿Perjudica en medida considerable al acreedor hipotecario el que sólo se le concedan los intereses de las dos últimas anualidades transcurridas? A esto contestaremos diciendo que la solución nos la da la misma ley, ya que ésta, en su artículo 41, dispone: «Vencido y no pagado el préstamo hipotecario o cualquiera fracción de él o sus intereses, el acreedor requerirá al deudor para que satisfaga su crédito...» También se llega al mismo resultado por el artículo 39, que dispone: «El acreedor con hipoteca naval podrá ejercitarse su derecho contra la nave o naves afectas a él en los casos siguientes: ... 2.º Al vencimiento del plazo estipulado para el pago de los intereses...» Es decir, que por falta de pago de los intereses, en cualquiera de sus plazos, puede pedirse la ejecución de la hipoteca, y, por tanto, sólo al acreedor mismo será imputable el que le sean debidos los intereses de más de dos años, pues en su mano estaba el impedir que esto ocurriera, y su negligencia fué la única causa de que esos intereses de varias anualidades se aglomeraran.

Para el caso de que la nave hipotecada no alcance a cubrir la totalidad del crédito, en el artículo 13 se dispone que «... podrá el acreedor repetir por la diferencia sobre las naves que conserve el deudor en su poder, pero simplemente por acción personal y sin otra prelación que la establecida por los principios generales consignados en el Código de comercio». Esto es perfectamente lógico, pues no hay razón que justifique el que al acreedor hipotecario se le otorgue derecho real sobre otra nave que la hipotecada; es una aplicación de los principios generales del Derecho inmobiliario. Sobre otra finca que la hipotecada el acreedor tendrá, todo lo más, un simple crédito personal. Esto puede servirnos para confirmar la tesis de Cosack de que cada buque constituye una fortuna de mar diferente.

Pero donde verdaderamente encuentra limitaciones—enormes a veces—el derecho real de hipoteca naval es en los créditos privilegiados que sobre el buque pueden pesar, créditos que se conocen en nuestra técnica jurídica con el nombre de «créditos marítimos».

Estos créditos pueden dividirse en dos grupos:

- a) Créditos que gozan de preferencia sobre la hipoteca aún sin estar inscritos.
- b) Créditos que para gozar de esa preferencia necesitan inscripción.

De los primeros se ocupan los artículos 32 y siguientes de la ley de Hipoteca naval: de los segundos, y éstos son los que más nos interesan, trata el artículo 31, que dice: «Tendrán preferencia sobre la hipoteca naval y sin necesidad de que consten inscritos ni anotados en el Registro Mercantil: 1.º Los impuestos o contribuciones a favor del Estado, provincia o Municipio que haya devengado el buque en su último viaje o durante el año inmediatamente anterior. 2.º Los derechos de pilotaje, tonelaje y los demás, y otros de puertos, y los sueldos debidos al Capitán y tripulación, devengados aquéllos derechos y estos sueldos en el último viaje del buque. 3.º El importe de los premios de seguro de la nave de los dos últimos años, y si el seguro fuese mutuo, de los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido. 4.º Los créditos a que se refieren los números 7 y 10 del artículo 580 del Código de comercio.»

Tenemos, pues, como créditos preferentes a la hipoteca, sin necesidad de inscripción en el Registro, los siguientes:

1.º Los impuestos y contribuciones del Estado, provincia o Municipio. Se limitan, con buen acuerdo, a los debidos por un año, para no gravar excesivamente al crédito hipotecario.

2.º Los derechos debidos por navegación y los salarios del Capitán y tripulación. La preferencia de aquéllos se debe a un criterio finalista: lo primero que debe pagarse es lo debido por la índole misma de la operación a que el bien ejecutado se dedica; y dedicándose el buque, como fin primordial, a la navegación, los derechos devengados por éste deberán satisfacerse en primer lugar. La preferencia de los segundos privilegios se justifica por razones de humanidad más que nada, pues sería injusto y casi cruel

que en operaciones que se manejan capitales a veces enormes, se dejase de pagar a gentes humildes—y necesitadas en muchas ocasiones—, y que basan su crédito, su derecho, en el propio trabajo que han prestado.

3.<sup>º</sup> Las primas de seguro. Esto, realmente, poco perjudica al acreedor hipotecario, pues entrando la indemnización de seguro a formar parte del derecho real de hipoteca, no es causarle una gran extorsión—aparte de ser casi equitativo—el obligarle a pagar las primas debidas. Ya volveremos sobre esto.

4.<sup>º</sup> El reembolso de los efectos del cargamento vendidos por el Capitán para reparar el buque. No perjudica tampoco esto al naviero hipotecario, pues lo que se hace es pagar lo que en beneficio del buque, es decir, del bien que garantiza la hipoteca, se invirtió. Máxime reuniendo esa venta e inversión las condiciones de legalidad que el mismo número 7 del artículo 580 del Código de comercio impone, y sin las cuales no gozará de preferencia.

5.<sup>º</sup> La indemnización debida a los cargadores por el valor de los géneros embarcados o por averías sufridas de que sea responsable el buque. De todos los créditos privilegiados que lo son sin inscripción, son éstos los únicos que pueden causar perjuicios de verdadera importancia al acreedor hipotecario; pero no tiene esto más remedio que admitirse, en atención a la índole misma del comercio marítimo y a la naturaleza y condiciones de la navegación comercial. Y ni aun aquí queda sin protección alguna el acreedor hipotecario, debido a la garantía que el mismo número 10 impone (artículo 580), de que tanto las primeras como las segundas consten en sentencia judicial o arbitral.

En cuanto a los créditos privilegiados que gozan de preferencia siempre que reúnan el requisito de la inscripción, y que son los que se recogen en el artículo 32 de la ley de Hipoteca naval, su misma naturaleza impone su preferencia, encontrándose protegido el acreedor hipotecario por las condiciones que los artículos 33, 34 y 35 preceptúan y por la inscripción que el artículo 36 impone. Y por lo que al crédito de que se ocupa el número cuarto del artículo 32 respecta, su preferencia es perfectamente lógica y no hay ni por qué ocuparse de ella. Prescindimos de transcribir los artículos que a estos créditos se refieren (y que acabamos de enumerar)

en gracia a la brevedad y porque no tenemos nada que añadir a la letra de la ley.

Cuando existan sobre la misma nave varios créditos hipotecarios, todos ellos inscritos, el orden de preferencia se determinará por la fecha de la inscripción, y si éstas son de la misma fecha, se atenderá a la hora de presentación en el Registro de los títulos respectivos (artículo 38). Esto no es más que la aplicación del principio de prioridad que se resume en el apotegma *prior tempore, potior jure*.

Es interesante en esta materia el artículo 37 de la ley de Hipoteca naval, que dispone: «Se considerará como fecha de la inscripción, para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma.»

El segundo de los derechos a que nos hemos referido es:

2.<sup>º</sup> *El derecho de persecución.*

La transmisibilidad pasiva del crédito hipotecario encuentra su expresión en la forma del derecho de persecución, el más importante de todos los que la hipoteca naval hace nacer en cabeza del acreedor, y la base de su seguridad. Por él, el derecho del acreedor se adhiere a la cosa, el vínculo hipotecario gravita sobre la cosa hipotecada y pasa con ella a cualquier mano, hasta que el crédito que por ella se garantiza quede legalmente extinguido; el derecho hipotecario es un *jus in re* que acompaña a la cosa sea cual fuere el título por que se transmita su propiedad; la hipoteca afecta y sigue al buque hipotecado vaya donde vaya y cambie o no de propietario. Esto no es otra cosa que la repercusión del artículo 1.876 del Código civil, que dice: La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida», en el artículo 28 de la ley de Hipoteca naval, que dispone: «La hipoteca naval sujeta directa e inmediatamente las naves sobre que se impone al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituye, cualquiera que sea su poseedor.»

Es incluso en el caso de que la nave sea enajenada en una parte pequeñísima, el acreedor hipotecario podrá perseguir la misma en manos del tercero por toda la cuantía de la deuda, como consecuencia del principio de la indivisibilidad de la hipoteca: *tota in*

*toto et tota in qualibet parte.* Y el adquirente parcial de la nave no podrá pretender retener la parte de la misma pagando la deuda hasta la concurrencia del valor de ella, y tendrá que pagar toda la deuda o ceder su parte de la nave. Esto es lo que se deduce del artículo 29 de la ley, que dispone: «La hipoteca naval subsistirá íntegra mientras no se cancele respecto de cada buque sobre la totalidad de éste, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte del mismo que se conserve, aun cuando la restante haya desaparecido.»

En las legislaciones de todos los países se admite este derecho de persecución de la nave hipotecada.

Naturalmente que para que el derecho pueda ejercitarse la hipoteca ha de estar inscrita.

Vemos, pues, que el acreedor hipotecario tiene un derecho de persecución de la cosa, independientemente de la relación de propiedad, la cual no le afecta para nada.

El acreedor con hipoteca naval podrá ejercitar su derecho contra la nave o naves afectas a él, en los casos siguientes:

1.º Al vencimiento del plazo estipulado para la devolución del capital.

2.º Al vencimiento del plazo estipulado para el pago de los intereses.

3.º Cuando el deudor fuese declarado en quiebra o concurso.

4.º Cuando cualquiera de los buques hipotecados sufriese deterioro que le inutilice para navegar.

5.º Cuando el buque se enajenase a un extranjero (relacionese esto con lo dispuesto en el artículo 40, al que ya anteriormente nos hemos referido).

6.º Cuando se cumplan las condiciones pactadas como resolutorias del contrato de préstamo y todas las que produzcan el efecto de hacer exigible el capital o los intereses.

7.º Cuando ocurriese la pérdida de cualquiera de los buques hipotecados, salvo pacto en contrario.

Además de los artículos mencionados ya, son interesantes en esta materia, a la que reglamentan, los artículos 41, 42 y 43 de la Ley de Hipoteca naval.

ANTONIO BOUTHELIER ESPASA,

Abogado.

-(Continuará.)

# Del Notariado en Portugal<sup>(\*)</sup>

EL CODIGO DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1931

D) *Requisitos del instrumento* : I. *De forma*.—El Código vigente prohíbe, como sus precedentes, el empleo de abreviaturas y de guarismos; pero añadiendo que «en los protestos de letras y otros títulos de crédito mercantil y en sus registros la transcripción de aquéllos debe ser hecha con los guarismos y abreviaturas que tuviesen los originales» (párrafo primero del artículo 153). Asimismo, amplía los casos en que se dispensa la escritura a mano, permitiendo el uso de cualquier sistema gráfico en los poderes generales para pleitos y en sus sustituciones, en los protestos, en las legalizaciones, notas y cuentas (párrafo segundo ídem).

II. *De fondo*.—El nuevo Código introduce las siguientes innovaciones :

a) Permite que el documento sea leído por el ayudante del Notario en presencia de éste (art. 154, 9.º).

b) Aunque persiste en la engorrosa exigencia de la certificación negativa, siempre que la finca objeto del acto no se halle inscrita en el Registro de inmuebles, suprime la disposición del Código precedente, declaratoria de que las tales certificaciones sólo podrían utilizarse para los actos realizados durante los sesenta días inmediatamente siguientes a la fecha en que hubiesen sido expedidas (párrafo tercero ídem).

c) Declara incapaces para ser testigos, instrumentales o de conocimiento, a quienes no entiendan la lengua portuguesa; pero suprime la incapacidad de los extranjeros, adoptando así el progre-

(\*) Véase el número 102 de esta Revista.

sivo sistema español y apartándose del que todavía domina en las legislaciones francesa e italiana, a pesar de que la influencia de éstas en el sistema portugués es evidente (art. 156, párr. 4.<sup>º</sup>, número 4.<sup>a</sup>).

d) Reglamenta de manera especial los requisitos que deben concurrir en los autos de aprobación de testamentos cerrados y en el protesto de documentos de crédito mercantil, dedicándoles las disposiciones que vamos a extractar seguidamente :

1. *Autos de aprobación de testamentos cerrados.*—La persona que quiera hacer testamento cerrado—dice el párrafo 1.<sup>º</sup> del artículo 159—lo presentará al Notario, declarando que él contiene la disposición de su última voluntad, y el Notario, viendo el testamento, sin leerlo, extenderá un auto de aprobación, que comenzará inmediatamente después de la firma del testador, y en el cual mencionará, además de los otros requisitos legales :

1.<sup>º</sup> Si el testamento está escrito y firmado o solamente firmado por el testador, o si está escrito y firmado por alguien a su ruego, cuando no pueda escribir, pero sepa y pueda leer.

2.<sup>º</sup> Número de páginas que contiene.

3.<sup>º</sup> Si en las páginas que no contengan la firma está rubricado por quien lo firmó.

Concluido el auto, el Notario deberá, si el testador lo exige, coser y lacrar el testamento, y, en este caso, autorizar en la cara exterior de la hoja que sirva de envoltura una nota con la designación de la persona a quien pertenece el testamento allí contenido (párr. 2.<sup>º</sup>).

La salvadura de cualquier borrón, enmienda, interlineado o nota marginal de los testamentos cerrados será hecha exclusivamente por los testadores o por quien hubiera escrito el testamento antes de las respectivas firmas o en aditamiento seguido y nuevamente firmado (párr. 3.<sup>º</sup>).

2. *Protestos.*—La letra debe ser protestada en el lugar o domicilio indicado en ella para la aceptación o el pago, y, a falta de dicha indicación, en el domicilio de la persona que la deba aceptar o pagar, incluyendo la que apareciese indicada para aceptar en caso de necesidad o por intervención.

Si la persona contra quien hubiese de ser hecho el protesto no

tuviese domicilio conocido, será la letra presentada a protesto en el despacho de cualquier Notario (art. 167).

La letra deberá ser presentada a protesto por falta de pago en cualquiera de los dos días útiles siguientes a aquél en que debería ser pagada, y por falta de aceptación, en el plazo señalado en el artículo 293 del Código de comercio (art. 168).

Presentada la letra a protesto y anotada en ella la presentación, el Notario notificará el hecho a quien la deba aceptar o pagar, cualquiera que sea su residencia conocida.

Esta notificación será hecha por correo en carta-aviso. Podrá también el Notario hacer personalmente la notificación, no teniendo en caso alguno derecho a emolumentos o reembolsos de gastos a título de viaje (art. 169).

Los protestos de letras deben ser hechos por el Notario competente, y los respectivos instrumentos, *que deberán estar concluidos en el plazo de diez días a contar de la presentación*, deben precisamente contener:

1.º Copia literal de la letra, comprendiendo aceptación, endosos, avales e indicaciones, excluidos los textos de los cuños o cajetines que se hallen sobrepuertos referentes a los intervenientes.

2.º Declaración de que las personas que deben pagar o aceptar la letra fueron notificadas por cualquiera de los medios mencionados en el artículo 169.

3.º Declaración de la presencia o ausencia de las personas referidas en el número anterior, y, cuando ellas se hallen presentes, las razones dadas, si algunas presentaren, para no aceptar o no pagar, así como la interpelación para que firmen el documento de protesto y los motivos aducidos cuando se nieguen a hacerlo.

4.º Declaración de que el Notario ha hecho el protesto por falta de aceptación o pago, a requerimiento de quién lo ha hecho, contra quién y con qué fundamento.

5.º Fecha en que el instrumento de protesto fué extendido; y

6.º Firma del Notario.

Todos los términos expresados en este artículo serán consignados, bajo pena de insuficiencia del protesto y de la responsabilidad del Notario, por pérdidas y daños, sin perjuicio de las penas impuestas por la ley al error en el oficio, si hubiere lugar (art. 171).

El protesto, sea cual fuere el día en que se extienda el respectivo instrumento, produce efectos desde la fecha de la presentación (art. 172).

e) *Equipara en formalidades los testamentos a las escrituras* (artículo 159).

E) *Libros notariales*.—Perdura el complicadísimo sistema portugués de libros para notas (matrices), índices, apertura de firmas, inventarios, etc., etc. Pero el nuevo Código ha simplificado un tanto esta farragosa organización suprimiendo el libro de procuraciones (poderes) y refundiendo en uno solo (de notas para actos y contratos intervivos) los dos que había establecido el Código de 1930 (uno, para actos intervivos de valor indeterminado o superior a 500 escudos, y otro, para los de valor no superior a dicha cifra). Por otra parte, si bien el Código de 1930 permitía ya que el primero de los indicados libros fuese distribuido en otros tres (para particiones, para Sociedades mercantiles y para los demás actos intervivos de valor indeterminado superior a 500 escudos), el Código vigente concede una mayor amplitud al autorizar a los Notarios para que subdividan el libro de notas para actos intervivos en la forma que estimen conveniente (arts. 114 y 115).

En cuanto a los Notarios privativos de los protestos, además de los libros «de presentación de documentos a protesto» y «de registro de protestos», les obliga a tener los «de registro de emolumentos y sello», «de inventario de la Notaría» y el «Copiador de la correspondencia oficial», entre los diez que prescribe para todos los Notarios. Como es natural, los Notarios residentes fuera de las ciudades de Lisboa, Oporto, Coimbra y Fundhal deberán llevar, además de los diez libros generales, los dos especiales de protestos (de presentación y de registro) (art. 114).

Los dos Notarios privativos de protestos de Lisboa desempeñarán el servicio en el mismo despacho, bajo la dirección del más antiguo, y deberán tener un libro común de presentaciones a protesto, en el cual distribuirán entre sí los documentos presentados de modo que correspondan a uno los que tuvieren números pares y a otro los impares. Estos Notarios y el de Oporto tendrán sus despachos en los respectivos Tribunales de Comercio (art. 77).

F) *Ingreso en el Notariado*.—El Código de 1930 había concedido el derecho de ser nombrados Notarios a los Abogados con

más de diez años de buen y efectivo servicio (art. 52). El vigente suprime dicha concesión—que amenazaba desnaturalizar el Cuerpo Notarial y que había levantado protestas clamorosas—y vuelve al sistema de las oposiciones, celebradas anualmente (concursos de habilitación), como única forma de ingreso. El régimen de las oposiciones es fundamentalmente el regulado por el Código de 1928, con las alteraciones (que pasa por alto el Sr. Bellver, en éste como en otros extremos) introducidas en el mismo por el Código de 1930. Entre las condiciones requeridas para tomar parte en la oposición sigue exigiendo el Código vigente (art. 13, 6.º) el certificado de práctica de dactiloscopia en las oficinas competentes. Esta exigencia resulta perfectamente justificada si se recuerda que en el registro de firmas se estampará la impresión digital del interesado que presente carnet de identidad—cuando el Notario la exija—; que el otorgante analfabeto provisto de carnet de identidad podrá estampar, a modo de firma, su impresión digital, siempre que el Notario declare en el documento que ella coincide con la que existe en el libro de firmas; que cuando se trate de reconocer (legitimar) una firma acompañada de la respectiva impresión digital, el Notario, si ésta existiese en el libro de firmas, certificará en el reconocimiento su conformidad (arts. 205, 156, 192), etc.

G) *Fianzas*.—Con arreglo al Decreto de 1922, era verdaderamente exigua la cuantía de las fianzas notariales: 5.000 escudos para las Notarías correspondientes a comarcas de primera clase, 2.000 para las de segunda y 1.000 para las de tercera. El Código de 1928 conservó estas cuantías y elevó a 10.000 escudos el montante de las fianzas que habrían de prestar los Notarios de Lisboa y los de Oporto (clase especial). El Código de 1930 elevó en 1.000 escudos las fianzas para segunda y tercera clase, fijándolas en 3.000 y 2.000 escudos respectivamente. Finalmente, el Código vigente establece una notable elevación en todas las clases, exigiendo fianzas de 50.000 escudos en los Concejos de Lisboa y Oporto, de 25.000 en los de primera clase, de 15.000 en los de segunda y de 10.000 en los demás (art. 59).

Pero la novedad verdaderamente interesante contenida en el último Código es la de admitir la *constitución de las fianzas por medio de seguro* contratado a favor del Estado, representado por el Consejo Superior Judicial.

Las fianzas, en efecto, serán prestadas por medio de seguro, o por hipoteca, o por prenda de títulos nominativos de la Deuda pública, o por medio de depósito de dinero, billetes del Tesoro al portador y títulos de la Deuda pública al portador o de cupón (art. 60).

El Notario que preste fianza mediante seguro y deje de pagar la respectiva prima en el plazo marcado en la póliza o a quien fuese anulado el seguro, será inmediatamente suspenso por el Consejo Superior Judicial, y si no regularizase su caución en el plazo de treinta días, será destituido mediante simple comunicación del mismo Consejo (*ídem*, párr. 2.º).

