

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año IX

Junio de 1933

Núm. 102

Del Notariado en Portugal

El Código de 26 de Noviembre de 1931

I. PRECEDENTES

El régimen del Notariado portugués fué dado a conocer a los lectores españoles por el Sr. Azpeitia, en el volumen primero de su *Derecho Notarial Extranjero* (I. Portugal. Madrid, 1929. Reus). Con posterioridad, D. Antonio Bellver Cano lo ha expuesto sintéticamente en el capítulo XVIII de sus *Principios de Régimen Notarial Comparado* (Madrid. Victoriano Suárez, sin fecha).

Cuando se publicó la citada obra de Azpeitia la legalidad vigente sobre organización y régimen del Notariado en Portugal hallábase fundamentalmente constituída por el Decreto número 8.373, de 18 de Septiembre de 1922, pues, aunque ya se había promulgado el llamado *Código del Notariado* de 2 de Abril de 1928 (Decreto número 15.304), la vigencia del mismo se hallaba a la sazón en suspenso. Dicho Código, en efecto, comenzó a regir el 12 de Abril de 1928; pero trece días después, el Decreto número 15.404 dispuso que no entrase en vigor hasta 1.º de Julio, y otro Decreto, de 28 de Junio (número 15.651) ordenó que la aplicación del Código quedase suspendida hasta que se publicase una nueva edición del mismo. Tan sólo el título II, relativo a los exámenes de habilitación para el cargo de Notario (oposiciones) había sido ya declarado aplicable, por Decreto de 12 de Noviembre

de 1928. Sin embargo, el Sr. Azpeitia, en la exposición del Derecho positivo, hace constantes referencias al expresado Código suspenso, a la vez que estudia las vigentes normas del Decreto de 1922.

La nueva edición rectificada que el Decreto número 15.651 había anunciado se publicó por Decreto número 19.153, el 18 de Diciembre de 1930, para comenzar a regir en 1.º de Enero de 1931. El Sr. Bellver Cano registra ya la publicación de este nuevo Código, cuya aparición inspiró al Sr. Azpeitia un comentario publicado en *Nuestra Revista* y reproducido por el *Boletim da Associação dos Tabeliães de Lisboa* (números 7 y 8, de 30 de Abril de 1931).

* * *

Las protestas que el Código de 1928 había originado (recogidas en el último capítulo de la citada obra de Azpeitia) se produjeron contra el de 1930. De manera especial, y como crítica de conjunto, insistieron las revistas profesionales en destacar la reiterada anomalía de no haberse procurado para la redacción del Código el asesoramiento o, al menos, la información de los funcionarios a quienes aquél había de afectar fundamentalmente, y, respondiendo, acaso, a estas sugerencias, el nuevo ministro de Justicia encargó a la «Associação des Tabeliães de Lisboa» la formulación de un anteproyecto que, en buena parte, sirvió de modelo al hoy vigente *Código del Notariado*, aprobado por Decreto número 20.550, de 26 de Noviembre de 1931. Por prescripción contenida en su disposición final derogatoria (artículo 279), el referido Código comenzó a regir el día 1.º de Diciembre de 1931, y algunos de sus artículos fueron objeto de rectificaciones y alteraciones sancionadas por el Decreto número 20.972, de 5 de Marzo de 1932.

II. ESTRUCTURA

El nuevo Cuerpo legal, que no merece, en puridad, el nombre de Código (puesto que no ha recogido todas las disposiciones referentes al Notariado) contiene 279 artículos, distribuidos en VII títulos (el último dedicado a las disposiciones transitorias), los cuales se subdividen en capítulos y éstos en secciones y subsecciones. Va seguido de la Tabla de los emolumentos (Aranceles) y del Mapa

del número y residencia de las Notarías (Demarcación). La sistematización es perfecta, al contrario de lo que sucedía en el Código de 1930, en el cual (como en el Reglamento español vigente) la distribución de las materias se acercaba a los linderos de lo caótico. También acusa una notable depuración en el tecnicismo. Como contrapartida, se ha de anotar la falta de exposición de motivos en el Decreto aprobatorio.

III. ANÁLISIS HISTÓRICO-COMPARATIVO

En estos breves apuntes sobre la última regulación del Notariado portugués nos proponemos señalar tan sólo las principales innovaciones que introdujo en el régimen legal precedente, insistiendo en aquellas particularidades que juzgamos de mayor interés para nuestros lectores. Creemos que dichas particularidades son las relativas a los extremos siguientes:

A) *Concepto del Notario*.—El Decreto de 18 de Septiembre de 1922 decía que «los Notarios son funcionarios públicos de nombramiento del Gobierno y servicio vitalicio, a quienes compete, en general, autenticar con su intervención todos los actos extrajudiciales que carezcan de certeza y autenticidad» (art. 1.º). En análogos términos se expresaba el Código de 1928. El de 1930 declaraba en el artículo 1.º: «Los Notarios son funcionarios públicos de nombramiento del Gobierno y servicio vitalicio», y añadía en el artículo 162: «Compete a los Notarios, en general, intervenir en todos los actos extrajudiciales a los que los interesados deban o quieran dar certeza y autenticidad». El Código vigente suprime el predicado «y servicio vitalicio», atendiendo, sin duda, a que el Decreto número 16.563 había impuesto a los Notarios la jubilación forzosa por edad (setenta años), y redondea la definición—que tanto recuerda a la francesa de la ley de 25 de Ventoso del año XI—declarando (artículo 1.º) que «los Notarios son funcionarios públicos, de nombramiento del Gobierno, a quienes compete, en general, intervenir en todos los actos extrajudiciales a los que los interesados deban o quieran dar certeza y autenticidad».

B) *Importancia del documento público*.—La precedente definición revela la existencia de ciertos actos jurídicos que *deben* re-

vestir la forma auténtica, en el sentido de que no pueden ser probados por otro medio. La falta de documentos auténticos—dice el artículo 2.428 del Código civil—no puede ser sustituida por otra especie de prueba, salvo en los casos en que la ley lo determine expresamente (1).

En este punto, el Código aprobado por Decreto de 18 de Diciembre de 1930 reproduce la doctrina del Decreto de 1922 al enumerar los actos que requieren escritura pública, declarando en su artículo 165: «*Sólo podrán probarse por escritura pública: 1.º Las transmisiones de bienes o derechos inmobiliarios, excluidos los fondos inmovilizados de que trata el artículo 375 del Código civil (2); 2.º Las hipotecas convencionales...*»

Peró el referido artículo 165 del Código de 1930 fué modificado por el Decreto número 19.261, de 22 de Enero de 1931, que dió a los antes transcritos números 1.º y 2.º del artículo 165 examinado la siguiente redacción: ... «1.º Las transmisiones de bienes o derechos, inmobiliarios, *salvo lo estipulado en los artículos 1.459 y 1.590 del Código civil* y excluidos los fondos inmovilizados de que trata el artículo 375 del mismo Código; 2.º Las hipotecas convencionales, *salvo lo estipulado en el artículo 912 del Código civil.*»

La tal modificación venía a desvirtuar la exigencia del documento auténtico, para todas las transmisiones de bienes inmuebles,

(1) El artículo 686 del propio Código civil (único de capítulo dedicado a la forma externa de los contratos) establece que «la validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa, *salvo de aquellas que son prescritas en la ley para la prueba de los mismos*, o que la ley, por disposición especial, declara sustanciales.

(2) Texto del artículo 375 citado:

«Son inmuebles por disposición de la ley:

1.º Los productos y partes integrantes de los predios rústicos, las partes integrantes de los predios urbanos que no pueden ser separadas sin perjuicio del servicio útil que deben prestar, salvo siendo separadas por el propio dueño del predio.

2.º Los derechos inherentes a los inmuebles mencionados en el artículo precedente.

3.º Los fondos consolidados que se hallaren inmovilizados perpetua o temporalmente.

Lo dispuesto en este artículo no excluye las inmovilizaciones decretadas por ley especial para ciertos y determinados fines.

que el Decreto de 1922 había establecido, por poderosas razones de interés social y para prevenir los males sin cuento resultantes del desacreditado sistema espiritualista, en España mantenido todavía con tanto ardor por la conocida doctrina que nuestro Tribunal Supremo ha elaborado sobre los artículos 1.278 y siguientes del Código civil.

En efecto. El artículo 1.590 del Código civil portugués, al que se refería la salvedad introducida en el reformado número 1.º del artículo 165 del Código del Notariado de 1930, dice en su párrafo primero que «si el valor de los dichos bienes no excediese de 1.000 escudos, podrá hacerse la venta con la firma del vendedor, o de otro a su ruego, no sabiendo aquél escribir, y, además, con las «de dos testigos que escriban su nombre por entero» (1). Las mismas facilidades concede el también referido artículo 1.459 en cuanto a las donaciones. El 912, por lo que hace a las hipotecas, mantiene la misma doctrina, si bien exige que la firmas sean reconocidas por Notario; de donde resulta que respecto a los contratos de compraventa de donación es innecesaria esa formalidad de la legitimación notarial de las firmas.

Fácil es comprender la trascendencia que para el Notariado entrañaba la expresada modificación introducida por el Decreto de 22 de Enero de 1931. Percatándose de todo su alcance, la «Associação dos Tabeliães de Lisboa», a solicitud de los Notarios de Oporto, resolvió elevar al Ministro de Justicia y Cultos una exposición, urgentemente aprobada (reunión de 2 de Febrero de 1931), a la cual pertenecen los siguientes párrafos, cuya divulgación en España (aunque expresan ideas aquí muy repetidas) no creemos que sea enteramente inútil:

«Puede decirse abiertamente que la referida modificación constituye un golpe profundo para la institución notarial, provocando la ruina de sus funcionarios en las provincias, sin beneficio alguno

(1) Art. 1.589. El contrato de compraventa de bienes muebles no depende de formalidad alguna especial.

Art. 1.590. El contrato de compraventa de bienes inmuebles será siempre reducido a escrito.

§ 1.º ... (transcrito en el texto).

§ 2.º Si dicho valor excediese de 1.000 escudos, la venta sólo podrá ser hecha por escritura pública.

para los ciudadanos, que, en su casi totalidad, o por no saber escribir, o por carencia de conocimientos técnicos, siempre tienen que recurrir a alguien para la redacción de sus contratos.

»Antes de la publicación del Decreto número 8.373, de 18 de Septiembre de 1922, que, por el interés público de la conveniente titulación de la propiedad, hizo obligatorio el documento auténtico para la transmisión de bienes o derechos inmobiliarios, eran corrientes los clamores contra el abuso de los escritos particulares, que, redactados, generalmente, por individuos incompetentes y sin las responsabilidades de quien ejerce una función pública, dejaban de ofrecer las necesarias garantías de orden jurídico y moral, siendo muchas veces fundamento de litigios la alegación de ser supuesta la intervención de las personas que en los documentos figuraban como otorgantes, o la de haber sido obtenida por miedo o por fuerza física la manifestación de voluntad. De donde resultaban innumerables y dispendiosas cuestiones ante los Tribunales.

»Y ni al menos, para su justificación, es lícito argumentar con la modicidad de coste de tales papeles, porque, sin recelo a ser desmentidos, puede afirmarse que los individuos que por el país adelante ejercían el oficio de sus redactores—los llamados *advogados de lareira*—a quienes el pueblo iletrado, por una obsesión de *curanderismo* que lo caracteriza, se entregaba fácilmente, sabían y podían, mucho mejor que el funcionario público—sujeto a aranceles—encarecer y valorizar ampliamente su trabajo.

»De este modo, la fortuna de los ciudadanos analfabetos—que son la gran mayoría de los ciudadanos portugueses—puede estar de un momento a otro a merced de tres aventureros que no tengan escrúpulo en forjar títulos de enajenación, muy principalmente en vísperas de cualquier fallecimiento o, incluso, con antefecha, después de ocurrido aquél.»

Y aconteció que las tales consideraciones pesaron lo suficiente para que el nuevo Código del Notariado derogase explícitamente (artículo 279) el aludido Decreto rectificador de 22 de Enero de 1931, restableciendo la redacción, antes transcrita, que los números 1.º y 2.º del artículo 165 habían recibido en el Código, también derogado, de 18 de Diciembre de 1930 (artículo 147, 1.º y 2.º del Código vigente), siquiera haya alterado la forma y completado la doctrina del número 2.º al expresar: «Las hipotecas convencio-

nales de bienes inmuebles, *así como sus renunciaciones o cancelaciones.*»

Además de la restauración aludida, el artículo 147 del nuevo Código amplía la enumeración de los actos que «sólo podrán probarse por escritura pública», incluyendo en esta categoría «las Sociedades comerciales y sus alteraciones y liquidaciones» y, además de los trasposos de establecimientos comerciales o industriales (ya comprendidos), los arrendamientos o subarrendamientos de los locales destinados a los mismos. Perduran las excepciones contenidas en los cuerpos legales precedentes (actos y contratos relativos a bienes del Estado, Municipio o Parroquia, los regulados por la ley Procesal, de la Caja General de Depósitos, etc.).

C) *Facultades jurisdiccionales.*—Como es sabido, la legislación portuguesa adopta el sistema consistente en señalar las facultades que *en especial* corresponden al Notario, sin perjuicio de formular el concepto y enunciar *en general* la esfera de competencia del funcionario. A la competencia del Notario en general nos hemos referido antes, al exponer el concepto (intervención en todos los actos extrajudiciales a los que los interesados deban o quieran dar certeza y autenticidad).

Por lo que toca a las facultades *en especial*, el nuevo Código añade a las expresadas en el artículo 162 del de 1930 (que ya superaban a las que recoge Bellver, tomándolas, con Azpeitia, del Decreto de 1922) la de hacer y certificar *traducciones* de documentos en lengua extranjera que el Notario conozca (número 6 del artículo 1.º). Pero la novedad más interesante que revela el examen comparativo de los aludidos textos es la contenida en el párrafo primero del artículo 1.º del Código vigente, según el cual «los protestos de letras y otros títulos de crédito mercantil son en Lisboa, Oporto, Coimbra y Funchal de la competencia exclusiva de Notarios especiales». Esta novedad, sin embargo, no es hija del Código estudiado, que en este punto no hace más que recoger lo establecido por los Decretos números 18.454, de 13 de Junio de 1930, y 19.499, de 24 de Marzo de 1931, el primero de los cuales creó en Lisboa (dos) y en Oporto (uno) *Notarios privativos de protestos*, sin tomarse el trabajo de exponer las razones de tal instauración. El segundo de los citados Decretos creó Notarios especiales de protestos en Coimbra y en Funchal (uno en cada una de estas ciudades), y en su preámbulo aduce que «es intuitiva la ventaja de

que en los centros comerciales de importancia sean atribuídos los servicios de protesto de letras, libranzas y cheques a funcionarios propios, quedando así concentrados todos los servicios relativos a tales protestos, registros de los mismos, etc.).

Se ha de advertir que los Notarios privativos de protestos existentes en las cuatro mencionadas residencias son verdaderamente Notarios. Aunque el párrafo primero del artículo 12 del referido Decreto número 19.499 prescribe que «el cargo de Notario privativo de protestos de letras en Coimbra y Funchal es inherente al de conservador privativo del Registro Mercantil en las respectivas comarcas» (precepto inspirado en el deseo de mejorar la situación económica de dichos Registradores, según declara el preámbulo), es lo cierto que el artículo 278 (última disposición transitoria) del vigente Código del Notariado ordena: «Los actuales Notarios privativos de los protestos de letras y otros títulos de crédito mercantil por virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 12 del Decreto número 19.499, de 24 de Marzo de 1931, se consideran definitivamente nombrados, forman parte del cuadro de los Notarios con los correspondientes derechos y obligaciones, deben prestar fianza dentro de treinta días, contados desde la fecha en que este Código comience a regir, y continuarán desempeñando cumulativamente con aquéllas las funciones que ya ejercían.»

Repite el Código estudiado que las funciones notariales correspondientes según la legislación vigente a empleos extraños a la *escribanía* continúan anejas a esos empleos (en demasía numerosos, como es sabido).

Entre las facultades que el artículo 1.º del Código referido reconoce a los Notarios portugueses figuran la de autorizar autos de aprobación de testamentos cerrados, la de expedir certificados de existencias de actos notariales con o sin extracto de su contenido o de parte de él, y otras que son corrientes dentro de la legislación comparada. Pero, además, el artículo 150 de dicho Código atribuye al Notario una misión—muy interesante y muy adecuada a la índole de su función—que no ha sido advertida por nuestros expositores, no obstante aparecer ya consignada en el Código de 1930 (artículo 168). Nos referimos a la que pudiera llamarse *declaración notarial de herederos abintestato*.

Conforme al expresado artículo 150, abierta cualquier herencia

y no habiéndose procedido al inventario judicial, la cualidad de herederos podrá demostrarse con los documentos que prueben los hechos de que resulte la sucesión, y con la declaración especificada de que no existen otras personas que, según la ley, tengan derecho preferente a los pretendidos herederos o concurren con éstos.

La tal declaración debe ser hecha en escritura pública por tres personas que el Notario admita y considere dignas de crédito, observándose en lo demás todos los requisitos exigidos por la ley. No serán admitidas como declarantes las personas que según la ley no puedan ser testigos instrumentales, ni los parientes sucesores de los pretendidos herederos.

Dicha escritura podrá contener la descripción de los bienes que compongan la sucesión. Si ésta no fuese singular, la escritura será considerada como acto preparatorio de la partición, que los interesados podrán, si quieren, llevar a efecto en la misma escritura. En uno u otro caso, las escrituras de declaración y partición o de declaración solamente, unidas a los documentos acreditativos de la sucesión y a los demás exigidos por la ley, serán suficientes, no sólo para los registros y sus notas en las conservadurías del Registro predial, relativos a inmuebles de cualquier valor, sino también para la anotación de los títulos de crédito del Estado, de Bancos, Compañías, Sociedades o Empresas, y para el levantamiento de dinero u otros bienes o valores mobiliarios, cuando no sean superiores a 20.000 escudos para cada interesado. Tratándose, sin embargo, de sucesión singular, el respectivo heredero deberá intervenir en la escritura de declaración y en ella describir todos los bienes muebles de la herencia.

Quedan a salvo los casos en que la ley determina otra forma de declaración.

La doctrina expuesta es la contenida en el artículo 150, según la redacción que a éste dió el Decreto número 20.972, de 5 de Marzo de 1932. Con arreglo al Código aprobado por el Decreto de 26 de Noviembre de 1931 (número 20.550), la habilitación (declaración) notarial era suficiente para las inscripciones de inmuebles de cualquier valor; pero en cuanto a la anotación y retirada de títulos, valores o dinero, aquella forma notarial de declaración sólo bastaba cuando *la totalidad* de su valor no excediese de 20.000 escudos, sin que el Código hiciese declaración alguna respecto al

caso de heredero único. El Decreto número 20.972 llenó esta última laguna, a base de suprimir, en tal supuesto, toda restricción, y refirió el límite de los 20.000 escudos a la porción correspondiente a cada coheredero; de suerte que cuando este límite sea rebasado será necesaria la habilitación judicial.

Este tope, impuesto con referencia a los bienes muebles, que, al lado de la ilimitada permisión aplicada a los raíces, acusa un extraño y acaso sintomático contraste con las realidades y las ideas imperantes en la época en que se formaron los aforismos despectivos de los muebles (*vilis mobilium possessio, res mobilis res vilis*), no existía en el Código de 1930 (quizá inspirado en las doctrinas inducidas por los autores italianos con referencia a su sistema patrio), y su establecimiento en el Código vigente fué justamente censurado por los comentaristas portugueses, porque, en efecto, dicho límite carece de fundamento racional.

A. ROMERO CERDEIRIÑA,

Notario.

(Continuará.)

El "jus ad rem" en el Derecho civil moderno (*)

IV

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA COSA. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA COSA. LA «ACTIO LEGIS AQUILIAE».

Los juristas que se ocuparon del derecho prusiano se vieron inducidos a buscar una explicación y un fundamento a esta regla. Sabiendo que en principio estaba reconocido por la tradición y que se le había sacado del derecho común, volvieron naturalmente al *Corpus juris civile*. Si no encontraban el caso particular, intentaban explicárnoslo, cuando menos, por hipótesis análogas.

Como los juristas del siglo precedente recurrieron a la *actio legis aquiliae* para interpretar el derecho del primer adquirente, es natural que los autores más modernos hayan ensayado resolver el problema de la misma manera. Así, Schoemann admite que el derecho de obligación debe ser protegido contra el ataque de un tercero (1).

La mayoría de los civilistas no extienden la aplicación de la *Læx Aquiliae* a aquel que no está más que beneficiado por un derecho de obligación y se refieren, por ejemplo, a un texto de Ulpiano, D. IX, 2, 11, 9: *Eum cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere, Julianus ait, sed domino eam competere* (2).

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

(1) *Handbuch des Civilrechts*, I, pág. 213.

(2) Ver Cocceji, *Jus civile contr.*, vol. I, pág. 548; Windscheid, II. § 455, y los autores citados por él; Oertmann, *Festschrift, Dernburg*, 1900, página 61.

La actio doli.—Si se quiere explicar el derecho a la cosa por la *actio doli*, se puede citar un texto de Paulo en el que se concede la *actio doli* al acreedor cuyo derecho de obligación ha sido aniquilado por la intervención de un tercero. D. IV, 3, 8, 15: *Si servum quem tu mihi promiseras alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis; ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur* (1). Pero este es un caso excepcional en que se concede este derecho al acreedor, que de otra suerte estaría privado sin él de toda acción contra el deudor, y, por consiguiente, hay que dudar que en el ejemplo citado del Derecho romano esté la solución de nuestro problema.

La jurisprudencia alemana de la época, basándose en otros textos del *Corpus juris civilis*, llegó a un resultado igualmente contrario al principio del derecho a la cosa.

Si el Derecho romano no da la explicación suficiente para interpretar el derecho a la cosa prusiana, es preciso buscar la solución en otra parte.

Es, con justicia, posible declarar que, en virtud de un principio moral, el acto de un tercero es condenable y que sus consecuencias perjudiciales debían ser reparadas.

Así, Prinz (2) declara el hecho de conocer el derecho de crédito de otro como suficiente para hacer doloso el acto de un tercero. Exige solamente que el derecho exista en realidad y que no se trate de un derecho hipotético, importando poco de dónde el tercero haya sacado su conocimiento. Incluso el hecho de ignorar la existencia de un derecho anterior no basta para descargar al tercero de toda responsabilidad.

