

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VIII

Diciembre de 1932

Núm. 96

Inscripción de documentos privados ^(*)

(Continuación.)

En esencia, este precepto exige, para la inscripción de un título, la inscripción previa o anterior a nombre del transmitente, partiendo así imperiosamente de que toda inscripción sea derivada de otra, que a su vez lo es de la anterior, y, además, que no se haya interpuesto entre ambos otra que lo impida (artículo 17 de la Ley). En este camino habrá de llegar, necesariamente, a encontrar una inscripción primera a inscribir que no procediera de otra; en rigor, esa inscripción primera sólo podría ser la producida por la información de posesión o por el expediente de dominio. Mas rompe esta rigidez de principios y admite una clase especial de inscripciones en las que puede tener lugar el juego de toda la Ley, que es juego de inscripciones derivadas o de efectos en favor de ellas, por haberse fundado en la anterior. Y esta clase aparece formada por las inscripciones que, originando un primer asiento del Registro nuevo, se fundan en un título anterior a 1909.

No es difícil ver en este precepto la influencia, como arrastre de ideas, en la forma confusa con que las anteriores actúan sobre las nuevas en la elaboración del Derecho, de aquellos preceptos referentes al traslado de los asientos de los oficios, y de aquel embrionario artículo 20 de la ley d 1869, cuyo sentido quedó observado por vosotros.

Parecerá evidente que con esto retrocedemos a aquel período

(*) Véase el número anterior.

de tiempo en que se dió entrada en el Registro nuevo a toda la titulación anterior, que, en definitiva, constituía una débil prueba de certeza jurídica. Examinemos, antes de sacar conclusión alguna, el alcance del artículo 20.

La inscripción que a su amparo se practica, basándose en los títulos anteriores, no ha exigido la previa inscripción primera de éstos, sin embargo de lo cual actúa como derivada pasados dos años de su fecha, a los efectos de hacerse firme e inatacable en aquel contenido derivado del de los títulos en que se fundó. Es decir, que el título hace las veces de inscripción primera.

Si observamos ahora que de ese título se mencionan las circunstancias esenciales, veremos en esa mención el embrión de una verdadera inscripción primera.

Pero concebida la inscripción primera como la existente en la mención de circunstancias, no tenemos que ocuparnos de determinar sus efectos especiales e independientes de la inscripción derivada de esa mención o título, puesto que esa independencia no existe. Ha de estar unida a ella; no cabe separación entre ambas; forma parte del cuerpo de la misma. Es ella misma.

Recoge la Ley, por este medio científico y hábil, las dos ideas siguientes: «la inscripción primera no es nada por sí sola en el sistema moderno, sino en orden a facilitar y posibilitar la actuación de la inscripción derivada», y «la inscripción derivada opera sobre la inscripción de que se deriva, vivificándola y confirmándola, pero sólo en beneficio de la derivada». Y las impone y logra exigiendo un solo asiento comprensivo de los elementos necesarios para la aplicación del sistema. Une ambos extremos, porque en esencia son uno sólo. Hace inconcebible la doble inscripción—en dos asientos diferentes—, porque el primero no puede tener utilidad ni vida más que en función del segundo.

Relaja el principio de que la primera inscripción ha de tener las garantías precisas de veracidad para que sobre ella opere la derivada y sirva de cabeza al sistema; pero, en definitiva, con ello sólo reproduce el fallo que dictó la ley de 1861 al mismo problema y que ha servido de base al Registro moderno.

Si, pues, no pretendemos alterarlo mejorándolo, nos conformaremos con que el artículo 20 no ofrezca menores garantías de seguridad que el sistema de Registro e inscripción de las leyes

de 1861 y 1869, con arreglo al cual se halla inscrita la mejor parte de la propiedad nacional.

Pues bien : ese resultado ofrece el artículo 20 de la ley de 1909. Su espíritu y trayectoria pueden, tal vez, concretarse como sigue : El sistema hipotecario moderno opera sobre la inscripción de que se deriva otra (inscripción previa, que puede ser, en algún caso, inscripción primera), haciéndola inatacable ; pero este efecto se produce únicamente en beneficio de la inscripción derivada. Aplicado el principio a la inscripción basada en títulos antiguos del artículo 20, con la salvedad de que durante un período de dos años se suspenden esos efectos, no habrá perturbación ni perjuicio para nadie ; todo el que tenga interés en rechazar la inscripción, podrá hacerlo en ese plazo, y si no lo efectúa, podremos presumir que no existe interés contrario, o sea que el título antiguo reflejaba la realidad jurídica ; si se impugna el asiento, se habrá restablecido la realidad jurídica, sin mengua para nadie y en beneficio social. Actúa el precepto legal de acicate de inscripción y de purificación del Registro.

Se afirmará, en contrario, que puede ser ignorada la inscripción derivada por un extraño, al que, transcurridos los dos años, perjudique en sus derechos, desvaneciéndolos ante el juego del sistema : a), cuando el derecho inscrito no actúe materialmente sobre el suyo ; v. gr. : una hipoteca que gravase el dominio transmitido como libre, por no constar el gravamen en el título antiguo. Ciertamente ; mas no estimamos razón suficiente para rechazarlo ; y b), cuando el adquirente, durante esos dos años, no ejercite su derecho—el dominio adquirido por compra—, para evitar que el verdadero dueño impugne la inscripción del comprador y el título falso del vendedor en ese período de tiempo en que no es firme. Estaremos ante un caso de mala fe, previsto actualmente en el sistema. Será evidente la mala fe del comprador porque inscrito su título de compra al mismo tiempo que el falso del vendedor (título antiguo) se ha mencionado, su conducta (inejercicio del dominio durante dos años) la presupone cumplidamente.

No afirmaríamos lo mismo si el título anterior pudiera inscribirse por sí solo como en las leyes anteriores, pues en este caso, lograda la inscripción por el no dueño (o dueño que vendió su dominio antes) y dejados transcurrir los dos años, vendería la

finca a un comprador de buena fe, con irreparable perjuicio para el verdadero dueño.

Vista la cuestión en esta forma, aceptaremos el contenido del artículo que examinamos; para su desenvolvimiento, preguntaremos: El título anterior a 1909, ¿deberá ser necesariamente un documento público o bastará que sea un documento privado?

Indudablemente, el documento público ofrece más garantías de certeza que el privado. Sabemos que aquél nos informa de la capacidad de los otorgantes, de su identidad, etc., además de su autenticidad. Sabemos igualmente que aquél razonamiento que justificaba la inscripción primera de documentos privados (ser suficientes para provocar asientos en los libros antiguos, que podían ser trasladados a los modernos) pierde toda su fuerza desde el momento que en adelante no tendrán acceso al Registro nuevo los asientos de los oficios de hipotecas. Por todo lo cual podemos inclinarnos resueltamente por la sola admisión de documentos públicos.

También es cierto que el legislador desea facilitar la inscripción dando entrada a la documentación privada, procurando subsanar sus deficiencias más lógicamente suponibles, o sea su falta de autenticidad, mediante exigir los requisitos que el Código civil señala a los mismos para hacer fe en juicio en cuanto a su fecha, si bien ahora resulten deficientes, porque la muerte de uno de sus firmantes presupone que el contrato fué anterior, pero no impide que la firma—desconocida—sea puesta por un extraño, falseándola, después de tal fallecimiento, con fecha anterior; y que, decidiéndose por la admisión, desenvuelve la materia en el artículo 87 del Reglamento, párrafo segundo y siguientes.

Tan sólo una consideración nos mueve a no censurar el criterio legal: la suspensión de efectos durante dos años, que permitirá a todo perjudicado la impugnación de la inscripción y la defensa de su derecho. No; no es fácil, con esta suspensión de efectos, que se pretenda utilizar el Registro con fines reprobables. Propugnaríamos, en cambio, por que se exigiera la legitimación notarial o el cotejo judicial de la firma del otorgante fallecido, si en tal fallecimiento había de basarse la presunción de autenticidad.