En el caso de que la fianza sea constituida por medio de seguro hecho a favor del Estado, representado por el Consejo Superior Judicial, el Presidente de la Audiencia o el correspondiente Juez de derecho, comprobando por la certificación de aquel Consejo que la respectiva póliza del seguro y el recibo de la prima se hallan depositados, extenderá en dicha certificación, que quedará archivada, su despacho de aprobación, el cual sustituirá a la sentencia aprobatoria de las fianzas constituidas por los otros medios (art. 64, según la adición realizada por el Decreto de 5 de Marzo de 1932).

H) *Ayudantes*.—Según el Código de 1930 (art. 70), los Ayudantes desempeñan *cumulativamente* con los Notarios todas las atribuciones conferidas a éstos, salvo las referentes a escrituras, testamentos y autos de aprobación de testamentos cerrados. Este mismo era el criterio del Código de 1928. El vigente excluye, además, de la competencia de los Ayudantes, en este supuesto de ejercicio conjunto, la facultad referente a traducciones—introducida por el nuevo Código—; pero la salvedad de las escrituras la aplica solamente a las de actos o contratos de valor superior a 1.000 escudos.

Como es sabido, los Ayudantes desempeñan en toda su integridad las funciones de los Notarios cuando sustituyen interinamente a éstos, en los casos de ausencia, licencia, enfermedad temporal, traslado, jubilación, muerte, destitución o suspensión por tiempo no superior a sesenta días. Cuando la suspensión excede de este plazo, o cuando el impedimento o la falta afectan simultáneamente al Notario y a su Ayudante, aquél es interinamente sustituido por otro Notario del mismo Concejo o por el Oficial del

Registro civil o por el Jefe de la Secretaría de la Cámara Municipal, habiendo desaparecido ya en el Código de 1930 (arts. 59 y 60) la posibilidad de que el Presidente de la Audiencia o el Juez respectivo nombrasen para la sustitución a cualquier ciudadano que juzgasen idóneo, posibilidad que el Sr. Bellver sigue estimando vigente.

I) *Mínimos de percepción (congruas).*—Conforme al Código de 1930, los Notarios únicos de cabeza de Concejo que no obtuvieren un rendimiento mensual mínimo de 800 escudos, tenían derecho a percibir la diferencia por subvención con cargo al «Cofre del Notariado». Este derecho se negaba a los titulares de Notarías que, por estar situadas fuera de cabeza de Concejo, habían de ser extinguidas cuando vacasen. Los Notarios habían de contribuir al Cofre con el 5 por 100 de sus honorarios en las Notarías de primera clase, con el 4 por 100 en las de segunda y con el 3 por 100 en las de tercera (arts. 32, 226 y 238).

El Código vigente calcula la subvención según una escala de porcentajes sobre los rendimientos mensuales medios de los respectivos subvencionados, que oscila entre el 100 por 100—cuando el rendimiento no excede de 300 escudos—y el 5 por 100—cuando dicho rendimiento sea de 700 a 800 escudos—, sin que en caso alguno la subvención supere a la necesaria para que el Notario perciba 840 escudos mensuales; corrige la inicua crueldad resultante de la exclusión de los servidores de Notarías sujetas a amortización, y aumenta considerablemente la cuantía de las aportaciones con que los Notarios deben nutrir el fondo del «Cofre del Notariado», estableciendo los siguientes tipos sobre los ingresos mensuales líquidos: hasta 3.000 escudos, el 3 por 100; de 3.000 a 5.000, el 4 por 100, y si el ingreso mensual fuese superior a 5.000 escudos, el tanto por ciento será igual al número de millares de escudos, aunque sin exceder en caso alguno del 10 por 100 (artículos 97 y 259).

J) *Sustituciones definitivas: Jubilaciones.*—Cuando se publicó el Código de 1930 ya no podía decirse vitalicio el cargo de Notario en Portugal, puesto que el Decreto número 16.563, de 2 de Marzo de 1929, lo había comprendido entre los sujetos a jubilación por límite de edad (setenta años). Ello no obstante, dicho Código no hace referencia alguna a los Notarios que hubiesen

alcanzado aquella edad y aplica solamente a los que «por cualquier motivo se imposibilitaren para el servicio» sus lacónicas disposiciones sobre sustitución definitiva (arts. 235 y 236).

El Código vigente regula con detenimiento esta materia, dedicándola la sección 5.<sup>a</sup>, capítulo IV, del título III (arts. 100 a 114).

Los Notarios afectados por el límite de edad son equiparados a los que por impedimento físico absoluto y permanente no pudieren ejercer sus funciones. Unos y otros serán sustituídos definitivamente. Esta sustitución será decretada por el Ministro de Justicia y producirá vacante para todos los efectos de la provisión de la respectiva Notaría, que se cubre conforme a las normas ordinarias, considerándose desde luego definitivo el nombramiento de Notario para la Notaría vacante por virtud de sustitución. La técnica portuguesa llama, pues, sustituto a este nuevo Notario, y sustituído, a su inmediato predecesor imposibilitado física o legalmente.

Los Notarios sustituídos tendrán derecho mientras vivieren a percibir mensualmente de los sustitutos la mitad de los ingresos líquidos de la Notaría, después de deducido el 20 por 100 para gastos del despacho.

En caso de sustitución definitiva del Notario, las subvenciones por congrua pertenecen a los sustituídos y a los sustitutos, dividiéndose en la proporción en que lo fueren los emolumentos respectivos. Sin embargo, si por cualquier circunstancia los sustitutos no tuvieran derecho a la subvención, no por eso dejarán los sustituídos de recibir su respectiva parte.

Los acuerdos que hubieren sido hechos por acto auténtico acerca de emolumentos entre Notarios sustitutos y sustituídos continuarán subsistentes; pero éstos no podrán, sin embargo, exigir de aquéllos, por virtud del acuerdo, cuantía superior a dos tercios del rendimiento líquido de la Notaría.

Cuando el Notario que se hallare en el caso de ser definitivamente sustituído estuviese sirviendo Notaría que deba ser amortizada, no se hará la provisión de ésta y aquél tendrá derecho a una pensión igual a la mitad de la media mensual de los emolumentos por él obtenidos en los tres años inmediatamente anteriores. Esta pensión será pagada por el Notario o Notarios de la residencia

de la Notaría amortizada o por los de la cabeza del Concejo cuando se trate de sustitución de Notario con residencia en otra localidad. Si la obligación de pagar la referida pensión afectase a más de un Notario, se dividirá entre todos de modo que el Notario que quedare con el archivo pague doble que los restantes (*sic*).

Adopta, pues, el nuevo Código—como el de 1930—el sistema de sustituciones, tradicional en Portugal, y ni siquiera menciona la Caja de Aposentações (pensiones de jubilación), que el Código de 1928 había creado, a la cual habría de pasar el remanente del Cofre, después de cubiertas las atenciones del mismo (gastos de las inspecciones, de administración del propio Cofre, congruas y gastos del entonces existente Consejo Superior del Notariado). A pesar del antes indicado aumento en las cuotas de aportación y de la disminución en el volumen global de las congruas, el «Cofre del Notariado» sigue dedicando sus ingresos solamente al pago de congruas y preferentemente a sus gastos de gestión y a los causados por los Inspectores del Notariado, sin contar con que a estos últimos se destina también la tasa de 1,50 escudos (ya fijada por el Código del 28), que hoy cobran los Notarios por cada uno de los actos extendidos en los libros de registro de autos de aprobación de testamentos cerrados, de depósito de estos testamentos y de notas para actos intervivos y para testamentos abiertos.

K) *Disciplina*.—Como es sabido, el Decreto número 15.344, de 10 de Abril de 1928, al organizar el Consejo Superior Judicial, atribuyó a éste todas las facultades consultivas y disciplinarias propias del suprimido Consejo Superior del Notariado, disponiendo que para la resolución de los asuntos concernientes al Notariado se incorporasen a dicho Consejo Superior Judicial, con el carácter de vocales especiales, dos Notarios de Lisboa, los cuales, según el Código del 28, serían elegidos por todos los Notarios del país.

Pues bien: a pesar de que los Notarios portugueses habían expuesto reiteradamente su aspiración unánime al restablecimiento del autónomo Consejo Superior del Notariado, el Código vigente no hace más que reproducir (art. 207) la disposición del de 1930 (artículo 116), declaratoria de que los dos referidos Vocales-Notarios del Consejo Superior Judicial serán nombrados por el Ministro de Justicia, y aquellas otras que (con abolición del Consejo Fiscal, integrado por Notarios electos) atribuyen al referido Consejo Su-

perior Judicial la dirección y gestión exclusivas del «Cofre del Notariado», así como el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria sobre los Notarios (art. 206 y 262).

#### IV. IMPRESIÓN CRÍTICA

Las disposiciones del Código de 1930 que habían suscitado censuras más violentas eran, sin duda, las relativas al abandono del sistema de jubilaciones, al sometimiento de los Notarios a la férula del Consejo Superior Judicial y a la clasificación y provisión de Notarías. Y es el caso que en estos tres aspectos todas aquellas censuras conservan su pleno vigor para ser esgrimidas contra el Código de 26 de Noviembre de 1931.

Por lo que hace a jubilaciones y a organismos disciplinarios, ya hemos visto que el nuevo Código se limita a seguir las huellas de su precedente inmediato. Respecto a lo primero, la Asociación de los Notarios de Lisboa, en su mencionado anteproyecto proponía—atendidas las realidades del momento—un régimen de transición, según el cual se mantendría el artilugio de las sustituciones para los Notarios actuales, si bien asegurándoles la percepción de pensiones fijas, que, en cuanto no bastara a cubrirlas la mitad de honorarios cedida por el Notario sucesor, serían abonados por el «Cofre del Notariado», el cual sufragaría íntegramente la pensión cuando no hubiese «sustituto» (caso de amortización). El régimen de *aposentações* se aplicaría a los Notarios de nuevo ingreso, porque cuando llegase el caso de su jubilación, existirían ya recursos suficientes para que la Caja pudiese atender el servicio de pensiones con la necesaria regularidad. En el mismo anteproyecto se planeaba la creación de un Instituto de Previsión y Mutualidad, del cual prescinde el Código en absoluto.

El sistema de provisión de Notarías adoptado por el nuevo Código es el mismo—tan justamente censurado—establecido por el Código de 1930 (art. 55). Las vacantes de primera y segunda clase serán provistas por el Ministro de Justicia de *entre* los solicitantes de clase igual (o superior, añade el Código vigente) a la de la vacante. No habiendo recurrentes de dichas clases, la vacante será cubierta con el solicitante más antiguo de la clase

inferior, y si ningún Notario la solicitase, será nombrado un habilitado con concurso (opositor aprobado). Las vacantes de tercera serán provistas por designación del Ministro *entre* los solicitantes de cualquier clase o *entre* los aspirantes aprobados (artículo 39).

Saltan a la vista las inicuas arbitrariedades que puede ocasionar semejante régimen, pues al no señalar de manera precisa y automática las condiciones de preferencia entre los solicitantes, abandona el nombramiento al favor o al capricho del Ministro (simplemente asesorado por el informe del Consejo Superior Judicial sobre clasificación de servicio).

También en este punto despreció el Código el dictamen de la Asociación de Lisboa e hizo oídos sordos a cuanto se había escrito contra el sistema que prohija. El insigne Tavares de Carvalho (padre) lo había fusigado duramente (1), comenzando por rechazar la clasificación de las Notarías, siempre más o menos defectuosa en su origen e inaceptable—dice—porque en las localidades con más de un Notario, la Notaría sólo vale lo que los Notarios valiesen y por los graves inconvenientes que acarrea la falta de permanencia de éstos en el cargo; y Azpeitia (2) lo combate, asimismo, elocuentemente, afirmando, respecto al sistema de categorías, que todos los males padecidos por el Notariado español son debidos principalmente a la clasificación de las Notarías.

Ahora bien: si es justo destacar el «debe», la misma justicia obliga a no regatear el «haber» del Código comentado. Es innegable que éste pudo y debió ir mucho más lejos: le hubiese bastado para ello recoger las sugerencias de los eminentes Notarios del país e inspirarse—dicho sea sin asomo de orgullo profesional ni patriótico—en un modelo bien cercano. Pero de todas suertes el somero análisis realizado autoriza para concluir que el nuevo «Código del Notariado» de Portugal—algunas de cuyas innovaciones habremos de envidiar los españoles—significa un avance progresivo en el ordenamiento jurídico del país hermano.

A. ROMERO CERDEIRIÑA,  
Notario.

(1) Artículo en *Diario de Noticias*, de Lisboa, de 17 de Enero de 1931.

(2) Comentario citado.

# Expropiaciones sin indemnización<sup>(1)</sup>

Según hiciera observar en el artículo que con este mismo título publiqué en el número de esta Revista, correspondiente al pasado mes de Febrero, algunos puntos más de los allí tratados debieran haber sido objeto de mi atención; mas por exigencias de tiempo y espacio los omití, aun cuando formé el propósito de exponer algunos otros en ocasión próxima, ya que la cantera de la ley de 24 de Agosto de 1932 es inagotable en el suministro de materiales para el comentario. Por circunstancias ajenas a mi voluntad no me ha sido posible cumplir con el propósito antedicho con la diligencia que hubiera querido, y hoy, aun cuando con escasísimo tiempo para ello, por ser muchas y muy variadas las materias que exigen el empleo de mi actividad, cumplo, en parte, la obligación que me impuse de tratar de otros aspectos de la citada ley, en relación con la esencia y con la mecánica del Registro de la Propiedad.

Fué objeto de mi anterior trabajo la disposición del artículo 4.<sup>º</sup> de la mencionada ley, que nos impone a los Registradores la obligación de extender inscripciones de dominio, a favor del Estado, de aquellas fincas que estén afectadas de las *anotaciones marginales* (frase de la ley) prevenidas en el citado artículo, en cuanto hayan transcurrido los seis meses de su fecha, siempre que dentro de dicho plazo no se haya dictado por el Ministerio de Agricultura la oportuna resolución dejándolas sin efecto.

Hoy voy a tratar de la materia referente a estas *anotaciones*

(1) Véase el número 98 de esta Revista

*marginales*, y aunque parezca absurdo e ilógico que tratase antes del consecuente que del antecedente, la explicación de ello está en la circunstancia de que hallándose entonces para expirar el plazo de los seis meses de vigencia de las primeras notas extendidas en los libros del Registro de la Propiedad, ante la absoluta falta de normas para verificar las inscripciones, creí de mi deber hacer pública mi opinión sobre la materia, no con la petulante pretensión de que prevaleciera, ya que mis escasos méritos no me autorizaban a ello, sino con el buen propósito de abrir el camino para que cerebros mejor organizados que el mío expusieran sus opiniones, que sirvieran de orientación segura en el camino que habíamos de seguir, y con el sencillo deseo de llamar la atención sobre la necesidad de que, por quien correspondiera, se dieran las normas reglamentarias pertinentes al caso. Propósito y deseo que fallaron, ya que seguimos careciendo de orientación y pauta fija a que aternos, y, por consiguiente, obligados a resolver cada cual por nuestra propia cuenta las dificultades que se nos presenten, con lo que, por necesidad, ha de producirse una variedad de criterios no muy conveniente para el interés público.

La anteriormente expuesta fué la razón de que tratase antes de las inscripciones que de las notas marginales, que son su origen, y como de estas últimas hay todavía gran número que han de continuar vigentes durante algún tiempo, aparte de las que puedan extenderse como consecuencia de la publicación de la lista de los sancionados por los Tribunales, que aun está por formar, y la práctica viene demostrando que en el período comprendido entre la extensión de la nota y la de la correspondiente inscripción, se originan graves conflictos en la ordenada marcha del registro de las fincas por aquellas afectadas, me ha parecido oportuno ocuparme de ellas, ya que su existencia plantea un grave problema que afecta a la esencia de nuestro sistema registral.

Con arreglo a los principios cardinales de nuestra legislación, relativa al Registro de la propiedad inmueble, las notas que se extiendan al margen de los asientos principales están limitadas a consignar hechos, pero carecen de virtualidad alguna para contener declaraciones de derechos, creación o extinción de obligaciones, limitaciones de dominio, modificaciones de la capacidad civil de las personas, etc. Todo esto, que les está vedado, tiene su lugar

propio de expresión en los asientos principales, ya sean inscripciones o bien anotaciones.

En buenos principios de derecho, las leyes esporádicas, como la del 24 de Agosto de 1932, no pueden derogar las orgánicas de cualquier materia; pero lo cierto es que por virtud de ella se ha dado entrada en el Registro de la Propiedad a una nota marginal, con efectos limitativos del dominio, completamente extraña a nuestro sistema y contradictoria a él. Esto me ha determinado a hacer algunas consideraciones sobre la naturaleza, alcance y efectos de las notas de referencia.

El concepto de que una y otros me había formado, después de meditar detenidamente sobre ello, lo encuentro expuesto, cual si por sí mismo lo hubiere sido, en la Orden dictada por el Ministerio de Agricultura, de acuerdo con lo resuelto por el Consejo Ejecutivo del Instituto de Reforma Agraria, dictada en 31 de Mayo del corriente año y publicada en la *Gaceta* de 8 de Junio siguiente, resolviendo una reclamación entablada por determinado señor, a quien adjudicada en ejecución de sentencia firme antes del 10 de Agosto de 1932 una finca embargada en juicio declarativo de menor cuantía le fué denegada la inscripción del auto de adjudicación, por existir al margen de la inscripción de propiedad del deudor condenado la nota marginal prevenida en el artículo 4.<sup>º</sup> de la ley de 24 de Agosto del citado año.

Se planteó, pues, en ese recurso la cuestión de si la prohibición que dicha nota contiene de extender, mientras subsista, inscripciones de dominio o de constitución o extinción de cargas y derechos reales es aplicable a las transmisiones realizadas por imperativo legal, si bien después de la extensión de la nota prohibitiva, como consecuencia de un derecho nacido y perfeccionado no sólo antes de que la referida nota fuese extendida, sino también de la fecha a que alcanza la retroactividad de la ley de 24 de Agosto. La resolución declara, implícitamente, que dicha prohibición no es óbice para tales inscripciones, puesto que ordena cancelar la nota referida; cancelación que no tiene otro fin que el de salvar el inconveniente que el Registrador creyó encontrar en el Registro, como consecuencia de la existencia de la expresada nota, que acreditaba haber sido incluida la finca como de la propiedad de

un encartado en la relación por aquél enviada al Instituto de Reforma Agraria.

La doctrina que sirvió de base a la citada resolución, en el punto concreto que nos interesa, y que se consigna en los *Considerandos* de la misma, es la de que la nota que ordena extender el artículo 4.<sup>º</sup> de la ley de 24 de Agosto, ni por los términos en que debe concebirse, ni por las circunstancias a que se refiere (la de haber incluido la finca a que afecta en la relación enviada al Instituto de Reforma Agraria), tiene apropiado encaje en precepto alguno de la ley Hipotecaria ni de su Reglamento, ni en los contenidos en la ley de Enjuiciamiento civil, por lo que es necesario acudir al terreno de las analogías para encontrarle alguna similitud con figuras comprendidas dentro de la técnica hipotecaria, y, en tal sentido, pudiera estimarse como una anotación de demanda *sui generis*, o como la advertencia provocada por la nota expresiva de haberse expedido la oportuna certificación en el procedimiento judicial sumario para hacer efectiva la responsabilidad hipotecaria de una finca, o como la ordenada extender por el artículo 201 del Reglamento Hipotecario para hacer constar haberse iniciado el procedimiento extrajudicial para la efectividad del crédito, con la advertencia de que tal procedimiento no se entenderá con los que, con posterioridad a la extensión de tal nota, anoten o inscriban algún derecho sobre la misma finca, pero sin que una ni otras impliquen ni produzcan, *ipso facto*, el cierre absoluto del Registro.

Queda ahí fijada la verdadera naturaleza de la nota, que ni es ni puede ser otra que la de aviso, advertencia a los terceros acerca de la posible y probable resolución del derecho del titular de la finca, como consecuencia del *complot* de Agosto de 1932, por lo cual no debió adherírse la prohibición que contiene, ya que ésta, sin beneficio alguno para el Estado, puede causar gravísimos perjuicios a terceros.

La extraordinaria rapidez con que fué concebida, articulada, discutida y votada la ley de 24 de Agosto fué causa de los innumerables defectos de que adolece, tanto desde el punto de vista gramatical como del jurídico, y uno de los más sobresalientes, en este último aspecto, es el que se refiere al efecto prohibitivo asignado a la nota marginal y a la ordenanza de la inscripción de dominio a favor del Estado, defecto que arguye o un desconocimien-

to absoluto de la ley Hipotecaria o un olímpico desdén hacia sus preceptos. Sea desconocimiento, sea desdén, uno y otro son igualmente censurables.

Algo dije ya en mi anterior artículo, citado al principio del presente, respecto de las inscripciones a favor del Estado, y por ello me limitaré ahora a considerar tan sólo las notas marginales.