Su ignorancia debe ser atribuída a su negligencia.

Esta opinión intransigente no ha sido aceptada. Siegmann la rechaza enérgicamente, diciendo que cada uno tiene el derecho de defender prudentemente sus derechos y que no está obligado a subordinarlos a los derechos de otro. Aquí también la regla *jus vigilantibus* debe hacer ley. Como entre los dos adquirentes de una

(1) Ver también D. IV, 3, 1, 9; Windscheid, II, § 451; Oertmann, Festschrift, Dernburg, pág. 73.

(2) *Der Einfluss der Hypothekenbuch-Verfassung auf das Sachenrecht*, Berlín, 1858, pág. 58, pasaje citado por Gruchot, *Gruchot* 8, pág. 580.

cosa no hay relación de derecho, no se comprende por qué uno haya de reclamar nada al otro.

El simple hecho de haber tenido conocimiento del primer contrato no puede tener tales consecuencias.

Otros autores atacan el razonamiento de Prinz.

Así, Lenz (1) intenta separar, al menos de *lege ferenda*, los dominios del derecho y de la moral, y llevado a explicar las dos reglas del Código civil prusiano, aprecia que el legislador ha rebasado este principio, lo que es preciso atribuir a la idea nebulosa y exagerada que en la época de la codificación se hacía de la moral en general, idea irreal y absolutamente errónea de que las disposiciones que nos interesan aquí no son más que un ejemplo. Ellas conceden una excesiva amplitud a los sentimientos de equidad, como dice Gruchot, porque desde el punto de vista lógico es imposible comprender por qué el derecho del primer adquirente es más fuerte que el derecho idéntico del segundo. Foerster (2) rechaza igualmente la combinación de principios morales y jurídicos y también las consecuencias severas impuestas al adquirente de mala fe (3), y va más lejos que Lenz, declarando de equidad que aquel que omite convertir un derecho de obligación en derecho real, debe soportar las consecuencias. Baron (4) combate de igual modo las disposiciones del Derecho prusiano; según él, el deudor puede prometer la cosa vendida a un segundo adquirente. El primer acreedor puede exigir la ejecución de su derecho al deudor, pero no al segundo adquirente puesto en posesión de la cosa, porque éste sólo se ha aprovechado de la libertad concedida al deudor de concertar un nuevo compromiso.

Los tres autores están de acuerdo en admitir que la regla del Derecho prusiano no se explica por argumentos claros y serios de orden rigurosamente jurídico.

Lenz había considerado el problema desde otro aspecto, aunque sin llegar a mejor solución, y le siguieron algunos autores contemporáneos.

(1) *Studien und Kritiken*, Greifswald, 1847, pág. 92.

(2) *Theorie u. Praxis des heutigen Preuss. Pr. Rechts*, ed. 1864, I, 125.

(3) I, pág. 131.

(4) *Abhandlungen aus dem preuss. Recht*, 1860, págs. 136-37.

Se preguntaba si el derecho a la cosa era un derecho real o un derecho de obligación ; pero en ambos casos surgen dificultades.

Si es un derecho real, la cosa quedaba sujeta al dominio absoluto del primer adquirente. Si es un derecho de obligación, el vendedor puede disponer siempre de la cosa ; el primer adquirente tendrá una acción contra el deudor, pero no contra el tercero. Las dos variantes no bastan, pues, a explicar el principio contenido en los dos párrafos del Código, de suerte que Lenz se vió obligado, bien a pesar suyo, a tener que recurrir para esta interpretación a factores tomados fuera del cuadro puramente jurídico, razón de más, en su opinión, para condenar la teoría de la existencia del derecho a la cosa.

En el fondo, estos autores no se pronuncian contra las interpretaciones propuestas por los juristas del siglo precedente. Sea porque hubieran caído en olvido, sea porque no fueron admitidas por ser contrarias a las ideas del Derecho romano, la doctrina de mitad del siglo XIX parece haber renunciado a encontrar una explicación lógica e inatacable de los artículos 10, § 25, y 19, § 5 del Código civil prusiano, y la regla idéntica del derecho común no se la encuentra ya ni en los autores ni en la jurisprudencia.

El derecho a la cosa considerado como un derecho real relativo. En 1876, Ziebarth, en su estudio *Die obligatione und die realexecution* (Halle, 1866) acude galantemente en socorro de la teoría del *Recht zur Sache*.

A su entender, no se ha tenido en cuenta que la ejecución *en natura*, que ha reemplazado a la *en metálico* de los romanos, ha tenido una influencia decisiva sobre el carácter del derecho cuya ejecución exige el titular.

Si el Derecho romano concedía al acreedor un derecho de obligación para la entrega de la cosa, el derecho moderno le concede un derecho real relativo.

Este derecho puede ser opuesto a todo tercero a quien sea conferido más tarde por el mismo deudor un derecho idéntico a la entrega de la cosa ; de otro lado, es oponible a todo adquirente posterior puesto en posesión de la cosa, si conocía el derecho real relativo del adquirente anterior.

En Derecho común, en virtud del principio de la ejecución *en natura*, el acreedor tiene el derecho de tomar la cosa al deudor, que

no está facultado para sustituirla por un pago en dinero; por consiguiente, el derecho del acreedor es de carácter real, pero no es absoluto, sino relativo, puesto que no puede ejercitarse sino frente a un número restringido de personas, es decir, frente a todo tercero que tenga conocimiento de la existencia del primer contrato.

Desde el momento en que el acreedor toma posesión de la cosa, el derecho real relativo se transforma en un derecho real verdadero.

Esta argumentación de Ziebarth se basa en una idea muy especial sobre el carácter del derecho real, y ante todo sobre las nociones de la ejecución *en natura*.

Los comentaristas del Derecho civil prusiano, particularmente interesados en la cuestión, protestaron contra la idea que atribuía al acreedor el derecho de apoderarse de la cosa.

Declarando que la ejecución forzada es un estado especial poco apto a explicar el carácter de un derecho, puesto que el juicio debe intervenir entre el nacimiento del derecho y el de la ejecución *en natura* (1), cometen el error de confundir la naturaleza del derecho y la prohibición de hacerse justicia a sí mismo. Pero se puede, sin embargo, imaginar que la posibilidad de entrar en posesión de la cosa por vía ejecutiva no es más que una perspectiva incierta que hasta el momento del juicio puede ser anulada. Si, por ejemplo, un acreedor posterior de la misma cosa obtiene la condena del deudor, el primer acreedor no podrá ponerse en posesión por ejecución forzada dirigida contra el deudor.

Por último, si el derecho reviste un carácter real, deberá tener efectos reales incluso contra el deudor si éste cae en quiebra, pero esto es precisamente lo que no admiten los autores (2), y Ziebarth mismo se ve obligado a reconocer esta *particularidad* del derecho a la cosa, resultante, puede ser, de la idea romanista del carácter personal del derecho.

De otro lado, un punto difícil de concordar con el carácter real del derecho a la cosa es que si el derecho absoluto y el derecho a la cosa son lesionados los dos, sólo el titular del derecho absoluto tiene una acción. Será preciso que el derecho a la cosa sea el únicamente atacado, para que despliegue sus efectos. Parece que Zie-

(1) Foerster, III, pág. 5, 3.^a ed.; v. Brünneck, pág. 6.

(2) Foerster, III, § 156, pág. 4 s.

barth no llega a dar una explicación satisfactoria de estos dos últimos aspectos de la relación de derecho si la clasifica entre los derechos reales relativos.

Nadie, en efecto, comprende por qué el derecho perjudicado tenga carácter real, al mismo tiempo que si se le ataca despliega efectos meramente de derecho personal.

Si debe tener efectos de orden real hacia ciertas personas, deberá también, por lo menos, tenerlos frente al deudor.

Ziebarth no encontró discípulos para su teoría (1).

Todos los autores rechazan el carácter de derecho real, aunque sólo fuese relativo del derecho a la cosa, si bien sus objeciones, y sobre todo sus teorías sobre esta cuestión, no ofrezcan toda la claridad deseable (1). La teoría de Ziebarth tuvo, sin embargo, una importancia considerable en la evolución posterior de la noción del derecho a la cosa.

En lo sucesivo todos los autores se plantean la cuestión de saber si el derecho concedido al primer adquirente es de naturaleza real o personal, o bien se preguntan por una categoría intermedia de derecho.

Los comentaristas posteriores a Ziebarth niegan todos el carácter de derecho real del derecho a la cosa; es un derecho personal provisto de ciertas cualidades que le aproximan a un derecho real.

Se llega, por tanto, a una nueva categoría independiente de los derechos reales y personales.

Estos autores opuestos a Ziebarth se dan cuenta, no obstante, de las dificultades de calificar el derecho a la cosa como derecho de obligación: ¿cómo explicar que el segundo adquirente devenido propietario pueda ser eviccionado por el titular del derecho de obligación?; así, Foerster y Dernburg no reconocen este efecto al derecho de obligación, pero lo atribuyen a una acción basada enteramente sobre el dolo del segundo adquirente, aunque omiten demostrar qué derecho ha sido lesionado por este pretendido dolo. Parece que no hay dolo en faltar a un deber que no se tiene, y no se

(1) Foerster-Eccius, *Preuss. Privatrecht*, Berlín, 1892, III, § 156; Stobbe, *Deutsch. Privatrecht*, II, 1, pág. 82, 2.ª ed.; Dernburg, *Preuss. Priv. Recht*, I, pág. 75.

puede probar que el acto de un tercero viole otro derecho. Su explicación del derecho a la cosa no satisface.

El esfuerzo de diversos autores del siglo XIX, como Lenz, Foerster, Ziebarth, Stobbe, Dernburg, para explicar la noción del *Recht zur Sache* parece encontrar obstáculos insuperables, sea que admitan, como Lenz, la quiebra de esta teoría, sea que reconozcan sus dificultades, como Foerster, Stobbe y Dernburg, sea que se esfuercen en vano, como Ziebarth, en encontrar una base sólida a esta relación por una interpretación ingeniosa, pero difícil de admitir.

Es necesario atribuir precisamente a esta dificultad para explicar las disposiciones del *Preussisches Allgemeines Landrecht* la decisión del legislador prusiano de descartar, en ocasión de confeccionar una nueva ley sobre la adquisición de la propiedad inmobiliaria, el principio aplicado hasta entonces.

En verdad, no fué sólo éste el argumento, pues el legislador prusiano quería también hacer un Registro tan inatacable como fuera posible.

Modificación del Derecho prusiano.—La ley prusiana sobre la adquisición de la propiedad (*Eigentums-Erwerbs-Gesetz*) de 5 de Mayo de 1872 estableció el principio según el cual, una vez practicada la inscripción, el adquirente de un inmueble no puede ser atacado incluso si al momento de la conclusión del contrato o de la transferencia de la propiedad hubiere tenido conocimiento de un contrato de enajenación anterior del mismo inmueble.

La Jurisprudencia interpretó fielmente este principio, y aun en caso de que el adquirente posterior tuviera conocimiento de la intención dolosa del enajenante hacia el primer contratante, y aunque hubiere participado de sus maniobras fraudulentas, no podía ser condenado a daños y perjuicios. Esta decisión corresponde al espíritu de la Ley, que quiere proteger al adquirente inscrito contra todo atentado, pero es preciso admitir con Dernburg que un punto de vista tan rígido puede conducir a abusos, porque consagra, en suma, un principio inmoral atribuyendo la propiedad a aquel que conoce la existencia de un derecho de otro, y suprime de esta manera todo sentimiento de seguridad del adquirente antes de que su contrato haya sido inscrito en el Registro de la Propiedad. Para evitar este peligro el acreedor está obligado a requerir la ins-

cripción en el Registro lo antes posible, y puede ocurrir que por causa no imputable a su negligencia se retrase la inscripción.

Esta ley prusiana sanciona el derecho del vendedor de faltar a su palabra y de sacar un beneficio revendiendo a un precio más elevado.

Tal disposición puede hacer más provechosa la venta de inmuebles. El vendedor, después de haber concluido un contrato, puede pactar en seguida con otro adquirente eventual que viendo su concurrente determinado a adquirir el inmueble, propondrá un precio más elevado para apoderarse definitivamente de éste.

Los autores han discutido todavía (1) si el derecho a la cosa prusiano ha sido totalmente derogado en materia inmobiliaria por la ley de 1872, o si ello era solamente para las hipótesis previstas especialmente por esta ley. Como sus disposiciones no hablan más que de casos de transferencia de la propiedad, se podía, en efecto, deducir que el titular de un derecho de obligación tendente al establecimiento de un usufructo podría prevalerse de su derecho a la cosa enfrente de un adquirente posterior.

La doctrina ha sentado los principios siguientes (2): En tanto que un derecho no toma nacimiento por la inscripción, el hecho de conocer la existencia de un derecho de obligación de otro a la transferencia de un derecho real, no produce efectos. Pero si un derecho puede desplegar sus efectos reales sin estar inscrito en el Registro, y tal es el caso en derecho prusiano para el arrendamiento de cosas no productivas y el arrendamiento de inmuebles y derechos productivos (3), y los derechos de preempción legales, los derechos a la superficie y los derechos a ejecutar trabajos mineros (4), el titular de un derecho de obligación, al transferir estos derechos, tiene un derecho de persecución frente al adquirente de mala fe. Si, en efecto, los terceros no han intervenido, el acreedor habrá adquirido incluso sin inscripción. Este argumento de Stobbe no nos parece convincente. Es más sencillo admitir que la ley de 1872 no ha cambiado las disposiciones concernientes a la doble

(1) Ver Foerster, III, § 156, Berlín, 1892.

(2) Foerster, loc. cit.; Dernburg, I, § 186.

(3) Foerster-Eccius, II, § 136, pág. 170.

(4) Stobbe, 2.ª ed. *Deutsch. Priv. Recht*, II, 1, pág. 82 s.

enajenación de un inmueble, y que, por tanto, las reglas antiguas subsisten.

Las modificaciones aportadas a la legislación prusiana por la ley de 5 de Mayo de 1872 sobre la adquisición de la propiedad inmueble conducen al resultado siguiente :

En principio, el régimen es diferente para los muebles y los inmuebles, tanto que, en materia mobiliaria, el derecho a la cosa resta aplicable, y en cambio, la regla contraria es la que rige en derecho inmobiliario.

El derecho a la cosa se aplica también si el primer contrato descansa sobre muebles y el segundo sobre inmuebles, con tal que el segundo adquirente hubiera tenido conocimiento del primer contrato del vendedor. Así, el adquirente de un inmueble que comprende un bosque, debe ejecutar la obligación referente a un corte de madera contratado por el vendedor.

Incluso en el derecho prusiano, última ciudadela de la teoría de la protección del interés del primer acreedor frente a un segundo adquirente de mala fe, la base de la teoría de la noción del derecho a la cosa ha sido fuertemente quebrantada. Pero lo que hace todavía este sistema menos lógico y menos elegante son las lagunas que subsisten en la nueva ley en lo que concierne a diversos derechos inmobiliarios.

Esta situación confusa muestra claramente cuáles son los dos principios en conflicto. De una parte, la tendencia a atribuir al derecho inscrito una seguridad absoluta, y de otra, el principio de no admitir un acto afectado de mala fe. Si las dos ideas no son fáciles de conciliar, es preciso constatar por de pronto que la solución del Derecho prusiano posterior a 1872 era mucho más complicada y falta absolutamente de una idea directriz general.

El «jus ad rem», intermedia figura híbrida entre el derecho real y el derecho de obligación.—La teoría expuesta por Ziebarth determinó a Brünneck a publicar un libro sobre los orígenes del *jus ad rem* (1).

Aunque este autor no se coloca en el punto de vista de Ziebarth, pues no admite la idea de que en virtud de la ejecución *en natura*, el derecho del primer adquirente deviene derecho real

(1) *Ueber den Ursprung des jus ad rem*. Halle, 1866.

en el Derecho prusiano o en Derecho común, en cambio, declara que este punto de vista debe ser sostenido en el terreno del Derecho germánico. El derecho del primer adquirente de un derecho feudal era de orden real, y este derecho era llamado *jus ad rem* por los jurisconsultos de entonces, como ya hemos dicho más arriba.

Es muy probable que, siguiendo el ejemplo de este autor, los juristas de fin del siglo pasado tomaron la costumbre de relacionar el *jus ad rem* del Derecho feudal y del Derecho canónico con el *Recht zur Sache* prusiano; y aplican en adelante también el término *jus ad rem* al derecho a la cosa. Como el término latino representa también la traducción exacta de la expresión alemana, pudo ocurrir que un autor, escribiendo en latín, la haya empleado para designar la relación del Derecho prusiano.

Después del libro de Brünneck, la mayoría de los juristas alemanes parecen hacer la distinción siguiente:

El término *jus ad rem* se aplica de manera general para designar ya la relación del Derecho feudal o canónico del siglo XIII, o sea el derecho del primer adquirente de una cosa hacia el segundo; en cuanto a la expresión alemana, se la reserva para indicar el principio del Derecho prusiano.

Con poca fortuna, puede ser, repitióse este término, empleado más o menos felizmente por el Derecho canónico; Jacques de Revygni, según Heusler, lo aplicó a relaciones feudales análogas. Tras esta época la expresión cambió de significación, como ya hemos dicho. En el siglo XIV, en algunos costumbristas franceses se la aplica a los *jura in re aliene*. En los siglos XVII y XVIII se la opone a la de *jus in re* y se emplea alternativamente con la de *jus in personam*. Su brevedad era probablemente su primera cualidad, y por ello en la acepción que nos ocupa, que es la del Derecho prusiano, esta expresión ha gozado de nuevo de cierta boga entre los autores.

V

EL «JUS AD REM» DEL SIGLO XIII Y EL DE FIN DEL XIX

Si se compara el *jus ad rem* de la Edad Media al de la época actual, aparecen diferencias considerables. Hay analogías, sin-

duda, entre la relación del beneficiario feudal, su señor y un segundo beneficiario eventual, de una parte, y el primer adquirente, el enajenante y el segundo adquirente, de otra parte. El contrato de enajenación corresponde a la *electio* y a la *praesentatio*, y la transferencia de la cosa, a la *confirmatio* y a la *investitura*. La analogía reside en el hecho de que dos actos jurídicos se suceden entre los mismos interesados, confiriendo derechos de una diferente intensidad adquisitiva, en vista de obtener un derecho real. Por virtud del *jus ad rem* del Derecho feudal, el titular podía *saissir* inmediatamente, sin tener que recurrir al Juez, la cosa que se hallaba en la posesión de un tercero. Se puede admitir, pues, con Roguin (1) que no se trata, en suma, más que de un derecho real, o, lo que nos parece más indicado, afirmar que el Derecho feudal no conoció nuestras nociones de derechos reales y de derechos de obligación.

Esa idea del derecho real relativo de Ziebarth y Brünneck, admitida en el Derecho feudal, es incompatible con el Derecho romano. Aunque el Derecho romano hubiera sido modificado en ciertos puntos, no podía, sin embargo, brotar de estos principios en cualquier época del Derecho germánico, que reposaba sobre ideas muy diferentes en lo que concernía a la posesión y a la transferencia de la propiedad.

Toda tentativa de erigir una construcción semejante estaba necesariamente condenada a un fracaso completo.

A menos de abandonar toda idea de protección del primer adquirente contra el segundo, la sola salida de este *in pace* parece consistir en la atribución de un carácter *sui generis* al *jus ad rem*, solución poco satisfactoria y que no facilitaría la clasificación de esta relación en el sistema general del derecho. Este derecho *sui generis* sería semejante, ante todo, a un derecho de obligación, pero tendría asimismo una cierta afinidad con los derechos reales.

En el momento de codificar el Derecho civil alemán se plantea la cuestión de si se debe reservar un lugar al *jus ad rem*.

La doctrina, basándose en el argumento de que este derecho intermedio, ni real ni personal, haría más difícil la interpretación de un sistema lógico fundado sobre las nociones de los derechos

(1) *Science jur. pure*, vol. II, núm. 1.169.

reales y personales, se opone casi unánimemente a la admisión de un *jus ad rem* en el nuevo Código (1).

La exposición de motivos del Código civil imperial de 1888 se levanta igualmente contra la teoría de aplicar a un mismo derecho las disposiciones concernientes a la obligación y las concernientes a los derechos reales.

Y van más lejos todavía, porque al estatuir que no es preciso considerar el contrato generador de obligaciones como un medio de adquirir un derecho real, asegura que de otro modo no se tiene en cuenta la divergencia fundamental existente entre las dos categorías de derechos. Y en las páginas de esa exposición de motivos añaden que el *jus ad rem* no encuentra defensores en los autores contemporáneos, porque el punto de vista del Derecho prusiano, desconociendo una línea de demarcación bien establecida entre los dos grandes grupos de derechos, debe ser considerada como insostenible.

Otro principio aflora en el Código civil alemán. Los interesados no pueden constituir más que los derechos reales previstos por las disposiciones legales, y como en materia de derechos reales la libertad de contratar no existe, su número es necesariamente limitado (2); si, pues, el Código civil alemán hubiera querido reconocer el derecho a la cosa, debía consagrar el principio en las disposiciones especiales, puesto que este derecho tiene precisamente efectos reales.

Sin embargo, en el período de codificación y de sus trabajos preparatorios, algunas voces aisladas habían sostenido que el *jus ad rem* puede existir a pesar de la distinción entre los derechos reales y personales.

Así, Gierke (3) insiste sobre el lazo que ata el acto de enajenación a la causa de ésta, puesto que es preciso referirse al fin del contrato, es decir, la transferencia de la cosa, y aconseja, apoyándose en la opinión de Strohal, a quien cita, que se conceda al lesionado una acción revocatoria real. En su opinión, se puede

(1) Ver. Planck, III, pág. 6; Crome, 2, 1, pág. 3; O. v. Gierke en *Holtendorff-Kohler Encyklopädie, Deutsch. Privat Recht*, Berlín, 1914, I, 265; Gierke, *Deutsch. Privatrecht*, II, pág. 607 s.; Endemann, II, 1, 67 A.

(2) Planck, III, pág. 6.

(3) *Entwurf eines Bürgerlich. Gesetzbuches* Leipzig, 1889, pág. 188.

justificar la anulación del derecho real precisamente porque el segundo adquirente no ha respetado el lazo del derecho de obligación entre el vendedor y el primer comprador. Tal solución sería más conforme a la equidad. El autor no entra en más detalles, ni profundiza en la cuestión.