Ahora bien: a poco de publicarse la ley de 1909, el culto Registrador de la Propiedad D. Félix Alvarez Cascos aboga por la

inscripción de los documentos públicos anteriores a su fecha, por sí solos, es decir, sin la compañía del documento posterior de que sean sólo menciones de circunstancias hechas en el mismo asiento, a que les reduce el artículo 20.

Eleva la categoría accesoria de ellos hasta darles fuerza suficiente para provocar por sí solos una inscripción no fundada más que en sí misma, nacida de sí misma, sin apoyo de otra anterior ni de un título anterior, ni con motivo de otro título e inscripción posterior. Queda así planteado netamente el problema de las inscripciones primeras, que creímos definitivamente desaparecido.

Ante él nos proponemos únicamente que se examine y resuelva sistemáticamente, prescindiendo de la argumentación basada en la letra de la Ley y de su interpretación gramatical, exclusivamente. Y, concretando, que se determinen exactamente los efectos de las inscripciones primeras y los de las derivadas que en ellas se funden. Antes de ello, no podremos admitir su inscripción, a menos que no nos asuste volver a la confusión y empirismo de tiempos pasados.

No obstante lo expresado, que parece evidente, dice la Resolución de 30 de Diciembre de 1909, decidiendo una consulta del Registrador de Caravaca: «Considerando: Que ha de admitirse igualmente que si los documentos fehacientes anteriores a primero de Enero del corriente año pueden servir de base para la inscripción de los otorgados con posterioridad, pueden también por sí solos tener acceso a los libros del Registro, o, lo que es lo mismo, que los documentos relativos al dominio de los inmuebles o derechos reales otorgados con anterioridad a la expresada fecha son también inscribibles a favor del que está facultado para transferir, aunque éste no transfiera dicho dominio, pues no hay razón para hacer depender su inscripción del hecho de que los inmuebles o derechos reales a que los mismos se refieran sean objeto de transmisión o gravamen, efectuados con posterioridad a aquella fecha, toda vez que esta circunstancia accidental no puede determinar por sí sola la concesión de tal derecho, sino que el motivo originario del mismo, o sea el establecer un punto de partida en el Registro al propietario cuyos títulos no han podido tener ingreso en el mismo por falta de previa inscripción, existe tanto en uno como en otro caso.» Consecuentemente, decide su inscripción por sí so-

los; sin embargo, la letra y el espíritu de la Ley eran lo suficientemente claros para deducir que los documentos fehacientes—públicos o privados—no podían provocar una inscripción especial por sí mismos, puesto que los mencionaba para regularlos en el solo caso de acompañar al documento posterior inscribible.

Es más profunda la diferencia de la que muestra la Resolución; aquella inscripción única del artículo 20, en que coinciden la mención del título antiguo y la inscripción del moderno, es un arbitrio ingenioso y científico para lograr que, gozando ésta a su favor de todos los efectos que la Ley señala a las inscripciones derivadas—una vez transcurridos dos años—, no produzca la mención del título antiguo perturbación jurídica alguna, mediante asignar a éste un solo efecto o función: servir de base a la derivada para el juego total del sistema, sin que pueda tener vida registral posible con independencia de la inscripción derivada.

Por el contrario, la inscripción primera especial, que admite por sí misma, es un concepto nuevo que requiere la inmediata determinación de su actuación en la vida jurídica. Preguntaremos: ¿Cuáles son sus efectos? Para responder a esta interrogación no es suficiente la argumentación de la citada Resolución.

El artículo 87 del Reglamento vigente plantea definitivamente la cuestión: «Podrán inscribirse sin el requisito de la previa inscripción: 1.º Los documentos comprendidos en el artículo 3.º de la ley anteriores al 1.º de Enero de 1909, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento. 2.º Los otorgados desde 1.º de Enero de 1909, siempre que el transmitente justifique con documentos fehacientes la adquisición anterior a dicha fecha de la finca o derecho que se trate de inscribir.»

Art. 90. «La limitación de dos años consignada en el párrafo cuarto del artículo 20 de la ley de 1 de Enero de 1909, no alcanzará a las inscripciones que se practiquen en virtud de los documentos anteriores a 1 de Enero de 1863.»

Con arreglo a estos artículos se producirán las siguientes clases de inscripciones: 1.º, inscripciones con mención previa o de documentos posteriores a 1909 que se funden en títulos anteriores, subdivididos en dos grupos: a), cuando los títulos antiguos que se acompañan y mencionan son anteriores a 1863, los

cuales se hacen inatacables desde su fecha, sin aplazamiento de dos años, *en todo aquello en que se han fundado en el título antiguo* (¿tanto si son documentos públicos como privados? Nos inclinamos por la afirmación); y b), cuando los títulos antiguos son posteriores a 1863 y anteriores a 1909, cuyos efectos de inatacabilidad se suspenden dos años, durante los cuales pueden impugnarse, *en cuanto se basaron en el título antiguo* (luego veremos el alcance de la expresión subrayada); 2.º, inscripciones primeras propiamente tales o sin mención previa, que serán las siguientes: a), las de documentos públicos anteriores a 1863; b), las de documentos públicos posteriores a 1863 y anteriores a 1909.

Veamos los efectos específicos de esta segunda clase de inscripciones antes de que de ellas nazca la inscripción derivada. Desde luego no puede aplicarse el principio típico de las inscripciones derivadas por el cual éstas se hacen inatacables en el contenido derivado de la inscripción anterior, porque la misma no existe. En sustitución de este efecto podría ordenarse la inatacabilidad íntegra de su contenido, con presunción de realidad *juris et de jure*, pero su sola enunciación provoca en nosotros su repulsa inmediata.

Art. 17. Quiere decir que, inscrito un título, y derivado de él otro, e inscrito, ya no podrá inscribirse el derecho transmitido por el primer titular a un extraño antes de la transmisión al titular derivado, es decir, que esta inscripción derivada, que en realidad debiera ser nula, queda inatacable por haberse inscrito antes que el título verdadero, basándose esta conclusión en el principio de publicidad, que impone como cierto, con presunción *juris et de jure*, el contenido del Registro en favor de la inscripción derivada.

No lo estimamos aplicable a las inscripciones primeras; ciertamente podremos sostener que, impidiendo la inscripción de todo título anterior a ellas, habremos aplicado el artículo 17. Pero si a ello no añadimos que no podrá impugnarse la inscripción para, anulada, inscribir el título contradictorio, que es en realidad lo que el artículo 17 expresa, sólo lo habremos aplicado en la letra, mal interpretada; y si, por el contrario, consignáramos la imposibilidad de impugnación, haríamos una declaración de pre-

sunción de realidad *juris et de jure* de su total contenido, que antes hemos rechazado.

Arts. 34, 36 y 37. Su sola lectura demuestra su aplicación exclusiva a las inscripciones derivadas. Pues la ley Hipotecaria no es más que los anteriores artículos, en esencia. Podemos afirmar, por lo tanto, que la ley ha sido dictada con la vista fija en las inscripciones derivadas, desconociendo, u olvidando, las primeras (a nuestro juicio, rechazándolas, pese a la Resolución citada, que es la que realmente las crea huérfanas de regulación).

Arts. 393 y 400. ¿Impedirán las informaciones de posesión? ¿Dificultarán en los términos del artículo 503 del Reglamento, los expedientes de dominio? En todo caso se presentará una inscripción primera frente a otras, también primeras.

Art. 41. ¿Tendrá a su favor la presunción de posesión? Si su fundamento es que tan sólo la propiedad confiere el derecho a la posesión, tendremos una presunción—de posesión—, edificada sobre otra presunción—de dominio—, formando un cuerpo demasiado débil para sustentar el peso del artículo 41.

Por lo tanto, a nuestro juicio, la inscripción primera del título antiguo no debe surtir efecto sustantivo alguno para su titular, sirviendo únicamente para actuar de base de la inscripción posterior y para que sobre ella puedan aplicarse los efectos que el sistema hipotecario señala a las derivadas.

Pues bien, si estos efectos se producen con el sistema de la mención previa, ¿para qué admitir la especial primera por sí sola? Se replicará: sí, en definitiva, ésta es un asiento sin efecto, que tiene la ventaja de publicar un derecho, sin perjuicio para nadie, no debe rechazarse.