¿Cuál fué el fin que persiguió el legislador al establecer que tales notas, mientras subsistan, impedirán toda nueva inscripción de dominio y constitución o extinción de cargas o derechos reales? Indudablemente, el de evitar que por actos dimanantes de la voluntad del encartado el patrimonio rústico de éste desapareciese o se merinase, con el consiguiente perjuicio para el Estado el día en que llegase a entrar en su dominio. ¿Era necesaria esta medida prohibitiva para evitar tal peligro? No. El mismo resultado se hubiese obtenido si en lugar de la prohibición dicha se hubiese consignado en la nota la advertencia de que «todo el que con posterioridad a la extensión de ésta (la nota) inscriba o anote cualquier transmisión de dominio, o acto o contrato de derechos reales o cargas, o de extinción de unos y otras existentes a su favor, como consecuencia de la determinación de la libre voluntad de (aquí el nombre del encartado), manifestada con posterioridad al 10 de Agosto de 1932, quedará sujeto a los efectos de la resolución del derecho del expresado señor, producida por el pase de esta finca (o derecho) al dominio del Estado, produciendo la inscripción a favor de éste la cancelación de los referidos asientos».

Esta fórmula, sobre evitar el mal que el legislador quiso prevenir, hubiese tenido la ventaja de ser conforme con la teoría hipotecaria, de cuya condición carece la adoptada. Hubiera también evitado el absurdo de que escrituras de venta de fincas otorgadas hace varios años hayan encontrado para su inscripción el obstáculo que la *letra* (no el espíritu) de la mentada prohibición les ofrece, y no podría darse el caso, verdaderamente paradójico, de que no pueda liberarse de una hipoteca o de cualquier otro gravamen una finca que, en su día, puede pasar al dominio del Estado.

Que la prohibición, en la forma establecida, puede causar gravísimos perjuicios a tercero es incuestionable. Supongamos el caso de un acreedor de una persona incluida en la relación de encartados, publicada en la *Gaceta* de 11 de Octubre del año último, y

cuyo acreedor, en juicio ejecutivo por deuda vencida el 10 de Agosto anterior, logra el embargo de una finca rústica de su deudor. Lleva el mandamiento correspondiente al Registro y el Registrador, por la existencia de la nota marginal, deniega la anotación. Sigamos suponiendo que el interesado entabla el oportuno recurso gubernativo y que durante la sustanciación de éste se acuerda que el encartado sea excluido de la lista y que se cancelen las notas que afectan a sus fincas. En esta situación vende la que fué objeto de embargo, y cuando el acreedor acude de nuevo al Registro para anotar su embargo, ya porque el recurso le fuera resuelto favorablemente, ya porque conocedor de la exclusión de la lista ve desaparecido el obstáculo que existía, se encuentra con que le es denegada la inscripción, por haber pasado la finca a un tercero poseedor, habiendo quedado burlada la garantía que en su tiempo tomó.

Si en lugar de existir la prohibición se hubiese adoptado el otro criterio anteriormente expuesto, el acreedor hubiese anotado el embargo, y en el supuesto de que el deudor, por haber sido eliminado de la lista de encartados, enajenase la finca, el acreedor vería asegurado su derecho por la previa anotación del embargo. Si, por el contrario, la finca pasaba a poder del Estado, como el acreedor había anotado su derecho sobre una finca cuyo dominio estaba afectado de una condición resolutoria, al cumplirse ésta su derecho quedaba extinguido y el Estado ningún perjuicio había sufrido. Es lo que ocurre, en definitiva, con la anotación de demanda de propiedad de una finca. La existencia de ésta no impide las posteriores inscripciones y anotaciones, ya sean de dominio o de cualquier otra clase, sobre la misma finca; pero si la demanda prospera y se declara el dominio del demandante, todos los derechos contenidos en los asientos posteriores a aquella anotación quedan extinguidos y los referidos asientos sin virtualidad ni eficacia alguna.

Como no se empleó en la ley la fórmula lógica y la prohibición establecida ha originado diversos conflictos, la citada resolución del Ministerio de Agricultura ha tenido que fijar cuál fuera la intención del legislador al consignar que mientras la nota subsista impedirá toda nueva inscripción de transmisión de dominio y constitución o extinción de cargas o derechos reales; y entendiendo

que tal prohibición implica una verdadera interdicción civil en cuanto a la libre disposición de los bienes de naturaleza rústica, estima que es de interpretación restrictiva, por lo que no puede ampliarse a más casos que los estrictamente necesarios para que se cumpla el propósito del legislador, que no fué otro que el de evitar que por actos dimanantes de la exclusiva voluntad de los encartados por los sucesos del mes de Agosto las fincas de su pertenencia salieran de su dominio, haciendo así ineficaz la sanción que el Estado quiso imponerles, por cuya razón, cuando tal hecho no proviene de un acto originado por la libre voluntad del encartado, sino que se produce por imperativo de la ley, la existencia de la mencionada nota ni puede ni debe ser obstáculo a que la enajenación se inscriba; y que la prohibición de inscribir transmisiones de dominio durante la vigencia de la nota, a que se refiere el artículo 4.<sup>º</sup> de la citada ley, es tan sólo para las originadas por las relaciones jurídicas nacidas por la sola voluntad de las partes después del 10 de Agosto de 1932, pero no para las que fueron engendradas antes, que no se hallan comprendidas en la letra ni en el espíritu de dicha ley, sin que el hecho circunstancial de que la fecha en que la transmisión real se realice sea posterior a la extensión de la nota pueda influir en la validez de aquélla, siempre que deba su origen a un derecho nacido con anterioridad.

Queda, pues, bien fijado, por la citada resolución, cuál fué el propósito del legislador al establecer la prohibición y cuál sea el alcance de ésta, que no puede aplicarse más que a los actos dimanantes de la exclusiva voluntad del encartado, realizados con posterioridad al 10 de Agosto de 1932, pero no a los producidos antes de esa fecha, ni aun a los no voluntarios causados después, siempre que deban su origen a un imperativo legal o sean consecuencia de un derecho nacido antes del día a que alcanza la retroactividad de la ley.

Como ya he dicho anteriormente, la doctrina sentada por la citada resolución está tan de acuerdo con mi modo de pensar que no tengo que oponerle el menor reparo. Pero hay más: yo, atendiendo a la intención del legislador y al espíritu de la ley más que a su letra, he sustentado la teoría de que hay posibilidad de inscribir los actos prohibidos, dejándolos afectados de condición resolutoria.

Otro punto, muy interesante, que conviene dilucidar es el de si la prohibición alcanza sólo a la inscripción, propiamente dicha, o se extiende también a la *anotación*.

La ley Hipotecaria, en su tecnicismo, establece una verdadera diferenciación entre la inscripción y la anotación en sus títulos II y III, al tratar por separado de cada una de ellas, atribuyéndoles distintos requisitos formales y asignándoles diferentes efectos. Especies distintas de un género común, asiento principal, difieren, en cuanto a sus efectos, en que así como los de la inscripción son de duración permanente, los de la anotación lo son sólo de duración transitoria y limitada en el tiempo.

Si, pues, en la técnica hipotecaria son conceptos perfectamente distintos y diferenciados los de inscripción y anotación, cuando un precepto legal que al Registro de la Propiedad hace referencia emplea sólo el primero, ¿podrá ni deberá extenderse al segundo? La contestación negativa parece que la imponen de consumo las reglas de interpretación gramatical y jurídica. Aquéllas, porque si en el concepto genérico *color* caben lo mismo el *blanco* que el *amarillo*; cuando se habla del primero no puede entenderse que lo que de él se diga o las propiedades o condiciones que se le atribuyan quede extendido al amarillo, por la razón de que ambos son color. Las otras, o sea las reglas de interpretación jurídica, por el principio de que *inclusio unius exclusio alterius*; y si el legislador, sabiendo, o al menos debiendo saber, la diferencia existente entre ambos conceptos utiliza uno solo de ellos es porque no ha querido comprender el otro. Si hubiera querido que ambos estuvieran incluidos en la prohibición hubiera dicho «la que, mientras subsista, impedirá todo nuevo *asiento*, etc., o toda nueva inscripción o anotación...» Se limitó a comprender tan sólo la inscripción; luego la anotación quedó excluida de la norma. También es de aplicar la regla de que las disposiciones prohibitivas son de interpretación restrictiva.

La repetida ley de 24 de Agosto de 1932 habla de inscripción de traslación de dominio, único asiento por donde éste puede entrar en el Registro, ya que por la anotación no cabe su ingreso, pues aun cuando en un asiento de esta última clase se encontrara el germen de aquélla para nacer a la vida jurídica del Registro es necesario que se convierta en inscripción. Nos habla también la

mentionada ley de inscripción de constitución o extinción de derechos reales o cargas, y si es cierto que las que a los primeros se refieren se hallan en el mismo caso que las de dominio, no lo es menos que las cargas sí que pueden encontrar su origen en una anotación.

Según anteriormente queda mencionado, ni la interpretación gramatical ni la jurídica del artículo 4.<sup>º</sup> de la tantas veces mencionada ley de 24 de Agosto del pasado año autorizan a entender que la palabra *inscripción* comprende también la *anotación* y que, por consiguiente, éstas deben considerarse excluidas de él.

Si a la intención del legislador hay que atenerse, ésta, según la doctrina de la resolución del Ministerio de Agricultura, que con anterioridad ha sido citada varias veces, no fué otra que la de evitar que por actos voluntarios de los encartados por los sucesos de Agosto del pasado año pudiera hacerse ineficaz la sanción que el Estado quiso imponerles, por cuya razón sólo las traslaciones de dominio y la constitución o extinción de derechos reales y cargas, también de carácter voluntario, son las que no podrán inscribirse; mas no así las que deban su origen a un acto necesario ya impuesto por un imperativo legal o ya declarado por los Tribunales.

Por consiguiente, y conforme a esta norma, las anotaciones como no comprendidas en la letra ni en el espíritu de la ley deben quedar excluidas de sus preceptos. Mas supongamos, a efectos polémicos, que contrariando las reglas de interpretación, antes expuestas, se entienda que la prohibición alcanza también a las anotaciones, ya porque se admite que se hallan comprendidas en el sentido extensivo de la palabra *inscripción* o bien porque se estime que tal fué la intención del legislador. Sigamos suponiendo que no hay doctrina sentada en la materia o que la existente es contradicha por una resolución posterior. ¿Qué ocurrirá entonces? Vamos a verlo, mediante la exposición de algunos casos prácticos, sacados de los contenidos en el artículo 42 de la ley Hipotecaria.

1.<sup>º</sup> *Anotación preventiva de demanda de propiedad de bienes inmuebles o de constitución, declaración, modificación o extinción de derechos reales.*—A., incluído en la relación publicada en la *Gaceta* de 11 de Octubre de 1932 como encartado por los sucesos del mes de Agosto anterior, tiene una finca inscrita a su nombre,

que ha sido afectada de la nota prevenida en el artículo 4.<sup>o</sup> de la ley de 24 del mes últimamente citado. En Enero de 1933 B. entabla demanda sobre la propiedad de dicha finca, que entiende que le pertenece, y obtiene mandamiento a su favor, ordenando la anotación de aquélla. ¿Qué hace el Registrador? ¿Anota? ¿Deniega? Primer punto que tiene que resolver: donde la ley dice *inscripción*, ¿debe entenderse también anotación? En la mayoría de los casos, por el temor de incurrir en responsabilidad ante el Estado y, principalmente, por el de que se le pueda tachar de *desajecto al Régimen*, resolverá la duda en sentido afirmativo. Resuelto este problema se le plantea otro: la anotación solicitada, ¿envuelve un acto traslativo de dominio, o, en último caso, supone una constitución de carga? Perplejidad y meditación: acto traslativo de dominio no lo es, por el momento, aun cuando llegue a constituirlo, si la sentencia es favorable al demandante; pero lo que no se le puede negar es el carácter de constitutivo de carga, ya que si anotada la demanda tuviera que expedir una certificación relativa al estado de la finca con relación a cargas y gravámenes tendría que incluir en ella la anotación. Luego está dentro de la prohibición legal y la deniega. Este es el proceso mental que sigue el Registrador que se halla en el caso expuesto, reforzando el resultado del mismo la consideración de que por denegar en un caso tan poco claro como el presente ninguna responsabilidad contrae, ya que el recurso gubernativo deja abierta la puerta a la reclamación, y la Dirección resuelve en última instancia eximiendo de responsabilidad al funcionario, si ordena anotar.

¿Es lógico tal modo de discurrir? Aparentemente, sí; fundamentalmente, no. La demanda de propiedad no es acto traslativo de dominio, puesto que nada transfiere, ni lo es constitutivo de carga sobre la finca, atendiendo al sentido jurídico y económico de la palabra *carga*. El hecho de que la existencia de la anotación de la demanda de propiedad haya de consignarse en la certificación de cargas de la finca a que afecta no la reviste de tal carácter, y la razón de su consignación estriba en la necesidad de hacer saber que el derecho del titular inscrito ha sido atacado judicialmente. Por lo tanto, la anotación debe practicarse.

Ahora bien: ¿sufre el Estado perjuicio con ello? No. Denegada la anotación de la demanda, si el Estado consiguió la ins-

cripción de la finca a su nombre, por el transcurso de los seis meses desde la fecha de la nota marginal del artículo 4.<sup>º</sup> de la ley de Agosto, y en definitiva se da lugar a aquélla, el triunfante en el pleito le demandará a su vez; y como no es tercer adquirente a título oneroso no podrá invocar el amparo que concede el artículo 34 de la ley Hipotecaria, aun en el problemático caso de que tal artículo fuera aplicable a las expropiaciones sin indemnización, ya que en ellas no existe acto ejecutado ni contrato otorgado por el dueño de la finca con relación a ésta.

Si la anotación de demanda se practica y luego se extiende la inscripción de dominio a favor del Estado, por ser posterior ésta a aquélla, el nuevo adquirente tiene conocimiento por el Registro de las consecuencias a que el dominio de la finca puede estar sometido, y con arreglo a ello adoptará sus determinaciones; mientras que si aquélla se denegó, ignorante de la posible anulación del derecho de su transferente, no podrá prevenirse y habrá de sufrir las consecuencias de tal error, que por mínimas que sean siempre han de ser las que sufre todo demandado, aun cuando se allane a la demanda. Vemos, pues, que con la anotación de la demanda no sólo no hay perjuicio para el Estado, sino que, por el contrario, aun sale favorecido con ella, toda vez que al inscribir su dominio tiene conocimiento de la interpellación judicial al dueño de la finca, según el Registro.

La misma argumentación es aplicable respecto de las demandas referentes a la constitución, etc., de derechos reales.

2.<sup>º</sup> *El que en juicio ejecutivo obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes raíces del deudor.*—Voy a fijarme en este ejemplo en el embargo trabajado sobre bienes especialmente hipotecados, cuando en el juicio ejecutivo ordinario se persigue la efectividad del crédito hipotecario.

Considerada la anotación como comprendida en la inscripción, es indudable que los Registradores que discurren en la forma anteriormente dicha (la inmensa mayoría), entendiendo que todo embargo de una finca supone una carga de ella, denegarán la anotación. Nada más lejos, no obstante, de la realidad jurídica que la atribución de carga a la clase de embargos a que me refiero.

Las anotaciones de embargo de fincas especialmente hipotecadas, decretadas en el juicio ejecutivo seguido para la efectividad

del crédito hipotecario no son constitutivas de carga alguna, ni de derecho real de ninguna clase, únicos supuestos en el que entrarían en la órbita de la ley de 24 de Agosto, caso de que en ella se entendiesen comprendidas las anotaciones. El crédito que se reclama no lo crean ellas; la responsabilidad de la finca embargada tampoco nace en el instante de practicarse la anotación y la garantía real de la finca ante tercero tampoco por las anotaciones es producida. Crédito, responsabilidad y garantía nacieron en el Registro con la inscripción de constitución de hipoteca y la anotación de embargo de estas fincas ya hipotecadas nada nuevo constituye y nada les agrega que no esté ya comprendido en la inscripción hipotecaria. ¿Qué finalidad tiene, entonces, la citada anotación? La de anunciar *erga omnes* estarse persiguiendo el crédito hipotecario, de igual modo que en el procedimiento judicial sumario se hace público tal hecho mediante la extensión de la nota acreditativa de haberse expedido la certificación prevenida en el artículo 131 de la ley Hipotecaria.

\* \* \*

Las dimensiones que va alcanzando este artículo me obligan a terminarlo rápidamente, y por eso dejo de examinar otras varias anotaciones, principalmente las comprendidas en los números 3.<sup>º</sup>, 6.<sup>º</sup>, 8.<sup>º</sup> y 9.<sup>º</sup> del artículo 42 de la ley Hipotecaria. Afectan éstas a derechos de terceros, que la ley ampara y que la de 24 de Agosto no puede desconocer; derechos que pueden ejercitarse después de extendida la nota marginal prohibitiva, y algunos de ellos susceptibles de nacer con posterioridad a la fecha de su extensión.

Por último, téngase en cuenta, como argumento fundamental, que mientras la inscripción de dominio no se halle extendida a favor del Estado el único dueño de la finca, según el Registro, *ante todos y para todo*, es el que figura en la inscripción vigente, y que la prohibición que se le impone al titular, si es eficaz para impedir los actos posteriores a ella derivados de la libre determinación de la voluntad del interdicto, no lo es respecto de los anteriores, ni de los que, en cualquier tiempo, deban su origen a un precepto legal o sean consecuencia del cumplimiento de una obligación ineludible.

No sé si habré sabido convencer a los que me leyeren. Si no lo hubiere conseguido no se achaque a la flojedad de los argumentos; sino a la pobreza de mis medios de expresión para hacerlos resaltar de un modo convincente.

¡Ah! Va a cumplirse el año de la promulgación de la ley de 24 de Agosto de 1932 y el Reglamento que para su aplicación ordena dictar el artículo 9.<sup>o</sup> de la misma en el plazo de dos meses, ni se ha publicado ni existe el más leve indicio de que esté en preparación. Seguiremos, pues, sin saber a qué atenernos en infinitad de cuestiones relacionadas con la aplicación de la citada ley.

JOAQUÍN NAVARRO Y CARBONELL,  
Registrador de la Propiedad

## BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado . . . . .	100.000.000	de pesetas
Capital desembolsado . . .	51.355.500	—
Reservas . . . . .	63.026.907,21	—

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

Sucursal Urbana: Glorieta de Bilbao, 6  
400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo  
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

### TIPOS DE INTERES

Desde 1.<sup>o</sup> de Julio de 1933, y a virtud de la norma del Consejo Superior Bancario, de observancia general y obligatoria para toda la Banca operante en España, éste Banco no podrá abonar intereses superiores a los siguientes:

#### 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.

# El “*jus ad rem*” en el Derecho civil moderno<sup>(\*)</sup>

## VI

### EL «*JUS AD REM*» Y LA NOCIÓN DEL DERECHO ANOTADO

Se podría pensar que esta posición adoptada por la doctrina había bastado para suprimir definitivamente el problema. Sin embargo, en opinión de algunos autores, el *jus ad rem* no había desaparecido por completo, y si no se presentaba ya en su forma original, se encontraba la idea manifestándose bajo la forma de un derecho anotado. Esta explicación de la anotación no debe ser atribuída a los autores e intérpretes del Código civil alemán, puesto que es más antigua.

Los autores prusianos que habían comentado su Derecho después de la ley de 5 de Mayo de 1872, habían sido sorprendidos por la analogía que reina entre el *jus ad rem*, de una parte, y el derecho anotado, de otra, y así, un número bastante considerable de autores germánicos se ven conducidos a declarar que todo lo que había de viable en la teoría del *jus ad rem* había pasado a la noción de la anotación (1). Esta ofrecía todas las ventajas, sin presentar los inconvenientes consistentes en la dificultad de probar que el segundo adquirente hubiese estado al corriente de la existencia del primer contrato. Sin embargo, como nadie había llegado a ex-

(\*) Véanse los números 100, 101 y 102 de esta Revista.

(1) Ved Holtzendorff-Kohler, *Encyclopädie*, 1914, II, 43, § 31. Gierke, *Deutsch. Privatrecht*, II, pág. 607 s. Dernburg, *Preuss. Priv. Recht*, I, 75 s. Stobbe, *Deutsch. Privatrecht*, III, 2.ª ed., 1885, § 175-6.

plicar de una manera verdaderamente satisfactoria el fundamento de la idea del *jus ad rem*, era muy arriesgado basarse sobre esta noción para construir una nueva teoría, la del derecho anotado. Si los autores prusianos, los primeros en estudiar la naturaleza jurídica de esta institución del Registro de la Propiedad, se refirieron a esta idea, como Dernburg y Stobbe, lo hicieron porque para ellos el *jus ad rem* era una noción bien viva. Es ya menos fácil comprender por qué autores más modernos y más alejados del *jus ad rem*, como Biermann (1), se refieren a esta teoría en un momento en que la doctrina general la había condenado definitivamente (2). Pero este fenómeno se explica suficientemente si se observa que Kohler y Gierke figuran precisamente entre los defensores de la teoría del *jus ad rem*. En cuanto a Biermann, en sus ediciones más recientes no contiene ya la idea expuesta en la primera. Los demás comentaristas del Código civil alemán han explicado de manera diferente y la más variada el fundamento de la noción de la anotación, y todavía, con ocasión de la codificación del Derecho civil, se ha discutido nueva y vivamente esta cuestión (3).