Kohler (1) insiste igualmente sobre la utilidad del *jus ad rem*, que no corresponde solamente a las necesidades del comercio, sino que está dictado por consideraciones de orden moral. En su opinión, este derecho se basa sobre un *aequum jus* y está suficientemente anclado en el espíritu de los juristas para que pueda ser aplicado.

Esta opinión, cuyos argumentos es preciso reconocer son bastante vagos, quedó aislada y no ha ejercido efectos sobre la posición adoptada por la doctrina en general. La primera parte de la argumentación de Gierke, del efecto causal del contrato sobre la transferencia del derecho, no puede resistir el empuje del principio bien establecido y por todos reconocido de la naturaleza claramente abstracta del contrato real necesario para transferir la propiedad de un bien. Es cierto que, partiendo del punto de vista suizo en materia de la transferencia de la propiedad, se podía de nuevo discutir esta observación diciendo que Gierke se oponía, quizá con razón, al principio del contrato abstracto.

Sin embargo, aunque el autor parece haber abandonado esta posición en su tratado sobre los derechos reales, nos debe bastar el hecho de que la teoría alemana actualmente admite unánimemente el carácter abstracto del contrato real indispensable para la transferencia de la propiedad de un bien.

Salvo raras excepciones, los comentaristas del Código civil alemán, como Planck (2), Crome, Enneccerus, han repetido los argumentos de la exposición de motivos, y no ven en el *jus ad rem* más que una figura intermedia e híbrida, criticada vivamente por los autores del siglo XIX, ni dejan de proclamar que uno de los principios fundamentales del Código civil alemán es distinguir claramente entre los derechos personales y derechos reales, de suerte que todo *jus ad rem* es de antemano excluído.

(1) *Archiv für bürgerl. Recht*, V, pág. 237.

(2) Planck, III, pág. 6; Crome, 1902, 2, 1, pág. 3; Enneccerus, 1928, I, 2, pág. 2.

En Derecho suizo, la cuestión ha sido apenas abordada. Oser (1) recuerda el problema, pero se contenta con seguir fielmente el ejemplo dado por los comentaristas alemanes.

Basados en esta opinión y considerando la cuestión sobre este solo aspecto, la solución que se impone en el caso práctico de que nos ocupamos será la siguiente :

El vendedor ha vendido la cosa a un primer adquirente, y antes de que éste haya podido tomar posesión, revende la cosa a un segundo adquirente. Como el *jus ad rem* no existe ni en Derecho alemán ni en Derecho suizo, el primer adquirente debe contender su derecho frente al vendedor, pero no tendrá ningún medio de constreñir al segundo adquirente a cederle la cosa.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

(1) *Kommentar*, 1928, *Vorbemerkungen zu Art. 1-67*.

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

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.º 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.

Apuntes sobre las anotaciones preventivas en el Derecho hipotecario español ⁽¹⁾

Los números segundo y tercero del artículo 42 de la ley, aun teniendo una configuración registral común, responden a supuestos de distinta naturaleza procesal. El número 3.º se refiere a los procedimientos de ejecución de las sentencias firmes, y el número 2.º —aciarado por el art. 103 del Reglamento—se extiende a todo supuesto de embargo anterior a la terminación del proceso. Aquél, por tanto, pertenece a los comienzos del proceso de ejecución; éste, en cambio, se halla pendiente, aún, de la fase de cognición—plena o sumaria—del juicio. Hay, por tanto, entre ellas una diferencia igual a la que deste este punto de vista existía ya entre las dos figuras de prenda judicial que conocía el derecho romano.

Con una visión algo amplia podría decirse que ambas figuras (como las demás de los cinco primeros números del artículo en cuestión) responden al concepto de las medidas cautelares. Porque hasta en el número 3—ejecución de sentencias—la anotación protege la ejecución mediante los beneficios derivados de la publicidad positiva. Pero si el concepto de medidas cautelares debe ser interpretado técnicamente en su sentido procesal de precauciones anteriores al término de la fase de cognición, conviene excluir de él este número para dejarlo limitado solamente a los números primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 42 (L. H.).

Las medidas cautelares son ciertas garantías que durante el curso de un proceso se toman a fin de asegurar la ejecución de la sentencia posible. Son anteriores a toda declaración o condena respecto al interés o bien que se protege. Y mera consecuencia de la necesaria duración del proceso y de la protección del interés demandado (o que se piensa demandar). Implican, por tanto, la consideración de un temor o peligro a cuya posibilidad se anticipan.

El número segundo del artículo citado (completado por el artículo 103 del Reglamento) pertenece a esta categoría. Dentro de

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

los casos que en él se incluyen, encontramos: primero, la medida de seguridad en su forma pura, como una mera actuación judicial en el curso del proceso de cognición; ejemplo: por rebeldía del demandado (artículos 762 y 764 Enj. civ.), y como una de las medidas posibles en la hipótesis del artículo 1.428 Enj. civ. (1); segundo, dando origen a un verdadero proceso preliminar al de cognición o incidental del mismo; ejemplo: embargo preventivo (artículo 1.397 ss. Enj. civ.) e incidente de embargo preventivo (artículo 1.412 Enj. civ.). El proceso cautelar originado en este caso es un verdadero proceso de cognición cuya característica está dada por la finalidad limitada a la obtención de la medida de seguridad: y es de conocimiento sumario—por su carácter urgente y provisional—limitándose a la declaración de los supuestos a que la ley refiere la obtención de la medida cautelar (2).

No obstante lo dicho antes sobre el carácter procesal de las medidas del número segundo del citado artículo 42, conviene exceptuar algún caso que, cayendo dentro del ámbito de éste, se escapa del concepto de medida cautelar para referirse a uno distinto: al de ejecución en base a una declaración incompleta. Así en el juicio ejecutivo y en el apremio en negocios de comercio. Aquí, aunque la ejecución se inicie antes del período de conocimiento sumario, no se trata, en verdad, de una pura medida de seguridad (3), sino del comienzo de la ejecución, de la obpignoración de los bienes en que la fase de conocimiento limitado, sumario, aparece insertada entre dos momentos de la ejecución: la obpignoración y la venta y pago. Por ello, en su estructura procesal, estos dos supuestos del número segundo, y todos los del número tercero del artículo 42 de la ley, se escapan al concepto de medi-

(1) «Cuando se presente en juicio algún documento de los comprendidos en los tres primeros números del artículo siguiente (escritura pública, documento privado reconocido en juicio o confesión judicial), en donde aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer o de entregar cosas específicas, el Juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.»

(2) V. Carnelutti, *Lezioni di Dir. proces. civ.*, tomo 2.º, pág. 98 y sigs.

(3) Aunque pudiera hacerse el mismo argumento que en el número 3.º.

das cautelares, que es aplicable, en cambio, a todos los demás casos de anotaciones judiciales.

La medida cautelar (anotación) no debe ser concebida como una facultad accesoria del derecho litigioso, porque la existencia de éste no es aún cierta—pudiendo incluso ser rechazada—, y, sin embargo, puede existir aquélla. Por ello Chiovenda la estudia como una forma de acción autónoma, acción aseguradora, aunque dependiendo, finalmente, del reconocimiento del bien que garantiza. «La medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la *actuación* de otra su-puesta voluntad de ley; si después esta otra voluntad se ha demostrado inexistente, también la voluntad actuada como medida provisional se manifiesta como una voluntad *que no habría debido existir*. La acción aseguradora es, pues, por sí misma, una *acción provisional*: esto implica que se ejercite regularmente por cuenta y riesgo del actor, o sea que, en caso de revocación o desistimiento, sea responsable de los daños causados por la resolución» (1). Son una mera aplicación de este principio los artículos 102 Reglamento Hip., 1.412 y 1.428 Enjuiciamiento civil.

El número 3 del artículo 42 presenta todavía otra característica frente a las demás anotaciones judiciales, con excepción de la de prohibición de enajenar. Es la de la certeza del gravamen. En las restantes anotaciones de este grupo encontramos, término general, una medida cautelar pendiente de una resolución judicial futura, y, por tanto, con existencia meramente posible, no cierta, mientras no se obtenga la sentencia favorable. Es decir, que la eficacia del asiento queda en el aire hasta la obtención de ésta, actuando hasta entonces como una mera amenaza. En la del número tercero (por ejecución de sentencia), en cambio, el gravamen es cierto desde su fecha, sin que su existencia dependa, en tal sentido, de elemento alguno ulterior. Al desarrollar la anotación de prohibición de enajenar—que participa de este carácter en cuanto a los efectos *actuales* de la prohibición—, volveremos a encontrar este concepto.

* * *

Según el número 4.º del tantas veces citado artículo 42 de-

(1) Chiovenda, *Principios de Der proces. civil*, tomo 1.º, pág. 262, traducción española.

la Ley, podrá pedir también anotación preventiva «el que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles» (1).

Desde luego, conviene recordar que la referencia a su concesión en juicio ordinario carece totalmente de valor práctico. No sólo el artículo 105 del Reglamento la extiende a procedimientos distintos, sino que la jurisprudencia, en vista principalmente de varios textos procesales que la suponen, se ha visto forzada a ampliar su órbita. Hoy puede decirse que es posible, en virtud de cualquier proceso en que la ley la conceda, ya expresamente, ya mediante el arbitrio del Juez. Esta extensión que, superficialmente, parece contradecir nuestra afirmación de que las anotaciones, por ser medios excepcionales, son taxativas (2), está protegida por el carácter no autónomo del número 10 del artículo citado.

Si bien este punto aparece claro en los comentaristas, no sucede lo mismo, por el contrario, con la exigencia de que sea adoptada como consecuencia de la demanda del cumplimiento de cualquier obligación. Porque es demasiado frecuente en los autores, al exponer los actos judiciales que pueden originarla, incluir algunos supuestos en que, en modo alguno, puede hablarse de cumplimiento de obligación. Así el artículo 1.419 Enjuiciamiento civil sobre aseguramiento de bienes litigiosos (3), en el que existe un pleito sobre dominio que en modo alguno puede ser incluido en la figura que estudiamos. Este supuesto de litigio halla su protección registral en el número 1.º del artículo 42; pero el supuesto de intervención administrativa que plantea dicho proceso cautelar cae por completo fuera de la órbita del Registro, no sólo

(1) Al estudiar la anotación de secuestro prescindiremos de la otorgada a favor del Banco Hipotecario, que pertenece, en rigor, al número 10 del artículo 42 de la ley Hipotecaria. Aparte de que su naturaleza exige también un estudio especial.

(2) V. número de Marzo de esta Revista, pág. 198.

(3) V. Morell, tomo 3.º, pág. 55. Lo que arriba decimos puede aplicarse también a otros supuestos que se citan corrientemente, en que, o no se trata de obligaciones, o la hipótesis no interesa al Registro. La misma confusión aparece en ciertas Memorias de los Registradores (año 1922), según resulta de la lectura del resumen, inserto en el Anuario de la Dirección, año 1924, página 589 y sigs. Ambos errores coinciden en el secuestro en los juicios de

por el texto expreso del número 4.º, sino, además, por su misma naturaleza.

Según decíamos en nuestro anterior trabajo, esta anotación es, por su índole, la adecuada para el caso de demandarse el cumplimiento de alguna obligación de dar cosa determinada (inmueble). La obligación en sí es indiferente al registro. Pero si se quiere ejecutar la sentencia posible, asegurándose al actor su incierto derecho desde que con la demanda actuó por completo su voluntad de realizarlo (1), surge la necesidad de una especial medida aseguradora a ello destinada. En materia de registro inmobiliario ésta puede consistir, ya en la mera publicación registral del litigio, ya en una medida encaminada a evitar toda transmisión del bien debido. Con ello se actúa una ideal y provisoria aprehensión del inmueble en garantía de un cambio expectante de titular. La medida actúa «erga omnes» mientras existe: en cuanto que es eficaz frente a todos los que entren posteriormente en relaciones con el derecho afecto. La prelación del crédito estaría, no obstante, limitada por el art. 44 ley Hipotecaria. Y la naturaleza de la medida excluiría, por otra parte, según vimos, los efectos sustantivos derivados de la publicidad negativa.

Sin embargo, nuestra afirmación de su correspondencia a las obligaciones de dar cosa determinada debe ser restringida a la mera naturaleza teórica de la institución. Porque al recorrer el articulado de la ley de Enjuiciamiento civil, nos encontramos con un supuesto que cae fuera de lo antes dicho. Es el de los artículos 762 y 764, en que encontramos esta anotación en la forma siguiente: artículo 762, «desde el momento en que el demandado haya sido declarado en rebeldía... se decretará, si la parte contraria lo pidiere, la retención de sus bienes muebles y el embargo de los inmuebles, en cuanto se estimen necesarios para asegurar lo que sea objeto del juicio»; artículo 764, «el embargo de los inabintestato y testamentaria: el artículo 20 de la ley Hipotecaria y el 71 del Reglamento hipotecario son aquí las verdaderas garantías. La anotación pretendida es, en cambio, absurda, porque este secuestro es, para los inmuebles, administración; no tiene trascendencia real: no podría un heredero solo enajenar jurídicamente por falta de titularidad, sino todos conjuntamente. Y este supuesto último prueba la no trascendencia real de la medida de secuestro en este caso.

(1) V. anteriormente.

muebles se hará expidiendo mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad a que corresponda, para que ponga anotación preventiva sobre los bienes, *con prohibición absoluta de venderlos, gravarlos, ni obligarlos*». Si la palabra *embargo* se interpreta propiamente, tendremos una afectación del valor del bien anotado, y, por tanto, una responsabilidad cuantitativa, numérica, a la que acompaña la prohibición de enajenar. Si se interpreta ampliamente dicho término (y ésta es mi opinión), podrá abarcar por sí sola esta última medida cuando se pida el cumplimiento de una obligación de dar (1). Pero con cualquiera de las dos (2) siempre tendremos el hecho de la posibilidad de que se reúnan en una sola anotación dos de las figuras consideradas en el artículo 42 de la ley Hipotecaria. La del número 2.º, en cuanto el embargo asegura una cantidad; la del número 4.º, en cuanto prohíbe la enajenación del bien anotado.

Aunque los artículos citados de la ley de enjuiciar obliguen prácticamente a aceptar esta absurda e inútil construcción, nos vemos obligados a protestar contra tal duplicación de garantía. Por su naturaleza, las obligaciones de numerario exigen para su garantía un equivalente judicial de los «derechos al valor de una cosa», pero en modo alguno una prohibición de enajenar, que sólo le asegura la permanencia del responsable en su titularidad. Y en sus efectos, la duplicación de garantía es inútil, porque el embargo de por sí le protege suficientemente contra toda enajenación fraudulenta (artículo 71 de la ley Hipotecaria); y en punto a prelación creditual, la prohibición no añade nada, ya que también se halla sometida al antes expuesto artículo 44 de la ley (3).

Esta artificiosa regulación de los efectos registrales de la rebeldía, explicable solamente por razones históricas, debe ser, por tanto, totalmente repudiada doctrinalmente. En este como en otros pun-

(1) Es lo procedente en tal caso; además de embargo, anejos para los daños, etc.

(2) Con la primera, en todos los casos; con la segunda, en los de demanda de obligación de numerario, directa o derivada.

(3) La Res. 7-I-28 (en *Gaceta* 3 Febrero) intenta una interpretación equitativa de este caso. No obstante lo plausible del intento, hay que reconocer que está en franca contradicción con el derecho positivo.

tos el proceso en rebeldía debe ser construído con mejor lógica en la esperada reforma de la ley Procesal civil (1).

* * *

En el número 4.º van comprendidas dos distintas especies de anotación: la de embargo y la de prohibición de enajenar. Ambas tienen de comunes toda una serie de características que resultan de lo ya expuesto: son medidas cautelares, anotaciones de carácter constitutivo, de prelación creditual limitada, de publicidad positiva, por obligaciones de dar cosa determinada, inmueble, etcétera, etc. Sin embargo, hay entre ellas alguna diferencia, que obliga a examinarlas separadamente.

La forma adecuada para asegurar la ejecución de un proceso que tienda a la realización de un crédito de dar cosa determinada es, indudablemente, crear una especie de afectación, ligamen o vínculo de la cosa en forma que la relación de su actual dueño con ella quede pendiente de la posible sentencia de condena. Esta sujeción de la cosa puede realizarse de varios modos. El primero y más sencillo es el de privar al dueño de la posesión; medida la más adecuada para las cosas muebles, ya que evita su desaparición, pero que por sí sola resulta insuficiente, ya que donde se admitan formas de tradición no reales, no asegura la eficacia del pago frente a los adquirentes posteriores.

La seguridad puede obtenerse también interviniendo en los negocios jurídicos de transmisión celebrados por el dueño, ya declarándolos nulos de pleno derecho, ya meramente rescindibles. Las dos construcciones son igualmente defendibles teóricamente. Pero las dos también presentan algunos inconvenientes, prácticos. La primera, nulidad de pleno derecho de una enajenación realizada contra una expresa prohibición de enajenar la cosa litigiosa, protege certeramente el interés del actor; pero en cambio afecta innecesariamente el del demandado, en el caso de que la demanda sea infundada. La segunda, rescisión de un contrato válido, pero

(1) Aquí debo advertir que la elasticidad del artículo 1.428 de Enjuiciamiento civil puede hacer posible una anotación del número 4.º en garantía de una obligación de hacer o no hacer (en cosa del deudor). Lo que ya no sería tan fácil es dictarla eficazmente y con buena lógica. Sobre el artículo citado véanse las interesantes observaciones del profesor Becuña en *Magistratura y Justicia*, pág. 343 y sigs.

impugnable por consideraciones de equidad, protege al demandado en estas condiciones ; pero, en cambio, obliga al actor triunfante a entablar un segundo proceso para obtener la rescisión.

Buscando conciliar estos diversos intereses, es posible formular una tercera posición, mediante la cual se obtenga una afectación de la cosa a las resultas del juicio (con desposesión o sin ella), pero respetando en el dueño la posibilidad de enajenación ; la transmisión es posible, pero queda pendiente de la terminación del proceso en curso. Este es el sistema que puede obtenerse cuando se den al secuestro efectos trascendentes, cuando éste deje de ser una mera aprehensión de la cosa (el secuestro como mero depósito) para convertirse en algo más, en una vinculación, en una limitación de la relación del titular con la cosa.

La anotación de secuestro realiza, en mi opinión, esta finalidad. La publicidad que se da mediante el Registro a la resolución judicial que ordena el secuestro del bien litigioso, hace trascender los efectos del proceso más allá de la órbita de las obligaciones, dotando de trascendencia real al pago (ejecución) demandado, en el caso de sentencia favorable al actor. La anotación asegura la ejecución de la prestación debida, impidiendo que una enajenación posterior la transforme en indemnización de daños y perjuicios ; da efectos trascendentes a una posible causa de transformación subjetiva del derecho (el pago) mediante los beneficios de la publicidad positiva, otorgados excepcionalmente con una medida constitutiva accesoria, en atención a la efectividad de la ejecución de las resoluciones del Poder judicial. Y respeta el interés del titular del bien litigioso (en previsión de demandas infundadas) al permitirle realizar durante el proceso toda clase de actos de transmisión o limitación, si bien éstos quedan subordinados a la posible sentencia condenatoria.

Pero aquí conviene insistir algo sobre la construcción teórica de la anotación de secuestro. Porque en ella no se anota la obligación ni el proceso, sino la medida cautelar. Y porque con ello el crédito perseguido no se transforma en real ni en *ad rem* (en el sentido de «vocación al derecho real») (1), sino que permanece como un puro derecho de crédito, *aunque reforzado con un acceso-*

(1) V. Atard, «Las llamadas vocaciones al derecho real en nuestro sistema hipotecario» (en *Rev. Der. Priv.*, 1924, pág. 278 y sigs.).

rio de naturaleza real. Hablar aquí de «vocaciones al derecho real» (y lo mismo en los demás supuestos de anotación constitutiva) es confundir la obligación con sus garantías accesorias. Así como el crédito garantizado hipotecariamente no adquiere naturaleza real aunque la hipoteca lo proteja *erga omnes*, tampoco la obligación protegida por una medida cautelar inscrita se transforma en nada; solamente adquiere un accesorio de naturaleza real.

A la realidad de la medida no puede objetarse nada en razón del citado artículo 44 de la ley, que sólo impele a construirla en todos los sentidos como *ex nunc*, según vimos. Ni por la restricción de la publicidad a la función positiva, que es pura limitación de sus efectos registrales. Pero tampoco por el hecho de que a esta anotación (como a la mayoría de las constitutivas judiciales) le falte para su certeza un requisito que debe ser obtenido posteriormente: la sentencia condenatoria. Lo que sí puede decirse es que hasta tanto ésta no se obtenga, la medida existe como mera amenaza de un mal posible, porque en sus efectos está subordinada por la ley a un hecho de fecha necesariamente posterior: la declaración de que la obligación es cierta y exigible. Por lo que sus efectos sólo se producirán si se obtiene una sentencia favorable al actor, actuando entonces *erga omnes*.

Una vez obtenida dicha sentencia, la anotación de secuestro produce efectos desde su fecha. Este fenómeno es bien comprensible si se considera que en ella el requisito que falta es ciertamente un acto futuro (la sentencia estimatoria), pero que viene a reconocer un hecho presente (la existencia y exigibilidad del crédito) (1).

La limitación que esta anotación produce respecto al titular del bien anotado consiste, mediante la aprehensión para pago, en someter su derecho a una posible causa de pérdida subjetiva. El derecho del titular actual queda subordinado a ella en forma análoga —en este aspecto— a la que existe en las llamadas «autolimitaciones» en los negocios reales.

EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS,

Abogado.

(Continuará.)

(1) El argumento es aplicable también a la del número 3.º, que es igualmente de carácter incierto, eventual. La explicación técnica es ciertamente el principio de publicidad en su función positiva; pero la explicación apuntada forma parte de la *ratio legis* de la anotación.

El artículo 37 de la ley Hipotecaria en relación con la acción pauliana

Casi todos los lectores de esta Revista conocerán ya la obra que con el título *Efectos de la inscripción, según el actual régimen hipotecario español*, ha publicado el culto Registrador de Astudillo, D. Manuel Villares Picó.