Antes de responder veamos si la afirmación de que no causa perjuicio es cierta; para ello examinemos los efectos de las inscripciones derivadas que se basan en esas primeras, en sus diversas clases.

1.º Inscripción derivada de una inscripción primera de un título anterior a 1863.

Tornará, según sabemos, a su favor, el contenido de esa inscripción—primera—en que se basó.

¿Se aplazará este efecto durante el período de dos años, por analogía con el párrafo 4.º del artículo 20?, o ¿surtirá efecto en

el momento de la inscripción, por analogía con el artículo 90 del Reglamento?

2.º Inscripción derivada de una inscripción primera de un título posterior a 1863 y anterior a 1909.

Tomará a su favor el contenido de la inscripción—primera—en que se basó.

¿Se aplazará este efecto durante dos años? (Por analogía con el mismo párrafo 4.º, ya que el artículo 90 del Reglamento es inaplicable.)

Si respondemos negativamente, caeremos en el peligroso error de hacer directa e inmediatamente inatacable un título poco firme para la garantía del orden social, por aplicarse el juego del sistema sin aquel aplazamiento en que veíamos la única garantía de justicia y paz.

Si respondemos afirmativamente, surgirá inmediatamente otra interrogación: Estos dos años, ¿serán contados a partir de la fecha de la inscripción primera, o desde la fecha de la derivada?

Si desde ésta, para nada especial ha servido la inscripción primera; si desde aquélla, nos exponemos a graves consecuencias, pues bastará que quien fué dueño de la finca, que después vendió, inscriba su título caducado por transferencia y deje transcurrir dos años desde la fecha de la inscripción para que la nueva venta, falsa, que realice sea para el inscribiente comprador un título inatacable. Y así como en el mismo caso de venta por el no dueño, en las inscripciones de mención previa, vimos que habría que suponer mala fe en el comprador que no ejercitase su derecho durante los dos años, ahora no podremos suponer esa mala fe en el comprador, y, en consecuencia, será irreparable el perjuicio sufrido por el verdadero dueño.

Véase cómo quedan en disposición de cometer este despojo cuantos se han sucedido en el dominio desde tiempo inmemorial hasta 1909, cualquiera de los cuales, mediante la inscripción de su título caducado, puede cometerlo.

No podemos por menos de mostrar aquí la extrañeza que nos produce el artículo 90 del Reglamento, que considera preferentes los títulos más antiguos para la presunción de su veracidad, cuando la razón natural nos dice que cuanto más remota sea su fecha es más fundada la presunción de que desde ella hasta la presente

haya tenido lugar una transmisión que haya privado del dominio a aquel titular antiguo.

Como resultado de este examen, es posible afirmar que la admisión de inscripciones especiales de documentos públicos anteriores a 1909 por sí solos no es inocua actualmente, porque produce una confusión extrema en el orden jurídico, por carencia de reglas concretas.

Continuando, llegamos a la reforma Estévez del artículo 20, en 1922, por la que queda redactado así: «No obstante, podrán inscribirse sin dicho requisito los documentos anteriores a primero de Enero de 1922, y también los posteriores que se otorguen por quien justifique con documentos fehacientes la adquisición del derecho sobre los mismos bienes con anterioridad a esa fecha, si en ambos casos no estuviese inscrito el mismo derecho a favor de otra persona; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición, tomadas de los documentos necesarios al efecto.»

Por último, la reforma Feced traslada la fecha a 1932.

Pues bien: el mismo D. Félix Alvarez Cascos inicia, y casi diríamos que agota, la argumentación para demostrar que los documentos privados fehacientes deben producir por sí solos inscripciones primeras.

En nuestra opinión, la letra de la Ley es contraria a ello, pero creemos que, admitida la virtualidad de los documentos públicos para producir inscripciones primeras, no podrán ser rechazados los documentos privados fehacientes. Nos induce a esta creencia la siguiente argumentación: Si, no obstante la letra de las disposiciones legales, se admitió la inscripción primera producida por los documentos públicos, por la razón de ser fehacientes, unida a los razonamientos de la Resolución de 1909, siendo fehacientes los documentos privados que reúnan las condiciones del artículo 87 del Reglamento y, evidentemente, aplicables a los mismos los razonamientos de la citada Resolución, deben estimarse suficientes para provocar inscripciones primeras por sí solos.

Repetimos que nuestra opinión es contraria a la admisión de inscripciones primeras por sí solas, no sólo las producidas por medio de documentos privados, sino también por documentos públicos; y que tan sólo aspiramos a que la discusión entablada se

contraiga a los principios del sistema hipotecario aplicables a la cuestión, confiando en que si vence el criterio de la inscripción de los documentos privados, se concreten sus efectos y se aproveche la ocasión para hacer lo mismo respecto de los documentos públicos ya admitidos legalmente a tal fin.

Antes de terminar, observaremos que el sistema adoptado por el artículo 20, a juzgar por las sucesivas alteraciones de fechas, dictadas a fin de facilitar su aplicación, ha funcionado a satisfacción del legislador, y en este orden de consideraciones habrá tal vez que pensar en darle estado permanente buscando su fundamento, más que en las fechas de aplicación, en su esencia misma. En este caso, no hallamos inconveniente apreciable para redactarlo así: «No obstante, podrán inscribirse sin dicho requisito los documentos otorgados por personas que hubieren adquirido el derecho sobre los mismos bienes *con anterioridad a la fecha del título presentado a inscripción*, siempre que justifiquen su adquisición con documentos públicos o privados fehacientes y no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición, tomándola de los documentos necesarios al efecto.

Estas inscripciones no surtirán efecto contra tercero hasta después de transcurridos dos años, contados desde la fecha en que fueren hechas» (o exigiendo al título fehaciente una antigüedad determinada; v. gr., diez o menos años).

Claro está que utilizamos la terminología legal únicamente para mayor claridad, de momento.

Nosotros nunca emplearíamos el concepto de *tercero* para establecer la idea que persigue la Ley, porque, entre otras razones, éste es uno de tantos casos en que carece de aptitud para expresar el propósito del legislador.

Intentaremos demostrarlo: quiere la Ley que el titular de la inscripción hecha basándose en un título anterior no inscrito, no pueda, durante el plazo de dos años, hacer valer a su favor los beneficios que la Ley atribuye a las inscripciones derivadas, que no son otros que recoger a su favor el contenido de dicho título en que se basó, y, en consecuencia, que el verdadero dueño de la finca, o un acreedor hipotecario, puedan pedir la nulidad de la venta, o la inscripción de la afección hipotecaria, invocando no

ser cierto el contenido del título antiguo al tiempo en que sirvió de base a la inscripción y la suspensión de efectos durante dos años. Pero nada más. La Ley quiere también, seguramente, que si ese adquirente inscrito transmite su derecho, primero a un comprador que no inscribe su compra, y luego otro comprador que la inscribe, este inscribiente no pueda ser perturbado en su adquisición por el que compró antes y no inscribió, o verdadero dueño; y quiere también que si el inscribiente primero hipotecó la finca, sin que el acreedor se cuidara de inscribir la hipoteca, y después—también dentro de los dos años—vendió la finca como libre, no puede exigirse a este comprador que tenga por gravada con la hipoteca la finca que adquirió como libre, fundándose en el Registro.

Suponemos que este es el espíritu de la Ley, contra la opinión del Sr. López de Haro (*Revista de Derecho Privado*, número 187). Sin embargo, la redacción del artículo 20, párrafo 4.º, autoriza a creer que el comprador despojado por la segunda venta, así como el acreedor hipotecario, que no inscribieron, podrán sostener que sus derechos respectivos subsisten, no obstante la inscripción de compra posterior, hecha dentro de los dos años de la fecha de la inscripción de compra al titular antiguo, utilizando para su defensa el mismo apartado 4.º, en cuanto establece que estas inscripciones (inscripción al amparo del artículo 20) *no surten efectos contra terceros*. Les bastará añadir, para completar la argumentación, que uno y otro tenían el carácter de tercero, según el artículo 27 de la Ley. Y si prefieren sostener que el segundo comprador, que inscribió su título de compra, es tercero, con arreglo al artículo 23 de la Ley, llegarán al mismo resultado sosteniendo que el transmitente (que inscribió su derecho al amparo del artículo 20) tenía a su favor un título inscrito *cuyos efectos estaban en suspenso durante dos años*, respecto al tercero, o adquirente que pretende perjudicarles con su inscripción.