Es preciso poner de relieve que el término *anotación* puede tener dos significados diferentes: de un lado se puede entender por ello el acto de anotar el derecho, y de otra parte se designa así el derecho anotado. Antes de ser anotado el derecho, posee, en general, el carácter de un derecho de obligación; pero una vez hecha la anotación, ya es del derecho anotado de lo que se trata, y ello constituye algo más que un derecho de obligación puro y simple. Así se pregunta si se debe atribuir un carácter real al derecho

(1) *Sachenrecht*, 1.<sup>a</sup> ed., 1903, Berlín; Gierke, *Deutsch. Privatrecht*, II, pág. 338, nota 155; Kohler, *Encyclopädie*, I, pág. 602 s.

(2) Gierke, *Bürg. Recht. Encyclopädie der Rechtsu. Staatswissenschaft*, Berlín, 1925, pág. 37, habla, a propósito de la anotación, de un *jus ad rem* y hace este enlace de las dos nociones únicamente a título de comparación.

(3) Ved la exposición completa de las teorías por Eug. Fuchs, L. Z., 1914. El autor es uno de los raros defensores del carácter real del derecho anotado, pero antes de llegar a esta conclusión examina y condena todas las demás opiniones emitidas a este respecto. Compárese Kretzschmar, *Jur. Hoch.*, 1916, 168; Reichel, *Dogm. J.*, 46-59; Biermann, *Widerspruch und Vormerkung*, Berlín, 1901. Para el Derecho suizo ved Pfeiffer, *Vormerkung (these)*, 1910, Zurich.

anotado, puesto que tiene efectos frente a todos. Hay autores que responden afirmativamente, como Fuchs, pero son casos aislados. De otra parte, también es imposible concederle el carácter de un derecho de obligación.

Esta manera de considerar el problema parece exactamente la empleada en el curso del siglo XIX para determinar la naturaleza jurídica de la noción del *jus ad rem*. Es preciso investigar la razón del enlace de estas dos ideas. En los dos casos no se sabe si se debe clasificar cierta relación de derecho en la categoría de los derechos reales o de los derechos personales. Era natural, en suma, referirse, en lo que concierne a la anotación, a otra teoría, con la cual la doctrina había querido superar los mismos obstáculos, pero se puede objetar precisamente que las dificultades no habían sido descartadas por la antigua explicación y que los autores le reprochaban el suprimir la distribución fundamental entre derechos reales y derechos de obligación, y, por tanto, una teoría que busque explicar la noción de la anotación tomando por base la idea del *jus ad rem*, comete necesariamente la misma falta. Esta argumentación se basa esencialmente sobre la imposibilidad de interpretar de otra manera el carácter del *jus ad rem*, idea generalmente reconocida, y admitida esta premisa, aquélla debe ser considerada como lógica.

Los autores que, como Pfeiffer (1) y Fuchs (2), no admiten la explicación de la anotación por un *jus ad rem*, no oponen a esta teoría más reproche que el de no ser bastante clara y bien construida, pero ninguna razón intrínseca o propia al derecho mismo. Pfeiffer llega a declarar que en principio el derecho anotado podría basarse sobre la antigua noción del *jus ad rem*, si ésta no padeciera de falta de precisión y de claridad.

Es preciso reconocer que la construcción del derecho anotado y la del *jus ad rem* tienen mucho de común, pero hay entre ellos una diferencia. En la hipótesis del *jus ad rem*, el segundo adquirente debía haber tenido conocimiento de la existencia del contrato para ser obligado a restituir la cosa. En la del derecho anotado, el segundo adquirente está obligado a tener conocimiento del contrato, puesto que se puede inscribir en el Registro.

(1) *Vormerkung (these)*, 1910, pág. 26.

(2) *L. Z.*, 1914, pág. 141.

La anotación impide a todo adquirente posterior de un derecho que está en contradicción con el derecho anotado el prevalecerse de su ignorancia de la existencia de este derecho.

Se puede, pues, decir que la anotación no crea el *jus ad rem*, pero que amplía su campo de aplicación.

Esto equivale a reconocer la existencia de un *jus ad rem* en general, idea completamente abandonada a principios de este siglo. Si se había creído descubrir en la institución de la anotación el signo de la supervivencia y de la viabilidad del *jus ad rem* que se impondría independientemente de la antigua teoría, debemos renunciar a esta justificación y recurrir a otra interpretación para explicar su carácter. La conclusión a sacar de estas consideraciones es bien sencilla. El *jus ad rem*, así como la interpretación de la anotación basándose sobre ese derecho, han sido completamente abandonadas por los comentaristas alemanes contemporáneos, cuya opinión ha sido repetida por los autores suizos, como Oser, Tuhr, Pfeiffer (1).

## VII

### NUEVA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA. LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO CÓMPlice EN EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN.

La cuestión que nos proponemos examinar es si en el derecho moderno puede volverse a concepciones análogas a la del *jus ad rem* o, cuando menos, a un resultado parecido al obtenido por esta teoría en el siglo XVIII. No se plantea la cuestión de saber si ha de reconocerse la existencia de un derecho intermedio entre el derecho real y el derecho de obligación, sino que se ha formulado el problema de la manera siguiente. El concurso aportado por un tercero a los hechos constitutivos de la inejecución de una obligación contractual, ¿hacen al tercero responsable frente al acreedor? (2). En una palabra, es el problema de la responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento de una obligación.

(1) Ved Oser, *Kommentar Vorbem zu Art. 1-67*, 1928; Tuhr, *Schweiz Oblig. Recht*, pág. 7, para la noción del *jus ad rem*; Pfeiffer, *Vormerkung (these)*, 1910, pág. 26, para su aplicación a la anotación.

(2) Comp. Bartin, Aubry et Rau, 5.<sup>a</sup> ed., VI, § 444, pág. 338.

Esta manera de considerar el problema no tiene nada de sorprendente si se tienen en cuenta las interpretaciones análogas presentadas por Leyser, Hommel, y entre los más recientes, Foerster y Dernburg. Sea que admitan o que rechacen la opinión que considera el acto del tercero como delictuoso, parten todos de este punto de vista para encontrar la solución.

Notemos, sin embargo, que una respuesta afirmativa a esta primera cuestión no hace renacer necesariamente, y por ella sola, la concepción del *jus ad rem*; sin embargo, combinada con el principio de la reparación en *natura*, podría llegarse al mismo resultado.

Las legislaciones callan, generalmente, sobre el problema de la complicidad del tercero en la ruptura de un contrato.

Que nosotros sepamos, sólo el proyecto de Código civil húngaro de 1900 contenía un artículo aplicable a esta hipótesis, y era el 1.077, que decía: «Aquel que intencionalmente determina a otro a violar su compromiso respecto a una tercera persona responde solidariamente con el deudor del daño resultante de la violación del compromiso».

#### A) *El problema en derecho francés.*

La hipótesis ya es antigua en su jurisprudencia. Era el caso de venta de un inmueble, consentida por el vendedor a un tercero de mala fe, en perjuicio de un primer adquirente que no ha inscrito su título, y este caso ha sido planteado después de la Ley de 1855 sobre transcripción en materia hipotecaria.

Se advierte inmediatamente que el problema se plantea, ante todo, en materia de obligaciones de *hacer*.

Es el caso del dueño o patrón a quien un tercero, otro patrón, le arrebata uno de sus obreros.

Hay igual ejemplo en las obligaciones de *no hacer*: un tercero, con conocimiento de causa, se asocia a una persona que está ligada con otra en virtud de una cláusula de *no concurrencia*.

Es también otro supuesto la operación hecha por el mandatario con un tercero de mala fe en perjuicio del mandante.

Se encuentran igualmente hechos análogos en las aplicaciones antiguas de teorías clásicas: por ejemplo, la inejecución de una promesa de venta.

Podrían citarse más casos, pero la idea es siempre igual: el

tercero que atenta contra el lazo contractual perfeccionado entre dos contratantes comete un acto delictual.

El problema era edificar sobre tales materiales dispersos una teoría general sobre la responsabilidad del tercero.

La doctrina, durante largo tiempo, no se ha dado cuenta de la posibilidad de una acción directa del acreedor contra el tercero.

Planiol y Baudry-Lacantinerie no mencionan este problema.

Es Pierre Hugueney quien en 1910, en una tesis notable sobre la «Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contraotuelle», proclama el primero el derecho del acreedor a esta acción, y esta teoría, en sus grandes líneas, es la del Derecho francés actual.

Varios autores, como Demogue (1), Lambert (2), Bartin (3), Ripert (4), la han repetido, retocándola con frecuencia en algunos puntos.

Todos están de acuerdo en declarar la responsabilidad del tercero, pero no lo están sobre el carácter de esta responsabilidad, y sus opiniones divergen en cuanto a los casos en que la aplicación de la teoría se impone.

A primera vista se está inclinado a considerar al tercero como responsable en virtud del mismo contrato cuya ejecución ha impedido. Sin embargo, se objeta que, permaneciendo extraño al contrato, no ha podido cometer una falta contractual, y, por consecuencia, si hay que reprocharle una falta, ésta será necesariamente de carácter delictual.

Pero de todos modos se opone un obstáculo a esta manera de ver.

Los autores se preguntan (5) si el artículo 1.165 del Código civil francés excluye tal interpretación; puesto que declara que las convenciones no producen efectos más que entre las partes y que no perjudican a los terceros.

Este artículo, consagración del adagio «*Res inter alios acta*,

(1) *Revue Trimestrielle*, 1921, pág. 727. «*Droit des obligations*», II, página 862; III, pág. 378.

(2) «*Nota Dall.*», 1922, II, pág. 153.

(3) Aubry et Rau, 5.<sup>a</sup> ed., VI, § 444, pág. 338.

(4) «*La règle morale dans les obligations civiles*», 1925, pág. 297 s.

(5) Bartin, Aubry et Rau, VI, pág. 338; Hugueney, pág. 202.

tertio neque nocere neque prodesse potest», podría constituir un obstáculo insuperable, según la interpretación que reciba, y, por consecuencia, es indispensable examinar el contenido del mismo.

*A priori* dos soluciones parecen posibles. O bien se admite que un acto jurídico es legalmente inexistente respecto a los terceros, o se afirma en principio que la situación de derecho creada por un acto tiene una existencia independiente.

La convención despliega inmediatamente efectos respecto a terceros cuando el contrato hace nacer un derecho real, cual es el caso de transferencia de la propiedad mobiliaria. Pero incluso si la convención sólo es creatriz de un derecho personal, no debe creerse que ella sea inexistente respecto a los terceros (1).

La cuestión es saber si una parte puede invocar su contrato para obtener en su propio nombre reparación por las consecuencias de un delito. Los autores (2) hacen notar que el Derecho romano respondía ya afirmativamente a esta cuestión. «Si un tercero, dice Paulo (D. IV, 3, 18, 5), destruye la cosa que un deudor había prometido entregar a su acreedor, la opinión general es dar a éste la acción de dolo contra el autor del delito».

La cuestión no existe en Derecho francés, porque el acreedor deviene propietario en virtud de la convención misma; pero la hipótesis surge, sin embargo, por ejemplo, a propósito de una cláusula de indemnización adjunta a un contrato de suministros (3).

La ciudad de París concertó un contrato con la Compañía parisina de alumbrados por gas, en virtud del cual esta Sociedad tomaba a su cargo todos los gastos de las reparaciones del material del alumbrado que de propiedad de la ciudad se encontraba en la vía pública. La Compañía se delegaba para la ejecución de este contrato en un empresario. Sobre vino un accidente, producido al chocar un carro con uno de los postes del alumbrado. El empresario, obligado a reparar el daño, ejercitó un recurso contra el tercero, causante de la falta que motivó el accidente. La «Cour» de casación decidió que el demandante tenía incontestablemente interés en que el reverbero de gas no fuese destruido,

(1) Véase Juille: «Effet des actes jurid. des tiers» (*Thèse*), Lille, 1904.

(2) Bartin, Aubry et Rau, VI, pág. 338; Hugueney, pág. 205.

(3) Cass. 4 Mars, 1902; S. 1.902, I, 224, resumida por Hugueney, página 206.

puesto que el perjuicio debía recaer sobre él; en su calidad de parte lesionada tenía acción para reclamar y, fundándose en el artículo 1.382 del Código civil, podía exigir al demandado la reparación del daño que le era imputable.

Por consecuencia, el artículo 1.165 significa que las convenciones no crean derechos más que en provecho o detrimento de las partes contratantes. Pero ello no quiere decir que un contrato no pueda ser opuesto a los terceros o invocado por ellos mismos en su favor.

Ese artículo, por tanto, no se opone a un sistema que declara responsable al tercero, y cuya falta, si la hay, consiste en el hecho de haber impulsado a un contratante a la ruptura de su compromiso; pero éste precisamente es el punto que reclama ahora nuestra atención.

Examinemos si el tercero ha cometido verdaderamente un delito.

Dos sistemas han sido establecidos para demostrar la responsabilidad delictual del tercero.

Se puede poner a su cargo una responsabilidad delictual propia e independiente, o se puede declarar, con Hugueney (1), que el tercero no puede incurrir más que en una responsabilidad calada sobre la del deudor mismo.

Lo primero consiste en decir que un tercero, todas las veces que atente a la relación establecida entre el acreedor y el deudor, comete un delito; es la idea que se desprende de la jurisprudencia francesa; pero se le objeta que hace considerar como delito todo, tanto la violación de un derecho relativo—un derecho de obligación—como la de un derecho absoluto—un derecho real—, y la cuestión se plantea en saber si el derecho de obligación, siendo un lazo entre dos personas, ofrece base a los atentados de los terceros.

Los autores franceses (2) dicen que la obligación se reduce a un derecho del acreedor frente al deudor y que por esta razón es imposible concebir que un tercero pueda lesionarla.

Ello quiere decir que el carácter relativo de la obligación debe ser considerado como un principio fundamental y el tercero no

(1) Hugueney, ob. cit., pág. 222.

(2) Idem, ob. cit., pág. 211.

·estará, pues, en situación de atentar contra la relación de obligación existente entre un acreedor y un deudor.

Pero admitido esto no se puede llegar a deducir que el tercero sea libre de perjudicar al acreedor, aunque al decirlo así no se trata tampoco de reconocer a la obligación, en lugar de un carácter relativo, un carácter absoluto, idea ante la cual Hugueney retrocede con justo título.

Pero hay otros autores que se colocan en otro punto de vista. Así Ortolan (1) declara que en todo derecho existe una obligación general de abstención que pesa sobre la masa, sobre el conjunto de todas las personas, y que consiste en la necesidad, para todos sin distinción, de dejar al sujeto activo del derecho el retirar el provecho, la utilidad que su derecho le atribuye y de no plantearle ningún conflicto.

Pero en el derecho real esta obligación general es única y en el derecho de obligación existe, sí, el derecho del acreedor, la facultad de constreñir a una persona individualmente determinada a una acción o una inacción; pero, además, subsiste el derecho dirigido frente a todos.

Parece que la jurisprudencia francesa, protegiendo al acreedor contra el atentado a su derecho por un tercero, ha querido reconocer la existencia de este derecho de protección general, tanto en materia de derechos reales como en los derechos personales, y, por tanto, será preciso asimilar las dos categorías de derecho, al menos en lo que concierne a sus efectos frente a tercero.

Pero la jurisprudencia pone una condición para esa protección, y es que el tercero, para ser responsable, debe tener conocimiento de la relación entre acreedor y deudor y haber facilitado con su actividad la ruptura del lazo contractual; esta condición no existe en los derechos reales.

Los dos grandes grupos de derechos no se parecen en este aspecto y la teoría de Ortolan no encuentra aplicación en Derecho francés positivo.

Otra opinión ha sido sostenida por Demogue, que atribuye al acreedor un derecho protector contra los atentados de un tercero (2).

(1) «Generalisation du Droit romain», París, 1855, pág. 75.

(2) «Traité générale des obligations», III, pág. 368.

Este derecho Demogue lo asimila a los derechos de la personalidad, tales como son enunciados por el artículo 2.383 del Código civil portugués (1).

Hay falta cuando se atenta a estos derechos, protegidos por la Ley. El derecho puede ser personal o real. Demogue enumera los derechos siguientes: el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la reputación, derecho de libre circulación, de propiedad y, finalmente, el derecho al respeto de los contratos por los terceros.

Es en este sentido en el que hay que interpretar una nota de Bartin (2). No se trata, pues, de transformar el derecho de obligación en un derecho absoluto, sino de reconocer que el lazo contractual entre acreedor y deudor está al abrigo de los atentados de parte de un tercero.

Sólo la existencia de este derecho puede explicarnos la jurisprudencia concerniente a dicho artículo 1.165.

No se trata de un derecho que nace en virtud de la conclusión de una convención, sino de un derecho inherente a la personalidad existente siempre en estado latente. Nos quedará por ver cómo este derecho puede ser lesionado.

Aparte esta crítica de orden teórico, dirigida al sistema de la responsabilidad autónoma, se han formulado objeciones sacadas de la práctica.

JOSÉ M.<sup>a</sup> FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

(1) Artículo 2.383 del Código civil portugués: Los daños resultantes de la violación de los derechos originarios pueden ser relativos a la personalidad física o a la personalidad moral; los daños provenientes de la violación de derechos adquiridos no conciernen más que a los intereses materiales.

Este artículo remite al artículo 359 del mismo Código, donde se enumeran los derechos de la personalidad reconocidos.

Art. 359. Se llaman derechos originarios aquellos que derivan de la naturaleza propia del hombre y que la ley civil reconoce y protege como la fuente y el origen de todos los demás. Estos derechos son: 1.<sup>o</sup>, el derecho a la existencia; 2.<sup>o</sup>, el derecho a la libertad; 3.<sup>o</sup>, el derecho de asociación; 4.<sup>o</sup>, el derecho de propiedad; 5.<sup>o</sup>, el derecho de defensa.

Ved artículos 360 a 366 inclusive del mismo Código portugués.

(2) Aubry et Rau, 5.<sup>a</sup> ed., VI, pág. 338, nota.

# Apuntes sobre las anotaciones preventivas en el Derecho hipotecario español<sup>(\*)</sup>

La anotación de las prohibiciones judiciales de enajenar suma una más a las interesantes características de las anotaciones judiciales constitutivas que resultan de lo expuesto: la de proteger un derecho incierto con una limitación no eventual, sino cierta. La medida es totalmente autónoma no sólo en su origen (acción aseguradora), sino en sus efectos (limitación actual independiente de que el derecho asegurado exista efectivamente). En ella hay no sólo una amenaza (implícita) de posible pérdida del derecho por un titular (derivada del pleito en que se reclama el pago), sino además un efecto jurídico eficaz desde su nacimiento y que repercute en el derecho afectado, hasta el punto de privarle de una de sus características jurídicas: la alienabilidad.

Desde este punto de vista, esta anotación ocupa una situación intermedia (dentro de las judiciales constitutivas) entre la anotación obtenida para ejecución de sentencia firme—en que la limitación que la anotación implica para el propietario es cierta, efectiva, con existencia indudable—y las demás, en que hay una amenaza subordinada, potencial, que depende en sus efectos de la terminación del proceso en curso. Porque en la de prohibición de enajenar se dan simultáneamente ambas clases de efectos: el primero, en cuanto que desde su fecha pesa sobre la cosa una prohibición de disponer que actúa eficazmente frente a todos, haciendo nulos los actos en contra; el segundo, en cuanto que, subordinada al fin del litigio, pesa implícita sobre el titular una amenaza de pérdida de su derecho como consecuencia de la ejecución de la sentencia condenatoria posible. Así considerada esta anotación, se nos presenta, en su estructura puramente inmobiliaria (1), en igual línea que la anotación de secuestro, pero reforzada en sus

(\*) Véanse los números 99, 100 y 102 de esta Revista.

(1) Esto es, prescindiendo de considerar la relación *personal* de secuestro (como mero depósito judicial).

efectos por una autónoma prohibición de enajenar. Como consecuencia de esto último, varían totalmente los efectos que cada una de estas dos figuras produce en relación a las enajenaciones (en sentido amplio) hechas por el titular del derecho gravado, pendiente la anotación. En la de secuestro será posible la transmisión o gravamen (aunque subordinadas a la decisión del proceso: artículo 71 de la ley Hipotecaria); en la de prohibición de enajenar, esto será totalmente imposible (1).