Aunque no fuera tan grande la penuria de nuestra producción doctrinal en materia hipotecaria, no sería despreciable aportación la de esta obra, que en lenguaje sencillo (a veces pintoresco) expone materia tan interesante como la de los efectos sustantivos de la inscripción, tan necesitada de dilucidaciones que, desengañando «a los que pretenden con la inscripción de un título simulado burlar los derechos de otros», enseñen «que la inscripción es garantía de los adquirentes de buena fe». Faltan obras que, facilitando la comprensión de la ley, estimulen a nuestros juristas a enfrentarse con sus problemas, cuyo cultivo, por ahora, parece circunscrito exclusivamente a nuestros Registros y Notarías. Por el contrario, la bibliografía inmobiliaria, desenvuelta en comentarios o en literatura de oposiciones, dificulta el conocimiento en conjunto del sistema y contribuye a difundir errores como los que se cometen en relación con el concepto de tercero, «palabra—como dice D. Jerónimo González—que en las discusiones hipotecarias sirve de fórmula mágica con que se hacen surgir o se destruyen las defensas extraordinarias del sistema».

Pero si en la obra que tratamos abundan los aciertos, no es extraño que como lógica compensación no haya sido tan feliz su

autor en algunos parajes. Así sucede con la cuestión que sirve de tema a estas líneas, en las que exponemos nuestra modesta opinión, que difiere de la del Sr. Villares.

Comentando éste el párrafo tercero del artículo 37 de la ley, deduce que el tercero (emplearemos, para abreviar, este manido concepto), a que se refiere dicho párrafo, no es sólo el adquirente en la segunda enajenación, sino también el que de buena fe u onerosamente adquiere directamente del deudor.

Creemos nosotros, por el contrario, que, aunque este primer adquirente pueda resultar indemne, en esas condiciones, de las reclamaciones del acreedor, ello será únicamente por el derecho civil, ya que de la legislación hipotecaria no recibe ningún beneficio especial, y cómo, en cambio, el segundo o posterior adquirente, si resulta favorecido por aquélla, a él solamente debe atribuírsele el carácter de tercero, en el sentido vulgar de inmunizado por el Registro que a dicha expresión se atribuye.

Para fundamentar nuestra opinión recapitularemos sobre el mecanismo del sistema, y especialmente sobre la aplicación de los principios hipotecarios a la transferencia que se hace constar en el Registro. Sabido es que el efecto más importante de la inscripción hipotecaria consiste en la legitimación casi absoluta que produce en la situación jurídica del transferente, según el Registro. Es decir, empleando expresiones de nuestro docto compañero el Sr. Uriarte Berasátegui, que la inscripción derivada repercute sobre la inscripción originaria de que procede, inmunizándola de toda posible ineficacia por causas que no sea posible conocer por el Registro; y, expresado de otro modo, suponiendo en toda transmisión un elemento estático, la preexistencia del derecho en el transferente, y otro dinámico, la validez del acto por el que se verifica la transferencia, el llamado principio de publicidad asegura la certeza del primero por lo que resulta de la inscripción, derogando los principios *nemo dat quod non habet*, *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habuit*.

De lo dicho se desprende que la inscripción no garantizará, ni el principio de publicidad amparará, los defectos de que pueda adolecer el acto transmisivo, hasta que a su vez no sean subsanados con nueva transmisión, en cuanto beneficien los derechos del nuevo adquirente. Y esto mismo expresa la ley, sentando los

principios en orden inverso a como nosotros los hemos expuesto, pues dice en el artículo 33: «La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos, con arreglo a las leyes»; pero añade en el 34: «No obstante... no se invalidarán... los contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, en cuanto a los que con ella hubieran contratado por título oneroso, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante...»

Claro es que este principio tiene las excepciones de anulación o rescisión del derecho del transferente por causas que resulten claramente del Registro o por título inscrito anteriormente (con la contraexcepción del párrafo segundo del artículo 34): inscripciones de mera posesión, las de bienes comprados al Estado, las del artículo 20 de la ley y las inscripciones de fincas o derechos adquiridos por herencia o legado. Sin contar la restricción importante que resulta de la aplicación del principio de buena fe.

Trasladándonos ahora al terreno del Derecho civil apreciamos que la acción revocatoria, o Pauliana, a que aluden los artículos 1.291-3.º, 1.297 y 1.111 (*in fine*) del Código civil, es un remedio de carácter subsidiario que el ordenamiento jurídico concede a los acreedores que se encuentren perjudicados en sus derechos por los actos de disposición realizados por su deudor, y describiéndola a grandes rasgos, como corresponde a la índole de este trabajo, supone un conflicto entre el interés del acreedor a hacer efectivo su crédito en el patrimonio de su deudor y el del tercero, que ha adquirido del último algún bien (inmueble para nuestro caso) o derecho real. Si el crédito es de fecha anterior a la enajenación, y si por ella el patrimonio del deudor ha disminuído o se ha evaporado, en forma que aquel acreedor no pueda satisfacerse con el mismo, la ley contrapesa ambos intereses, y en unos casos (transmisión a título lucrativo o la realizada a título oneroso en que medie intención defraudatoria por parte del deudor, conocida por el adquirente, presumiéndose tiene ese carácter la verificada por persona contra la que se hubiere pronunciado sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes) favorece el interés del acreedor revocando la enajenación, en beneficio solamente del demandante, y, en cambio, en otros supuestos (adquisición onerosa de buena fe, adquisición

con los mismos requisitos, derivada de adquisición que pudiera ser afectada por la acción Pauliana) se inclina en favor del adquirente, manteniéndole en su posición y concediendo solamente al acreedor, en el último caso, acción subsidiaria contra el primer adquirente de mala fe, con arreglo al artículo 1.298 del Código civil.

Dado nuestro modo de entender la acción Pauliana, es innecesario decir que excluimos el supuesto de primera adquisición de la hipótesis enunciada en el párrafo segundo del artículo 1.295 del Código civil, porque dicho artículo sienta un principio general en relación con todas las acciones rescisorias de la misma sección, que hay que acomodar a las particularidades de la que estamos tratando; en las demás, la acción se entabla por o en nombre del perjudicado (menor, ausente, litigante) contra el otro contratante, y excluye de sus efectos al tercero de buena fe que haya adquirido las cosas del demandado; en la acción Pauliana el demandante es el acreedor perjudicado por el contrato a que es ajeno, y el demandado es el adquirente en dicho contrato, por lo que, aplicando el artículo 1.295, el tercero, a que dicho precepto se refiere, no puede ser otro que el que haya adquirido del primer adquirente demandado o de un sucesor suyo, es decir, del protagonista de la segunda o posterior enajenación, pero nunca de la primera, como equivocadamente pretenden algunos, contra el sentido de la Jurisprudencia, perfectamente acertado en dicho extremo.

Aplicando ahora a los fenómenos del Derecho civil el reactivo de los principios hipotecarios, veamos lo que debe suceder cuando una transferencia inscrita en el Registro es atacada por la acción Pauliana. Si se trata de adquisición derivada inmediatamente del deudor, el adquirente no encontrará otra protección que la que pueda prestarle el Derecho civil y no le será aplicable el principio de publicidad, puesto que lo que se ataca es precisamente el acto transmisivo y no la posición jurídica, según el Registro, de su transferente, que permanece irreprochable, tanto que en ella se funda, precisamente, la acción del acreedor, pues si la cosa no hubiera pertenecido antes de la transmisión al patrimonio del deudor no podría el acreedor alegar el perjuicio que su salida del mismo le ocasiona. En estas condiciones, si el adquirente lo ha

sido a título lucrativo, o si ha participado en el fraude, su adquisición será revocada, a pesar de la inscripción.

El aspecto de la cuestión cambia completamente si este primer adquirente, que ha inscrito su derecho, lo transmite a otro. Este segundo adquirente ya puede invocar en su provecho las ventajas del sistema, pues adquiere de quien en el Registro figuraba con derecho a transmitir y no puede afectarle la revocación de aquel derecho por causas que no consten en el Registro (exceptuamos, como es natural, el supuesto de que el acreedor, antes de su adquisición, hubiera demandado al primer adquirente y anotado su demanda). Todo ello está condicionado a que se hayan cumplido los requisitos indispensables para la invulnerabilidad registral: adquisición a título oneroso y de buena fe, y esto lo expresa «al contrario» el artículo 37 de la ley Hipotecaria, cuando exceptúa de la regla del artículo 36 las acciones rescisorias de enajenación en fraude de acreedores, «cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito» y «cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude».

Con esta interpretación desaparece la supuesta discordancia entre el Código civil y la ley Hipotecaria, que tanto preocupaba a Morell, y ambos órdenes de preceptos se conjugan para el caso de transmisiones inscritas, pues para la primera rige exclusivamente el Código civil, y con arreglo a sus presunciones, apreciadas según el arbitrio judicial, se determinará en cada caso si la enajenación es o no revocable, mientras que para las posteriores transmisiones son los preceptos hipotecarios los que determinan la posibilidad de revocación, en los casos señalados en el párrafo tercero del artículo 37, que ya citamos anteriormente.

Parece, pues, desprovista de fundamento la conveniencia, apuntada por Morell, de prescindir de la inscripción en estos casos, defendiéndose en el terreno del Derecho civil, ya que el tercero de que nos ocupamos (descartando de este concepto el primer adquirente, que se desenvuelve exclusivamente en el terreno del Derecho civil) encontrará al abrigo de la ley Hipotecaria las mismas defensas que en el Código; en uno y otro caso no debe temer, si es adquirente a título oneroso, otro peligro que el que se le declare complicado en el fraude. Resulta, en cambio, favorecido por el plazo de prescripción hipotecaria, más breve que el:

civil, y contado a partir de fecha cierta, como es la de la inscripción de la enajenación reputada fraudulenta.

No hemos perseguido con estas líneas la crítica de opiniones ajenas, para la que, entre otras cosas, carecemos de autoridad suficiente. Ha sido nuestro propósito aportar este granito de arena a la ingente obra de reconstrucción de nuestra doctrina hipotecaria. Si no hemos acertado, sírvanos de disculpa nuestra buena intención.

ALBERTO CAMPOS PORRATA,

Notario.

Comentario al artículo 1.444 en relación con el 269 en su párrafo 5.º, ambos del Código civil

El ejercicio de la profesión, prolijo en el planteamiento de cuestiones dudosas—que, por ser tantas, no han podido ser aclaradas todas, pese a los intensos trabajos del Tribunal Supremo, de la Dirección general de los Registros y de los comentaristas, estando aún el camino lleno de obstáculos que hay que sortear o saltar, con grave riesgo de una caída—, me ha planteado una nueva, y al estudiarla en la medida que mi modesta biblioteca jurídica me lo permite, me he quedado tan perplejo como al principio y me he visto obligado a razonar sobre la misma, usando de mis también modestos conocimientos jurídicos, buscando la solución lógica y más económica, pues no podemos eludir los Notarios este último aspecto, mucho menos en los tiempos de crisis por los que atravesamos.

Y hecho el esfuerzo mental, no he podido sustraerme a la tentación de pergeñar estas líneas y darlas a conocer, con el fin de que, si tienen una sustentación doctrinal—la ley en este caso no nos sirve para nada—, puedan ser conocidas; y si, por el contrario, son equivocadas, se me haga caer de mi error, pues en todo momento estoy dispuesto a rectificar.

Y vamos a plantear el caso, enunciándolo previamente.

La mujer casada, tutora de su marido incapaz, ¿necesita para enajenar bienes pertenecientes a la sociedad conyugal que forma con aquél, cuya administración se le ha transferido por razón de la tutela que ejerce, la autorización del consejo de familia del incapaz, y, posteriormente, la judicial? Y yo contesto: Necesitará de las dos autorizaciones siempre que proceda a enajenar bienes que *constituyan el capital del incapaz*, pero cuando enajene otra clase de bienes, entre ellos los gananciales, le bastará solicitar la autorización solamente de la autoridad judicial. Razonemos esta afirmativa lo más claramente posible.

Si leemos sin detenimiento el artículo 269 del Código civil en su párrafo 5.º, y el del 1.444 del mismo Cuerpo legal, a primera vista parece que la afirmación hecha en el párrafo anterior es una herejía, un atentado a la legislación vigente en la materia, pero es que la cuestión tiene más enjundia.

Dice el artículo 269: «El tutor necesita autorización del consejo de familia... 5.º Para enajenar o gravar bienes que *constituyan el capital de los menores o incapaces*, o hacer contratos o actos sujetos a inscripción».

Dice el artículo 1.444: «La mujer no podrá enajenar, ni gravar durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, *ni aquellos cuya administración le hayan correspondido...*»

Ajustándose al primero, la mujer, como tutora de su marido, ha de sujetarse al precepto del mismo y no puede eludir el tener que solicitar la autorización del consejo de familia para la enajenación de los bienes de aquél.

Ajustándose al segundo y por su carácter de administradora, carácter que adquiere según lo dispuesto en el artículo 1.441 del Código civil, tampoco puede eludir el solicitar la autorización judicial.

Esta solución es cómoda y, en principio, legal, y siguiendo a un comentarista de gran prestigio a quien he leído, la que debe seguirse, ya que no hay oposición ni conflicto entre uno y otro precepto. Conformes en cuanto a la comodidad que la misma puede proporcionar al funcionario que en el ejercicio de su profesión sólo aspire a no adquirir responsabilidades ni quebraderos de cabeza. Pero nada conformes en cuanto a la obligación que también tiene el funcionario—si bien esta obligación no es sancionada—de procurar en los asuntos en los que interviene la mayor brevedad, facilidad y economía en beneficio de los que se encomiendan a él con los ojos cerrados.

Y si en todos los asuntos se ha de procurar atender a estos aspectos, mucho más en el planteado, en el que hay por medio un incapaz, que lo que necesita es que se le atienda lo más rápido y económicamente posible.

Y antes de entrar en el razonamiento que considero incues-

tionable, y' como a modo de aperitivo de la cuestión, nada desdeñable, quiero sentar algunas afirmaciones que en la mente de todos están y que han sido objeto de discusión.

A mi juicio, corroborado por resoluciones de la Dirección general de los Registros, el consejo de familia de nuestra vigente legislación ha adquirido tal independencia con respecto a la autoridad judicial, que—salvo en el caso de que se apele de sus acuerdos ante aquélla—sus resoluciones surten todos los efectos, sin que tenga que aprobarlos ni la autoridad judicial, ni ninguna otra. Existirá entre aquél y ésta una cierta jerarquía, pero nunca confusión de atribuciones, pues hoy están perfectamente delimitadas. En la esfera civil no contenciosa, el consejo de familia es la suprema autoridad del organismo tutelar, y esto es perfectamente lógico, pues mal se compaginaría la responsabilidad que contraen los vocales del mismo por su mala gestión, con que sus acuerdos tuvieran que ser revisados por otra autoridad superior al mismo, en cuyo caso sería ésta y no aquél la responsable.

Buena prueba de ello es la resolución de la Dirección de los Registros de 25 de Noviembre de 1893, en la que se dijo que las particiones en que hubiese interesados menores o incapaces sujetos a tutela, sería el consejo de familia y no la autoridad judicial el encargado de aprobar las que en nombre de los mismos hubiese hecho el tutor, puesto que aquél había venido a resumir las facultades que antes correspondían a la autoridad judicial. Y aunque posteriormente el Tribunal Supremo, en sentencia de 1.º de Febrero de 1906, afirmó todo lo contrario, la Dirección general ha reiterado su doctrina en resoluciones de 7 de Mayo de 1907 y 31 de Mayo de 1911. Pero aparte esta discusión, lo que no acordó el Centro directivo ni el Supremo es que, en la duda, tuviesen que ser aprobadas las particiones citadas por el consejo de familia y por la autoridad judicial, pues eso hubiera sido ir contra la esencia del consejo de familia, tal y como nuestra legislación lo concibe.

Como dije antes, lo expuesto no es el argumento base para mi tesis, pero es indudable que predispone el ánimo a negar la necesidad de la concurrencia de las dos autorizaciones, con toda su secuela de dilaciones, gastos, conflictos y consiguiente desesperación de los familiares del incapaz, que en vez de ver realizado su objetivo de

arbitrar medios para atender a éste, ven que los gastos se hacen superiores a sus posibilidades.

Y ahora entremos en el razonamiento legal, que es el más importante y sobre el que queremos poner el mayor esfuerzo.

De los diferentes bienes que cabe distinguir en el régimen matrimonial—parafernales, dotales estimados, dotales inestimados, propios del marido y gananciales—, vemos que sobre todos ellos, sea o no sea propietario el marido, a él corresponde la administración en régimen legal. Y vemos también—nos lo dice el artículo 1.441—que dicha administración corresponde a su mujer en el caso de ser tutora del mismo; y que esta administración la hace con la misma amplitud que aquél y con las mismas facultades y responsabilidades—artículo 1.442—, a excepción de la necesidad de impetrar la autorización judicial en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.444, en el caso de que proceda a la enajenación de los mismos.

Es innegable, pues, que la mujer, cuando haya asumido la administración de los bienes del matrimonio en los casos que la Ley determina, puede enajenarlos, con la previa autorización judicial. Y uno de los casos en el que le corresponde la administración es cuando sea tutora de su marido incapaz, de acuerdo con el artículo 1.441. Pero en este caso aparecen en la mujer dos caracteres bien definidos y completamente distintos: uno, el de tutora; otro, el de administradora de los bienes del matrimonio, que nace, como consecuencia, de aquél, pero con *entera independencia*. Y aquí está el eje de mi razonamiento.

¿Habrán de estar siempre confundidos estos dos caracteres, de tal forma que en todos los actos en que intervenga tengan que ir los dos de la mano? No.

Como tutora, tendrá que cumplir con los preceptos legales que rigen la tutela; como administradora sólo tendrá que atenerse a aquellos artículos que rijan la administración. Actuando con el primer carácter, al proceder a la enajenación de los bienes que *constituyan el capital del incapaz*, tendrá que ajustarse al precepto del artículo 269, párrafo 5.º, del Código civil, y, como consecuencia, tendrá que solicitar la autorización del consejo de familia. Actuando con el segundo carácter que le hemos asignado, para proceder a la venta de los bienes del matrimonio *cuya administra-*

ción se le haya transferido, tendrá que ajustarse al precepto del artículo 1.444 y solicitar la autorización judicial. Y sólo cuando los dos caracteres se den, concurren en el acto en que interviene o en la forma en que lo hace, tendrá que solicitar las dos autorizaciones si quiere enajenar.

De los diferentes bienes que hemos dicho pueden existir en el matrimonio, cabe afirmar que unos son propios de la mujer, otros del marido y otros de la *sociedad de gananciales*. (No vamos a enumerarlos, por ser de todos conocidos y porque no es necesario a nuestro fin; sólo basta distinguir las tres clases de propietarios de los mismos.)

Cuando la mujer, como administradora de los bienes del matrimonio, quiera enajenar los bienes que constituyen su capital propio, le basta la autorización judicial, pues así lo establece el artículo 1.444, único al que hay que ajustarse, pues en este caso no aparece su carácter de tutora y sí el de administradora.

Cuando intente enajenar bienes propios del marido sobre los que le haya correspondido la administración por su carácter de tutora del mismo, indudable es que tiene que solicitar la autorización del consejo de familia, y después la autorización judicial, pues en este caso concurren los dos caracteres de tutora y administradora y tiene que ajustarse, como tutora, al artículo 269, párrafo 5.º, y como administradora, al del 1.444.

¿Y cuando intente vender bienes de carácter ganancial?

La contestación habrá que darla teniendo en cuenta quién es el propietario de dichos bienes.

Los únicos que pueden ser propietarios de dichos bienes son la mujer, el marido o la sociedad por ellos constituida.

Con una ligera ojeada por el Código civil podemos contestar que los bienes gananciales no son propiedad, no están incluidos en el capital de la mujer ni del marido. En potencia, podrá considerarse que son por mitad de los cónyuges.

Pero sólo en potencia, cuya realización está subordinada a la disolución o al término de la sociedad conyugal.

En régimen normal, el marido, como administrador de ellos, puede incluso enajenarlos, pero siempre en nombre de la sociedad, como gerente de la misma; de ningún modo libremente, pues a ello se oponen los artículos 1.413, en su segundo párrafo, y si-

guintes. Y si no puede enajenarlos libremente, si el carácter que ostenta al proceder a su venta es el de representante de la sociedad conyugal, ¿puede considerarse que dichos bienes estén incluidos en su *capital privativo*? Y si no constituyen su capital privativo, ¿hay que tener para nada en cuenta el precepto del artículo 269 en su párrafo 5.º, que obliga al tutor a solicitar la autorización del consejo de familia para enajenar los bienes que *constituyan el capital del menor incapacitado*, cuando su mujer, como administradora de los mismos, según el artículo 1.441, quiere proceder a su venta? No y no. En este caso sólo aparece en la mujer su carácter de administradora. Y por ser la administración delegada, por ministerio de la Ley, con la misma amplitud que al marido corresponde en régimen normal, no puede sufrir la cortapisa de una autorización más, y mucho menos de un organismo como el consejo de familia, que tiene su esfera de acción limitada a los bienes del pupilo. Si esto fuera así, le hubiera bastado a la Ley con decir que en el caso de incapacitarse su cónyuge, la administración de los bienes del matrimonio correspondería a la mujer, como tutora del mismo, pero con la obligación de ajustarse en todo caso al organismo tutelar, y, como consecuencia, sobraría el precepto del 1.444, cuya finalidad es independizar a la mujer con la traba de la autorización judicial.

Por otra parte, ¿quién mejor que la mujer, como copartícipe de los bienes gananciales, puede juzgar de la oportunidad o no de la enajenación de los mismos? Razonable es que cuando quiera enajenar los bienes propios del marido se le pongan toda clase de trabas, pero cuando pretenda enajenar los propios o los de la sociedad conyugal, hasta creo improcedente la necesidad de impetrar la autorización judicial, a no ser que ello sea debido a la preocupación de antiguos tiempos en los que a la mujer se la declaraba *a priori* inútil, como no fuese para las faenas domésticas, criterio que va desapareciendo a medida que ella, por su propio esfuerzo, va conquistando más derechos cada día, que los hombres debemos concederles sin regateos, pues cada día dan más muestras de su capacitación para obtener la igualdad de los mismos.

RICARDO DE GUILLERMA,

Notario.