Pretendiendo evitar estas confusiones, intentaríamos expresar concisamente las siguientes ideas: «Las inscripciones del artículo 20, transcurridos dos años desde su fecha, acreditarán, con presunción *juris et de jure*, la preexistencia e integridad del derecho en el transmitente del mismo, en virtud de título anterior (o en virtud del título anterior en diez o menos años, según el criterio

que se acepte), en beneficio de su inscripción y de las posteriores que de ella se deriven.

«Durante el plazo de dos años podrá ejercitar sus derechos y acciones en perjuicio de dicha inscripción y, por lo tanto, de sus derivadas; igualmente, todo aquel perjudicado que pruebe que el título en que se basó no reflejaba la realidad jurídica en el momento en que le sirvió de base, restableciendo esta realidad mediante la inscripción de sus derechos.»

Los restantes efectos de las inscripciones a que nos referimos quedarían determinadas al señalar los efectos de las inscripciones que se derivasen de ellas.

«Las inscripciones derivadas de las inscripciones especiales hechas al amparo del artículo 20, y todas las que a su vez se derivan de aquéllas, quedarán afectas, durante el plazo de dos años desde la fecha de dichas inscripciones especiales, a lo preceptuado en las reglas anteriores.»

«Estas inscripciones no tendrán más limitación que la anterior, respecto del juego del sistema hipotecario, y, por lo tanto, acreditarán a su favor—aunque se hayan practicado durante el plazo de dos años desde la inscripción especial del art. 20—la preexistencia del derecho en el transferente y la integridad de tal derecho en los términos que aparezca de la inscripción a favor del mismo, la cual no podrá impugnarse en perjuicio de la derivada más que fundándose en que al tiempo de practicarse no reflejaba la realidad jurídica el título antiguo en que se basó y únicamente por quien tiene ese derecho, a tenor de las reglas anteriores, pero nunca porque posteriormente hubiese el titular de la inscripción especial realizado actos de transmisión o gravamen no inscritos, contrarios a la inscripción derivada, aun siendo anteriores a la fecha de esta inscripción.»

A. (título antiguo) vende a B. (inscripción del artículo 20).

Durante el plazo de dos años podrá impugnarse la venta e inscripción, fundándose en que A. no era dueño al realizarla, aunque B. haya vendido la finca a C. y éste haya inscrito.

A. vende a B.; B. vende a C., sin inscripción; B. vende a D., que inscribe; C. no podrá impugnar la venta a D. ni atacar su inscripción, háyase ésta realizado antes o después de los dos años desde la inscripción de la venta de A. a B.

Para terminar, haremos notar que en estas fórmulas no incluimos, entre los efectos de la inscripción del artículo 20, la imposibilidad de impugnarla por causas privativas del mismo contrato inscrito; v. gr.: la ilicitud de su causa. En un sistema científico como el español—bien interpretado—, estas causas de nulidad podrán ejercitarse siempre—antes o después de los dos años—si no se ha interpuesto una inscripción derivada que lo impida, en virtud del principio de publicidad. Y no podrán ejercitarse—ni antes, ni después de los dos años—si se interpone una inscripción derivada. A. (título antiguo) vende a B. (inscripción del artículo 20).

En todo momento, antes o después de los dos años, podrá impugnarse la venta por causas que no sean la falta del dominio de A. al tiempo de la venta; v. gr.: falta de capacidad de A. o de B.; causa ilícita de la venta, etc. Sin embargo, si B. vende a C.—antes o después de los dos años—, la inscripción a favor de C. impide la impugnación del título e inscripción de B., por aquellas causas.

Pero el desenvolvimiento de esta idea excedería del límite señalado a este trabajo.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI,

Notario.

Comentario al artículo 87 del Reglamento hipotecario

II

Me sobran razones para temer que el mayor o tal vez el único acierto que he tenido en mi modesto trabajo respecto a inscripción de documentos privados (puede verse en el número 93 de esta Revista) es el de haber contado con la posibilidad de que en el tal articulejo no hubiera sino buena intención y un poco de chochez, que, por mi desgracia, no podía calificarse de prematura. Todos los que me hicieron el honor de leer mi artículo me dedicaron hiperbólicos elogios a la habilidad, de que nunca he presumido, y a la galanura de la expresión, que ni con el mejor deseo se encontraría en mi pedestre y amazacotada prosa, aunque tratase en ella asuntos no tan inamistosos como el artículo 87 del Reglamento hipotecario. No es que ironicen a mi costa, seguro estoy de ello, sino que han querido ofrecerme una amable y bondadosa compensación a mi evidente fracaso. Apenas si pasan del número de las gracias los adheridos a mi opinión, y dejan muy atrás al de las musas los que con honrada franqueza, que yo estimo de todas veras, o hablando quedo y con la cara de dar pésames, me notificaron su actitud completamente opuesta a la solución que yo proponía en el problema de si los documentos privados de fecha cierta, y que no carezcan de las circunstancias esenciales, son o no son de suyo inscribibles.

Bien está, y está tan bien que yo, exento de tozudez y limpio, a Dios gracias, de egolatría, en vista del número de los no conformes con mi opinión, estoy dispuesto a tenerla por no viable, y y hasta desecharla, sin que ello me produzca pena ni contrariedad

que vaya ni venga. Si he sido víctima de una alucinación, y perdóneseme que aun lo dude, lamentaría pervertir a nadie con mis consejos y errores, y por esto quiero que desde el mismo lugar donde los prediqué, salga, no nada que se parezca a palinodia, sino el nuevo consejo, dirigido a los pocos compañeros que con amables y obligantes expresiones se alistaron en mi bandera, de que recuperen su libertad de acción y no concedan demasiada importancia a una experiencia que no es más que larga, y éste es mi caso, para dejarse arrastrar por el ejemplo del que la tiene. La mucha edad mejora al vino y al hombre cuando de suyo son ya buenos, pero, al contrario, los aceda y enturbia si son mediocres o malos.

Antes de enterrar para siempre este asunto, y sin pretensiones de convencer a nadie, quisiera hacer algunas consideraciones que explicarán, ya que no disculpen por completo, el desacierto en que al parecer he caído :

El artículo, cuya segunda y última parte tiene el lector a la vista, fué escrito para contestar a objeciones que en correspondencia y en conversación particulares oponían algunos compañeros a mi modo de resolver el indicado problema. Todas ellas eran dignas de atención, pero todas ellas iban encaminadas a demostrar que las palabras en que está concebido el párrafo segundo del artículo 87 del Reglamento hipotecario dicen, o por lo menos ellos creen que dicen, con claridad exclusiva de toda suerte de interpretaciones, que si bien los documentos no públicos ni auténticos aludidos en ellas, para franquear el paso del Registro a otros documentos de más categoría, tienen suficiente virtualidad, no pueden utilizarla en provecho propio para ingresar solos en el murado recinto hipotecario y permanecer allí, sin compañía, todo el tiempo que sus titulares quieran o necesiten tardar en transmitir los bienes que sean su objeto, o someterlos a gravamen. Por eso he limitado mi labor a destruir o por lo menos a enervar esta afirmación y a robustecer, en lo que se me alcanzó y creí preciso, la contraria. Algo he debido conseguir en este propósito, porque en lo no poco que unos y otros hemos hablado del asunto, la mayor parte, por no decir todos, no insisten en buscar apoyo en las palabras del artículo que comentamos ; algunos ni las mientan siquiera, y no han faltado quienes paladinamente confesaron que, en efecto, el análisis gramatical y lógico de la disposición no daba otro resultado que el que yo sostuve. Pero

nadie arría bandera ni se da por vencido, sino que cambiando de táctica y de armas con que nadie me combatía en el comienzo, y como si se pusieran de acuerdo, se encastillan ahora todos en la buena doctrina, que sí lo es ciertamente, de la intangibilidad de la ley: ninguno de sus preceptos puede ser derogado, ni parcialmente siquiera, por disposición que no esté en otra ley.