Conviene aquí deslindar el campo de las prohibiciones de enajenar para evitar toda confusión. Evidente es la diferencia entre ellas y las normas de incapacidad (2). Aquéllas afectan a la cosa —o, mejor, al derecho—, limitando la relación jurídica de su titular; éstas, por el contrario, afectan a la órbita general de la capacidad del sujeto, al que impiden realizar por sí actos jurídicos, aunque éstos sean ciertamente posibles cuando se realicen por su representante legal. Las prohibiciones de enajenar aparecen como una especie de la categoría de las normas prohibitivas, de carácter absoluto, ya que los actos prohibidos lo son en todo caso sin sujetarlos al cumplimiento de ciertas formalidades (3).

Igualmente hay que excluir de dicho concepto aquellas excepciones a la regla de la alienabilidad de los derechos patrimoniales que el orden jurídico establece como integrando la naturaleza de la relación: así, la inalienabilidad de los derechos de uso y habitación. Por prohibición de enajenar debe entenderse solamente la que afecta a un derecho normalmente transmisible y que resulta de una norma prohibitiva encaminada a la cosa directamente (4).

(1) Para las enajenaciones forzosas en virtud de relaciones anteriores, basta aludir para salvarlas a la función positiva de la publicidad registral. Para la posibilidad de una enajenación forzosa por crédito anterior en fecha, véase a continuación.

(2) V. J. González: *Principios hipotecarios*, pág. 347 y sigs.

(3) Ej. artículo 45 del Código civil. Por ello es equivocado, a mi entender, el intento de estudiar unificadamente las llamadas prohibiciones (frente a las normas de incapacidad) sin analizar sus distintas variedades, ya que sus efectos varían de caso a caso. Por esto abandonamos este camino, intentado por otros, al estudiar las prohibiciones de enajenar.

(4) No al acto; ej. artículo 1.333 del Código civil. En las prohibiciones de enajenar, la ley ataca actos porque se refieren a cierta cosa; en las segundas, a relaciones, ya en sí (subenfiteusis, artículo 1.654 del Código civil), ya celebrados por determinadas personas (artículo 1.459 del Código civil), o sin

Así, dice Ferrara que «la prohibición de enajenar en sentido técnico supone no sólo que alguno sea titular de un derecho y que este derecho exista libre e independiente, sino que la persona sea capaz de enajenarlo, y, sin embargo, por una *razón especial*, esté impedida la transmisión» (1). Con esto se impide que se incluyan en el estudio de las prohibiciones de enajenar todas aquellas normas prohibitivas en que no se den estas características. Conviene añadir que la prohibición puede afectar tanto a una cosa determinada como a la totalidad de un patrimonio (por ejemplo, en la quiebra).

Cuando se estudia la repercusión de esta clase de normas (2) sobre la relación jurídica del titular del bien afecto, la primera apreciación posible parece ser la de que las cosas devendrían incomerciables. Esta observación, no obstante su falsedad, se encuentra en algún autor. Así, Dusi dice que «son *incomerciables...* ; 2.º, *por determinación de la ley*, las cosas que la ley expresamente declara inalienables ; por ejemplo, los derechos a sucesiones futuras...» (3). Esta asimilación está desprovista de sentido técnico, y con razón es combatida por los autores (4). Las cosas incomercia-

ciertos requisitos (artículo 45 del Código civil). Son variaciones del concepto de prohibición que obedecen a la peculiar *ratio legis* de cada norma. Por esto varía la sanción de la inobservancia de cada una, que siendo la nulidad absoluta para las objetivas, puede ser la mera anulabilidad o adición de penas en las demás.

(1) *Trattato*, v. 1.º, parte 1.ª, pág. 769 y sigte.

(2) Con este término es claro que nos referimos no sólo a las legales, sino además a las negociales (en los casos posibles) y a las dictadas por el Juez usando las facultades que una norma elástica (arbitraria) le concede.

(3) *Istituzioni*, tomo 1.º, pág. 121. En nota, precisa así su posición : «Bien diversa de la incomercialidad o inalienabilidad de la cosa (inalienabilidad *real*) es su *indisponibilidad* (o inalienabilidad *personal*) : la primera es objetiva y afecta la cosa en sí ; la segunda es subjetiva y concierne la persona del propietario.»

(4) Coviello: *Man. del Dir. civ. it.*, parte general, § 84, pág. 282. «La frase «cosas fuera de comercio» no precisa tomarla en sentido amplio e indicar con ella todas las cosas que no son capaces de algunos negocios jurídicos, como el fundo dotal, que no puede ser enajenado libremente ; los derechos reales de uso y habitación, los créditos alimentarios, que son incedibles e intransmisibles, etc. ; sino que sirve para expresar solamente aquellas cosas que en su totalidad no pueden ser objeto de derechos privados. Las otras cosas cuya disponibilidad está limitada son, sin embargo, cosas en comercio,

bles no pueden entrar a formar parte del patrimonio privado; las inalienables, por el contrario, forman parte de éste. La distinción aparece claramente al considerar, por ejemplo, los efectos de la usucapión en relación a unas y otras (1).

En el antiguo concepto del dominio como un complejo de facultades, las prohibiciones de enajenar justificaban por sí solas su naturaleza real: eran limitaciones a la facultad de disponer. Pero esta configuración no es posible sostenerla después de la decisiva crítica de Ferrara a este pretendido elemento del dominio. La facultad de disposición, dice este autor, no pertenece al *contenido* del derecho. «Es, ciertamente, una *facultad jurídica*, pero que tiene su raíz en la general capacidad de obrar y no está dentro del contenido del *singular* derecho. Cuando se dice que la facultad de disposición es un poder que *entra* en el derecho de propiedad, se comete un error evidente. De hecho, el propietario que enajena transmite la propiedad, luego la propiedad es objeto de enajenación. Pero entonces, la fuerza que transmite la propiedad no puede ser una *parte* de ésta, sino que debe estar fuera. Lo que es transferido no puede ser al mismo tiempo lo que transfiere. Yo puedo arrojar lejos una piedra, pero nadie dirá que es la piedra la que me da la fuerza para lanzarla. La fuerza estaba en mí antes, la piedra formaba sólo el objeto de su aplicación. Ciento que para transmitir un derecho preciso tener la potestad de disposición, pero ésta no está inserta en el derecho transmitido, sino que se remonta a la capacidad jurídica» (2).

Si este concepto se aplicase tal como va expuesto a las prohibiciones de enajenar (entendidas como limitaciones de la facultad de disponer), llegaríamos a la conclusión de que por afectar a la capacidad del sujeto, carecería de toda justificación su inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad. Pero esta consecuencia no podría menos de repugnar al más elemental sentido jurídico. Hay que precisar, por tanto, el concepto si no se quiere llevarlo a campos extraños y a consecuencias absurdas.

en cuanto forman parte del patrimonio privado.» V., además, *Zacchariae-Crome, Man. del Dir. it. franc.* (trad. it.), I, pág. 277; Ferrara, ob. cit., página 768 y sigs.; Fadda y Bensa en las notas al *Windscheid*, pág. 673 y sigs.

(1) V. art. 1.936 del Código civil.

(2) *Trattato*, tomo 1.º, pág. 327.

La facultad de disponer no pertenece, evidentemente, al contenido de un derecho concreto: es una manifestación de la capacidad de obrar aplicada a los negocios de enajenación. Pero si esto es indudable, no lo es menos el que la alienabilidad o inalienabilidad forma parte de la estructura jurídica de una relación social. El Derecho, al recoger las relaciones de la vida dotándolas de protección y elevándolas con ello a relaciones jurídicas, determina las condiciones en que aquéllas entran en su seno, y entre ellas, la de su posibilidad de entrar como objeto en la esfera de los negocios de enajenación (en sentido amplio). Así le es posible concebir una relación como personal e inalienable (ejemplo, los derechos de uso y habitación), o bien—y es la regla general—como apto para ser transmitido. La alienabilidad o no, pertenece por ello a la naturaleza, a la estructura del derecho subjetivo, porque es una de las características que el derecho objetivo asigna a una relación humana al recogerla dentro de su propio campo. La alienabilidad es al objeto, en una transmisión, lo que la facultad de enajenar respecto al sujeto. Y tanto una como otra deberán ser exigidas para que el negocio sea posible.

Las prohibiciones de enajenar, en consecuencia, afectan no a la capacidad, sino a la relación jurídica, al ejercicio del derecho afecto. Este deviene inalienable, intransmisible, como consecuencia de la limitación que al derecho subjetivo lleva la prohibición de enajenar. Es un derecho que encuentra en tal sentido una limitación especial, de contenido opuesto a aquella cualidad de la relación del titular: a la alienabilidad. Su derecho está por ello limitado jurídicamente, al igual que cuando lo limita un derecho real cualquiera. Sólo que aquí no hay un titular de la limitación (1). Es una limitación real que no crea frente al derecho afecto ningún derecho subjetivo (2). Y esta naturaleza justifica plenamente la referencia al sistema del Registro de la Propiedad.

Las prohibiciones de enajenar—ya sean legales, judiciales o voluntarias (en los casos en que la ley las permite con eficacia real)—tienen de común esta naturaleza, y, en consecuencia, una serie de efectos comunes. Los dos primeros grupos escapan, en rigor, a los términos de este trabajo. Sobre el debatido tema de la

(1) Aunque sí beneficiarios, interesados.

(2) Esta característica aparece también en la Res. 20-XII-29.

posibilidad de las convenciones donde la ley no conceda la facultad de imponerlas, creemos, con *Zacchariae*, que «así como la libre enajenabilidad de la cosa es la regla, así las prohibiciones de enajenar se fundan sólo sobre una especial disposición de la ley. Esta pronuncia la inalienabilidad directamente o remite esta decisión a una disposición privada» (1). O de un órgano suyo, habría que añadir. Pero ello no impide los efectos puramente obligatorios del contrato, a menos que la forma de entrar la prohibición en él implique la posibilidad de llegar al mismo resultado; por ejemplo, estipulada como condición resolutoria (2).

De esta identidad de naturaleza no hay por qué exceptuar las nacidas de una resolución judicial. Ya con referencia al Derecho

(1) *Zacchariae-Crome*, ob. cit., I, pág. 277.

(2) *Zacchariae-Crome*, ob. cit., I, pág. 278; *Brugi, Ist.*, pág. 279 (segunda edición); *Dernburg, Pand.*, II, § 217; *Windscheid, Pand.*, I, § 172 a; *J. González, Princ. hip.*, pág. 356 y sigs. Sobre la eficacia de estas prohibiciones convencionales según la jurisprudencia francesa, véase *Saignat, De la clause portant prohibit. d'aliener*, *Bordeaux*, 1896; *Bretonneau, «Etude sur les clauses d'alienabilidad»*, *París*, 1902; *Albert Chéron, «La jurispr. sur les claus. d'alien.»* (*Rev. Trim.*, 1906, pág. 339 y sigs.); *Albert Wagner, «La clause d'alien. dans les donations et les legs»* (*Rev. Trim.*, 1907, pág. 311 y sigs.), y especialmente *Leonce Thomas, «Des clauses portant défense d'aliener, de ceder ou de saisir dans les dispos. entre vifs ou testam.»* (*Rev. Trim.*, 1908, págs. 44, 119, 389 y sigs., y 1909, pág. 205 y sigs.). En Italia hay algunos autores influidos por esta doctrina, que distinguen también entre las prohibiciones perpetuas y las temporales que protegen un interés ilícito; así, *Stolfi, Dir. civ.*, II, parte prima, núm. 324; *Cogliolo, Scrit. var. di Dir. priv.*, II, pág. 39, «se e quando è valida la claus. d'insequestr. porta de un testatore...». La generalidad de los autores siguen, en cambio, las huellas alemanas, distinguiendo entre efectos reales y obligatorios: véase *Dusi, Ist.*, I, pág. 121; *Dusi, «Revocabilità dei dir. sag. patrim.»* (en la *Riv. It. per le Sc. Giur.*, 1898-99), especialmente en el número 9; *Ferrara, Tratt.*, I, p. 770; *Ferrara, Teoria del neg. illecito*, p. 256 ss., etc. Sobre la prohibición en general puede verse además *Schröder, Zur lehre v. die Gesetzliche Veräußerungsverbot*, 1875; *Bachofen, Ausgewählte Lehren*, 1848; *Lauk, «Veräußerungsverbot»* (en *Giess. Zeitschrift*, 1841, número 1); *Oehlschläger, Vindikation dergen ein gesetzliches Veräußerungsverbot veräusserten Sache*, *Göttinga*, 1902, y los demás cits. por *Dernburg* y *Windscheid*. En español sólo conozco sobre el tema (además de la obra citada de D. J. González) el trabajo de *Ríos Mosquera* en esta Revista (1925, p. 241) y el de *Serrano, «Proh. temp. en los contr.»* (*Rev. Der. Priv.*, 1913, p. 47-48). V. también el ya citado *Anuario de la Dirección y las Res.* 15-1-18; 23-3-26; 27-8-29; 20-12-29.

romano suelen consignar los pandectistas el principio de que las prohibiciones judiciales de enajenación tenían igual fuerza que las legales (1). Y la afirmación llega, tras leves discusiones (2), hasta el § 136 del Código civil alemán, que establece que «una prohibición de enajenar dictada por una autoridad judicial o por otra autoridad dentro de los límites de su competencia, está equiparada a una prohibición legal de enajenación...».

La justificación de esta identidad de efectos—secuela de su igual naturaleza—es de fácil justificación cuando se atiende a las normas que determinan el nacimiento de tales disposiciones judiciales. En los más de los casos en que nuestra legislación (procesal) las menciona, encontramos la prohibición de enajenar nacida directamente de la ley misma, como consecuencia jurídica de una determinada situación (procesal) (rebeldía, artículo 764 Enj. civ.; quiebra, artículo 878 C. de com.) (3); el Juez no es más que un órgano que en tal supuesto declara obligadamente tal medida de modo necesario. Pero aun en aquellos casos en que la prohibición se deja al arbitrio del Juez (artículo 1.428 Enj. civ., implícitamente), la medida tiene igual naturaleza; solamente difiere en que en vez de originarse de una norma rígida, nace fundada en una norma elástica. La ley no fija de antemano las consecuencias de los hechos.

(1) Windscheid, ob. cit., párrafo 172 a; Dernburg, ob. cit. II, párrafo 217. Fr. 12, D. *De usurpationibus*, 41, 3 (Paulus, libro 21 *Ad edictum*): «Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes.»; fr. 7, párrafo 5, D. *Pro emptore*, 41, 4 (Jud., libro 44 *Digestorum*): «Qui sciens emit ab eo, quem praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit, usu non capiet.»; fr. 8, D. *De pollicitationibus*, 50, 12, (Ulpianus, libro 3 *De officio consulis*): «De pollicitationibus in civitatem factis indicum cognitionem esse divi fratres Flavio Celso in haec verba rescriperunt: Probe faciet Statius Ruffinus, si opus proscaeni, quod se Gabinis estructurum promisit, quod tandem adgressus fuerat perficiat, nam etsi adversa fortuna usus in triennio a praefecto urbis relegatus esset, tamen gratiam muneris, quod sponte obtulit, minuere non debet, cum et absens per amicum perficere opus istud passit. quod si detrectat, actores constituti, qui legitime pro civitate agere possint, nomine publico adire adversus eum indices poterint: qui cum primum potuerint, priusquam in exilium proficiscatur, cognoscent et, si opus perfici ab eo debere constituerint, oboediens eum rei publicae ob hanc causam inbebunt, aut prohibebunt distrahiri fundum, quem in territorio Gabiniorum habet.»

(2) V. los autores citados por Windscheid, loc. cit., nota.

(3) En relación con el art. 105 Reglamento Hipotecario.

que prevé, sino que se limita a sentar los supuestos básicos de una situación jurídica, pero sin regular rígidamente sus consecuencias. Para evitar el posible anquilosamiento de la norma frente a situaciones no previstas, deja al arbitrio del órgano judicial la adopción de las medidas más convenientes. El Juez se limita a integrar la norma mediante una autorización nacida de la norma misma. Las prohibiciones judiciales de enajenar realizan, por tanto, dicha función integrativa de una norma de contenido elástico (1).

En la prohibición judicial de enajenar no deben considerarse comprendidos solamente los actos de transmisión. Por el contrario, debe darse al término *enajenación* su sentido tradicional desde los tiempos del Derecho romano (2), extendiéndola así, además, a todas las limitaciones reales de la relación, ya se refieran a derechos de garantía o de goce. Y no solamente hacen imposible la producción del efecto real, sino que, además, producen la nulidad del negocio a ello encaminado (3). Por ser nulidad de pleno derecho puede ser actuada hasta por el enajenante mismo, que, caso de transmisión, podrá ejercitar la acción reivindicatoria (4). La cuestión de si la usucapión debe considerarse o no comprendida en la prohibición de enajenar, tiene escaso interés en las judiciales por el carácter temporal, breve, que las imprime la especial finalidad de los

(1) O «arbitrario», según Dernburg.

(2) C. 7, Cod., *De rebus alienis*, 4, 51: «Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit sive testator hoc fecerit sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usus fructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi: similique modo et servitutes minime imponi nec enphyteus contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas vel testatoris voluntas vel pactiorum tenor qui alienationem interdixit aliquid tale fieri permiserit.» V. también fr. 3, párrafo 5, D. *De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt*, 27, 9 (Ulpianus, libro 35 *Ad edictum*): Nec ussus fructus alienari potest, etsi solus fuit usus fructus pupilli. An ergo hic nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? et manifestum est restaurari debere, sed si proprietatem habeat pupillus, non potest usum fructum vel usum alienare, quamvis oratio nihil de usu fructu loquatur, simili modo dici potest nec servitutem imponi posse fundo pupilli vel adulescentis nec servitutem remitti: quod et in fundo dotali placuit.»

(3) Por aplicación del art. 4.º, p. 1.º C. c.: una aplicación concreta se consigna en el art. 878 C. de com.

(4) Salvo indemnización al adquirente de buena fe: art. 1.902 C. c.

procesos que las originan, afectando propiamente a las legales y voluntarias. De pasada diremos que, contra la opinión de Schröder y Dernburg, que estiman que sólo la voluntaria tolerancia de la usucapión debe estimarse como acto enajenativo, creemos—con referencia al Derecho español—que solamente hacen imposible la prescripción ordinaria, al faltar el título en el sentido de los artículos 1.952 y 1.953 del Código civil (1).

Por enajenación prohibida no puede entenderse, naturalmente, la realizada en virtud de un derecho anteriormente inscrito (2). En cuanto a la venta como consecuencia de la ejecución de un crédito preferente, entendemos que no es posible sin que los Tribunales hayan declarado expresamente sobre el mejor derecho de dicho acreedor.

Si la prohibición judicial no constase anotada, sólo podría surtir efectos registrales en el caso de obrar el adquirente con conocimiento de su existencia (3).

\* \* \*

El número 5.<sup>o</sup> del artículo 42 de la ley, al autorizar la anotación el caso de demanda solicitando alguna de las resoluciones expresadas en el número 4.<sup>o</sup> del artículo 2.<sup>o</sup> de la ley (4), insiste en el mismo error cometido ya en materia de inscripciones. Esta clase de resoluciones, ni por su naturaleza pertenecen a la órbita del Registro de la Propiedad, ni en sus efectos gozan de los beneficios del sistema. Su mecanismo es distinto e independiente, constituyendo la capacidad un supuesto imprescindible en los negocios

(1) V. Zochariae-Crome, I, p. 277; Vangerow, I, p. 317; Windscheid, I, p. 182, n. 5 y 172 a, nota 1, en el sentido del texto. Véase también la nota de Fadda y Bensa a este último en p. 851-852.

(2) Es mera consecuencia de la función positiva de la publicidad.

(3) Principio de la buena fe. En igual sentido J. González, ob. cit., locución cit. Sobre la buena fe en el campo general del derecho, v. el interesante estudio de Volansky: *Essai d'une définition expressive du droit, basée sur l'idée de bonne foi*. París, 1930.

(4) «En que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia o la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción o cualquier otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.»

reales, pero de conocimiento externo al Registro. Como escribe acertadamente don J. González, «no es el Registro de la Propiedad el órgano de la publicidad del estado civil, ni por la distribución de las oficinas, ni por razón de la materia, ni por los principios fundamentales, ni por la reglamentación de las inscripciones, ni por la forma de las mismas; y aunque en un período en que el Registro del estado civil no se hallaba organizado, ni tampoco existía gran precisión en materia de incapacidades, pudieron pasar inadvertidas diferencias tan esenciales como las que separan la capacidad de la facultad dispositiva, no tardó en aparecer la deficiencia del sistema.»