El patrón oro en los créditos hipotecarios

Varias tendencias fundamentalmente opuestas se evidencian hoy en día en materia económico-financiera. Los más siguen creyendo en la necesidad de la moneda metálica, regulada o no conforme al patrón oro, y la garantía también metálica del billete de Banco. Al objeto de poder aumentar la reserva metálica de los Bancos, ampliando así a éstos el margen de emisión, propugnan autorizados hacendistas la revalorización de la plata. Una tendencia aun más atrevida entiende, empero, que tales garantías son prácticamente ineficaces y que la misma realidad ha puesto de relieve sus graves inconvenientes, bien apreciados en la actual depresión económica mundial (1).

Estas polémicas, a las que la Conferencia Económica Mundial que actualmente se está celebrando presta carácter de actualidad, nos recuerdan que los problemas a que alude el título que encabeza estas líneas no son ya nuevos.

En la memoria de todos está aún la resolución de la Dirección general de los Registros de 15 de Febrero de 1926 (2), que declaró no hallarse extendida con arreglo a las formalidades legales la escritura de constitución de hipoteca en la que se fija en moneda extranjera la responsabilidad para pago del capital, intereses, costas y gastos.

Tratábase, como es sabido, de una subrogación en un crédito constituido en libras esterlinas, existente a favor de la Agencia en España de una casa de Banca extranjera.

Desde el punto de vista del nuevo deudor, parecía natural que,

(1) Véase «Crónica económica», por L. V. Pareet, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Abril, 1933, páginas 477 a 481.

(2) Véase *Anuario de la Dirección General de los Registros*. Año 1926, página 163 y siguientes.

puesto que se obligaba al pago de un crédito en aquella moneda, ofreciese una garantía hipotecaria, fijando su responsabilidad en noventa mil libras esterlinas, importe del crédito en cuestión, no resultando tan comprensible que señalase otras siete mil libras para atender a las costas, gastos y perjuicios que en su caso se originasen.

En la resolución aparece estudiado el problema a fondo.

Reconoce, desde luego, el primer considerando que en los gravámenes hipotecarios de iguales características que el constituido en la escritura objeto del recurso es necesario distinguir la garantía real que sujeta *erga omnes*, y especialmente frente a los terceros, una parte del valor de las fincas al cumplimiento de las obligaciones contraídas, de los efectos ejecutivos que el mismo título inscribible lleva aparejados por ministerio de la Ley.

Después de establecer la necesidad de un conocimiento exacto del importe del crédito asegurado en forma que evite toda ambigüedad y corresponda a los fundamentales principios de publicidad, especialidad y determinación en que descansa esta parte del sistema inmobiliario español, reconoce (en el tercer considerando) que el permitir la determinación del importe del crédito en moneda extranjera *sin fijar la equivalencia en las especies españolas*, traería consigo las dificultades consiguientes al reconocimiento de fuerza liberatoria a las divisas carentes de curso legal, si se entendía que el pago de la deuda, las consignaciones de los interesados y la venta en pública subasta debieran hacerse con sujeción al artículo 1.170 del Código civil, en la especie pactada (libras esterlinas); y en el caso de que todas estas operaciones hubieran de practicarse en la moneda de plata u oro con curso legal en España, sería patente la indeterminación de la Bolsa y del día a cuya cotización hubiera de estarse para realizar la reducción y de los límites de la responsabilidad, mientras el gravamen subsistiese.

Por último, contiene la resolución interesantes argumentos de carácter procesal.

Para que pueda tramitarse el procedimiento judicial sumario regulado en los artículos 131 y siguientes de la ley Hipotecaria, es indispensable, según palabras del artículo 130, que en la escritura de constitución de hipoteca conste establecido el precio en que los

interesados tasan la finca que sirve de tipo en la subasta, y «al fijar la escritura objeto del recurso tanto la responsabilidad como el precio, en libras esterlinas, o las reputa verdadera mercancía que se cuenta y cotiza, en cuya hipótesis, para hacer la computación a metálico, ha de seguirse un procedimiento análogo al desenvuelto en el artículo 1.436 de la ley de Enjuiciamiento civil, que no tiene paralelo ni cabida en el sumario a que se ha aludido, o por el contrario, conceder a la moneda extranjera una función jurídica que impondría a los Tribunales españoles el deber de estudiar los sistemas monetarios de otros países, las leyes que en los mismos regulan el curso forzoso y la legitimidad de las especies consignadas, con un olvido completo de las características de toda subasta pública y del artículo 12 del Decreto de 19 de Octubre de 1868, que sólo mediante autorización del Gobierno permite la circulación en los dominios españoles de las monedas de oro y plata acuñadas en países extranjeros».

Donde verdaderamente aparece puntualizada la posición del problema es en el último considerando de la resolución examinada, que dice así :

«Considerando que los anteriores razonamientos no se oponen a que las obligaciones aseguradas con hipoteca puedan tener por objeto las más variadas prestaciones o referirse a las más desconocidas divisas, así como tampoco impiden a los contratantes el dejar a una futura liquidación o subordinar a especiales condiciones la fijación del importe asegurado, pero siempre que se determine el máximo de la responsabilidad hipotecaria en moneda que tenga curso legal en el reino y no se pacte el procedimiento judicial sumario para hacer efectivas deudas ilíquidas.»

De este último considerando se infiere claramente que es perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad, conforme a nuestras leyes registrales, la hipoteca constituida en garantía del pago de un crédito en moneda extranjera, siempre que se determine el máximo de la responsabilidad hipotecaria en moneda que tenga curso legal en España y no se pacte el procedimiento judicial sumario.

Queda fuera del ámbito de la resolución, al menos de un modo explícito, la cuestión sobre si es admisible la fijación de la responsabilidad hipotecaria en pesetas oro, extremo que hoy puede

ofrecer mayor interés que el examinado en la resolución de 1926, toda vez que la determinación en libras esterlinas ha perdido su importancia con la desvalorización de dicha moneda.

Parece, no obstante, evidente que al estar establecida la unidad monetaria «peseta oro» para el pago de los derechos de Aduanas (Decreto de 29 de Agosto de 1928 y otras disposiciones) y publicarse periódicamente en la *Gaceta* la equivalencia oficial de la peseta oro con la peseta de curso legal, no puede considerarse ilícita la constitución de hipotecas en garantía de créditos que consten en pesetas oro, calculándose la equivalencia con arreglo a las normas indicadas.

Veamos cómo trata el problema la jurisprudencia extranjera.

Examinada la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán en materia de fijación de la responsabilidad hipotecaria en moneda oro (1), observamos que la sentencia de 27 de Octubre de 1932 declara que la inscripción de una hipoteca por valor de una determinada cantidad en reichsmark, evaluada a razón de 1/2790 kilogramos de oro fino por cada una de dichas unidades monetarias, no es ilícita y puede practicarse.

Establece dicha sentencia que, aun no siendo admisible la inscripción de hipotecas evaluadas en moneda oro (goldmark) para garantizar créditos constituidos en moneda de curso legal (reichsmark), procede interpretar en este caso la intención de los contratantes, siendo evidente que éstos tan sólo perseguían el propósito de conceder a la garantía hipotecaria un valor perdurable que en modo alguno pudiera quedar disminuído por efecto de una eventual depreciación monetaria. Habiendo tenido presente los interesados la equivalencia establecida en la ley sobre valoración de la moneda en dicho país, el 30 de Agosto de 1924, que preceptúa taxativamente el empleo de un kilogramo de oro fino para la acuñación de 279 monedas de diez reichsmark, se evidencia claramente que la intención de los contratantes no podía ser otra que la indicada.

Al fijarse en dicha forma, de un modo indubitado, la extensión de la responsabilidad hipotecaria, aparece por otra parte perfectamente aclarada la situación jurídica de la finca para los titulares

(1) Véase *Zeitschrift des deutschen Notarvereins*, Abril, 1933. Rechtsprechung (jurisprudencia), págs. 241 a 248.

de derechos reales de idéntico o posterior rango hipotecario que graviten o puedan en lo sucesivo gravitar sobre la misma.

Tiene, además, presente dicho fallo que la ley de 23 de Junio de 1923, que introdujo en Alemania la hipoteca de valor perdurable evaluada en oro fino, no ha sido taxativamente derogada, y, por tanto, reconoce la posibilidad jurídica de una *sustitución condicionada* del importe de la responsabilidad hipotecaria establecida en moneda oficial por otro tasado en moneda de valor perdurable.

En cuanto a la *hipoteca llamada del maximum (Hoechstbetrags-hypothek)*, es, en todo caso, admisible y eficaz la evaluación del importe máximo de la responsabilidad hipotecaria en marcos oro, sin necesidad de señalar ley de equivalencia, cualquiera que sea el rango del gravamen en el Registro. Así lo reconoce la sentencia del referido Tribunal Supremo alemán de 30 de Marzo de 1933 (1).

La responsabilidad quedará fijada en tal supuesto en un importe pagadero en moneda de curso legal en aquel país, suficiente a satisfacer el equivalente de la cantidad estipulada en marcos oro, evaluada a razón de 1/2790 kilogramos de oro fino por cada una de estas unidades monetarias.

El aspecto tal vez más interesante de dicha sentencia es la preocupación que denota respecto a la falta de perdurabilidad de la valoración de la moneda y la necesidad de adoptar todo género de precauciones ante un porvenir incierto.

Perdida la paridad oro por la libra esterlina y el dólar, en los países que aún la conservan para sus respectivas monedas prevén la posibilidad de sufrir la misma suerte que Inglaterra y Norteamérica.

Esta incertidumbre, que primero tuvo su repercusión en la contratación mercantil y privada mobiliaria, ha trascendido a la esfera del Registro inmobiliario, donde van hallando acogida, a juzgar por los ejemplos que quedan reseñados, y el citado precedente de nuestra jurisprudencia registral, la resolución de 15 de Febrero de 1926, merece nuestra preferente atención por hallarse en la misma perfectamente estudiado el aspecto doctrinal del problema.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Abogado del Colegio de Madrid.

(1) Véase rev. cit., pág. 247.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

PRECIO APLAZADO. EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN QUE SE RECIBE PARTE DEL PRECIO, QUEDANDO APLAZADA LA ENTREGA DEL RESTO, SIN QUE SE GARANTICE CON HIPOTECA, NI SE PACTE QUE LA FALTA DE ENTREGA PRODUZCA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, DICHO PRECIO, AUNQUE, COMO ES OBLIGADO, DEBA CONSTAR EN EL REGISTRO COMO APLAZADO, NI ES DERECHO REAL TRANSMISIBLE, NI PUDO PRODUCIR PREVIA INSCRIPCIÓN, NI TIENE LA CONSIDERACIÓN, RANGO Y EFECTOS QUE A LA MENCIÓN EN CUANTO A TERCERO ATRIBUYE EL ARTÍCULO 29 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Resolución de 17 de Enero de 1933. (Gaceta de 24 de Febrero de 1933.)

Ante el Notario de Sevilla, D. José Gastalver Gimeno, se autorizó en 3 de Febrero de este año una escritura por la cual D. Fernando González Ibarra vende o cede en precio de 20.000 pesetas y por mitad a D. Manuel y D. Antonio Lissen un crédito de 50.000 pesetas, procedente del precio que quedó aplazado en la venta que el Sr. González Ibarra había hecho a D. Antonio Carazo Gómez de 12 fincas en escritura anterior, que fué oportunamente inscrita.

El Registrador de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra no admitió la inscripción por impedirlo los defectos siguientes: «1.º No ser de carácter real ni, por lo tanto, inscribible el derecho que representa el crédito cedido. 2.º No aparecer, en consecuencia, inscrito, aunque sí mencionado, a favor del cedente el expresado derecho. Y no pareciendo subsanables dichas faltas, no procede

se extienda anotación preventiva de suspensión, aunque se solicite.»

En el recurso interpuesto por los compradores, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y la Dirección general confirma el auto apelado con las siguientes consideraciones :

El aplazamiento del pago del precio en los contratos de compraventa de bienes inmuebles, o derechos reales constituidos sobre los mismos, puede producir, según las creaciones de la voluntad de las partes, tres situaciones perfectamente diferenciadas que ocasionan distintos efectos hipotecarios, siendo estas situaciones las siguientes : o que el precio aplazado quede garantizado con hipoteca de los mismos bienes o derechos vendidos, o que se pacte expresamente que la falta de pago del precio aplazado produzca de pleno derecho la resolución de la venta ; o que se consigne tan sólo el precio que se aplazó, sin añadir la garantía hipotecaria ni el pacto resolutorio de pleno derecho.

En el primer caso se crea, al constituir la hipoteca, un indiscutible derecho de carácter real, cuya transmisión tiene sus claros cauces registrales marcados en la ley Hipotecaria.

En el segundo supuesto, si bien no surge aún la figura jurídica del derecho real porque la cosa vendida no queda especialmente ni de modo directo afecta al pago del precio aplazado, ni aquélla puede perseguirse eficazmente contra cualquier tercer poseedor, no es dable desconocer que el pacto resolutorio ocasiona una acción que alcanza a todo tercero, por constar claramente en el Registro, y a tenor de lo establecido en la causa segunda del artículo 38 de la ley Hipotecaria, pudiendo producirse como consecuencia una nueva inscripción a favor del vendedor o de sus causahabientes, sin más requisitos que el requerimiento judicial o notarial hecho al comprador, según dispone el artículo 97 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria ; de todo lo cual se infiere que la cesión del derecho a percibir el precio aplazado, con todos sus efectos, constituye, en verdad, un contrato legítimo que modifica para lo futuro el ejercicio de facultades del dominio inscrito sobre bienes inmuebles o derechos reales, y que puede tener entrada en el Registro al amparo del artículo 14 del citado Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, con

tanta mayor razón cuanto que es indispensable para los terceros conocer, al efecto de salvaguardar sus derechos, quién es el titular de la acción resolutoria que puede afectar a la estabilidad y permanencia del dominio inscrito.

Considerando que en el tercer supuesto de los que se indican en el Considerando primero la acción para optar entre el cumplimiento del contrato, reclamando el pago del precio aplazado, o solicitar la resolución de la venta, nacida del artículo 1.124 del Código civil, si bien eficaz contra tercero, en cuanto a los efectos resolutorios, ha de quedar subordinada siempre al acuerdo de los interesados o a la decisión de los Tribunales en su defecto; por lo que habida cuenta de su carácter meramente personal y de que no produce inmediatos efectos registrales sobre el dominio inscrito, siendo sólo susceptible de ocasionarlos a través de los acuerdos de los interesados o de las declaraciones judiciales, no cabe admitir que la cesión del derecho que la engendra pueda ser objeto de inscripción especial, como con acierto estiman el Registrador y el auto apelado; siendo tanto más acentuada la oportunidad de esta tesis en el caso actual, que aparecen acusadísimas dificultades para el ejercicio de la acción resolutoria, ya que cedita sólo la parte del precio aplazado y recibida la restante por el vendedor cedente surge el inconveniente de determinar si el cesionario podría, sin la concurrencia de aquél, pretender la resolución de la cosa y de la parte del precio recibida, cómo habría de dividirse la cosa misma vendida en proporción al interés de cedente y cesionario; y aunque todas esas dificultades habrían de ser, en su caso, ventiladas y resueltas por los Tribunales, ponen bien de manifiesto la naturaleza típicamente personal del derecho cedido y corroboran la doctrina sentada anteriormente.

Por último, el hecho de hacerse constar en el Registro la parte del precio que queda aplazado tampoco puede estimarse como mención, sino como una condición especial del contrato que se inscribe, de obligatoria constancia en la inscripción, pero que no encaja en el artículo 29 de la ley Hipotecaria, referente a la mención del dominio o de los derechos reales, ni en ningún supuesto podría cambiar la naturaleza jurídica del derecho transferido, ni afectar a la integridad del que se inscribió, ni tener la ventaja que implica la reserva del rango hipotecario.

COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS MUNICIPALES. MANTIENE LA DOCTRINA, QUE YA FORMA JURISPRUDENCIA, DE Oponerse a que, con el pretexto de un procedimiento circunscrito a la ejecución de ciertas sentencias, sean solventados en juicio verbal créditos importantes, no reclamables por tal medio, con excesiva atribución de dichos juzgados.

Resolución de 21 de Enero de 1933. (Gaceta de 1.º de Marzo de 1933.)

(Véanse las Resoluciones de 20 de Enero de 1928 y 28 de Mayo de 1929. Gacetas de 24 de Febrero y 25 de Agosto, páginas 213 del número 39 y 776 del número 58 de esta REVISTA.)

Reclamadas en juicio verbal civil ante el municipal de Tarragona, por D. Antonio Felip Ardiaca, 1.000 pesetas que se le adeudaban, como intereses de un préstamo hipotecario, se dictó sentencia, en ejecución de la que se embargaron cinco fincas, entre ellas una casa, anotándose el embargo, resultando de la certificación de cargas que dichas fincas se hallaban afectas a varias hipotecas. Por falta de licitador se adjudicaron dichas fincas al actor, haciéndose constar en el auto de adjudicación que como sólo cabría ordenar al adjudicatario la consignación hasta el importe de la adjudicación, aunque se perseguían, en concepto de intereses, 1.000 pesetas, teniendo en cuenta que tenía un crédito preferente, constituido en primera hipoteca, que excedía de su cuantía al precio en que fueron valorados los bienes y sirvió de tipo a la subasta, no cabía imponerle la obligación de consignar cantidad alguna; decretando el propio Juzgado municipal, a instancia del actor, la cancelación de la hipoteca constituida a su favor, cancelación que debía extenderse a todas las demás inscripciones y anotaciones practicadas con posterioridad a la misma.

El propio actor, ante el temor de que el Registrador de la Propiedad denegase la inscripción, por estimar incompetente al Juzgado municipal para adjudicar las fincas que excediesen de la cantidad de 1.000 pesetas, con el fin de robustecer la competencia, solicitó se elevasen los autos al Juzgado de primera instancia,

por el cual fueron pasados al Fiscal, que los devolvió, estimando improcedente el trámite, declarando en definitiva, después de hacer varias consideraciones sobre los preceptos procesales y doctrina de este Centro directivo relativos a la cuestión planteada, que no había lugar a ratificar el auto de adjudicación del inferior, que se hallaba revestido de todas las formalidades legales, sin que para ello se hubiese apartado del círculo de las atribuciones que le estaban encomendadas.

Presentado el testimonio de la adjudicación en el Registro de la Propiedad de Falset se puso en el mismo, por el Registrador, la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable de ser incompetente el Juzgado municipal para hacer adjudicación de fincas valoradas en 14.600 pesetas, aunque sea por las dos terceras partes de su avalúo, máxime cuando dichas fincas resultan gravadas con otras hipotecas posteriores a la que por su reclamación ha motivado dicha adjudicación, que habían de quedar extinguidas, las cuales van debidamente relacionadas en el precedente documento, ya que la competencia de los Jueces municipales está limitada a la cuantía de 1.000 pesetas, según preceptúa el artículo 18 de la ley de Justicia municipal de 5 de Agosto de 1907, reformada por el Real decreto de 12 de Febrero de 1924.»

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y la Dirección general confirma el auto apelado, ya que por expreso reconocimiento de la Ley no se puede negar a los Jueces municipales competencia para conocer y decidir reclamaciones de cantidades que no excedan de 1.000 pesetas, así como tampoco que, dictada la sentencia y en ejecución forzosa de la misma, puedan embargar, subastar y adjudicar fincas de mayor valor para cubrir con su importe en venta el de las obligaciones declaradas, ya que lo contrario sería negar eficacia a un gran número de sentencias dictadas en los juicios verbales, cuya cuantía fuese de cifra aproximada a las 1.000 pesetas, puesto que forzosamente habría de exigir su ejecución el embargo y venta de bienes en cuantía superior a la expresada.

En el caso discutido se da el absurdo de que teniendo el actor un título ejecutivo procesalmente declarado como tal—la escritura inscrita—, se somete a un procedimiento declarativo—el juicio

verbal—para producir otro título ejecutivo—la sentencia—, en ejecución de la cual se llega en definitiva a satisfacer un crédito hipotecario muy superior al pedimento de la demanda, olvidando que es un principio de la ejecución forzosa el de que no se pueda exigir al obligado por la sentencia más sacrificio que el necesario.

Este principio aplicado al Juez municipal, no le permite extender su legítima competencia en la ejecución de la sentencia por él dictada, a relevar al acreedor y adjudicatario, en razón a ser su crédito hipotecario preferente y superior al de la cantidad reclamada, de consignar el exceso del importe de la adjudicación, porque ello implica la extensión de su competencia fuera de los límites marcados por la demanda y por la sentencia.

La jurisprudencia de este Centro, por lo que al Registro de la Propiedad se refiere y en casos casi todos análogos al actual, de reclamación de intereses de préstamos hipotecarios, se limitó a oponerse a que con el pretexto de un procedimiento circunscrito a la ejecución de ciertas sentencias queden solventados en juicio verbal, y como dice la Resolución de 8 de Abril de 1927, créditos de gran importancia, no reclamables por tal medio, con grave trastorno del orden procesal y excesiva atribución de aquellos Jueces municipales, doctrina que debe mantenerse, dadas las circunstancias que fundamentalmente concurren en el caso actual.

CAPACIDAD DEL HEREDERO EN USUFRUCTO CON FACULTAD DE ENAJENAR. NO PUEDE EXIGIRSE LA JUSTIFICACIÓN DE LA CAUSA. LA DEMANDA CONTRA EL AUTO EN QUE SE DECLARÓ INCAPAZ AL HEREDERO PUEDE ENTABLARSE ANTE JUZGADO DISTINTO DEL QUE HIZO TAL DECLARACIÓN. OBTENIDA POR EL HEREDERO LA DECLARACIÓN DE CAPACIDAD, NO ES PRECISO QUE A LAS ENAJENACIONES QUE DE SUS BIENES PUEDA HACER CONCURRAN LOS MIEMBROS DEL ORGANISMO TUTELAR QUE CREÓ EL TESTADOR.

Resolución de 22 de Febrero de 1933. (Gaceta de 1.º de Mayo de 1933.)

Los herederos de los cónyuges D. Angel José Argachal y doña Dolores Puértolas, fallecidos bajo testamento mancomunado,

dieron cumplimiento a esta disposición en escritura en la que manifiestan, entre otros extremos, que, de acuerdo con lo dispuesto en dicho testamento, al hijo Francisco, sordomudo, y, como tal, incapacitado para regirse por sí, se le adjudicaban fincas en usufructo vitalicio, sin perjuicio de que, caso de necesidad, pudiera el tutor vender alguna de dichas fincas, con aprobación del Consejo de familia, cuyos componentes designaron los mismos testadores, practicándose la correspondiente inscripción en el Registro, así como de un auto del Juzgado de Primera instancia de Cariñena por el que se declaró la incapacidad del dicho heredero para administrar sus bienes.