Es evidente que el artículo 3.º de la ley Hipotecaria contiene la regla general de que los títulos inscribibles han de estar consignados en escritura pública, en ejecutoria o en documento auténtico. Pero admite, sin dejar por eso de serlo, excepciones que la misma ley introduce, o permite establecer, autorizando directa o indirectamente a los Reglamentos para que lo verifiquen.

La ley, no por distracción ni olvido, porque al legislador, por lo menos teóricamente, no le es dado padecerlos, sino queriéndolo conscientemente, abre aquí y allá brechas de importancia en la regla general que a última hora eligieron para propugnáculo los que a ultranza niegan la inscriptibilidad de los documentos privados.

Por vía de muestra de estas excepciones, hechas por quien, sin duda, pudo hacerlas, presentaremos la del artículo 40, donde se ve que para *llevar a efecto la inscripción* es bastante un papel privado; la del artículo 399, que declara ser necesaria y suficiente una solicitud para convertir *por inscripción* un asiento posesorio en otro de dominio; y, por último, recordaremos la más importante, que es la contenida en el artículo 82, en virtud de la cual se puede hacer, nada menos que la cancelación de hipoteca constituida para garantizar títulos endosables, *por medio* de una solicitud que firmen los interesados. Esta excepción es doble, pues se separa a la vez del principio general del artículo 3.º y de la regla establecida en las primeras palabras del artículo 82, donde se dispone terminantemente que las inscripciones o anotaciones preventivas hechas a virtud de escritura pública no se cancelarán sino por providencia ejecutoria o por escritura o documento auténtico. No es preciso demostrar que las cancelaciones son los actos registrales de más cuidado, y que los errores que en ellas se padezca pueden tener trascendencia enorme. El legislador, que sabía esto y que, a buen seguro, tuvo presentes sus dos reglas generales, nos demuestra con esta excepción que se sirvió admitir en ellas, que no participa de ese santo

horror a los documentos privados cuya inscripción desconcierta y saca de quicio a los más papistas que el papa.

Vamos ahora a poner dos solos ejemplos en los cuales la ley, no mentando los privados ni puntualizando la clase de documentos que han de servir o se puedan emplear para ciertos actos y operaciones, indica bien a las claras, si no se ha de entender que sirven todos sin distinción, que encomienda al Reglamento la labor de deshacer la vaguedad y de precisar lo que dejó solamente indicado. En virtud del artículo 56 de la ley Hipotecaria, la anotación preventiva de legado podrá hacerse mediante *convenio* entre las partes. La ley no dice más que *convenio*, y pasa en silencio las formalidades con que haya de celebrarse, la clase de documento que es preciso utilizar para ello, y hasta si es o no suficiente, al efecto, que el convenio se haya concertado de palabra. Todo esto lo dilucida el artículo 107 del Reglamento, pues por él ya sabemos que se llegará al resultado apetecido de obtener la anotación del legado, presentando, con otros documentos, una solicitud firmada por el legatario y por el heredero donde se pida la extensión del indicado asiento y se señalen, de común voluntad, los bienes que hayan de ser afectados por él.

El acreedor refaccionario podrá exigir anotación preventiva sobre la finca refaccionada por las cantidades que de una vez o sucesivamente anticipase, presentando el contrato que en *cualquiera forma legal* haya celebrado con el deudor. Así está concebido el artículo 59 de la ley Hipotecaria: atendiendo a esto no sabemos otra cosa sino que el contrato que ha de producir el asiento a favor del acreedor puede revestir cualquiera forma, siempre que sea legal. Este adjetivo corresponde al sustantivo ley: la ley que habla así es nada menos ni nada más que la Hipotecaria, esa ley a quien los que no opinan como yo consideran del todo reluciente a la admisión de los documentos privados; esa ley en cuyo artículo 3.º se sienta la regla general de que los títulos que pretendan entrar en sus dominios han de estar consignados en escrituras, en ejecutorias o en documentos auténticos, y, por consiguiente, que esa *forma legal* que exige como condición *sine qua non*, tendría forzosamente que acomodarse a lo que en esa regla se dispone, porque es del todo insostenible que la ley Hipotecaria haya querido referirse a

otra ley que no fuera ella misma. Es verdad que en los artículos 2.º y 3.º no se mientan las anotaciones preventivas, y que, por lo tanto, están fuera de la ley, pero la deleznable objeción que fundada en esto se nos presentase toparía con la dificultad de los embargos, por ejemplo, que no pueden anotarse a la vista de cualquier papel y en cualquiera forma. Las palabras del artículo 59 *cualquiera forma legal* deberían entenderse, si no nos apartamos de la lógica, como si dijeran *cualquiera forma* de las que esta ley enumera en el artículo 3.º, porque es el único lugar en toda ella donde se prescriben formas para los documentos que pretendan ingresar en el Registro. Era indispensable que la locución «*en cualquiera forma legal*» se explicase, y el Reglamento, sin extralimitarse de su genuina misión, desvaneció en su artículo III todas las dudas que de las palabras de la ley pudieran originarse, declarando que la anotación de crédito refaccionario podrá obtenerse en virtud de contrato privado por escrito.

No se puede decir que los artículos citados del Reglamento derogaron o alteraron sustancialmente los de la ley con los cuales tienen relación, sino que los explican, los completan o los aclaran; y eso mismo, ni más ni menos, hace el artículo 87 objeto de las presentes consideraciones, respecto al artículo 20 de la ley. En éste, lo mismo en la redacción con que aparece actualmente que en las que se le dieron en las distintas reformas que ha venido sufriendo, no se mientan, ni una sola vez, en el lugar que ahora nos importa, los documentos públicos: sólo se dice *documentos fehacientes*, *'documentos fehacientes* y *documentos fehacientes*. Perdóneseme que lo consigne tres veces, como si en lugar de escribir estuviera hablando, con la vehemencia que corresponde a la obstinación, demostrada por los disconformes, en no dar importancia a estas palabras, en no querer ver la necesidad de que un Reglamento las explicase, ya que de suyo no significan nada o significan muy poco, como tengo la inmodestia de creer que dejé demostrado en la primera parte de mi humilde trabajo. Todos los documentos públicos, dijimos entonces, son fehacientes, pero no todos los fehacientes son públicos; y poseídos de esta incontestable doctrina, los autores del Reglamento consideraron conveniente declarar que, para los efectos que ahora nos importan del artículo 20 de la ley, se estiman fehacientes los documentos privados antiguos de fecha cierta, siempre,

por supuesto, aunque no lo diga, que reúnan las circunstancias esenciales de la adquisición.

Si el Reglamento derogó la ley al permitir que lo que ella llamó *convenio* se pudiese consignar en una simple solicitud; o al declarar que la *forma legal* exigida por la misma ley puede existir en un documento privado, también el artículo 87, lo confesamos paladinamente, está incurso en la grave falta de transgresión a un precepto sagrado; pero si los artículos aludidos en primer lugar no faltaron a la buena doctrina y no salieron de sus justos límites, como todo lo hace presumir, el 87 del Reglamento tampoco metió la hoz en mies ajena, sino que procedió con irreprochable competencia al declarar que en esa categoría de documentos fehacientes, esfumada o *flou*, como ahora dicen los galiparlistas, están comprendidos, para los efectos del artículo 20, ciertos documentos privados.

Todos los Registradores, y yo el primero, hemos perdido el derecho al aspaviento, y no podemos ya hacerlos por pequeña causa, como ésta en que nos estamos ocupando, después de haber dejado pasar sin ostensible protesta, y después que dimos y seguimos dando cumplimiento, aunque a regañadientes, porque nos perjudica, nos molesta y nos intranquiliza, al artículo 508 del Reglamento, pues lo que en él se establece es absolutamente, palmariamente opuesto al claro y beneficioso precepto del artículo 401 de la ley Hipotecaria. La ley ha querido y mandó con palabras de inequívoco alcance que todos esos gravámenes y cargas procedentes de la antigua contaduría mencionados en el Registro moderno no produzcan efecto contra tercero si dentro del plazo marcado no se trasladan, salvo cuando hayan sido objeto de inscripción especial y separada. El Reglamento, sin pararse en barras, echa por tierra o barrena gravemente el sabio mandato legal, disponiendo que esos cadáveres insepultos que sólo hieden y no tienen vida, vuelvan a ella y se perpetúen en cuanto se les miente en los títulos inscritos en el Registro.