«Ningún autor discute en serio si las circunstancias de sexo, edad, enfermedad, matrimonio, familia, religión, pena, vecindad civil, ciudadanía, ausencia y fallecimiento han de recibir, para los efectos de la contratación sobre inmuebles, su eficacia jurídica de la inscripción, y su determinación legítima de los datos del asiento.»

«Frente al artículo 33 de la ley Hipotecaria, según el cual la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, se estrellarán las consecuencias que se quieran deducir de la confusión indicada» (1).

Después de esto, nada cabe añadir sobre esta anómala figura de anotación.

EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS,

Abogado.

(1) *Principios hipotecarios*, p. 347<sup>1</sup> a 349.

# Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

BIENES DE COMUNIDADES RELIGIOSAS. NO PROCEDE LA INSCRIPCIÓN DE UN EXPEDIENTE POSESORIO TRAMITADO A INSTANCIA DE PERSONAS EN QUIENES RECAE POR INCUMPLIMIENTO DE FINES LA PROPIEDAD DE UN EDIFICIO POR ABANDONARLO EL 12 DE MAYO DE 1931 LA COMUNIDAD RELIGIOSA QUE LO HABITABA SIN PAGAR RENTAS, POR TRATARSE DE TÍTULO QUE SE ESTIMA IMPLÍCITAMENTE COMPRENDIDO EN EL DECRETO DE 20 DE AGOSTO DE 1931.

*Resolución de 6 de Marzo de 1933. (Gaceta de 10 de Mayo.)*

Don Alfonso de Rojas y Pascual de Bonanza y otros, como descendientes del señor Martínez Fresneda, quien había facilitado dinero y solar para levantar un edificio con destino a habitación de Monjas Capuchinas, con la condición de que si en cualquier tiempo dejaren de utilizarlo o lo destinasesen a fines distintos de Convento, quedaría en propiedad del cedente y de los suyos, tramitaron en el Juzgado de primera instancia de Alicante expediente para acreditar la posesión en que se hallaban por título de herencia de tal edificio, toda vez que dichas Religiosas lo habían abandonado el 12 de Mayo de 1931, con motivo del incendio de Conventos.

No admitió el Registrador de la Propiedad de Alicante la inscripción por «estar implícitamente comprendido en la prohibición establecida por el Decreto de 20 de Agosto de 1931, toda vez que el expediente se refiere a finca procedente de una Comunidad re-

ligiosa, además de no estar amillarada a nombre de los poseedores».

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general, una y otra refiriéndose al primer defecto, único recurrido, confirma el auto apelado, con las siguientes razones:

Debiendo limitarse el recurso gubernativo al contenido de la calificación del Registrador, contra la que se recurre, y estando ésta perfectamente determinada, por el primer defecto de la nota, único recurrido, al expresar estar comprendido implícitamente el documento calificado en la prohibición establecida en el Decreto citado, por proceder la finca cuya inscripción se pretende de una Comunidad religiosa, a la interpretación de dicha disposición, con el indicado y limitado fin, debe quedar reducida la disposición de este recurso.

Aunque es verdad que, como decía la exposición de motivos de la ley Hipotecaria primitiva, por la inscripción no toma la posesión más importancia ni más valor que el que las leyes le atribuyen, no es menos cierto que al suplir el expediente la falta de título adecuado y propio de la adquisición, como signo preeminente del verdadero nacimiento de la relación jurídica y punto de partida para otras ulteriores, al verificarse la inscripción entran en juego los preceptos hipotecarios que atribuyen a la posesión inscrita iguales efectos que el dominio a favor del poseedor, siendo, por ello, elemento importantísimo la estimación de la procedencia de la finca, en relación únicamente con los fines circunstanciales que se propuso el expresado Decreto.

Siendo el fin primordial del Decreto el aminorar la evasión de capitales, evitando todo acto simulado que a ello pudiera encaminarse, debe estimarse que afecta no solamente a la venta, enajenación y gravamen de los bienes, a que se refiere, sino también a otros actos u operaciones análogas.

Habiendo estado la finca que se pretende inscribir adscrita al cumplimiento de fines religiosos, es procedente mantener la calificación del Registrador, lo cual no impide que el Ministerio de Justicia, en uso de sus facultades discrecionales, pueda considerar el hecho posesorio como no comprendido en la prohibición, o, aun

estimándolo comprendido, autorizar su inscripción con las prevenciones y garantías que estime oportunas.

Finalmente, como dice la Orden circular de 25 de Noviembre de 1931, el Decreto se refiere a los títulos que pudieran haberse formalizado con posterioridad a su publicación; y habiéndose aprobado el expediente posesorio por auto de 1.º de Junio de 1932, no puede de ningún modo estimarse excluido de sus preceptos por razón de retroactividad.

\* \* \*

*El Decreto de 20 de Agosto de 1931 (Gaceta del 21), que se invoca en la doctrina de la precedente Resolución, suspende las facultades que tenían la Iglesia y las Ordenes, Institutos y Casas religiosas de vender, enajenar y gravar los inmuebles, muebles y derechos reales que puedan corresponderles, o que de algún modo estén adscritos al cumplimiento de fines religiosos, y establece que no se modifican las facultades dominicales y de administración no comprendidas específicamente en él.*

*El pretender sus dueños acreditar la posesión en que se hallan de un edificio que les pertenece por título de herencia no es acto de enajenación, venta ni gravamen, únicos prohibidos en el mencionado Decreto. Es, sencillamente, acreditar el hecho posesorio y la procedencia hereditaria de una finca de la que carecen de título inscrito, o, más probablemente, de fácil inscripción, acto permitido en el mencionado Decreto. Y el hecho de extender a este acto el alcance de dicha disposición parece una interpretación alejada de los principios generales de derecho, que se oponen a toda ampliación de preceptos que sea perjudicial, máxime cuando se declaran no modificados los que no se incluyen.*

*Además, ni el derecho de habitación que ciertas religiosas han tenido, y ya no tienen de tiempo atrás, sobre el edificio en cuestión, es real, ni el hecho anterior de haber estado habitado en estas condiciones supone la adscripción perpetua al cumplimiento de fines que han dejado de prestarse, ni se ha pretendido realizar venta ni gravamen, únicos casos de aplicación del Decreto.*

TIMBRE EN LAS ESCRITURAS. SI BIEN SON INADMISIBLES POR LAS AUTORIDADES, TRIBUNALES Y OFICINAS LOS DOCUMENTOS NO EXTENDIDOS EN EL PAPEL CORRESPONDIENTE, LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD HABRÁN DE ACEPTAR, EN ESTE PARTICULAR, LA GESTIÓN REALIZADA POR LOS LIQUIDADORES DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES, COMO INSPECTORES PERMANENTES DEL TIMBRE, QUE HAYAN LIQUIDADO AQUEL IMPUESTO.

*Resolución de 30 de Marzo de 1933. (Gaceta de 12 de Mayo.)*

El 21 de Enero de 1932, y ante el Notario de Coria del Río, D. Blas Infante Pérez, se otorgó una escritura por la cual D. Francisco Falcón canceló una hipoteca, constituida a su favor, sobre determinado inmueble en garantía de un préstamo de 4.000 pesetas, y doña Rosario Hornillo Estepa, y otros, vendieron la misma finca, en precio de 24.000 pesetas, al Sindicato de Oficios y Profesiones Varias de Trabajadores de Alcalá de Guadaira. De esta escritura se expidió primera copia, de la que su primer pliego era de la clase tercera, al que se adhirieron dos pólizas de las clases segunda y tercera, que fueron selladas con el de la Oficina Liquidadora del impuesto de Derechos reales de Sevilla, donde se practicó la liquidación de este impuesto.

Presentada dicha copia en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaira el Registrador no la admitió a inscripción, por parecerle indudable que el papel empleado en el primer pliego era de clase inferior al que correspondía por la cuantía global de los contratos formalizados en la escritura respectiva, y sin que en modo alguno pudiera considerarse completado el timbre correspondiente con la expresada adición de pólizas.

Revocada esta nota por el Presidente de la Audiencia la Dirección confirma el auto apelado, todo ello en recurso interpuesto por el Notario autorizante, en mérito de las consideraciones siguientes :

Puesto que la no extensión de los documentos en el papel timbrado correspondiente afecta a las formalidades extrínsecas de aquéllos, las leyes fiscales ordenan imperativamente su inadmisión con mayor amplitud cada vez en el mandato.

Los Registradores de la Propiedad tienen indudable facultad y obligación de calificar el timbre empleado en los documentos que se les presenten, y que deben mantener con mayor celo respecto de las copias notariales, por cuanto el papel timbrado contribuye a su mayor autenticidad en garantía del ordenamiento jurídico.

Esto no obstante, siendo los Liquidadores del impuesto de Derechos reales Inspectores permanentes del Timbre dentro de su territorio administrativo, con la obligación de no devolver los documentos que hayan motivado liquidación de aquel impuesto sin que se hallen debidamente reintegrados o se reintegren en el acto, se impone la coordinación de estas obligaciones con las de los Registradores de la Propiedad cuando, como sucede en el caso actual, se practica la liquidación en Oficina distinta de aquella en que le corresponda ser registrado.

Habiéndose liquidado el impuesto de Derechos reales por la Oficina Liquidadora de Sevilla, que era la competente, la calificación del Registrador en este punto implicaría la revisión del acto administrativo, aunque como funcionario público se le reserven siempre las facultades que le corresponden para denunciar y perseguir las infracciones que estime cometidas.

\* \* \*

*La Resolución extractada—concordante con las de 20 de Julio de 1902, 25 de Enero de 1903 y otras, en cuanto a los límites de la facultad calificadora de los Registradores, y opuesta a las de 8 de Enero de 1921 y 16 de Abril de 1928, por lo que respecta al fondo del recurso—ofrece una singularísima particularidad: no obstante mantener la doctrina de que son inadmisibles a inscripción las copias notariales no extendidas en papel del timbre correspondiente a su cuantía, hace prácticamente ineficaz este criterio. Porque si el complemento del papel sellado, mediante la adición de pólizas que exijan las Oficinas liquidadoras, ha de surtir plenos efectos, tanto fiscales como jurídicos, como a tales Oficinas no les compete otra facultad que la de exigir el devengo del timbre adecuado, sea cualquiera el medio que para su exacción se utilice, los Registradores de la Propiedad, según la nueva teoría del Centro directivo, habrán de admitir forzosamente las escrituras públi-*

*cas expedidas contraviniendo el artículo 7.º de la ley del Timbre, pues otra cosa implicaría la revisión del acto administrativo». Es indiferente que la copia notarial de que se trate haya sido liquidada en la Oficina del Registro donde haya de inscribirse o en otra distinta, porque la facultad revisora no corresponde, en ningún caso, al titular de esa Oficina, ni por su carácter de Liquidador, ni por su condición de Registrador. Es de señalar, además, que esta distinción de Oficina liquidadora y de Registro no se tuvo en cuenta para dictar, en sentido contrario a la extractada, la Resolución de fecha 8 de Enero de 1921.*

*De todas suertes, es indudable que con la doctrina ahora establecida se logra, aun sin necesidad de reformar la ley del Timbre, el propósito que perseguía la Orden de 23 de Junio de 1932 (Anuario, pág. 404) al interesar del Ministerio de Hacienda la modificación del artículo 7.º de dicha Ley.*

**VENTA DE BIENES LEGADOS PARA CON SU IMPORTE ATENDER AL SOSTENIMIENTO DE POBRES ANCIANOS EN UN ESTABLECIMIENTO BENÉFICO. SE DENIEGA SU INSCRIPCIÓN POR CONSIDERÁRSELA INCLUÍDA EN EL ARTÍCULO 2.º DEL DECRETO DE 20 DE AGOSTO DE 1931.**

*Resolución de 8 de Abril de 1933. (Gaceta de 13 de Mayo.)*

Falleció D. Joaquín García Delgado bajo testamento, en el que instituyó heredera, para el caso de no tener hijos, a su esposa, doña María de las Mercedes Pereyra y Larín, legándola, además, en usufructo vitalicio, dos casas en la calle de Génova, de Sevilla, estableciendo que dentro del plazo de tres meses, contados desde el fallecimiento de su esposa, se enajenase las dos casas en subasta pública, ante Notario, por la persona que ejerciese el cargo de Administrador del Establecimiento benéfico de la, repetida ciudad, nombrado de San Bernardo, conocido por Hospital de los Viejos, el cual llevaría a cabo la venta con cuantas facultades fueran necesarias para la celebración del contrato, percibiendo el precio y formalizando la escritura a favor del comprador, que adquiriría las fincas completamente libres y sin relación alguna con el

destino que habría de darse a la cantidad obtenida, la cual se entregaría a los claveros del citado Establecimiento, que la ingresarían en el mismo para invertirla en papel del Estado o de Sociedades de crédito, y sus productos en el sostenimiento de pobres ancianos.

Impuso al citado Establecimiento la obligación de dedicar parte de los productos a aplicación de misas y cuidado del panteón familiar; y dispuso que si en cualquier época el Estado, por cualquier causa o motivo, en virtud de leyes u otras disposiciones, se incautase de los bienes o rentas del Establecimiento benéfico de que se trata, o a más de la inspección que ejercía se ingiriese en la administración del mismo o tratase de llevarla por sí, se entendería revocada la manda del capital importe del precio en venta de las dos casas, que se entregaría, en la forma que estuviese invertido, al señor Arzobispo de la Diócesis de Sevilla o al señor Gobernador eclesiástico, sede vacante, los cuales harían del mismo el uso que estimasen oportuno, como si fuera suyo propio, sin limitación de ninguna clase, en pleno dominio, sin que tuviesen que manifestar, ni mucho menos justificar su inversión.

Inscribió la heredera, en 1901, las casas a su favor, como usufructuaria, sin intervención alguna del Hospital, padeciéndose el error de confundir los números de las casas, llamados novísimos por el testador, con los que tenían al tiempo de autorizarse la escritura base de dicha inscripción; y años después, en 1917, indebidamente, creyéndola, sin duda, no comprendida en el legado, por la referida equivocación de los números, fué hipotecada, y habiendo fallecido la heredera, en Febrero de 1931, el ejecutor testamentario del causante, en cuanto era Administrador del Hospital de San Bernardo, clasificado como de beneficencia particular, Patronato de la Venerable Hermandad de Sacerdotes de Sevilla, y con autorización de la misma procedió a su venta, siendo rematadas en tercera subasta a nombre de una Sociedad mercantil, otorgándose la correspondiente escritura en 10 de Marzo de 1932, ante el Notario de Sevilla, D. Manuel Díaz Caro, la que presentada en el Registro de la Propiedad del Mediodía, de Sevilla, fué denegada su inscripción por el Registrador por los defectos: «primero, falta de previa inscripción a nombre del Hospital o Establecimiento de San Bernardo, de esta ciudad, y segundo, por estar

comprendido en las prohibiciones de venta del Decreto de 20 de Agosto de 1931. Y siendo insubsanable el segundo defecto, no es dable la anotación preventiva, que tampoco ha sido solicitada.»

En el recurso interpuesto por el Notario el Presidente de la Audiencia negó personalidad al Notario para entablarle respecto del primer defecto; y en cuanto al segundo revoca la nota del Registrador, por entender se hallaba bien extendida la escritura. La Dirección general revoca el auto apelado, en cuanto al segundo extremo, con las siguientes consideraciones:

Por haber formulado la apelación contra el auto del Presidente de la Audiencia el Registrador y no el Notario autorizante de la escritura, únicamente debe ser discutido en esta Resolución el segundo motivo de la nota, ya que al apelar se muestra conforme con la decisión presidencial, apreciando la falta de personalidad del Notario para interponer el recurso en cuanto al primer defecto.

Como se dice en la Resolución citada (1), el fin primordial del Decreto de 20 de Agosto de 1931 es el de aminorar la evasión de capitales, evitando todos los actos simulados que a ello pudieran encaminarse, lo cual no impide que el Ministerio de Justicia, en uso de sus facultades discrecionales, pueda considerar los actos y contratos como no comprendidos en tal prohibición, o aun estimándolos comprendidos autorizar su inscripción con las preventivas y garantías que estime oportunas.

Considerando que, conforme a tales normas y a las atribuciones de este Centro, el hecho de aparecer vendidas las casas con números distintos a los señalados en el legado, la confusa adjudicación de ellas a la esposa y heredera del testador, la hipoteca por ésta constituida, la intervención de sus herederos, la naturaleza de la disposición testamentaria con fines, en parte, exclusivamente religiosos; la entrega de los inmuebles al Administrador del Hospital, con autorización del mismo, y la sustitución establecida a favor del Arzobispo de la Diócesis o Gobernador eclesiástico, sede vacante, unido al cambio legislativo en la materia, coincidente con las fechas de los actos realizados, obligan a estimar tal conjunto de circunstancias como suficientes a impedir la inscripción de la escritura, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2.<sup>o</sup> del Decreto expresado.

\* \* \*

(1) 6 de Marzo último.

Tampoco creemos—véase un comentario anterior—, ateniéndonos al tenor literal del testamento que motiva el caso que esta Resolución resuelve, que se halle aquél incluido entre las prohibiciones del Decreto de 20 de Agosto de 1931. Se trata de una manda del capital del importe del precio en venta de unas casas, no de éstas, que se mandan vender. En dicho testamento se habla—e inserto queda arriba—de «parte de los productos», y también que si hubiera ingerencia del Estado «se entendería revocada la manda del capital importe del precio en venta de las dos casas». La hipoteca que se cita en un Considerando a favor de la doctrina que se sustenta se constituyó en el año 1917 y se amplió en 1921, once años antes al «cambio legislativo en la materia».

El Hospital no vende, porque no adquiere. Vende el que desempeña el cargo de Administrador, no como tal, sino como designado por el testador. Pero aun admitiendo que el Hospital vendiera, no lo hace por su cuenta, de su iniciativa, sino forzado, obligado a cumplir lo que le ordena el causante.

Además, y por último, en el citado Decreto—cuyo contenido se comenta en una de las anteriores Resoluciones—se enumeran las personas jurídicas cuyas facultades se suspenden en parte. Y entre ellas—Iglesia, Ordenes, Institutos y Casas religiosas—no tiene por qué estar incluido un Hospital, como el que nos ocupa, de beneficencia particular, para el sostenimiento de pobres ancianos, fin este moral, de humanidad, de caridad cristiana, si se quiere, pero no religioso.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad

## ANA E LERS

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

Agente de negocios Habilidades 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, 52, segundo derecho. —Teléfono 13906.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## CIVIL Y MERCANTIL

109. *Procedimiento judicial sumario de la ley Hipotecaria. Los requisitos exigidos para la celebración de la subasta son esenciales y su inobservancia da lugar a la nulidad. Cuenta corriente de tipo civil.* Sentencia de 6 de Abril de 1933.

Don J. interpuso demanda contra tres señores exponiendo que, por documento privado que acompañaba, celebraron un contrato de venta de energía eléctrica, el actor como vendedor y la sociedad mercantil constituida por los demandados, siendo objeto del contrato la venta de la energía producida por un molino y salto que se había de construir, con otros pactos. El actor para las obras tomó a préstamo 125.000 pesetas, que se garantizó con hipoteca de una fábrica de luz, quedando los demandados como fiadores solidarios. Comenzado el suministro, se convino en que los demandados pagaran el préstamo subrogándose en los derechos del acreedor, debiendo el deudor pagar la deuda con energía eléctrica, abriendole los demandados una cuenta en la que aparecía como primera partida en contra de don J. la suma de 125.000 pesetas, enviándole luego una liquidación con la que el deudor no estuvo conforme, por lo cual los acreedores incoaron el procedimiento sumario de la ley hipotecaria, publicándose los edictos de la subasta, en los que no se observaron los requisitos de las reglas sexta y séptima del artículo 131 de la ley Hipotecaria, llegándose a la adjudicación, por lo que pedía la nulidad del procedimiento.

El Juzgado declaró la nulidad del procedimiento sumario, disponiendo la devolución de la finca al actor, condenando a los adjudicatarios a la indemnización de perjuicios y al actor al pago de lo que se determinase en ejecución de sentencia. La Audiencia de Granada revocó en parte la del inferior, absolviendo a los demandados, y accediendo a la reconvencción condenó al actor al pago de daños y perjuicios.

Interpuesto recurso lo admite el Supremo y *casa y anula la sentencia recurrida, considerando que la infracción* del artículo 1.203 y concordantes del Código civil parte de las relaciones existentes entre los términos de la novación y las normas de la cuenta corriente mercantil, para poner de relieve la equivocación de la Sala sentenciadora al declarar que los demandados estaban facultados para ejercitar la acción hipotecaria contra el actor, pero sin necesidad de desconocer la posibilidad de que las relaciones aludidas surjan, bien de un contrato de cuenta corriente cerrado con toda precisión, bien de la forma en que se desarrollan ciertos negocios entre banqueros y particulares, es lo cierto que, al lado de la cuenta corriente mercantil, existen en la práctica mercantil otras cuentas corrientes impropias, cuentas abiertas y operaciones de contabilidad de tipo civil que presentan exteriormente los rasgos de la cuenta corriente propiamente dicha y carecen de sus energéticas consecuencias, por todo lo cual la interpretación en los casos dudosos corresponde a los Tribunales de instancia.