Ante el Notario de Zaragoza D. Enrique Jiménez Gran, como sustituto de D. Rafael López de Haro, se autorizó escritura por la que dicho hijo Francisco Argachal, sordomudo, con su esposa, de una parte, y de otra, D. Antonio Tobais Gil, formalizaron el contrato que en la misma consta, haciéndose constar que el otorgante, Francisco Argachal, había obtenido la declaración de su capacidad, según sentencia de 8 de Junio de dicho año, inserta en el *Boletín Oficial* de la provincia, por la que se le juzgaba con la capacidad legal necesaria para regir su persona y bienes, estimándose, en consecuencia, por el Notario autorizante de la escritura que también la tenía para vender sin justificar la necesidad, no obstante lo consignado en el testamento de sus padres, y en su virtud, se vendieron al nombrado comprador las fincas que en el documento aludido se describen y que resultaban adjudicadas a D. Francisco Argachal Puértolas en la escritura de aceptación, manifestación y adjudicación de las herencias de sus padres, D. Angel José Argachal y D.^a Dolores Puértolas.

El Registrador de la Propiedad de La Almunia de Doña Godina puso en dicho documento la nota, que dice: «No admitida la inscripción del precedente documento, presentado en unión de testimonio de la sentencia dictada el 8 de Junio de 1929 por el Juzgado de Primera instancia del distrito del Pilar, de Zaragoza, actuación del Secretario D. Santiago Calvo, por cuya sentencia se declara capaz para regir su persona y bienes a D. Francisco Argachal Puértolas, y, por tanto, innecesario el Consejo de familia, tutor y protutor, que a consecuencia de la incapacidad del mismo le fueron nombrados, por adolecer de los defectos siguientes: 1.º

Porque constando de los asientos del Registro declarada la incapacidad de D. Francisco Argachal Puértolas por el Juzgado de Primera instancia de Cariñena, no es competente el Juzgado de Zaragoza para declarar la capacidad del expresado señor, sino el mismo que declaró la incapacidad o el que lo ha sustituido en sus funciones y jurisdicción. 2.º Porque estando las fincas inscritas a nombre de D. Francisco Argachal Puértolas en usufructo con facultad en el tutor de vender, en caso de necesidad, y con aprobación del Consejo de familia, estas inscripciones no pueden modificarse, aun en el caso de admitir la declaración de capacidad contenida en la sentencia de 8 de Junio de 1929, ya que tal sentencia no cancela ni puede cancelar los asientos practicados a favor de D. Francisco Argachal, que tienen que quedar vigentes tal como están extendidos. 3.º Que habiendo sido adjudicados a D. Francisco Argachal Puértolas los bienes de que se trata por sus hermanos en la partición de los procedentes de sus padres y con las condiciones que éstos impusieron en su testamento, y siendo esta adjudicación acto contractual, no puede aquél venderlos sin consentimiento de sus hermanos o representantes legítimos, que podrán ser además perjudicados con la enajenación, por estar llamados a sustituir a D. Francisco Argachal, o, en caso de negativa, que no hayan sido demandados ni vencidos en juicio, y además suspendida la inscripción en cuanto a las fincas números 6, 7, 8, 11, 12, 15, 16, 17, 20 y una junta, o sean 42 áreas 91 centiáreas de la número 2, por falta de inscripción a favor del vendedor, según se expresa en este documento.—La Almunia, 3 de Enero de 1930.»

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia declaró bien extendida la escritura; pero que a su inscripción debía preceder la ejecutoria declarando la capacidad; la Sección correspondiente informó que era procedente declarar, revocando en parte el auto apelado, que la escritura no adolecía del primero de los defectos señalados en la nota, pero sí de los dos siguientes, y la Dirección general confirma el auto apelado con las siguientes consideraciones:

Es indiscutible la competencia del Juzgado del distrito del Pilar, de Zaragoza, para declarar la plena capacidad del que fué incapacitado, D. Francisco Argachal, porque, con arreglo a lo dis-

puesto en el artículo 54 de la ley de Enjuiciamiento civil, la jurisdicción de este orden es siempre prorrogable al Juez o Tribunal que por razón de la materia, de la cantidad objeto del litigio y de la jerarquía que tenga en el orden judicial, pueda conocer del asunto que ante él se proponga, siendo ésta la razón de la regla de competencia que con rango preferente ampara el artículo 56 de la misma ley de Trámites, expresando que será Juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de acciones de toda clase aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente.

A esto no se opone el contenido del artículo 219 del Código civil, pues aparte de que no ordena que la demanda que se deduzca contra el auto de incapacidad haya de formularse ante el mismo Juzgado que dictó dicho auto, es lo cierto que en el caso presente nos hallamos en supuesto totalmente distinto del que prevé aquel texto legal, ya que se refiere a la reclamación contra un auto que se supone indebidamente dictado, y aquí se solicitó la declaración de capacidad, no porque el acto que incapacitó al Sr. Argachal fuese improcedente en su momento, sino por haber acaecido circunstancias posteriores que han investido al incapaz de las facultades necesarias para que su capacidad pueda ser reconocida y declarada.

Y decretada por el Juzgado competente la plena capacidad de don Francisco Argachal, es de todo punto insostenible que para los actos de enajenación que dicho señor, ya capaz, realice haya de intervenir ninguno de los miembros de un organismo tutelar a que los testadores hicieron referencia sólo para el supuesto de una incapacidad ya borrada por ejecutoria de los Tribunales de justicia, la cual, por su sola eficiencia, elimina toda actuación de los órganos de tutela respecto de la persona, bienes y actos jurídicos de quien está reconocido como plenamente capaz.

Esto sentado, toda la cuestión debatida se reduce a determinar si D. Francisco Argachal, ya capaz, ha de justificar la necesidad de la enajenación y el motivo de enfermedad o análogo a éste, en que la necesidad se funde, para cumplir estrictamente lo dispuesto en el testamento de su padre, o, por el contrario, la apreciación de dichos necesidad y motivo queda referida exclusivamente a la conciencia del heredero enajenante.

Es constante la doctrina establecida en las sentencias del Tri-

bunal Supremo de 10 de Julio de 1903 y 14 de Abril de 1905, y en las resoluciones de esta Dirección de 21 de Marzo de 1901, 14 de Febrero y 19 de Diciembre de 1905 y 12 de Enero de 1917, por la que, y sin discrepancia alguna, se reconoce que en el caso de que exista un heredero usufructuario facultado por el testador para enajenar por motivos de necesidad, achaques, enfermedades u otros semejantes, no puede exigirse la justificación de la causa, que queda a la apreciación y conciencia del heredero, sin otras limitaciones que las del dolo o el abuso, que tendrán que ser objeto de las acciones correspondientes ante los Tribunales de Justicia, y que dentro de un recurso de la índole del presente no es posible recoger ni ventilar.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1903 queda claramente sentada con carácter objetivo esta doctrina, que no puede desvirtuarse al hacer aplicaciones subjetivas, distinguiendo según que el usufructuario sea el cónyuge del testador u otro heredero forzoso o voluntario del mismo, porque ello llevaría a desnaturalizar todo el contenido jurídico de la tesis, basada en la confianza depositada por el testador en el heredero.

En el caso actual y tratándose de un hijo que, si bien con arreglo a la legislación aragonesa, sólo tendría derecho a la legítima formularia que aquélla establece, no es posible suponer que no mereciese al testador el afecto y confianza derivados de tan inmediato parentesco, siendo, por el contrario, racional estimar que la restricción más obedecía al estado de incapacidad del heredero que a desconfianza del padre en los actos del hijo, si hubiese podido prever su estado de capacidad.

Finalmente, en nada afecta a la integridad de la inscripción anterior, amparada por los artículos 24 y 82 de la ley Hipotecaria, el que la inscripción de la enajenación discutida se realice, porque recobrada la capacidad por el Sr. Argachal, la existencia de la necesidad y el motivo quedan justificados por su apreciación en conciencia, según lo resuelto por la jurisprudencia anteriormente invocada, que en casos de absoluta analogía con el presente respetó también la integridad de las inscripciones en que se estableció la facultad de enajenar, con limitaciones de índole igual o parecida.

HIPOTECA EN GARANTÍA DE CRÉDITO SIMPLE QUE GARANTIZA EL PAGO DEL PRECIO INDIVIDUALIZADO EN OPERACIONES DE COMPRAS DE MERCANCÍAS. NO DEBE CONFUNDIRSE CON LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE CUENTAS CORRIENTES DE CRÉDITO QUE REGULA EL ARTÍCULO 153 DE LA LEY HIPOTECARIA, Y EXIGIR PARA SU VALIDEZ LOS REQUISITOS DE ÉSTA, SINO QUE CABE MEJOR EN EL MARCO MÁS AMPLIO DE LAS A QUE SE REFIEREN LOS ARTÍCULOS 142 Y 143 DE LA MISMA LEY (SEGURIDAD DE OBLIGACIONES FUTURAS O SUJECCIÓN A CONDICIONES SUSPENSIVAS) (1).

Resolución de 28 de Febrero de 1933. (Gaceta del 6 de Mayo de 1933.)

Ante el Notario de Almería don Pascual Lacal Fuentes se autorizó escritura en la que se hizo constar que D. Juan Rodríguez Ayala, comerciante y dueño de una casa, venía retirando mercancías de la casa comercial perteneciente a la Compañía mercantil anónima «Emilio Herrera y Hermanos, S. A.», de la que había solicitado un crédito hasta la suma de 5.500 pesetas; que al retirar las mercaderías, el precio de cada operación estaría representado por letras de cambio; que para asegurar el cumplimiento de lo convenido D. Juan Rodríguez Ayala constituía hipoteca especial sobre la finca referida, a favor de dicha Compañía, respondiendo de las 5.500 pesetas y de 1.500 pesetas de crédito supletorio para costas, gastos, daños y perjuicios; que la cantidad cuyo pago se garantizaba se haría efectiva en la cuantía y en las fechas que se señalasen en las letras de cambio, cuyo protesto daría nacimiento al ejercicio de la acción hipotecaria por una cantidad igual a la de las letras protestadas, los intereses que correspondiesen y las costas y gastos que se causasen dentro de los límites señalados; que la duración del contrato sería indefinida, pudiendo resolverlo y darlo por terminado en todo momento cual-

(1) Con respecto a la hipoteca en garantía de obligaciones futuras en sus dos aspectos de crédito en estado potencial (artículo 142) y constancia en el Registro de la obligación contraída (artículo 143) puede verse la importante Resolución de 31 de Enero de 1925 (*Gaceta* del 17 Marzo), pág. 241 del número 4 de esta Revista.

quiera de las partes, si bien el Sr. Rodríguez Ayala no podría exigir la cancelación de la hipoteca en tanto se encontrasen pendientes de cumplimiento las obligaciones que contraía, para cuyo cobro podría utilizarse el procedimiento común u ordinario o el especial regulado por la ley Hipotecaria.

Denegó el Registrador de la Propiedad de Gérgal la inscripción por los defectos siguientes: 1.º Porque constituyéndose hipoteca en garantía de cuenta de crédito se señala como duración del contrato plazo indefinido; 2.º Por no fijarse la forma de acreditar el importe líquido de la deuda; 3.º Por ser contrario al espíritu de la ley Hipotecaria en esta clase de hipotecas, ejercitar la acción contra los bienes gravados por el importe individual de cada operación, aunque el mismo esté representado por letras de cambio en la forma determinada en las cláusulas primera y quinta de la escritura, y 4.º Por no expresarse el domicilio de la Sociedad acreedora. Los tres primeros se consideran insubsanables, por lo que no procedería anotación preventiva aunque fuera solicitada.

El Presidente de la Audiencia de Granada, desestimando el recurso que contra los tres primeros defectos de la nota del Registrador interpuso el Notario, confirmó aquélla, y la Dirección general revoca el auto apelado con los siguientes considerandos:

Sin entrar en las doctrinas que fundamentan las hipotecas de seguridad en la preexistencia de una deuda en embrión, potencialidad, concepción—*nasciturus*—, deuda preliminar o suposición de su existencia, es lo cierto que en este recurso se plantean las diferencias entre la hipoteca en garantía de crédito simple que asegura el pago del precio en la compraventa de mercancías a realizar, combinando el crédito con dicho contrato, y la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, en la cual la apertura del crédito está combinada con la cuenta corriente.

Cualificando el contenido de la escritura, difícilmente se podrán encontrar en ella las características de la cuenta corriente de crédito, que aunque no sea un *modo* de contabilidad, sí es en su ejercicio una deuda continuada e indivisible, en la que se elimina el valor individual de cada partida para reflejarse en el saldo que la hipoteca garantiza en definitiva; mientras que en la escritura calificada los otorgantes se limitaron a una garantía de pago del precio *individualizado* en cada operación mercantil, conteniéndolo en

letras de cambio con virtualidad bastante para producir el nacimiento de la acción hipotecaria.

Aunque al constituirse una y otras hipotecas falta generalmente el *debitum*, estando *in pendentibus* mientras se contrae o no la relación obligatoria, en las de crédito simple, en las que, como en la contenida en la escritura, se garantiza el tráfico mercantil por operaciones separadas, nace el débito cuando se realiza la operación; no produciéndose en las segundas hasta cada saldo de la cuenta, porque durante la vida de ésta sus fluctuaciones se confunden en ella, sin que las remesas por medio de letras u otras formas de giro que pudieran existir produzcan otros efectos que el característico de su unión, sin influencia en su modalidad, condicionada al saldo en cuanto a la garantía hipotecaria.

Por lo que va dicho, la hipoteca constituida no puede estimarse comprendida en el artículo 153 de la ley Hipotecaria, que regula la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, en cuyo indudable supuesto se fundan los defectos de la nota impugnada, sino en el marco más amplio de los artículos 142 y 143 de la misma ley, en los cuales no se encuentra obstáculo alguno para la inscripción del documento de que se trata, aunque no fuese más que por aquel principio, reconocido expresamente por el artículo 1.861 del Código civil, de que la hipoteca, como derecho real de naturaleza accesoria, puede constituirse para la seguridad del cumplimiento de cualquier especie de obligación permitida por las leyes.

No existe motivo alguno para excluir en esta clase de hipotecas los procedimientos judiciales pactados, ni mucho menos incompatibilidad entre aquel carácter accesorio de la hipoteca con su constitución firme y válida al inscribirse, dada la interpretación claramente establecida por la jurisprudencia de este Centro a la frase final del artículo 143 citado, singularmente en la Resolución de 31 de Enero de 1925.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

92. *Donación de inmuebles. Ha de constar precisamente en escritura pública y con los requisitos que marca el artículo 633 del Código civil. Sentencia de 21 de Junio de 1932.*

Don P. formuló demanda contra su hermana doña A. con motivo de haberse formalizado entre ellos un documento privado por el cual doña A. se comprometía a la distribución, entre ambos, de ciertos bienes adquiridos por herencia de una tía suya, lo que no pudo lograrse, a pesar de un requerimiento notarial hecho a la hermana para que firmase la distribución que al efecto practicó un Abogado, pidiendo el demandante sentencia que condenase a su hermana a aprobar la distribución de bienes hecha, entregándoles las fincas que se le adjudicaban con los frutos.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda y el Supremo rechaza el recurso considerando que, al invocar el recurrente el número 1 del artículo 1.892 de la ley de Enjuiciamiento, por no haber el Tribunal «a quo» aplicado los artículos 619, 1.223, 1.225, 1.278 y 1.279 del Código civil, sostiene que, conteniéndose en el documento privado una donación efectiva «*inter vivos*» de bienes inmuebles, libremente pactada por los litigantes, sin concurrir vicio alguno en el consentimiento, yerra la Sala al conceptuarla nula por constar en documento privado en el que no se concretan los bienes donados, si bien se fijan las bases para precisarlo, no expresando, además, las cargas a que queda sometido el donatario, pues esas son formalidades extrínsecas que no modifican la voluntad de las partes y solamente podrían ser apreciadas en cuanto a terceros, de lo que se sigue que la cuestión de derecho a resolver en el presente recurso es, en esencia, la de si la donación de cosa inmueble precisa o no para su validez entre donante y donatario que se haga por escritura pública, aun cuando se haya efectuado por documento privado sin vicio alguno en el consentimiento.

A pesar del sistema espiritualista que nuestro Código civil acoge en su artículo 1.278, siguiendo la norma trazada por el Ordenamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación, no obstante el artículo 1.279 del mismo cuerpo legal, que faculta a los contratantes para compelerse recíprocamente, si la Ley exigiera el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato con anterioridad válidamente contraídas, aquellos preceptos que constituyen la regla general en la

materia tienen en el propio Código sus excepciones, exigiendo, no como forma especial, sino para la validez de ciertos contratos, como requisitos necesarios el que se hagan en escritura pública, como tal sucede, entre otras, primordialmente con la donación de cosa inmueble, conforme al artículo 633, en cuya escritura han de expresarse individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, debiendo constar en ella o en otra separada la aceptación.

Según el artículo 621, las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se registrarán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones, en todo lo que no se halle determinado en el libro III, título II, del Código civil, y, por tanto, es evidente que el artículo 633 antes dicho, incluido en aquel libro y título, es de aplicación preferente a las disposiciones generales de los contratos que figuran en libros diversos, por lo que no cabe conceder al documento privado la fuerza de una escritura pública, como el recurrente pretende, invocando el artículo 1.225, ya que ese precepto, por lo expuesto, carece de aplicación al caso, aparte de que ello implicaría una contravención subrepticia a un mandato especial claro y terminante de la Ley, que los Tribunales no pueden en forma alguna amparar.

93. *Participación aprobada judicialmente. Puesta de manifiesto en Secretaria y no impugnada por ningún heredero, hay una presunción de aprobación por parte de los interesados.—Valor de las declaraciones contenidas en un acta notarial. La intervención de Procurador en actuaciones judiciales equivale a la del propio interesado-mandante.* Sentencia de 16 de Junio de 1932.

Doña M. entabló demanda contra varios señores, alegando que al fallecimiento de don A. con testamento, en el que instituyó herederas universales a sus dos hijas naturales habidas con la demandante, se promovió por éstas juicio de testamentaria, y practicadas las operaciones particionales, fueron aprobadas por auto judicial, sin que ni la demandante ni su representante prestaran conformidad a las mismas, pidiendo ahora la nulidad y rescisión por lesión enormísima de los intereses de sus hijas, pidiendo sentencia que declarase nula o rescindida la partición hecha y que se formase nuevo cuaderno.

Los demandados opusieron que la demandante estuvo representada por su Abogado y Procurador, que el cuaderno fué aprobado por el Juzgado y que la actora recibió ante Notario cierta suma por la adjudicación de sus hijas.

El Juzgado y la Audiencia no admitieron la demanda de nulidad y rescisión, y el Supremo rechaza el recurso porque los artículos que se suponen infringidos tienden a sostener que el convenio de aprobación de particiones presentado en un juicio voluntario de testamentaria, y al que prestó su conformidad el Procurador recurrente, es nulo, porque ella no dió personalmente su asentimiento, y aparte de que la actora aceptó el nombramiento de Procurador propuesto por el Juzgado, y el artículo 6.º de la ley de Enjuiciamiento civil concede a las actuaciones judiciales en que interviene Procurador la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante, es doctrina de esta Sala (Sentencia de 2 de Junio de 1908) que cualesquiera que sean las omisiones e irregularidades contenidas en una partición, es manifiesto que presentadas a la aprobación judicial y habiéndose aprobado sin oposición de ningún heredero, no obstante hallarse de manifiesto en el Juzgado, esta circunstancia de la falta de oposición se halla equiparada por el artículo 1.083 de la misma ley a la conformidad presunta del interesado, y como en el presente caso las operaciones divisorias fueron aprobadas por auto, con los

requisitos legales, no puede estimarse la nulidad de las mismas que como primer motivo se invoca, máxime si, como en el presente caso ocurre, la recurrente recibió determinada suma ante Notario.

No es posible fundar el error de hecho y de derecho en el contenido de un acta notarial, porque sobre estos documentos tiene declarado esta Sala que son auténticos en cuanto certifiquen lo que pasa ante el Notario que los redacta y da fe, pero no en cuanto a la verdad de las manifestaciones recibidas en ellos.

94. *El cónyuge viudo, como heredero forzoso, no ostenta la representación en todos los derechos ni la responsabilidad en las obligaciones, pero tiene derecho a intervenir en la liquidación del caudal relicto.* Sentencia de 20 de Junio de 1932.

Varios señores constituyeron una Sociedad comanditaria, teniendo de ellos el carácter de socio colectivo don X., que había de llevar la gerencia, estipulándose que toda divergencia que hubiese sería sometida a amigables componedores, y muerto don X., su madre y la viuda, con los demás socios, acordaron la disolución y liquidación de la Sociedad, nombrando dos liquidadores con sueldo.

Practicadas las operaciones divisorias del caudal de don X., se formó a la viuda una hijuela para pago de deudas, en la que se incluyó la participación de aquél en la Sociedad. Transcurridos diez años sin que los liquidadores concluyeran su cometido, la viuda intentó el nombramiento de amigables componedores, lo que no pudo llevarse a efecto voluntariamente, por lo que se formuló demanda con este fin, a lo que se opusieron los demandados porque la viuda no era socio ni heredera de su marido. El Juzgado dictó sentencia condenando a los demandados a otorgar con la actora escritura de compromiso a los efectos de someter a amigables componedores las cuestiones planteadas, pero la Audiencia de Barcelona revocó la del inferior y dictó sentencia absolutoria. Interpuesto recurso, lo admite el Supremo y *casa y anula la sentencia recurrida*, considerando que la constante jurisprudencia de este Tribunal ha sancionado el principio jurídico de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, y conforme al mismo, el reconocimiento de una representación y de las facultades a ella anejas, siempre que no sean contrarias a la Ley ni a pactos lícitos que lo impidan, no puede ser desconocido ni negado por la persona o personas que lo prestaron, máxime si tuvo lugar en documento público.