Por vía de recapitulación a todo lo expuesto en la primera y en la segunda parte del presente estudio, hago notar que he demostrado, o por lo menos así lo creo yo, lo siguiente: 1.º Una resolución del Centro directivo declara que los documentos *fehacientes* antiguos que, según el artículo 20 de la Ley, puedan servir de

base a la inscripción de otros modernos, son inscribibles por sí mismos. 2.º Por disposición expresa del artículo 87 del Reglamento, entre los documentos *fehacientes* que suplen la previa inscripción de otros, se comprenden los privados de fecha antigua y cierta, conforme al artículo 1.227 del Código civil. 3.º A los documentos privados que sirven de primer eslabón en la cadena registral, no hay razón para negarles la autoinscriptibilidad que la Dirección general reconoció a los públicos. 4.º El Reglamento ha querido y ha podido permitir esa inscriptibilidad sin incurrir por ello en transgresión alguna de la ley, porque el artículo 3.º de la Hipotecaria no contiene una regla absoluta, sino tan sólo general, que, como todas las de su clase, admiten excepciones. La misma ley, sin dañar ni producir extrañeza en nadie, abre más de una brecha, que dejo indicadas, en la dureza y rigidez que injustamente se le atribuye. 5.º En muchos casos, de los cuales presento sólo dos por no cansar al que esto lea y por ahorrarme el trabajo de la rebusca, alude la ley a documentos, sin explicar de qué clase han de ser, y el Reglamento, por sí y ante sí, dispone que no es preciso que sean públicos, y todo el mundo los utiliza, y no ha habido, que yo sepa, Registrador alguno que sintiera escrúpulos o desasosiego por tomar razón de ellos en los libros cuya custodia les está encomendada; y 6.º Que los que no se han erizado ante la manifiesta alteración que el artículo 508 del Reglamento introdujo en el 401 de la ley están expuestos a que se tache de farisaica la indignación que al parecer despierta en ellos la parvidad de materia que con tanta convicción como falta de habilidad he intentado defender.

No aspiro, ya lo he dicho, y hasta no lo deseó, a transmitir a los compañeros mi convicción, que quizá sea, y por lo visto es, desacertada. Así, con la tranquilidad de no haber engañado a nadie, me será más llevadero que se me compare con aquel artista coreográfico del cuento, que después de bailar y bailar hasta caer reventado en el escenario, no logró dar gusto al público.

FÉLIX ALVAREZ CASCOS,

Registrador de la Propiedad.

La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos

I V

LAS CLÁUSULAS DE GARANTÍA

Estipulaciones de pago en mercancías

Las necesidades de la práctica diaria han llevado a utilizar en los contratos no ya las cláusulas de garantía que vamos mencionando, sino recurriendo todavía a un medio más sencillo, más simplista, y que consiste en prescindir de la moneda y hacerse pagar con especies en *natura*.

Después de todo, no siendo la moneda más que un instrumento de medida de valores, su primera cualidad, como para todos los demás instrumentos de medida, debe ser la estabilidad; hay que pensar en los trastornos que produciría si pactada la entrega de determinado número de metros de un tejido, al llegar la hora de ejecutar el contrato resultare que el metro, por ejemplo, medida del valor adoptada, tuviera más o menos centímetros de los que en rigor le corresponden; pues eso ocurre con la moneda cuando las fluctuaciones del cambio alteran la proporción de su poder adquisitivo, y, por consecuencia, el que los contratantes abandonen las monedas, que diariamente cambian de valor, es bien explicable, y se vuelve a la permuta primitiva, y se busca el hacerse prometer directamente, en cambio de su prestación, una contrapres-

(*) Véanse los números 94 y 95 de esta Revista.

tación equivalente, procurada, bien por la mediación de una moneda estable, como en las cláusulas anteriores, o bien, mejor, se reemplaza esta tercera mercancía, que es la moneda, por una nueva tercera mercancía, que presenta las mismas cualidades que debe tener la moneda real, y así se crea, en cierto sentido, una nueva moneda: el trigo, por ejemplo; y es inútil el que busquemos, respecto a la cláusula de pago en mercancías, la sombra de ningún precepto legal que las prohíba, e incluso si se admite todavía la ficción jurídica de moneda nacional papel, igual a moneda nacional oro, estaremos obligados a reconocer igualmente que la estipulación de pago en mercancías no ataca a esta ficción, puesto que la transacción se opera, sin que haya necesidad de recurrir a la moneda.

El mismo Capitant, que afirma y sostiene la nulidad de las cláusulas oro-especies, valor-oro y pagadera en moneda extranjera, considera, sin embargo, perfectamente válida la cláusula en mercancías en su Supplement 1.927 al curso de Derecho civil.

Y como él dice, la ley sobre el curso forzoso, entendida como la entiende la jurisprudencia, no prohíbe a los acreedores todos los procedimientos por los cuales buscan evitar el perjuicio que pueda resultar de la desvalorización efectiva del billete de Banco y le prohíbe solamente las cláusulas que equivalen a estipular en oro; pero las otras quedan permitidas, incluso si son empleadas para soslayar la prohibición.

En Francia la jurisprudencia ha experimentado una evolución clara en favor de estas cláusulas, y especialmente de la cláusula pagable en trigo en los arrendamientos *a ferme*.

Como una variedad de la cláusula de pago en mercancías está también la cláusula de pagable en lingotes, y en virtud de ella el deudor se obliga a entregar a su acreedor un lingote de metal o un cierto peso de oro o de plata.

ESTIPULACIÓN DE REVISIÓN PERIÓDICA

Con esta cláusula, inserta en un contrato a largo término, las partes convienen que a la expiración de cada uno de los períodos fijados el precio del arrendamiento, por ejemplo, o de la mercancía a entregar, será modificado para el período siguiente si las condi-

ciones económicas han cambiado ; si por ejemplo el índice general de los precios se ha subido, y en defecto, de acuerdo entre las partes, para esta nueva fijación se recurrirá a un árbitro.

Esta cláusula está todavía más alejada de cualquiera de los argumentos invocados contra las demás cláusulas de garantía, y en ella todavía no es el fin único el sustraerse a la depreciación eventual de la moneda, porque, incluso, en ciertos géneros susceptibles de fuertes variaciones en su curso o particularmente sometidos a la especulación, la revisión periódica es conveniente y es utilizada prescindiendo de toda cuestión de depreciación monetaria y de curso forzoso.

Las diversas cláusulas de garantía examinadas es de notar que en la práctica se encuentran combinadas e insertas varias de ellas en un mismo contrato, y así, por ejemplo, en un arrendamiento se puede insertar la cláusula de revisión periódica y al mismo tiempo una cláusula de moneda de oro o una estipulación en moneda extranjera, y así también se podrá estipular que el deudor deberá a cada vencimiento pagar a su acreedor un cierto número de dólares o hacerle entrega de una cierta cantidad de cupones de una renta del Estado, y entonces, como dice Planiol, será una obligación que tiene por objeto varias prestaciones que son debidas de tal suerte que el deudor se libera enteramente ejecutando una sola de entre ellas ; es decir estamos frente a una obligación alternativa.

En todos los países cuya moneda nacional ha sufrido las crisis monetarias de la postguerra es decir, la mayoría de los países de Europa, han conocido estas cláusulas de garantía.

En Alemania, desde el principio de la guerra europea, lo mismo que en Francia, se proclamó el curso forzoso del billete, pero en tanto que en Francia ningún texto precisó los efectos de esta medida, una Ordenanza del Consejo federal alemán, de 28 de Septiembre de 1914, declaró que las estipulaciones de pago en moneda oro anteriores al 31 de Julio de 1914 no eran en adelante provisionalmente obligatorias.