Aun sin conceder valor a qué el Derecho moderno tiende a mantener las seguridades de cada operación en las cuentas corrientes propiamente dichas, como si la hipoteca, prenda, etc., fueran compatibles con la fusión de asientos, ha de tenerse presente en este pleito que la Sala niega la existencia del convenio a que se refiere el actor, faltando la demostración auténtica del error padecido por el Tribunal *a quo*, y habrá de estarse a sus pronunciamientos, que por otra parte guardan estrecha concordancia con el carácter de cuenta general atribuido a la disputada, con la subsistencia del crédito que sigue devengando intereses, con la incertidumbre en que de otro modo quedará la acción para exigir las 125.000 pesetas, si, como el actor afirmaba, la cuenta corriente no era liquidable en plazo fijo y con la existencia de un crédito hipotecario que *erga omnes acreditata* en principio la continuidad del antiguo estado de cosas, por todo lo cual no se admite este motivo.

Por ello no ha infringido la Sala sentenciadora el artículo 1.902 del Código civil por aplicación indebida, pues en modo alguno puede considerarse culposo el ejercicio de la acción hipotecaria, ya que dicha acción conserva su plena eficacia jurídica sin que perjudique a nadie el que use de su derecho, siendo inadmisible el segundo motivo.

Las novedades introducidas en la ley Hipotecaria de 1909 sobre la subsistencia de cargas, son de tan capital importancia para fijar la forma en que la subasta ha de ser realizada, que no pueden autorizarse las prácticas viciosas motivadas por la confusión del antiguo procedimiento con el regulado por los artículos 130 y siguientes del texto citado, y antes, al contrario, han de exigirse con todo rigor que los edictos correspondientes sean publicados con precisa determinación de los extremos que deben contener, y como en el caso presente no fué señalado el día fijo en que la subasta habría de celebrarse, prestándose a equivocación la fórmula empleada en el anuncio, según se cuenten, o no, los días festivos y se atienda sólo a la *Gaceta* o al *Boletín*, y se omitió en ellos lo relativo a cargas preferentes, sin que pueda todo ello considerarse bien sustituido con la frase «demás prevenciones de la ley», es claro que se incumplieron las citadas reglas séptima y octava, pues todos los requisitos exigidos para la subasta son esenciales como encaminados a evitar errores, engaños o fraudes, y ello lleva consigo la nulidad que no estimó la Sala, procediendo la casación.

Creemos de gran interés el contenido de los anteriores considerandos. Por lo que se refiere al contrato de cuenta corriente, se encuentra la distinción entre cuenta corriente civil y mercantil en Vivante (1). Relacionado con esta materia y con la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, véase: Louzao: «El contrato de cuenta corriente y la ley Hipotecaria» (2). Parés: «Hipoteca en garantía de cuenta corriente» (3). Font y Vinals: «De las cuentas corrientes» (4). Ureña: «Las cuentas corrientes del Banco de España» (5). Dapena: «La hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito» (6). Ribó: «Los títulos de valores y su garantía hipotecaria» (7). «Sobre subsistencia de derechos y gravámenes preferentes», véase el resumen de las memorias de los Registradores en el «Anuario de 1929», pág. 645, y J. González: «La Memoria de este año» (8).

(1) *Instituciones de Derecho comercial*, 1928, pág. 277.

(2) *Revista de Derecho privado*, tomo X, pág. 75.

(3) *Revista de Derecho privado*, tomo V, pág. 2.

(4) *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, vols. 92 y 93, págs. 464 y 96.

(5) *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 90, pág. 429.

(6) *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, año 1932, pág. 815.

(7) *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, año 1926, pág. 705.

(8) *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, año 1929, pág. 117.

110. *Simulación. La nulidad de una escritura pública, por simulación lleva consigo la nulidad del contrato en ella contenido. Prescripción.* Sentencia de 10 de Abril de 1933.

En recurso de casación por infracción de ley interpuesto por doña M., el Supremo, al rechazarlo, declara que no hay incongruencia desde el momento en que en la demanda se pidió que se declarase nula y sin valor ni efecto legal una escritura pública, así como las inscripciones por ella practicadas, y como esto es lo que se acuerda en la sentencia, sin que a ello se oponga la circunstancia de que en ésta se razone la nulidad por ser inexistente, como simulado el contrato de venta que la escritura contiene, porque en la demanda, como en todo el pleito, el actor viene calificando de simulada la venta y al fin la inexistencia es una forma de la nulidad genérica, es visto que no puede considerarse infringido el artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil. Tampoco hay infracción de los artículos 1.300 y 1.276 del Código civil, pues, impugnada por el actor como simulada la compra, y declarado ese vicio por la Sala, es claro que, al ser nula la escritura, quedó nulo el contrato en ella contenido, que precisamente es lo que se impugnaba y dió lugar a la nulidad de la forma, que era la escritura, debiendo tenerse presente que la estimación en este caso, de inexistencia, por ser simulado el contrato, no afecta sólo a la causa, sino a los demás requisitos que señala el artículo 1.261 del Código civil.

Del mismo modo hay que rechazar la infracción del artículo 1.301 del Código civil al denegar la prescripción, porque tal artículo, como el 1.300, se refieren a contratos en los cuales concurren los requisitos del artículo 1.261, siempre que adolezcan de algún vicio que los invalide, y singularmente cuando interviene error, dolo, falsoedad o violencia, pero en modo alguno puede aplicarse al caso actual, en que se trata de un contrato simulado en todos sus elementos, carente de toda virtualidad real y jurisdiccia, según sentencia de esta Sala de 31 de Octubre de 1922.

111. *Aguas alumbradas en perjuicio de explotación preexistente. Incongruencia. Error en la designación de la acción.* Sentencia de 9 de Julio de 1932.

Ante un Juzgado de las Palmas la comunidad o sindicato de aguas de T. formuló demanda contra dos comunidades de aguas exponiendo que la actora, por haberlo alumbrado en su explotación, venía en la quieta y pacífica posesión y disfrute, a título de dueña desde el año 1918 hasta Septiembre de 1921, de un caudal de agua que determinaba, el que desapareció en Septiembre de 1921 por trabajos realizados por los heredamientos demandados en una galería del pozo de una de las comunidades demandadas, que alumbró un considerable caudal de agua, en el que estaba comprendido, indudablemente, el caudal de la demandante, por lo que solicitaba sentencia que le devolviera las aguas de que había sido despojada, más la consiguiente indemnización.

El Juzgado condenó a las demandadas a restituir a la actora la cantidad de una cuarta, o sea dos surcos de agua (según medida de la localidad de San Mateo), verificando las obras necesarias para ello, absolviendo de lo demás, y tramitada la apelación que las demandadas interpusieron, y a cuyo recurso se adhirió la actora en la parte absolutoria, la Sala de lo civil de Las Palmas condenó a las demandadas a que, por vía de reparación, entregasen del caudal de sus aguas cinco litros por segundo a la actora, a partir de la contestación de la demanda, o que alternativamente, y a elección de las

demandadas, a que le abonen por el mismo concepto la cantidad en metálico que resulte de los litros de agua que deben entregarse en la suma en que se valoren en ejecución de sentencia, absolviendo de lo demás.

Interpuesto recurso, la Sala lo admite y *casa y anula la sentencia recurrida* considerando que es doctrina de esta Sala que, para que exista congruencia en las sentencias, es indispensable que la conformidad entre ellas y las demandas recaigan en relación a las personas, cosas y causa y acción ejercitada, y como en el presente caso la sentencia recurrida declara que la comunidad demandante para reclamar el daño de las demandadas pidió una restitución fundándose en los artículos 446 y 348 del Código civil, ninguno de los cuales estima de aplicación al pleito, a pesar de ello, en virtud de un principio de derecho y aplicando por analogía el artículo 381, no invocado por la demandante, condena en su fallo a las demandadas a la restitución y entrega de parte de lo que la demandante solicitó por acciones no ejercitadas en el pleito, y, además, incompatibles entre sí, forzoso es admitir que la sentencia recurrida adolece del vicio de incongruencia, sin que a ello pueda servir de obstáculo el hecho de que la demandante invocara en fundamento de su derecho el artículo 1.902, ya que esta alegación fué en armonía y como derivada del 445 y sobre la base de una posesión de mala fe a los efectos de abono de frutos, sin alusión alguna a la culpa extracontractual.

Si bien es cierto que esta Sala tiene declarado, en sentencia de 13 de Marzo de 1927, que el error en cuanto a la designación de la acción no puede trascender al derecho de los litigantes, no es menos cierto que, en el presente caso, no hubo tal error, porque se ejercitaba una acción real o restitutoria, ya de naturaleza dominical, ya de carácter posesorio, y, en ambos sentidos, es rechazada en sus fundamentos legales por la sentencia recurrida, sin que ésta admita otra acción de naturaleza real, ni la publiciana, que expresamente rechaza, caso distinto al de la sentencia recurrida, en cuyos considerandos se estima ejercitada una acción publiciana en lugar de la calificada como *reivindicatoria* en la demanda.

*La buena doctrina que se desprende de la sentencia precisamente citada por el Supremo, no es recogida por éste en la sentencia extractada, en la que se vuelve al reinado del mal enjuiciamiento, en un asunto visto más claramente por la Territorial en su propio ambiente y en un caso claro como el agua disputada. Véase el interesante estudio de Gabriel Mañueco sobre «aguas subterráneas» en REVISTA CRÍTICA, tomo IV (1928), página 241. El concepto de heredamiento de aguas verlo en artículo de López de Haro, «Rev. de Derecho Privado» (1922), pág. 321.*

## 112. Derecho foral catalán. Hijos puestos en condición. Valor de las conjeturas. Sentencia de 7 de Julio de 1932.

Don L. falleció en 1885 con testamento hecho aquel año, determinando en la cláusula de institución de heredero que instituía a su hijo L. F., y si éste muriese sin hijos, y con tales, ninguno de ellos llegase a la edad de testar, solamente podría disponer de la herencia hasta 2.000 libras catalanas libremente, y en el caso de que el heredero muriese sin hijos, le sustituiría su hermana M., con los mismos pactos y condiciones, y faltando ésta, también sin hijos legítimos y naturales, le sustituiría a su otra hija, y así los demás hijos, pero si dicho su hijo heredero tuviese hijos o descendientes legítimos o naturales y muriese sin disposición, quiere el testador que se haga la sustitución en igual forma que la dispuesta por él para los suyos.

En 1915 falleció la hija M., dejando de su matrimonio dos hijos, y en 1926 falleció el hijo heredero, L. F., y aquel mismo año, una hermana de éste, y por tanto hija del testador, E., solicitó del Registrador la inscripción

de fincas que dijo le pertenecían en virtud de la condición resolutoria que para el caso de que el donatario L. F. falleciese sin hijos que llegasen a la edad de testar, puso el padre en la donación que hizo de todos sus bienes a L. F. en la escritura de capítulos matrimoniales y en virtud de la sustitución del testamento del año 1885, inscripción que tuvo lugar, y por muerte de E., sus hijos inscribieron las fincas a su nombre.

Con estos antecedentes los hijos de M. formularon demanda por entender que las fincas les pertenecían, ya que cuando murió el heredero instituido, si bien la madre de los demandantes ya había muerto, ellos vivían, y por tanto los bienes no pudieron pasar a la sustituida en segundo lugar, su tía E., y más tarde a sus hijos, contra los que formulaban la demanda, pidiendo la entrega de los bienes.

El Juzgado dictó sentencia absolviendo a los demandados, pero la Sala de lo Civil de Barcelona la revocó, declarando que según lo dispuesto por el testador, los bienes de su herencia, al fallecimiento del primer instituido, debieron pasar a los hijos de la primera sustituta, doña M., o sea a los actores, y por ello condenó a los hijos de la segunda, doña E., a la entrega a los demandantes de los bienes.

Interpuesto recurso por infracción de ley, lo rechaza el Supremo, considerando que en materia de testamentos, desde el utilitariano de las XII Tablas hasta nuestros días, pasando por el artículo 675 del Código civil y por el *Tratado de Derecho civil vigente en Cataluña*, escrito por D. Antonio M. Borrrell, siempre se ha entendido que la ley suprema es la voluntad del testador, criterio especialmente fundamental en el caso presente, ya que, al fin y al cabo, de lo que se trata es de interpretar la cláusula de sustitución de heredero del testamento del año 1885.

También ha de tenerse presente, además de la tendencia en Cataluña a la conservación de la unidad del patrimonio familiar, que se trata de una cláusula testamentaria frecuente en aquella región, concretada en la fórmula que llaman los autores «Hijos puestos en condición», quienes, según la definición del tratadista expresado, son aquellos hijos del heredero de cuya existencia depende que aquél pueda disponer libremente de la herencia, y su falta, en cambio, purifica el fideicomiso; añadiéndose en la página 142, tomo 5.º, de la obra citada por el recurrente, que en general no se presumen llamados a la herencia, pero que como el mismo testador les puede llamar si quiere, expresa o tácitamente, con el carácter de sustitutos vulgares o de fideicomisarios, los autores antiguos presumen llamados aquellos hijos, puestos en condición cuando concurre la conjectura de que el testador llame a los hijos del último instituido, porque se ha de creer que con mayor motivo quiere por sustitutos, en igualdad de condiciones, a los hijos del primer llamado, y también, según el Tribunal Supremo, en el caso inverso que los hijos llamados sean los instituidos en primer lugar, se entienden llamados los de los siguientes; demostrándose con el texto citado que concurre en el caso actual la conjectura que se expresa.

No se puede conceder trascendencia alguna a la alegación hecha por el recurrente de que la instituida M. no pudo transmitir derecho a sus hijos por haber muerto antes que su hermano L., instituido en primer lugar, porque en estos fideicomisos no se da el derecho de representación, que es propio de las sucesiones legítimas, pues estos nietos se consideran llamados directamente por el testador.

Admitido como se halla que en el testamento de referencia fueron llamados los hijos de doña M., queda desestimada la pretensión apoyada por el segundo motivo, puesto que ha de ser indiferente ante aquella interpretación la circunstancia de que en el terreno científico más o menos jurisconsultos admiten la fórmula de que «los hijos puestos en condición no están en disposición», o lo que se haya consignado en uno u otros anteproyectos.

Forzoso es hacer alusión a la bibliografía existente sobre el concepto de «hijos puestos en condición», con motivo de la única cita que hace el Supremo. Puede consultarse sobre la materia y sobre las interesantes cuestiones que se derivan de la misma, Broca y Amell, «Instituciones», página 394; Durán y Bas, «Memoria», pág. 260; Castán, «Derecho civil español foral», 1922, página 144; Corbella, «Manual de Derecho catalán», pág. 659; Pella y Forgas, «Código civil de Cataluña», tomo III, pág. 230; Saguer, «Institución de los fideicomisos», pág. 136, y sobre todo el magnífico dictamen de Martí Miralles (tomo VI de la «Revista Jurídica de Cataluña») y Resoluciones de 11 de Julio de 1923, 26 de Junio de 1930, 31 de Diciembre de 1930 y 28 de Julio de 1917.

Para el estudio de esta institución de Navarra, véase Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Abril de 1928 y «Diccionario» de Montois y Ocampo, tomo III, pág. 332.

113. *Derecho foral aragonés. Deudas del marido y responsabilidad de los bienes de la mujer que no intervino en el reconocimiento de aquéllas.* Sentencia de 7 de Julio de 1932.

Por escritura pública, don E. y don H. convinieron en que por las resultas del negocio de automóviles a que aquél se había dedicado, reconocía adeudar a don H. 200.000 pesetas, y que sin perjuicio de la obligación general de sus propios bienes para la responsabilidad del crédito, reconocía a favor del acreedor la de todos aquellos bienes y derechos de la sociedad conyugal que, ya procedan del marido, ya de la mujer, deben estar y están afectos, según la legislación aragonesa, a la responsabilidad de las obligaciones contraídas por el esposo en casos como el presente, en que el compareciente y otorgante montó los negocios de que los créditos se derivan estando casado y viviendo con su mujer, subviniendo con los ingresos de ellos a las necesidades de su familia.

Con tales antecedentes, don H. ejecutó y obtuvo el embargo de los bienes de la pobre mujer de don E., que acudió al Juzgado de Zaragoza, el que dictó sentencia declarando que por estimar acreditada por la demandante, respecto de su marido el demandado, la excepción a la presunción legal de la Observancia 29 de *jure dotium*, los bienes muebles o inmuebles de su esposa no vienen obligados a la responsabilidad de las deudas contraídas por E., de acuerdo con las prescripciones del Derecho foral aragonés, teniendo por ello como ineficaz y sin valor la cláusula de la escritura, mandando dejar sin efecto el embargo, sin perjuicio del derecho de H. para perseguir, una vez liquidada la sociedad conyugal, los bienes que correspondan al marido como gananciales y los propios de éste. Confirmada la sentencia por la Audiencia e interpuesto recurso por don H., lo rechaza el Supremo, considerando que el Tribunal *a quo* no ha infringido los artículos 1.089, 1.254, 1.088 y 1.091 del Código civil, pues el mismo, lo que afirma en la sentencia recurrida y con todo acierto es que la pretendida obligación de la demandada a pagar las deudas del marido, ni nace de la voluntad de la mujer, puesto que no intervino en el contrato, ni nace, tampoco, de la ley del fuero invocada por el actor, y, por tanto, es evidente que éste carece de acción para exigir de la demandada el pago de las deudas del marido.

El Tribunal de instancia, ejos de infringir el fuero segundo de *contractibus conyugum* y la Observancia 29 de *jure dotium*, los aplicó rectamente, pues afirmando como cuestión de hecho el Tribunal *a quo* que el marido era, en la época en que se contrajo las obligaciones, un pésimo administrador de los bienes de la sociedad conyugal, evidente es que no puede con eficacia sostenerse que las deudas porque se procede las contrajera el esposo en utilidad del matrimonio y como un buen administrador de la sociedad conyugal.

**114. *Mandato. El contrato de arrendamiento inscribible celebrado por mandatario simplemente facultado para administrar, es nulo.*** Sentencia de 30 de Junio de 1932.

Don F. vendió a doña A., por escritura pública, una casa, y el mismo día la compradora dió poder al vendedor para administrar y para vender.

Posteriormente, doña A. revocó el poder anterior en cuanto a la facultad de vender, limitando el mandato a la de administrar, requiriendo al Notario para que notificara la revocación a don F. Días más tarde, don F., como apoderado de doña A., dió en arrendamiento a otro la casa citada, por término de veinticinco años y precio de mil pesetas anuales, confesando haber recibido antes de aquel acto las 25.000 pesetas; al intentar el arrendatario hacer valer su arrendamiento, se opuso la dueña por nulidad de contrato y consiguiente inscripción, por cuanto el mencionado contrato implicaba la constitución de un derecho real sobre la casa, verificado con exceso de poder después de la revocación del mandato.

El Juzgado declaró válido el contrato, pero sólo en cuanto a los seis primeros años, y la Audiencia de Valencia revocó totalmente la del inferior, absolviendo de la demanda a la dueña y declarando nulo el contrato.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, lo rechaza el Supremo porque, estimando acertadamente la Sala sentenciadora que don F. ostentaba la cualidad de mandatario de doña A., circunscribiéndose sus facultades a realizar actos de mera administración, por lo que no podía imponer sobre el inmueble administrado un gravamen de carácter real, anuló solamente el contrato por lo que respecta a doña A., absolviéndola de la demanda por no poder quedar obligada por el acto de un apoderado con evidente extralimitación del mandato que le había conferido, aplicando rectamente, y no vulnerando, como afirma el recurrente, los artículos 1.713 y 1.727 del Código civil, ya que el exceso de poderes y atribuciones que se arrojó el mandatario no fué ratificado, expresa ni tácitamente, por la mandante, no siendo tampoco de apreciar la infracción que se supone cometida en la sentencia al no otorgar fuerza al contrato de arriendo durante el plazo de seis años, pues aparte de estar comprendidos los pactos del convenio en su nulidad, no hace la Sala para ello declaración alguna de la que pueda derivarse que los contratantes estipularon un arriendo por ese lapso de tiempo.

**115. *Culpa extracontractual. Requisitos para su existencia y exigibilidad. Las Compañías ferroviarias no pueden excusar su responsabilidad, alegando haber cumplido los requisitos reglamentarios.*** Sentencia de 29 de Junio de 1932.