La cualidad de heredero forzoso, declarada por el número 3 del artículo 807 del Código civil a favor del viudo o viuda, si bien carece de las notas de totalidad y perpetuidad respecto a la sucesión del causante, y por ello no confiere la representación en todos sus derechos ni la responsabilidad en sus obligaciones, es innegable que con relación a la parte que en los artículos 834 a 837 asignan al cónyuge supérstite, tiene éste la misma amplitud de facultades que para hacer efectiva la suya corresponde al sucesor universal, descendiente o ascendiente, y, por tanto, no puede desconocerse su derecho a intervenir en la liquidación del caudal relicto para la justa defensa, así en lo que respecta a la cuota vidual como en lo referente a su mitad de gananciales, porciones que pudieran sufrir menoscabo sin la vigilancia de quien tiene derecho a percibir las.

Al desconocer la Sala sentenciadora la anterior doctrina, ha incurrido, entre otras infracciones, en la del artículo 807, número 3, del Código civil, por violación del mismo en relación con la doctrina concordante establecida por las sentencias de 8 de Febrero de 1892 y 13 de Junio de 1898, e infracción asimismo del artículo 174 del Código de Comercio, por inaplicación

indebida, por cuanto al absolver a los demandados ha privado a la actora de toda intervención en la liquidación de la Sociedad, en la que tiene interés tan conocido como es el de su cuota viudal y la mitad de gananciales, cuya cuantía depende de la mayor o menor participación que a su difunto marido corresponda en el capital de la Sociedad, de la que era a su fallecimiento socio colectivo y director.

* * *

Sobre el problema relativo a si tiene el viudo la calidad de heredero en la sucesión del premuerto, remitimos al lector a lo que sostiene Castán («Derecho civil: Notarías», tomo I, vol. 2.º, 2.ª ed., pág. 265) y a los trabajos de Plaza (1), Carrasco Alvarez (2) y consulta de la «Revista de los Tribunales» publicada en el tomo XXVIII, correspondiente al año 1894, pág. 93.

95. *Quiebra culpable. Cuándo procede la apertura del proceso criminal.* Sentencia de 6 de Julio de 1932.

Por el Juzgado de X., a virtud de escrito presentado, se dictó auto declarando a la Sociedad colectiva F. y a sus socios en estado de quiebra; nombrados y posesionados los Síndicos, se formaron las piezas separadas, solicitando los Síndicos la declaración de quiebra fortuita, frente al Fiscal, que la declaró culpable; el Juzgado y la Audiencia declararon culpable la quiebra de la Sociedad y de los socios, debiendo procederse, una vez firme la sentencia, a la incoación del sumario. Interpuesto recurso, lo admite el Supremo y *casa y anula* la sentencia recurrida; procede discutir el motivo que tiende a impugnar la facultad discrecional y soberana del Tribunal *a quo* para hacer la exégesis de las pruebas y extraer las consecuencias reales y jurídicas de su estimación, ampliamente valorativa, en tanto que de ello no resulte error de hecho o de derecho, y como en la resolución recurrida el Tribunal de instancia pondera y discrimina la prueba en conjunto y singularizada, sin que frente a esta decantación se patentice ninguna vulneración de preceptos que versen sobre el juicio de valor respecto a cada medio probatorio, aparece claro que la mera operación del recurrente al oponer su criterio al de la Sala es inoperante a los efectos de la casación.

Declarada culposa la quiebra de la Sociedad, es correcta y ajustada a derecho la imputación de la culpa, según los términos del artículo 889 del Código de Comercio, que establece y define en sus casos la presunción *juris tantum* de aquella responsabilidad del comerciante que con grave quebranto de las obligaciones impuestas por la Ley, ha ocasionado perjuicios a tercero, sin que frente a ello se hubiera dado probanza cumplida, todo lo cual determina la correcta interpretación normativa del juzgador.

En cuanto al segundo motivo, descartada toda invocación del Código penal de 1928, por hallarse abrogado, es visto que la declaración del fallo de instancia, al ordenar que se incoase el procedimiento criminal consiguiente a la quiebra culposa, incide manifiestamente en vicio de derecho, por aplicación indebida de las normas que regulan la materia, toda vez que el contenido del artículo 896 del Código de Comercio sólo autoriza al Juez de la quiebra para pronunciarse sobre la apertura del proceso criminal cuando la calificación de culpable está basada en cualquiera de los casos del artículo 888 exclusivamente, que es trasunto del 1.005 del Código de Comercio de 1829, al cual se refiere de un modo taxativo y limitado el 538 del Código penal vigente, pero de ninguna manera puede y debe extenderse aquella facultad de orden primitivo a las quiebras culposas definidas y previstas en las causas

(1) «Revista de Legislación», tomo CX, pág. 782

(2) «Revista de Derecho Privado», tomo V, pág. 265.

del artículo 889, como acontece en el litigio de autos, por hallarse fuera del radio de acción penal, dada la gradación de responsabilidad que queda expuesta, y este es el sentido jurisprudencial que esta Sala ha estatuido en casos análogos, muy especialmente en la sentencia de 18 de Febrero de 1911, por todo lo cual es de estimar la procedencia del motivo de casación que se examina.

96. *Estatutos de las Sociedades. Pueden contener la regulación de las relaciones entre la entidad y sus individuos y además entre éstos, como particulares, y con otras personas.* Sentencia de 2 de Julio de 1932.

Varios fabricantes de papel constituyeron una Sociedad civil, estableciéndose en un artículo de los estatutos las comisiones que habian de percibir los representantes de venta, escala que aumentaba progresivamente conforme al volumen de ventas.

La Comisión ejecutiva de la Sociedad tomó el acuerdo de unificar el tipo de comisión, acuerdo confirmado por la Junta general, y un socio entabló demanda contra la entidad para que se dictase sentencia por la cual se declarase que la entidad por sí sola no tenía facultades para reformar los pactos llevados a efecto con los socios, y que por tanto debía continuar en vigor la escala primitiva.

El Juzgado y la Audiencia accedieron a la demanda, e interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo, considerando que ningún precepto legal se opone a que en los estatutos de una Sociedad, además de los derechos y obligaciones entre la entidad social y sus individuos, como socios, se establezcan otras relaciones jurídicas entre aquélla y sus componentes como particulares o con terceras personas: aquéllos, variables por acuerdo de la mayoría; las otras, inalterables sin el concurso de la voluntad de ambas partes contratantes, desprendiéndose esta diversidad de pactos del párrafo 11 del artículo 151 del Código de Comercio, desde el momento que establece la sumisión al voto de la mayoría sólo para los asuntos propios de su deliberación, y lo permite expresamente el artículo 1.255 del Código civil; y en tal atención hay que reconocer que el artículo de los estatutos que marca las comisiones de agentes no es un mero precepto estatutario, sino que además encierra un pacto entre la Sociedad y los socios-almacenistas, en cuanto señala la comisión por venta de papel, que no puede modificarse sin el convenio de ambas partes, no oponiéndose a ello ningún extremo de los estatutos, no resultando, por tanto, infringidos los artículos 116 del Código de Comercio y 1.665 y 1.666 del Código civil, todo ello aparte de que siendo doctrina de esta Sala que la interpretación de los contratos corresponde al Tribunal de instancia, y como en el presente caso la Sala sentenciadora reconoce que el artículo discutido de los estatutos estableció un contrato para la venta de papel, celebrado entre el actor y la Sociedad demandada, es indudable que no puede estimarse la apreciación en contrario que hace el recurrente.

Tampoco ha infringido el Tribunal *a quo* el artículo 168 del Código de Comercio, que faculta a las Sociedades anónimas para acordar la reducción o el aumento del capital social y la modificación o disolución de la Sociedad, porque la existencia de pactos particulares entre la Sociedad y alguno de los socios u otra persona extraña, es claro que no puede impedir el ejercicio de aquellas facultades.

Del mismo modo, no hay infracción de los artículos 1.733 del Código civil y 279 del de Comercio, sobre revocación de la comisión conferida al supuesto comisionista, porque con ello se trata de plantear una cuestión nueva no debatida en el pleito, además de que resulta extraña la pretensión de que

se suponga en el actor la cualidad de comisionista, cuando es el dueño del almacén y del papel que fabrica.

97. *Propiedad industrial. Prescripción y posibilidad de ventilar en vía civil la nulidad de los modelos industriales.* Sentencia de 3 de Marzo de 1933.

En recurso de casación por infracción de ley interpuesto por don L. F., el Supremo declara al rechazarlo que, a tenor del artículo 8.º de la ley de 16 de Mayo de 1902, casi reproducido en el artículo 12 del vigente Estatuto y aplicable, según la sentencia de esta Sala de 29 de Diciembre último, al caso actual, toda concesión de propiedad industrial se otorgará *sin perjuicio de tercero*, y aunque pudiera sostenerse que en el último cuerpo legal el principio de legitimación aparece desenvuelto en términos que únicamente confieren el derecho exclusivo de ejecutar y explotar el objeto sobre que recaiga el registro de modelos y dibujos al titular que obtenga el certificado, no puede negarse que este documento se otorga igualmente, sin perjuicio de tercero, con arreglo al artículo 165, que se reputa infringido en el primer motivo de casación, es decir, dejando a salvo cuantos derechos y acciones correspondan para anular las respectivas inscripciones a quien encuentra en la ley aplicable los medios de impugnación adecuados.

Si en el artículo 22 de la ley de 1902 se entiende por modelo de fábrica todo objeto que pueda servir de tipo para la fabricación industrial de un producto, y según el párrafo final del mismo artículo, se consideran como nuevos los dibujos, modelos o las partes de los mismos que se presenten como esenciales y que antes de la petición de registro no se hayan producido en España, claro está que sólo tutela el artículo 24 los indicados modelos cuando tengan la condición de novedad determinada en el párrafo final aludido, y que el demandado podía, a tenor de la misma legislación, oponer judicialmente a las pretensiones del actor la nulidad del modelo de que se trata, por ser conocido y utilizado en las industrias españolas con sujeción a los preceptos del Código procesal (artículo 148), según lo hizo en el pleito origen de este recurso, formulando la contestación a la demanda al amparo de las disposiciones legales vigentes entonces y de los concordantes del Decreto de 26 de Junio de 1929, y al apreciarlo así, la Sala sentenciadora no incurre en la infracción del artículo 165 del Estatuto de la Propiedad Industrial, que aún no se había promulgado.

Tampoco ha habido infracción del Decreto de 17 de Febrero de 1928, al estimar que no ha transcurrido el plazo de tres años necesario para la consolidación del dominio, porque aparte de que, según el artículo 30 de la repetida ley de 1902, el dominio de las marcas prescribe a los tres años de posesión no interrumpida, con buena fe y justo título, las disposiciones del Decreto que se dice infringido se refieren pura y exclusivamente a la anulación administrativa de patentes, no suponen ni establecen la segregación de la jurisdicción civil ordinaria del conocimiento de esta materia y se hallan aclaradas por la Real orden de 17 de Abril inmediato, que concede el plazo de tres años, a contar desde la publicación del mismo Decreto, para las reclamaciones sobre nulidad de patentes anteriormente concedidas.

Así admitidas la posibilidad de ventilar en vía civil la nulidad de los modelos industriales en cuestión y la doctrina de su prescripción, derivada del artículo 30 de la ley, no puede ponerse en duda la afirmación hecha por el Tribunal *a quo* de no haber transcurrido el plazo de prescripción por el mismo exigido.

* * *

Ver, sobre *Propiedad industrial*, sentencia número 87, en el número de Mayo de REVISTA CRÍTICA, y la obra de Pella, recientemente publicada, «Casos prácticos en propiedad industrial».

98. *Testamento sacramental en Cataluña. Valor de las copias simples de documentos notariales.* Sentencia de 25 de Marzo de 1933.

Don A. interpuso demanda contra tres señores, exponiendo que la hermana del actor falleció en Barcelona, barrio de H., con testamento ante el Cura de la Parroquia del barrio, en el que nombró herederos a los tres demandados, y como H. estaba agregada a Barcelona y no podía decirse que no había Notario, única forma en que podía otorgarse testamento ante el Párroco, acudieron al subterfugio de decir que el testamento fué sacramental, y como todo esto era anómalo, pedía fuese declarada la nulidad del testamento, fuese ante el Párroco o fuese sacramental, declarando a la vez fallecida *abintestato* a su hermana.

Contestada la demanda por uno de los demandados, éste alegó que el Juez, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, declaró testamento sacramental al otorgado de palabra, pidiendo la absolución.

El Juzgado absolvió, y la Territorial confirmó la del inferior, y la Sala rechaza el recurso, considerando que no puede entenderse que se han interpretado erróneamente en la sentencia recurrida las leyes que regulan en Cataluña el denominado testamento ante el Párroco, pues aparte de que no es de esa clase el que reconoce el Tribunal *a quo*, al actor, como a todo el que reclama el cumplimiento de obligaciones, incumbía probar lo que afirma, y, por tanto, que había Notario disponible para acudir al llamamiento de la testadora; que ésta no se hallaba en inminente peligro de muerte y que estuvo en disposición de testar en los tres días que mediaron entre la fecha del testamento y la de su muerte o cualquier otra causa de nulidad del mismo, nada de lo cual se hizo en momento oportuno.

La Sala sentenciadora, en uso de su soberanía, declara comprobado *por la copia simple del testamento* que presentó el mismo demandante que la testadora otorgó un solo testamento, constando de las actuaciones que éste fué de palabra ante varios testigos y que previa la tramitación correspondiente, fué declarado el acto testamento sacramental por resolución del Juzgado, y ese testamento, que cumple las solemnidades exigidas por el capítulo 48 del «*Recognoverunt Próceres*», porque expresa la voluntad deliberada de testar de la hermana del actor, vecina de Barcelona, expuesta ante los testigos, requisitos que bastan para la validez del mismo, según sentencia de esta Sala de 23 de Febrero de 1922, 29 de Febrero de 1923 y 2 de Octubre de 1930, aparece desde el momento de su aprobación y protocolización con la fuerza de derecho que no puede alterarse sino en virtud de pruebas completas y fehacientes que demuestren la carencia de alguno de los requisitos exigidos como necesarios.

* * *

No es la primera vez (1) que encontramos amparada por el Tribunal Supremo la existencia de copias simples; desconocidas, según la Jurisprudencia de la Dirección de los Registros, en la legislación vigente. Sin ir más lejos, en la resolución de 27 de Febrero de 1932, inserta en el «Anuario» del mismo año (página 329), se dice en el primer considerando que «las copias simples de los documentos autorizados por los Notarios son completamente desconocidas en la vigente legislación».

(1) Ver sentencia de 19 de Junio de 1931 en REVISTA CRÍTICA, año 1932, pág. 301.

Con frecuencia llamamos la atención en los casos en que por el Supremo son respetadas y ensalzadas resoluciones de la Dirección, y no deja de ser extraña esta insistencia, por parte de la Dirección, en no querer recoger una doctrina del Supremo, perfectamente lógica. Conformes, siempre respetuosamente, con que no están sujetas a Arancel, con que el Notario no puede utilizar para el cobro la vía de apremio, pero discrepamos de la nota de desconocidas y sostenemos que las copias simples son conocidas, usadas y pedidas a los Notarios, no sólo por los particulares, sino por las entidades oficiales (Diputaciones en subastas desiertas, subastas militares, etc.). En las cancelaciones se acompañará al Registro una copia simple, etc., etc., y si son pedidas y utilizadas, nada más lógico que sean cobradas, no con arreglo a Arancel, sino en compensación del trabajo realizado, extraño, por supuesto, a toda idea de mutualidad.

99. *Parafernales. Los frutos de estos bienes son gananciales, pero las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre ellos. Prueba de las obligaciones. Sentencia de 4 de Marzo de 1933.*

El recurso de casación por infracción de ley interpuesto por don V. lo deniega el Supremo, considerando que la prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento, lo que no implica forzosamente que en todo caso sea función y carga del demandante, sino del que afirma, y por ello está relevado de probar el que ejercita acciones negatorias de servidumbre de pago de pensiones forales y otras, así como también lo está el que tiene a su favor la presunción legal «*juris tantum*», como sucede en este pleito y que sólo la prueba de adverso puede destruir.

Ejercitada por la parte actora y recurrida la acción encaminada a recuperar mediante una tercería de dominio los bienes de su exclusiva pertenencia en concepto de parafernales o frutos de éstos que le habían sido embargados para atender obligaciones que le afectan por haber sido contraídas por su marido, a las partes demandadas tocaba demostrar que esas obligaciones habían redundado en beneficio de la familia, lo que no se acreditó, según afirmación de la Sala sentenciadora, que no ha sido combatida en casación por el medio legal adecuado.

Si bien es cierta la condición legal de gananciales que tienen los frutos de los bienes parafernales, conforme al artículo 1.401 del Código civil, y también lo es con arreglo al 1.408, que serán cargas de la sociedad de gananciales todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, no lo es menos que el artículo 1.386 del repetido Código, que integra una verdadera excepción de los antes citados, establece, de modo absoluto y terminante, que las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los parafernales, a menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia, habiendo dicho la Jurisprudencia del Supremo, interpretando este precepto legal, que si el marido vivió separado de la familia y sin levantar sus cargas, tales frutos no responden de sus deudas personales, lo que es de exacta aplicación al caso, por cuanto estos supuestos los afirma la demanda y los acepta la contestación, y, además, esta Sala tiene resuelta la misma cuestión, y en el propio sentido, en un caso idéntico que fué objeto de la sentencia de 30 de Diciembre de 1915.

100. *Desahucio. La acción de desahucio no puede ejercitarse cuando entre las partes hay complejidad de relaciones jurídicas, que han de discutirse en juicio declarativo.* Sentencia de 11 de Marzo de 1933.

Entablada demanda de desahucio por el dueño de unas minas de oro, desestimada por el Juzgado, y luego por la Audiencia, interpuso el demandante recurso de casación por infracción de ley que el Supremo no admite, considerando que no pueden estimarse infringidos por la Sala sentenciadora los artículos 1.281, 1.282 y 1.283 del Código civil, por cuanto mientras no se demuestre de un modo patente que en la apreciación hecha por aquélla, fijando el significado y alcance de una escritura y varias actas notariales, se faltó a las reglas de hermenéutica que tales artículos acogen, es el criterio interpretativo de la Sala el que tiene que prevalecer en oposición al personal del recurrente.

Estimándose por la Sala sentenciadora que en la mencionada escritura quedaron establecidas varias relaciones jurídicas derivadas de contratos de arrendamiento, promesa de venta, préstamo y accesoria de hipoteca, que constituyen un conjunto armónico orgánico en el que es difícil, dada su trabazón, apreciar aisladamente lo concerniente a alguno de ellos prescindiendo de su enlace con los demás, reputando que la determinación del alcance y obligaciones que se derivan de todos ellos precisa la amplia discusión del juicio declarativo, es evidente que dicha Sala no infringió, según se alega, el artículo 1.569 del Código civil, sino que hizo recta aplicación de la doctrina mantenida por este Tribunal de que la acción privilegiada de desahucio no puede ejercitarse cuando entre las partes hay complejidad de relaciones jurídicas que exijan determinar los derechos recíprocos en orden a las mismas, fijando en adecuado procedimiento declarativo la extensión y efecto de lo pactado en el título originario.

101. *Amigables componedores. El pacto de sumisión a amigables componedores no requiere de modo indispensable la escritura pública. El principio «pacta sunt servanda».* Sentencia de 14 de Marzo de 1933.

En recurso de casación por infracción de ley interpuesto por don P. L., el Supremo casa y anula la sentencia en méritos de la doctrina siguiente: el principio de derecho en materia contractual *pacta sunt servanda*, constantemente proclamado por la jurisprudencia de este Tribunal y establecido por el artículo 1.255 del Código civil, consagra el respeto que a los legisladores y Tribunales ha merecido el libre concierto de la voluntad de los contratantes, sin más limitaciones que las que en él se indican, así como también la necesidad del cumplimiento de lo pactado para el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, habiendo tenido expresión en diversos preceptos del Código, singularmente en su artículo 1.278, al ordenar la obligatoriedad de los contratos, sea cualquiera la forma en que se hayan celebrado; e igualmente en los artículos 1.089 y 1.091, señalando la fuente de las obligaciones y la fuerza de ley que alcanzan los contratos entre las partes que los han celebrado, las cuales vienen obligadas a su exacto cumplimiento.

Supuesto cuanto antecede, es inconcuso que el pacto contenido en cierto documento, según el cual los otorgantes, después de formalizar un contrato relativo a la participación de cada uno en un comercio, convinieron en que, en el caso de surgir alguna diferencia entre ellos, sería sometida al conoci-

miento de tres señores que designaban, integra una estipulación perfecta y obligatoria que sujeta a todos y a cada uno de los contratantes a su cumplimiento, no siendo lícito a ninguno de ellos acudir a los Tribunales para dirimir sus discrepancias, sino que se han de someter al juicio de las expresadas personas que en concepto de amigables componedores han de resolver las diferencias que entre los contratantes surjan por razón de lo concertado en dicho documento, sin que para la validez de este pacto de sumisión a amigables componedores, sea indispensable la escritura pública ni las solemnidades que para su efectividad señalan los preceptos de la ley procesal, las cuales sólo son exigibles llegado el caso de someter a los amigables componedores la cuestión litigiosa, según tiene declarado esta Sala en Sentencias de 31 de Octubre de 1908, 27 de Febrero de 1911, 28 de Octubre de 1921, 23 de Abril de 1927, y otras, distinguiendo la validez del pacto, como mera estipulación contractual, del procedimiento regulador de su cumplimiento, que se rige por la ley procesal, así como aquélla se sujeta a las prescripciones del Código civil.

Por no haberse ajustado la Sala sentenciadora a la doctrina expuesta, ha infringido los preceptos citados en el recurso, que es procedente estimar, y, como consecuencia forzosa, casar la sentencia recurrida.'