Dos meses más tarde, el agio sobre las monedas de oro quedaba prohibido, y gracias a estas medidas, la ficción jurídica de la igualdad del marco papel con el marco oro queda instaurada por consecuencia del principio *Mark gleich Mark* ; los deudores pueden, a pesar de sus promesas de pago en oro, liberarse válidamente en

marcos papel, tomados por su valor nominal, hasta el día en que una jurisprudencia, a la que siguió más tarde el legislador, admitieron la valorización de los créditos estipulados en marcos.

De una manera especial, la validez de la cláusula oro fué reconocida desde 1920; fué respecto a los préstamos hipotecarios estipulados reembolsables en oro, garantidos por inmuebles situados en Alemania y cuyos acreedores habitaban en Suiza.

Los deudores alemanes quisieron aprovecharse de la baja del marco para liberarse de sus deudas, y a consecuencia de las reclamaciones de los acreedores mismos se firmó la Convención diplomática entre Alemania y Suiza del 6-9 de Diciembre de 1920 (1).

El Gobierno suizo se obligaba a recomendar a sus súbditos que renunciaran a reclamar durante diez años el reembolso de los capitales prestados y que concedieran a los deudores alemanes todas las facilidades respecto de los intereses. Los acreedores que siguieran estos consejos tendrían derecho, pasado el dicho plazo de diez años, a obtener el reembolso de su crédito en oro o en valor oro.

La validez de las cláusulas de garantía en materia hipotecaria ha sido reconocida de una manera general en Alemania por la Ley de 23 de Junio de 1923, Ley especial que se creyó indispensable en razón de las disposiciones de los §§ 1.113 y 1.115 del B. G. B., y 28 del Reglamento sobre el libro registro, que no preveían más que la inscripción en el libro registro de una suma fija liberable en moneda nacional (2).

En la época en que la baja del marco se acentuó, se pensó en estipular sobre la base del marco oro, aun conservando el marco papel como moneda reglamentaria. Los abogados, los profesores alemanes, especialmente Mugel, se esforzaron en el triunfo del marco oro como moneda de cuenta, y este último autor, en su obra *Geldentwertung Gesetzgebung*, pedía la introducción oficial del marco oro como moneda de cuenta, aunque dejando subsistir el marco papel como moneda reglamentaria.

(1) Esta primera convención germanosuíza fué completada por una convención accesoria de 23 de Marzo de 1923, y que fué objeto de la Ley de 23 de Junio de 1923.

(2) Anteriormente, la Ordenanza de 13 de Febrero de 1920 había autorizado, a título excepcional, la inscripción sobre el libro registro de créditos hipotecarios liberables en divisas extranjeras.

El uso del marco oro como moneda de cuenta se extendió progresivamente, hasta que, por fin, el 19 de Diciembre de 1923 se ordena a los comerciantes establecer su contabilidad en marcos oro.

En cuanto a la cláusula de pago en moneda extranjera, la jurisprudencia alemana reconoció siempre su validez, pues estando formalmente previstas y autorizadas en el § 244 del B. G. B., no podían en efecto ser anuladas en ausencia de un nuevo texto prohibitivo, y así estas cláusulas en Alemania fueron de uso muy frecuente y contribuyeron quizá a acelerar un poco la caída del marco.

Las Ordenanzas sobre las divisas, del 12 de Octubre de 1922 y 8 de Mayo de 1923, vinieron a prohibir en las relaciones interiores el pago en moneda extranjera y la fijación de precios en el comercio al por menor sobre la base de divisas extranjeras.

Tampoco la validez de las cláusulas de pago en mercancías o de escala móvil fué puesta en duda jamás en Alemania.

En Italia, el principio de la validez de las estipulaciones en moneda de oro o de plata está reconocido de una manera general por el artículo 1.822 del Código civil italiano, el cual hace excepción al 1.821, copia del 1.895 del Código civil francés y del 1.170 de nuestro Código español.

Hagamos notar que el nominalismo absoluto no parece haber sido admitido nunca en Italia.

Cuando el curso forzoso fué decretado nuevamente en Italia, al entrar en la guerra mundial (1), las cláusulas en especies-oro no fueron prohibidas, y, por el contrario, se decidió que las estipulaciones de este género que no pudieran ser objeto de ejecución efectiva durante la guerra serían consideradas como cláusulas de oro agio, y el deudor, por tanto, no podría liberarse en billetes más que aumentando el montante nominal de la suma debida en un número de billetes correspondiente a la depreciación del papel con relación al oro.

El decreto de 28 de Febrero de 1916, cuyas disposiciones fueron prolongadas después de la guerra, puede decirse que consagró oficialmente las cláusulas de garantía en Italia.

En Polonia, según el profesor Przbylowski, de la Universidad de Lwow, la cláusula oro, así como igualmente las demás cláusulas

(1) Italia tuvo en 1866 un primer período de curso forzoso.

las de garantía contra la depreciación monetaria, eran perfectamente válidas.

Al término de la depreciación del marco polonés, y antes de poner en circulación el zloty, era costumbre en Polonia contratar en zlotys, considerados entonces como una moneda de cuenta equivalente al franco oro, y cuando se insertaban esas cláusulas, el pago debía hacerse en marcos poloneses, según la cotización en el momento del pago (1).

En Bélgica, el decreto real de 2 de Agosto de 1914, decretó el curso forzoso del billete, y, en su virtud, los Tribunales belgas rechazaron la estipulación de pago en oro efectivo, pero en cambio, considerando dicha disposición como excepcional y de interpretación estricta, se aceptaron las demás cláusulas de garantía (2).

En Grecia, prescindiendo de un anterior período de curso forzoso, después de 1885, y que la jurisprudencia desvirtuó, cuando llega el año 1914, se decreta también el sistema de la equivalencia legal entre el oro y el papel moneda; una Ley de 7 de Mayo apoyaba todavía este nominalismo con sanciones penales, y, por tanto, la nulidad de las cláusulas de pago en oro es evidente y decretada por un texto formal.

La simple cláusula de pago en moneda extranjera era válida, pero, por contra, en razón de las leyes especiales 987 y 1.414 de los años 1917 y 1918, que suspendían la validez de las cláusulas oro, las cláusulas de pago expresamente estipuladas en monedas extranjeras oro eran también nulas, y la deuda se transforma en dracmas tomadas en su valor nominal.

Pero en Grecia, como en todas partes, la legislación, que tendía a prohibir las cláusulas de garantía y a asimilar contrariamente a los hechos más evidentes el papel moneda y la moneda oro por sus valores nominales, conducía a las mayores complicaciones; es muy difícil al legislador imponer concepciones contrarias a los hechos económicos. Así, un decreto de 15 de Mayo de 1923 declaró válidas las cláusulas oro estipuladas posteriormente. Estas

(1) Kuratow-Kuratowski: «Les problèmes de la baisse du mark polonais dans le domaine du droit privé». (*Bulletin Mensuel de la Société de Législation Comparée*, 1925, págs. 96 y sigs.)

(2) Geny: Ob. cit., p. 83.

estipulaciones querían dar lugar a un pago en oro o, en su defecto, en papel moneda, pero según el valor real de éste, es decir, teniendo en cuenta la depreciación monetaria del billete con relación al oro en el día del pago efectivo.

En cuanto a las cláusulas oro anteriores al 15 de Mayo de 1923, podían siempre dar lugar a un pago liberatorio en papel moneda tomado por su valor nominal, pero el legislador declaró que el provecho así realizado por el deudor debía revertir al Estado griego.

En Turquía, el curso forzoso del papel moneda fué decretado por una Ley de 18 de Octubre de 1915, pero las cláusulas de pago en especies metálicas permanecieron válidas.

Una Sentencia de la Corte de Casación de Constantinopla (21 de Junio de 1921), decidía que la asimilación del papel moneda al oro no era efectiva más que desde el punto de vista de la circulación, pero que esta asimilación no podía ser admitida en cuanto a poder liberatorio, en razón a los términos del artículo 130 del Código civil otomano, que disponía que la moneda corriente es el oro o la plata, y la Corte de Casación añadía que la fungibilidad no existe más que entre dos cosas que teniendo el mismo valor liberatorio puedan ser reemplazadas la una por la otra en un pago, y ella no puede existir entre las especies metálicas y la moneda papel, que no tienen el mismo valor.