Incendiadas unas meses al paso de un tren, y pedida a la Compañía de ferrocarriles la consiguiente indemnización, dictó el Juzgado sentencia absolutoria, pero la Audiencia revocó la del inferior, e, interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo considerando que la culpa extracontractual a que se refiere el artículo 1.902 del Código civil, se centra por toda acción u omisión culposa o negligente que cause daño a otro, y obliga al que lo ha producido a la justa reparación, no requiriendo otros requisitos, para su existencia y exigibilidad, que la realidad del daño, la falta en el que lo produce y la relación de causa a efecto entre uno y otro, según tiene declarado la jurisprudencia de este Tribunal, todo lo cual es materia puramente de hecho.

Las compañías ferroviarias, cuando los siniestros se producen, no pueden

excusar su responsabilidad con el hecho de haber cumplido formulariamente todos los requisitos reglamentarios a que vienen obligadas, conforme se resolvió en sentencia de 13 de Febrero de 1928, pues cuando la realidad se impone demostrando que las medidas tomadas para prevenir y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido positivo resultado, claramente acredita la imperfección y negligencia que presidieron a su adopción, dando lugar a los daños cuya reparación es de absoluta necesidad, por ineludible imperativo de justicia.

*En materia de culpa extracontractual, pueden consultarse las sentencias de 18 de Noviembre de 1931 y 12 de Diciembre del mismo año, extractadas en REVISTA CRÍTICA, tomo VIII (año 1932), páginas 545 y 714.*

**116. Interpretación de contrato de préstamo. Prórroga tácita. Incongruencia.** Sentencia de 1 de Julio de 1932.

La comisión liquidadora de una entidad formuló demanda contra un señor alegando que la entidad le había hecho un préstamo de 31.000 pesetas en documento, en el que se pactó que el préstamo sería por plazo de noventa días, prorrogables por otros noventa, haciéndose el préstamo con garantía prendaria de dos resguardos de imposiciones hechos por el prestatario en la Caja de la entidad prestamista, por suma mayor que la prestada y determinándose que, si al vencimiento no había saldado la deuda, podría la acreedora vender, por medio del corredor de comercio, la prenda, poniendo el saldo a disposición del deudor o ejercitando contra éste las acciones adecuadas, si el importe de la venta no bastaba a cubrir el crédito.

Declarada en suspensión de pagos la entidad prestamista, traspasó todos sus derechos a la entidad demandante, en virtud del convenio, y no habiendo el demandado reintegrado el préstamo, era llegado el momento de que, abonándosele por las imposiciones citadas el 35 por 100 de su valor, que era lo abonado a todos los acreedores, e imputando este importe a parte de pago de la deuda, abonase el resto de ésta, o sea 8.000 pesetas, por cuya suma le demandaba. Opuso el deudor que la actora tenía una acción real, la de prenda, que pudo ejercitarse vendiendo los resguardos, como estaba convenido, pero no habiéndolo hecho y subsistiendo la prenda, no podía ejercitarse contra él acción alguna, pero de ejercitarse alguna ésta sería personal, y, si a ella se daba lugar, por reconvencción debía condenarse a la actora a abonarle el valor íntegro de la prenda.

El Juez dictó sentencia absolutoria, pero la Audiencia de Pamplona condenó al demandado a pagar a la actora las 8.000 pesetas, e, interpuesto recurso, el Supremo lo admite y casa y anula la sentencia recurrida, considerando que la Sala no infringe los artículos 1.091, 1.255, 1.258, 1.281, 1.227, 1.228 y 1.229 del Código civil al estimar, con acierto, la prórroga tácita del préstamo con garantía, concertado en el documento citado al principio, pues apareciendo en el mismo que el préstamo se hacía por noventa días, a contar desde su fecha, y que podría prorrogarse ese plazo siempre por el máximo de noventa días, de mutua conformidad de las partes, que había de ser expresa, el Tribunal a quo, al afirmar como cuestión de hecho que dicho contrato quedó prorrogado en su plazo por presunta voluntad de los contratantes, no incidió en ninguna de las infracciones citadas.

Estando prorrogado el contrato de préstamo hecho al demandado por la Sociedad L. A., al cual servía de garantía el crédito que el mismo demandado tenía contra la Sociedad, desde el momento en que la Sociedad se declaró en suspensión de pagos, y por su insolvenza se constituyó la entidad demandante, lo mismo el crédito de la entidad fallida prestamista contra el demandante.

dado, que el que éste tenía contra aquélla, quedaron vencidos e incorporados, aquél, al activo de la entidad suspensa, y éste, al pasivo; y como este crédito a favor del demandado no era privilegiado, ni guardaba con el préstamo hecho por la Sociedad la conexión necesaria para suspender, ante una compensación automática, los acuerdos de la Junta de acreedores, le afectaron como a todos los de su clase, y por tanto la Sala sentenciadora no cometió las infracciones que se alegan al estimar que el crédito de 63.366 pesetas, representado por las dos imposiciones, quedó reducido al interponerse la demanda a 22.877 pesetas, por ser esta suma el 35 por 100 a que asciende el líquido acordado para pagar los créditos contra la entidad suspensa, y siendo la demandante acreedora del demandado por 31.000 pesetas y deudora del mismo de 22.000 (en números redondos), es manifiesto que debiéndose verificar la compensación a parte post, aunque no tengan conocimiento de ella acreedores y deudores, es evidente que la Sala sentenciadora, al estimarlo así y condenar al demandado al pago de 8.000 pesetas, resolvió conforme a derecho.

Habiéndose formulado por el demandado reconvención solicitando en la misma que en el caso de no ser absuelto, se condenara a la demandante a devolver al demandado las 63.000 pesetas que quedaron como prenda para responder del préstamo de 31.000 pesetas, con la sala deducción de esta suma y de la de 22.000 pesetas, o sea en junto 8.000 pesetas, es evidente que ante esa acción ejercitada en la reconvención debió recaer en la sentencia recurrida el consiguiente pronunciamiento, y al no hacerlo así se ha infringido el artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, debiéndose, por tanto, declarar haber lugar al recurso interpuesto.

*Sobre la difícil materia de la interpretación de los negocios jurídicos, recomendamos la lectura del libro de Dualde, recientemente publicado, «Una revolución en la lógica del Derecho», página 202 y siguientes.*

**117. Capellanía. Venta de la participación en los bienes de una capellanía de sangre. Sentencia de 11 de Julio de 1932.**

En el siglo XVI se fundó una capellanía de sangre agregada al Obispado de Ávila, y la delegación de capellanías anunció la conmutación de cargas, llamando a los parientes de los fundadores que se creyeran con mejor derecho, absteniéndose de hacer ninguna declaración por no haber acuerdo. Más tarde, ante el Juzgado acudió don J., alegando lo dicho, y aunque él tenía derecho, por su parentesco con los fundadores, a los bienes, lo reconocía preferente en don A., habiendo llegado al acuerdo de vender éste al diciente los derechos que tenía en la capellanía por escritura, suplicando que teniendo por promovido el juicio determinado en el artículo 1.102 de la ley de Enjuiciamiento civil, fuese dictada sentencia declarándose el preferente derecho para redimir las cargas a que están sujetos los bienes de la capellanía, con la consecuencia natural de la conmutación, o sea la adjudicación de dichos bienes. Publicados los edictos y comunicados los autos al Abogado del Estado, se convocó a junta a los interesados, en la que no se llegó a un acuerdo, por lo que se dispuso que las partes hicieran uso de su derecho en el juicio ordinario correspondiente.

El Juzgado, en sentencia que confirmó la Audiencia, declaró que don E. L. estaba en condiciones de preferente y mejor derecho, e interpuesto recurso por don J., no lo admite el Supremo, considerando que los motivos de casación alegados por el recurrente se resuelven en el tema central de unos presuntos derechos adquiridos por compra a don A. en escritura, en virtud de la cual el vendedor enajena la participación que pudiera corresponderle en los bienes de la capellanía; es decir, que sin necesidad de penetrar en el fondo de otras cuestiones debatidas, y toda vez que la fuente de las acciones ejercitadas

se encuentra en la naturaleza del documento básico aludido, es visto que, atentos a su contenido, se trata netamente de una transmisión onerosa de bienes para cuando se hiciese efectivo el derecho a ellos que pudiera asistir al vendedor y entrasen consolidados en su haber jurídico, y *no de una cesión de los derechos competentes al transitante en calidad del más próximo parente de los fundadores sobre el patrimonio real afecto al levantamiento de las cargas espirituales de la capellanía*, que por lo demás, y caso de ser exigibles por el comprador, hubiera de reclamarlos no por su propia y directa virtualidad titular, sino revestido por los poderes y facultades personalísimas del vendedor, obligado a ello en la escritura de compra, y es patente que no lo efectuó así.

*Sobre Capellanías, ved la sentencia de 9 de Enero de 1932 (REVISTA CRÍTICA, tomo VIII, pág. 872).*

**118. Contrato de opción. Su interpretación e incumplimiento de obligaciones reciprocas.** Sentencia de 1 de Abril de 1933.

La Sociedad minera T. y el señor L. interpusieron recurso de casación por infracción de ley que rechaza el Supremo, porque en materia de interpretación de contratos ha de estarse a lo que haya establecido el juzgador; alegada por el recurrente la infracción de determinados artículos por haber interpretado mal el Tribunal *a quo* cierta escritura, no hay tal infracción, porque teniendo en cuenta los preceptos legales citados, interpretó el contrato con arreglo a sus cláusulas y la intención de los contratantes, en el sentido de que el demandado no está obligado a cumplir la promesa de venta estipulada.

Tampoco infringió la sala sentenciadora los artículos 1.262 y 1.218 del Código civil, porque el recurrente parte del supuesto de que para la prórroga de la opción bastaba expresar su conformidad, surgiendo después nuevos derechos independientes de la prórroga; mas ese supuesto no lo acepta la sentencia, que afirma que para obtener la prórroga no bastaba la conformidad, sino que era preciso entregar antes del vencimiento de la primera opción la suma estipulada, y siendo esto así, no existe la infracción dicha.

Tampoco puede prosperar el motivo que alega, la infracción del artículo 1.124 del Código civil, porque al absolver al demandado el Tribunal de instancia, dejó establecido el incumplimiento de obligaciones reciprocas que correspondían al demandante, siendo evidente que si el recurrente pedía en el suplico de la demanda que se condenase al demandado a que otorgara escritura de venta de trece minas, y si esta venta dependía de obligaciones que no se cumplieron por el actor, según afirma la Sala, estuvo rectamente aplicado el precepto que se supone violado, sin que, dada la respectiva posición de los litigantes, fuera precisa declaración alguna expresa de la resolución del contrato que implícitamente se contenía en la absolución de la demanda.

**119. Administración judicial. Sólo se extiende a cobrar las rentas y atender con ellas a la conservación de la finca, sin que deba pagar los intereses de capitales garantizados con hipoteca. El administrador judicial, como mandatario especial, no puede traspasar los límites del mandato.** Sentencia de 25 de Abril de 1933.

El Supremo rechaza el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por don C. M., considerando que siendo la administración judicial que-

establece el artículo 1.450 de la ley de Enjuiciamiento civil una administración *ad-hoc* constitutiva de un mandato especial, al solo efecto de hacer efectivo con los frutos y rentas embargados de un deudor el crédito del ejecutante, las facultades del que por nombramiento judicial ejerza tal administración no pueden extenderse a más que ~~ni~~ cobrar las rentas embargadas, atender con ellas a la conservación ordinaria de la finca productora de las mismas y destinar lo que baste del sobrante al pago del crédito, sin que sea posible atribuir a tal administrador especial, como propia, la facultad de pagar intereses de capitales garantizados con hipoteca sobre el inmueble, y menos aún suponer que esto constituya en él una obligación legal como contenida en la de conservación, pues ésta le es exigida, no tanto en beneficio del deudor como en utilidad del acreedor, para asegurar la adecuada explotación del inmueble bajo la inspección judicial, para que dé el rendimiento adecuado a saldar el crédito del ejecutante, dedicándose de lo expuesto que al interpretar la Sala de instancia la regla sexta del artículo 131 de la ley Hipotecaria, que tuvo en cuenta por analogía, no la infringió, sino que con arreglo a ella determinó los gastos de conservación y explotación, de los que excluyó el pago de los intereses del crédito hipotecario, garantidos éste y aquéllos con el propio inmueble, pero no por las rentas embargadas en el procedimiento que motiva el recurso, a las que en nada afectan los artículos 114 y 126 de la ley Hipotecaria, también citados como infringidos, y que por ello no puede ser motivo de casación del fallo recurrido, así como tampoco puede serlo la supuesta infracción del artículo 1.714 del Código civil, ya que fué debidamente aplicado por el Tribunal a quo al estimar que el administrador judicial de frutos y rentas, como mandatario especial, no puede traspasar los límites del mandato, y a tanto equivaldría el que satisfaciera, con perjuicio del crédito para cuya efectividad fué designado, otras atenciones que las expuestas.

*120. Hipoteca convencional establecida por el quebrado en los treinta días anteriores a la quiebra. Efectos con relación a terceros. Préstamos de dinero no entregado de presente. Acción de nulidad.* Sentencia de 5 de Abril de 1933.

En recursos de casación por infracción de ley interpuestos por las Sociedades A. y E., que el Supremo rechaza, sienta la siguiente doctrina:

En cuanto al recurso interpuesto por la Sindicatura de la quiebra de la Sociedad A., los errores de hecho imputados a la Sala sentenciadora por aseverar que por culpa de la Sociedad quebrada, que no puede aprovechar a la demandante, no se inscribieron los bienes hipotecados en una escritura del año 1925, y que la Sociedad quebrada hipotecase los bienes que se describen en aquella escritura, siendo así que el gerente de la misma fué el que hipotecó los suyos propios en concepto de fiador personal, aun comprobados y reconocidos, no sirven de base al fallo recurrido, que descansa principalmente en que si la inscripción de referencia no se practicó a consecuencia de un defecto formal que lo impedía, y que la apertura de crédito constituido en aquella escritura tenfa el carácter y calidad de hipotecario, no procediendo, por tanto, estimar, a efectos de casación, los mencionados errores de hecho, así como tampoco los de derecho, con la consiguiente infracción de los artículos 1.218 y 1.219 del Código civil, por no desconocer el Tribunal a quo el valor y eficacia de las escrituras como documentos públicos, y si, contra la opinión interesada del recurrente, califica la segunda de dichas escrituras de ampliación de la primera, y a ésta de origen y antecedentes de aquélla, su juicio afecta a la interpretación de las cláusulas de los contratos y no se combate debidamente.

No se infringen en la sentencia recurrida, por falta de aplicación, los ar-

tículos 1.862 y 1.865 del Código civil y 146 de la ley Hipotecaria, y por indebida aplicación, los 1.254, 1.258 y 1.278 del Código civil, pues el Tribunal *a quo*, ateniéndose a la clara y terminante prescripción del número 4 del artículo 880 del Código de Comercio, reconoció, como así resulta de la escritura pública, que la obligación que en ella se contraía ostentaba el carácter y calidad de hipotecaria, no siendo preciso que la hipoteca se constituyese en la forma y modo que exigen de consuno los mencionados artículos 1.875 del Código civil y 146 de la ley Hipotecaria, toda vez que el 880 del de Comercio, tratándose de proteger a los acreedores del quebrado, sienta la presunción *juris et de jure* de que toda hipoteca convencional establecida por el quebrado en los treinta días anteriores a la quiebra sobre obligaciones que no tuvieran aquella calidad, se reputa fraudulenta e ineficaz respecto a aquellos acreedores, siendo ajeno a tal objeto y fin el que convenida la hipoteca, por el hecho de no llegar a constituirse legalmente, trascendía tal falta, en el orden hipotecario, a no perjudicar a tercero que adquiriera algún derecho sobre las fincas hipotecadas, y a que no pueda el acreedor hacer efectivo sobre éstas el crédito que convencionalmente garanticen.

También debe rechazarse el último motivo, por partir de la errónea creencia de que la ineficacia de los contratos a que se refiere el número 4 del artículo 880 del Código de Comercio alcanza a los préstamos de dinero cuya entrega no se verificase de presente al tiempo de otorgarse la obligación ante el Notario y testigos, siendo evidente que en tal precepto no se incluye a los préstamos, sino a las hipotecas convenidas sobre los mismos, pues la nulidad de los préstamos simples o sin garantía está regulada y condicionada por el número 4 del artículo 881 del mencionado Código, y así lo reconoció el propio recurrente al renunciar en su escrito de conclusiones a la acción que ejercitaba al amparo del número y artículo últimamente citados, por no haberle sido posible traer a los autos las pruebas que en ellos se exigen, de que el crédito no era cierto y que su reconocimiento se hizo en fraude de los acreedores de la Sociedad A.

Tampoco puede prosperar el recurso entablado por la Sociedad E., porque la Sala, sin infringir el artículo 1.301 del Código civil, aplicó rectamente el artículo 1.969 del mismo Código, contando el tiempo para la prescripción desde el día en que la parte actora pudo, legalmente, ejercitar la acción de nulidad que deduce, o sea desde que se declaró la quiebra de la Sociedad A., pues antes de la expresada fecha estaban imposibilitados los actores para promover los procedimientos adecuados a la defensa de sus derechos como acreedores de la quiebra contra los actos realizados por el quebrado, sin que pueda aducirse contra el cómputo hecho por la Sala que la segunda escritura del año 1926 sea ratificadora y continuadora de la del año 1925, ya que el fallo sólo decreta la nulidad de la hipoteca consignada en la cláusula adicional de las citadas escrituras, porque el crédito que garantizaba no tenía tal carácter o calidad en la originaria del año 1925, ni puede considerarse infringida la doctrina sentada en la sentencia de 19 de Abril de 1919, que con acierto considera inaplicable a esta litis el Tribunal de instancia, porque en ella el crédito tachado de nulo era posterior a la declaración de la quiebra, y a pesar de ello y de ser conocido por los acreedores de la misma, dejaron transcurrir cuatro años desde el vencimiento de la obligación contractual defraudatoria de sus derechos, sin ejercitar la acción de nulidad.

Tampoco infringe el Tribunal *a quo* los artículos 880 del Código de Comercio y 408 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues la época a que se retrotraen los efectos de la quiebra es aquella que con arreglo al artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829, se fija por el Juez de la misma, sin que revista la autoridad de cosa juzgada la que, en el auto de declaración de la quiebra, señale, por tener tal clase de providencias sobre este extremo la calidad de «por ahora y sin perjuicio de tercero», no pudiendo invocar el recurrente el no haber sido parte en las actuaciones, ya que la publicidad que se dió al auto de de-

claración de quiebra permitía al recurrente, no obstante su derecho de abstención como acreedor hipotecario, mostrarse parte en el juicio universal para defenderse en su caso de los acreedores.

Son inaplicables al problema jurídico que se planteó y resolvió en instancia el artículo 34 de la ley Hipotecaria y doctrina del Supremo de 4 de Diciembre de 1909, toda vez que, de prosperar la tesis del recurrente, quedarían virtualmente derogados el repetido artículo 880 del Código de Comercio y los 36 y 37 de la ley Hipotecaria, debidamente aplicado aquél por el Tribunal de instancia, que al reputar fraudulentas e ineficaces las hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior que no tuviesen esta calidad (como ocurre en la hipoteca cuya validez sostiene el recurrente), sienta una presunción *juris et de jure* que impide examinar y discernir sobre la buena o mala fe de las partes que contrajeron aquella obligación, no convalidando la inscripción en el Registro de la Propiedad, según el artículo 33 de la ley Hipotecaria, los actos o contratos nulos con arreglo a las leyes.

Véase, sobre retroacción de la quiebra, Estasén, «Tratado de las suspensiones de pagos y de las quiebras», 1908, página 281 y siguientes.

121. *Letra de cambio. Obligación del aceptante que no ha alegado la falsedad de la aceptación. La frase valor recibido y la prueba de libros de comercio.* Sentencia de 1 de Abril de 1933.

Don S., tenedor de cuatro cambiales, entabló juicio ejecutivo contra el aceptante de las mismas, don J., sin que al tiempo del protesto por falta de pago se pusiera tacha de falsedad a la aceptación, al que se dió lugar, e interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, lo rechaza el Supremo porque, según lo dispuesto en el artículo 480 del Código civil, la aceptación de la letra constituye al aceptante en la obligación de pagárla a su vencimiento, sin que pueda relevarla del pago la excepción de no haberle hecho provisión de fondos al librador, ni otra alguna, salvo la falsedad de la aceptación, y como ésta no ha sido alegada, reconociendo el mismo demandado que el título ejecutivo es legítimo por lo que se refiere a formalidades externas, es claro que ha de resultar ineficaz la simulación que se alega en el concepto de «valor recibido» que contienen las letras, y en su consecuencia carece de finalidad la prueba de libros de comercio pedida por el demandado, pues tenga o no libros el actor, esto no afecta al estado de derecho creado en el pleito.

ENRIQUE TAULET,  
Notario de Valencia.