102. *Laudo. Designación de una Cámara de Comercio como Jurado libre. Constitución de Sociedad en documento privado. Sentencia de 15 de Marzo de 1933.*

Dos señores formaron sociedad en documento privado para la construcción de un ferrocarril, estipulando que las diferencias entre ellos serían resueltas por un representante nombrado por cada parte, y, de no haber acuerdo, por la Cámara de Comercio de Z. Llegado el caso, y designados los representantes, éstos firmaron un acta manifestando que, por carencia de datos, no podían llevar a efecto su cometido. Uno de los consocios demandó al otro para que accediese a llevar el asunto a conocimiento de la Cámara de Comercio, y el Juzgado dictó sentencia por la que estimó la demanda, y en vista de esta sentencia, una vez firme, la Cámara dictó un laudo haciendo determinados pronunciamientos, y con estos antecedentes uno de los interesados formuló demanda ante el Juzgado de Z para que se declarase carente de valor y fuerza legal el laudo dictado, por ir dicho laudo contra las reglas marcadas por el Juzgado en la anterior sentencia, demanda rechazada por el Juzgado. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, no lo admite el Supremo, considerando que no ha infringido el Tribunal a quo los artículos 1.820, 1.821 y 1.727 del Código civil al declarar improcedente la nulidad del laudo dictado por la Cámara de Comercio, porque, acordado por ambos consocios (?), en el contrato en que constituyeron la sociedad, la forma de resolver los desacuerdos por la Cámara de Comercio, cuyo fallo sería inapelable, y sometida la cuestión a la misma que se halla facultada a estos efectos por el número 3 del artículo noveno del Reglamento de 26 de Julio de 1929 y por cartas de los interesados, pacto lícito que no se opone a la moral ni a las leyes, es evidente que, ante esas amplísimas facultades, el fallo de la Cámara no se excedió del mandato que se le había conferido, sobre todo si se tiene en cuenta que la Cámara procedía como jurado libre, conforme a su buen juicio y que las partes habían renunciado a toda posterior apelación.

Tampoco infringe la sentencia recurrida el artículo 1.137 del Código civil, por violación directa, ni el 127 del de Comercio, por indebida aplicación, al convalidar la condena solidaria dispuesta en el laudo de referencia, porque dadas las amplias facultades que se dieron a la Cámara, bien pudo declarar

la solidaridad de la deuda, sobre todo si tuvo en cuenta lo preceptuado en el artículo 127, que establece la solidaridad de los socios colectivos, sin distinción alguna.

* * *

No deja de llamar la atención el hecho que aparece en la sentencia anterior, de una constitución de Sociedad en documento privado. Tratándose de una Sociedad civil, aun es posible al amparo del principio de libertad del artículo 1.667 del Código civil; pero como en la sentencia se hace alusión a la solidaridad de los socios colectivos, parece que no se han tenido en cuenta las prescripciones del Código de Comercio. Tiene esto importancia porque el Tribunal Supremo, en varias resoluciones (31 de Mayo de 1912, 25 de Mayo de 1917 y 19 de Enero de 1925, hace depender el carácter civil o mercantil de la Sociedad de que se haya constituido o no en escritura pública, criterio equivocado en sentir de varios autores, como indica el maestro Castán en su notabilísimo estudio «Alrededor de la distinción entre las Sociedades civiles y las comerciales» (1). Lo cierto y lamentable es la frecuencia con que se constituyen Sociedades de todas clases en documentos privados, al margen del Registro mercantil, y, por consiguiente, huyendo de impuestos y gabelas, pero siempre con la amenaza de un embargo al cabeza visible, que puede ser la ruina de la supuesta Sociedad.

103. *Novación. La reducción de la cuantía de la deuda no supone transformación objetiva.* Sentencia de 17 de Marzo de 1933.

En recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por don A. F., sienta el Supremo la doctrina de que correspondiendo a la Sala sentenciadora determinar por la apreciación de las pruebas si hubo o no novación de contrato en determinado documento, a la afirmación hecha por el Tribunal de instancia de no existir tal novación hay que atenderse, ya que el citado documento, en que basa el recurrente el error de hecho, no demuestra la equivocación del juzgador, sino que su lectura corrobora el acierto del Tribunal al estimar como contenido del mismo el reconocimiento por los herederos de don I. F. de una deuda de 25.000 pesetas a favor de doña L., y compromiso de abonarlas tales herederos, como dimanante de un préstamo de 50.000 pesetas, en dos títulos de la Deuda, que dicha señora hizo a don I. F., causante de los hoy obligados, porque, aparte de imponerse la desestimación del recurso por tal motivo, es forzosa igual declaración en cuanto al error de derecho alegado, por violación de los artículos 1.218, 1.281 y 1.285 del Código civil, pues la apreciación de la Sala sentenciadora no niega la eficacia probatoria del documento ni de ninguno de sus pactos, y, al examinar su contenido, hizo recta aplicación del artículo 1.281 del Código civil y demás reglas legales de interpretación.

Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es indispensable, según el artículo 1.204 del Código civil, que el recurrente conceptúa infringido, que así se establezca o que entre ambas obligaciones exista absoluta incompatibilidad, circunstancia que no se justifica por el recurrente con sólo imponer su criterio interpretativo del documento al que fijó la Sala sentenciadora, pues en el documento en cuestión no se cambió el objeto ninguna de sus condiciones principales, ya que la reducción de la cuantía de la deuda no supone transformación objetiva; no se sustituyó la persona del deudor, cuya personalidad sigue viva en sus herederos, que como tales pactaron y suscribieron el documento, y el sujeto acreedor es el mismo.

(1) «Revista de Legislación», tomo CLV, pág. 16.

104. *Liquidación de Sociedad por Comisión gestora nombrada por acreedores y accionistas. Poder general de representación y mandato estricto. Efecto del plazo improrrogable de actuación, pendiente una declaración judicial en reclamación de un crédito de la masa.* Sentencia de 16 de Marzo de 1933.

Interpuesto recurso de casación por la Comisión gestora de la liquidación del Banco de V., el Supremo casa y anula la sentencia recurrida en méritos de la siguiente doctrina: la estructura del convenio para la liquidación del Banco, en cuanto crea un organismo complejo para la efectividad de la misma y establece un plazo improrrogable de actuación, adopta el contenido y la forma de un poder general de representación en nombre y por cuenta del representado, a fin de lograr aquel propósito económico y no de un mandato estricto sobre obligaciones concretas, como claramente se infiere del texto mismo del convenio, merced al cual la Junta de acreedores y accionistas del Banco confieren su representación y otorgan su plena y total personalidad a la Comisión gestora, con facultades para tomar y ejecutar exclusivamente los acuerdos que en orden a la liquidación estime oportunos, a tenor de las bases del convenio y preceptos del Reglamento.

Dos de las bases del convenio caracterizan la figura, no de un mandato concreto, sino de una representación absoluta determinada por poderes genéricos y exhaustivos, para actuar con libertad e iniciativa propias dentro de los límites amplísimos del apoderamiento otorgado con la plenitud de poder jurídico peculiar de esta clase de negocios, en los cuales su finalidad, referida a la más perfecta reintegración económica de la masa, que es el objeto esencial del concordato, atrae y absorbe todas las demás figuras de gestión, secundarias y subordinadas respecto de aquéllas; y en tal sentido es claro que la personalidad conferida a la Comisión gestora equivale a una hipótesis de la voluntad colectiva poderdante, tanto más acusada en este caso cuanto que el propósito no es aquí una persona física y distinta, sino una entidad moral corporativa, surgida de los mismos elementos integrales del *dominus*, que, por participar de este origen y afectar individualmente a dichos componentes el mismo interés patrimonial de la masa, puede decirse que operan a semejanza del *procurator in rem suam*, función que refuerza su vitalidad en orden al negocio encomendado y frente a toda tentativa prematura de decadencia o enervación de su personalidad antes de lograr la finalidad perseguida.

Fijada así la interpretación teleológica de la representación que se examina, el contenido de la cláusula que establece un plazo dentro del cual ha de realizarse la liquidación prevenida no es una limitación extintiva del poder en el tiempo que determine la caducidad perentoria del mismo respecto al *terius sciens*, sino que constituye meramente una *fiducia* encuadrada en el marco de las relaciones internas del apoderamiento y equivale a una obligación de hacer impuesta al organismo representativo, sin otra trascendencia externa que la derivada de la responsabilidad imputable a éste por la demora en el cumplimiento de las obligaciones que asumió al aceptar el encargo, infracción relativa que en modo alguno puede matar la personalidad del apoderado, a instancia de un tercero obstinado en dificultar la persecución de sus obligaciones, porque, aceptada esta tesis, conduciría al absurdo de hacer imposible e ineficaz el fin económico y esencial para que fué instituída la Comisión gestora.

A mayor suma de razones, otra base concede al órgano de poder facultades excepcionales para solucionar a discreción y con plena autoridad cualquier contingencia imprevista en la voluntad concordada, y no cabe duda.

alguna que iniciada la persecución judicial de un crédito por la Comisión gestora, en franca vigencia de sus facultades representativas, pero acontecida en el curso del procedimiento jurisdiccional la pretendida decadencia del plazo reputado *a priori* como término fatal de la liquidación, mal podía cancelarse ésta, pendiente la declaración judicial del derecho a integrar la masa con el montante de aquel crédito en vía de efectividad, tanto más cuanto que la gestión de la litis hasta agotar las instancias y los recursos legales es también otro derecho indiscutible del patrimonio yacente, los representantes del cual no sólo lo tienen en potencia y en vigencia, sino que también asumen el deber de ejercitarlo hasta obtener la *res judicata* definitiva, como ahora se ha intentado.

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

105. *Costas. Cuándo procede su imposición. ¿Es preciso citar en la demanda en que alega la causa de injurias graves, las frases injuriosas? Malos tratos. Sentencia de 8 de Marzo de 1933.*

Ante el Juzgado de V., doña E. formuló demanda contra su esposo, solicitando el divorcio vincular del matrimonio por malos malos, los que fueron causa de la presentación de una demanda ante el Tribunal eclesiástico, de la que había apelado; pero habiéndose promulgado entre tanto una nueva legislación, al amparo de ésta formulaba demanda, a la que agregaba la existencia de adulterio no consentido por ella.

Se opusieron el Fiscal y el demandado, y practicadas las pruebas, la Audiencia de Pontevedra declaró haber lugar al divorcio, decretando la disolución del matrimonio y quedando en poder de la madre, inocente, las hijas. Interpuesto recurso de revisión como comprendido en las causas segunda y tercera del artículo 57 de la ley, lo rechaza el Supremo, porque planteado este recurso como comprendido en las causas dichas, se funda la primera en la violación de las formalidades esenciales del juicio, por haberse privado al demandado de la prueba documental que propuso, no habiéndose llevado a efecto por falta de tiempo para realizarla, debido a que ha sido erróneamente interpretado el artículo 50, párrafo 2.º, de la citada ley (sin duda, se ha querido aludir al 52), por haberse computado el plazo para la prueba desde que se abrió este período, en vez de hacerlo desde que la parte hizo posible la práctica.

Del examen de los antecedentes, resulta que al escrito de proposición de prueba recayó providencia en el mismo día admitiéndola, habiéndose dispuesto expedir exhorto para pedir ciertos particulares del pleito de divorcio en el Obispado de T., exhorto que se presentó con considerable retraso, lo que dió lugar a la contestación del Provisorato de que no había tiempo para expedirlo en el plazo que restaba del término de prueba, y esta pérdida de tiempo, que imposibilitó la práctica de la diligencia, por abandono de una parte, no debe suplirse por el Juez, como se dice en el recurso, usando de la facultad que para mejor proveer indica el artículo 340 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque ello equivaldría a apartarse de la imparcialidad, que debe ser norma de su actuación, para convertirse en defensor de una parte; pero dejando a un lado esa razón, no cabe apoyar un recurso de esta naturaleza en que el Juez no usó de una facultad que la Ley le otorga, y, por tanto, no derivando la supuesta indefensión que el recurrente invoca, de infracción de normas esenciales del juicio, ya que ninguna se ha cometido, es indudable la improcedencia de esta causa de revisión.

La causa de injusticia notoria la apoya el recurrente en haberle sido

impuestas las costas, siendo así que no prosperó una causa de divorcio; porque el Tribunal no debió examinar la causa de injurias, por no fijarse en la demanda las frases y porque los malos tratos de obra no pueden ser apreciados por actos aislados de violencia, sino que se refieren a crueldad de un modo habitual; para combatir estos tres motivos bastan las siguientes razones: las costas son una sanción que la Ley impone al litigante vencido en pleito de divorcio, por cualquiera de las causas que dé lugar a su condena; el segundo motivo tiene menos de argumento que de sutileza, ya que alegadas las injurias en la demanda y demostrada su realidad en la prueba, obró el Tribunal con acierto al estimar esta causa; y en cuanto al tercero, porque la Sala sentenciadora pudo apreciar, como apreció, que los actos imputados por la demandante a su marido eran de importancia bastante a determinar que había incurrido en la causa de los malos tratamientos alegada.

106. *Concurrencia de cuatro Magistrados a la vista e intervención del Ministerio Fiscal durante el período de instrucción existiendo un menor.* Sentencia de 20 de Febrero de 1933.

Interpuesto recurso de revisión por don F. M., el Supremo sienta los siguientes considerandos resolviendo tres cuestiones: si la concurrencia de cuatro Magistrados a la vista para dictar sentencia constituye o no una violación de las formalidades esenciales del juicio; si el haber omitido la intervención del Ministerio Fiscal durante el período de instrucción e instancia única, es un quebrantamiento sustancial del procedimiento, con indefensión del hijo menor, y, por último, si ha habido error de apreciación de prueba motivador de injusticia notoria.

Si bien el Decreto de 2 de Marzo de 1931 modificó la ley de Enjuiciamiento, elevando el límite máximo para los juicios de menor cuantía hasta veinte mil pesetas y exigiendo por este motivo para la apelación que las Salas de las Territoriales se constituyan con cinco Magistrados, es lo cierto que el artículo 46 de la ley de Divorcio, al preceptuar que las demandas de separación y de divorcio se sustancien por los trámites de los juicios de menor cuantía, añadió «salvo las modificaciones que establezca esta ley», entre las que se destacan la instauración de la instancia única, suprimiendo, por tanto, la apelación y la competencia para conocer de esos pleitos matrimoniales a las Audiencias provinciales, lo que evidencia la falta de aplicación del mencionado Decreto a esta clase de litigios regidos por preceptos especiales, por lo que hay que rechazar la primera cuestión propuesta.

Sea cualquiera la interpretación del artículo 48 respecto a la intervención como parte del Ministerio Fiscal, es indudable que en este recurso se le confirió traslado para instrucción por el término legal, sin que esto sea motivo ni materia propia del recurso de revisión, por lo que ha de resolverse también en forma negativa esta segunda cuestión.

En cuanto a la tercera cuestión, según tiene declarado este Tribunal, la injusticia notoria a que se refiere la causa tercera del artículo 57 ha de ser palmaria, evidente y de notoria infracción de las reglas de la lógica en la apreciación de las pruebas o de la calificación racional y jurídica que los hechos probados merezcan, y es patente que las anteriores infracciones no concurren en la sentencia recurrida, por lo que procede la declaración de culpabilidad hecha en la misma, así como la de costas.

* * *

Es muy interesante la Circular de la Fiscalía de la República de 10 de Marzo de 1933 («Gaceta» del 11), sobre cumplimiento del artículo 48 de la

ley de Divorcio e intervención del Ministerio Fiscal habiendo hijos o cónyuges menores.

107. *Separación de personas y bienes. Pedida aisladamente la separación por un cónyuge invocando la culpabilidad del otro, no cabe mutuo disenso. Demostrando que la vida conyugal era insoportable, procede decretar la separación.* Sentencia de 29 de Marzo de 1933.

Doña A. formuló demanda contra su esposo en virtud de diferentes causas que impedían la mutua convivencia, y en ella pedía se declarara haber lugar a la separación de personas y bienes, estimando culpable al demandado. Negó el demandado el adulterio y abandono, y emitido informe por el Juez, la Audiencia no dió lugar a la separación.

Doña A. interpuso recurso de revisión, fundada en la causa 3.^a del artículo 57 de la ley, y el Supremo admite el recurso por injusticia notoria, decretando la separación solicitada por la causa 3.^a del artículo 36, considerando que el recurso de revisión contra la sentencia que denegó la separación de personas y bienes se funda en la causa 3.^a del artículo 57, por dos motivos: uno, porque estando pedida la separación por ambos cónyuges, legalmente debía acordarse y acceder a ella por imperativo legal de los artículos 63 a 66 de la indicada ley, y otro, el no haberse apreciado en la sentencia la existencia y realidad de la causa 3.^a del artículo 36.

En cuanto al primer fundamento, si bien la demandante, hoy recurrente, solicitó en el suplico de la demanda la separación de personas y bienes, y el marido demandado hizo igual petición en el suplico de su contestación, esta conformidad no puede equipararse al mutuo disenso que regula el artículo 63 de la ley, porque para la aplicación de este artículo, esto es, cuando ambos cónyuges están conformes en separarse o divorciarse, en primer lugar, deben pedirlo conjuntamente; después, no es preciso alegar causa alguna que sirva de base a sus pretensiones, ni puede invocarse culpabilidad para alguno de ellos, ni es el mismo el procedimiento a seguir; que el caso del artículo 63 es el único en que el Juez las decreta y el único contra cuya sentencia no ha establecido recurso alguno la ley, porque el Juez no hace más que comprobar la firmeza y libertad del consentimiento de los cónyuges, sin contienda entre ellos, y como en el presente caso la separación se pidió aisladamente y en escrito distinto, se alegaron causas diferentes y se invocó por la mujer la culpabilidad del marido, es manifiesto que la Audiencia no incurrió en injusticia notoria al tramitar aquella petición conforme a los artículos 46 y siguientes de la ley y sin sujetarse a los 64, 65 y 66 en cuanto a su concesión o desestimación.

En cuanto al segundo y último fundamento, procede estimar la injusticia notoria al no apreciarse la realidad de la causa 3.^a del artículo 36, por ambos cónyuges invocada en sus escritos, porque tal realidad se deriva claramente: primero, de su reconocimiento y ratificación en todo el pleito por los litigantes, que insisten en ella reiteradamente, y segundo, porque de toda la prueba testifical, tanto de la practicada a instancia de la mujer, como a instancia del marido, quedan evidenciados los disgustos y desavenencias matrimoniales profundas, que, ya se originaran por parte de él, según los testigos de ella, o por culpa de la mujer, según los testigos de él, el hecho en que coinciden todas las declaraciones es que la vida matrimonial era insoportable, y al no apreciarlo así la Audiencia y desestimar la separación por ambos cónyuges pedida, incide en injusticia notoria en el examen y análisis de la prueba.

108. *Recurso de revisión. Ha de interponerse y formalizarse en escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, exponiendo y razonando sucintamente los hechos y fundamentos en que se apoya.* Sentencia de 31 de Marzo de 1933.

Doña V. L. interpuso demanda de separación de personas y bienes contra su esposo, fundada en abandono y falta de cuidados por parte de éste, y desestimada la demanda, interpuso recurso de revisión por estimar que la sentencia dictada se hallaba comprendida en la causa tercera del artículo 57 de la ley de 2 de Marzo, el que es rechazado por el Supremo, considerando que según tiene declarado este Tribunal, en perfecta armonía con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 57 de la ley de Divorcio, el recurso de revisión que dicho precepto establece ha de interponerse y formalizarse en documento presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, no bastando expresar el propósito de utilizarlo ni tampoco la mera cita de la causa en que se apoya, sino que es preciso exponer y razonar sucintamente los hechos y fundamentos en que se apoya, planteando los términos en que se ha de desenvolver el debate en el informe oral ante la Sala, todo lo cual integra la formalización exigida por la ley.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

ANA E L E R S

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

Agente de negocios Habilitación de Clases pasivas. Presentación de toda clase de instancias en la Dirección general de los Registros y en los demás Centros oficiales. Gestiones en los mismos. Certificaciones de penales, últimas voluntades y demás. Fianzas, jubilaciones, viudedades y orfandades.—San Bernardo, 52, segundo derecha. — Teléfono 13906.

Legislación ordenada y comentada de la República española:

por Jácome Ruiz

Compilación cronológico-sistemática de todas las disposiciones de carácter general (proyectos de ley, leyes, decretos, órdenes, circulares y protocolos), publicadas en la *Gaceta* desde el día 1.º de Enero al 31 de Diciembre de 1932.

Para el fácil y cómodo manejo del verdadero caos legal que constituye todo lo legislado—tan frecuentemente enmendado, anulado, reformado ó añadido.—durante el año 1932 (pasan de mil las disposiciones recogidas en esta compilación), lleva esta obra, verdaderamente excepcional en su clase, tres índices: Uno cronológico sistemático (por Departamentos ministeriales) al principio de cada mes; otro parcial al final de cada uno de los dos tomos de que consta, citando las disposiciones que pudiesen decir fundamentales y de más uso; y un tercero, alfabético-sistemático al final del tomo II (tirado en papel amarillo), donde por orden rigurosamente alfabético van referidas cuantas disposiciones contienen ambos volúmenes de cuantas maneras puede citárselas lógicamente, con objeto de que con la menor referencia que se tenga de ellas pueda encontrarse las con toda facilidad.

De lo que contiene esta obra puede formarse una idea sabiendo que el tomo I tiene 1.184 páginas y 1.818 el II; y el índice alfabético 96 páginas, a 44 líneas, del cuerpo 8.

El precio de ambos tomos, perfectamente encuadernados, es de 20 pesetas. Por correo, 21; a reembolso, 21,50 pesetas.

Otras obras jurídicas de Jácome Ruiz

PRACTICA FORENSE.—(Teoría y práctica del procedimiento judicial en materia civil..

Con 144 formularios. Primera obra en su clase, que estudia y expone a un tiempo, como es lógico que se haga, los Procedimientos judiciales y la Práctica forense; es decir, el «porqué» y el «cómo» de las actuaciones jurídicas.)—Un volumen encuadernado, 10 pesetas.

EL DERECHO DE ASOCIACION EN ESPAÑA.—(Constitución, legalización, registro y funcionamiento de toda clase de Sociedades civiles y mercantiles. Con modelos y formularios.)—Un tomo, 2,50 pesetas.

EL ABOGADO DEL OBRERO.—(Toda la legislación social explicada y comentada al alcance de cualquiera. Con modelos y formularios.)—Un tomo, 2 pesetas.

CASEROS E INQUILINOS.—Una peseta.

MATRIMONIO Y DIVORCIO.—Una peseta.

TESTAMENTOS.—(Con 30 modelos.)—Una peseta.

HERENCIA Y PARTICIONES.—Una peseta.

LA LETRA DE CAMBIO.—Una peseta.

Pedidas, y toda clase de libros, a LIBRERIA BERGUA, Mariana Pineda, 9, Madrid.