Después de esta Sentencia, sin embargo, un decreto de 3 de Septiembre de 1921 estableció que la cláusula de pago en oro puede ser ejecutada válidamente por un pago en papel moneda; pero este decreto no fué sancionado por el Consejo de Estado.

En Austria, la cláusula inserta en un contrato de préstamo de dinero, según la que el prestatario debe devolver especies de la misma clase que las que recibió, es declarada válida por el artículo 967 del Código civil austriaco; de otra parte, ninguna objeción se opone a la conclusión de contratos sobre la base del índice de los precios o de la corona oro, y los préstamos hipotecarios garantidos sobre la base del oro o de una divisa extranjera son considerados como lícitos en la práctica dominante (1).

En Rumania, como en los demás países, salvo en Francia, se

(1) Whale: Ob. cit., p. 150.

estimó que un texto formal era indispensable para proclamar la ineficacia de las cláusulas de pago en oro durante el curso forzoso. El artículo 8.º de la Ley número 3.241, de 29 de Diciembre de 1916, declaró, en efecto, que en las obligaciones de toda especie contratadas antes del 15 de Agosto de 1916 (fecha de la entrada de Rumania en la guerra) que contuvieran las estipulaciones de pago en oro efectivo, el deudor podría liberarse válidamente pagando el montante de su deuda en billetes de la Banca nacional o en otras monedas rumanas de curso legal; esta disposición, hoy en vigor, ha sido aplicada respecto de todas las obligaciones de pagar en oro, lo mismo que si se tratase de una simple estipulación de agio.

Esto en cuanto a las cláusulas de pago en oro.

La cláusula de pago en moneda extranjera tuvo una aceptación unánime en Rumania; al final de la guerra se encontraron en este país, especialmente en los nuevos territorios anexionados, cierto número de contratos concluidos en monedas de países vecinos, rublos, coronas, etc.

Sin poder entrar en detalles sobre este asunto (1), diremos solamente que una Ley de 27 de Marzo de 1924 fijó en principio la tabla de conversión: 1 lei = 1 corona, y 1 rublo = 1 lei 50, tablas que correspondían aproximativamente a las tablas de la anteguerra, sin tener en cuenta las depreciaciones experimentadas después de la guerra por las diferentes monedas.

Las cláusulas de pago en moneda extranjera no estaban, pues, prohibidas, pero en materia comercial, en defecto de estipulación expresa de pago efectivo en moneda extranjera, el pago debía convertirse en moneda nacional, sobre la base del curso del día del vencimiento si la moneda extranjera estipulada no tenía curso legal ni comercial en Rumania.

Así lo disponía el artículo 41 del Código de comercio rumano. Pero en lo que concierne a los créditos estipulados en moneda extranjera con un cambio elevado sobre el cambio rumano, hay que citar la curiosa Ley rumana de 3 de Junio de 1923; este texto concede al deudor rumano de divisas extranjeras que se encuentran a un cambio elevado, mediante la entrega de una garantía y bajo

(1) Schwefelberg: *De la valorisation des dettes d'argent en Roumanie*, Clunet, 1924, p. 929.

ciertas condiciones, una moratoria que puede durar hasta doce años. El artículo 13 de la Ley declaró las disposiciones inmediatamente aplicables respecto a los acreedores de nacionalidad rumana e inglesa, y para otros países la aplicación se reserva al Gobierno.

Esta Ley parece ser aplicación de aquella teoría manifestada algunas veces en la jurisprudencia francesa, según la cual el alza de los cambios extranjeros sería una especie de fuerza mayor que motivaría medidas de protección hacia el deudor.

Pero la idea está mal fundada, pues no es el cambio de la moneda extranjera el que en general habrá aumentado de valor, sino que es la moneda nacional la que se deprecia; por tanto, el valor real de la deuda no ha cambiado.

Además, una ley que favorece abiertamente a los deudores nacionales en detrimento de los acreedores de divisas a cambio elevado, y que serán frecuentemente extranjeros que habrán vendido mercancías en su moneda, será siempre considerada en el extranjero como contraria al orden público, y, por tanto, esa ley rumana motiva serias reservas.

* * *

En conclusión, podemos hacernos ahora una idea de conjunto sobre todos los anteriores elementos descritos.

En países donde se decretó el curso forzoso del billete, como, por ejemplo, en Francia, vemos que, en general, la jurisprudencia, que opera sobre textos legales de espíritu y fundamentación análogos a los españoles, pero que ha de atenerse también a las disposiciones sobre el curso forzoso, muestra sobre la cuestión de la validez de estas cláusulas y sobre el efecto de su nulidad una indecisión y una división desconcertantes.

Entre esas decisiones contradictorias se aprecian dos tendencias: una conduce a la nulidad de las cláusulas de pago en especies metálicas, en valor oro o en moneda extranjera bajo el régimen de curso forzoso; la otra conduce a la validez de las estipulaciones de escala móvil y de pago en mercancías, sobre todo en los arrendamientos.

La doctrina está, igualmente, muy dividida; se nota toda una gama de opiniones, desde los autores que reconocen la validez de

todas esas cláusulas, hasta los que por una extensión de la idea del fraude a la ley cuyos límites podrían ser siempre retrasados y que conducirían en definitiva a la paralización completa de las transacciones, tienden a rechazar todas las estipulaciones de garantía en período de curso forzoso, pero la doctrina, contrariamente a la jurisprudencia, muestra una tendencia general bastante clara en favor de la mayoría de estas estipulaciones.

Pero por lo que respecta a España, todavía es más clara la situación del problema.

La regla suprema de nuestro Derecho, verdadera regla de orden público y de moral superior, es que las partes están obligadas a ejecutar lo que ellas quisieron libremente, y sólo una ley precisa y de orden público puede desligar a los contratantes de sus obligaciones en el interés superior de la cosa pública, y, por lo tanto, si esto es lo esencial, no solamente el interés público no exige nunca que los contratantes puedan sustraerse en régimen de curso forzoso a la ejecución escrupulosa de las cláusulas de que nos hemos ocupado, sino que todavía, y sobre todo nosotros, no encontramos en nuestro derecho positivo ningún texto preciso que prohíba las estipulaciones de garantía, sea en general, sea en particular, con respecto a ninguna de ellas.

JOSÉ M.^a FONCILLAS,

Notario.

Naturaleza del expediente de dominio. Efectos de los asientos contradictorios

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

La naturaleza del expediente de dominio recibió recientemente, en 13 de Junio y en 19 de Julio de 1927, algunas modificaciones que obligan a estudiarlo antes y después de esta reforma. La cuestión debe plantearse alrededor del problema de su eficacia frente a los asientos contradictorios.

Antes de las citadas reformas, la posición legal era la siguiente: El artículo 400 de la ley Hipotecaria, único dedicado en este cuerpo legal al expediente de dominio, nada preveía respecto a la existencia en el Registro de asientos contradictorios. Pero la regla segunda del 393, referente al expediente posesorio, determinaba «que si la forma o derecho real *resultan inscritos*, el Juez declarará no haber lugar a practicar la información (posesoria) y *podrá el interesado, si le conviniese, justificar su dominio mediante el procedimiento establecido en el artículo 400 de la presente ley*». De aquí parece derivarse que la existencia de un asiento contradictorio no es obstáculo para la incoación del expediente de dominio. Y continuando su enunciado, cabría decir que con él la Ley había autorizado un medio de impugnación de los derechos inscritos, distinto del declarativo correspondiente, anulando la eficacia del artículo 24 del mismo cuerpo legal. Con lo que resultaría plenamente confirmada la opinión de los que, como Aragonés y Ga-

yoso, estiman hay aquí un verdadero proceso de declaración; y, por tanto, la resolución recaída tendría fuerza cancelatoria.

La intuición, empero, de la generalidad de los autores, repugnaba esta ilógica contradicción. Y así Morell expresa su opinión de la preponderancia del artículo 24.

El Reglamento hipotecario fijaba su posición en los artículos 499 y 503. Según el primero, no se entendería título escrito, a los efectos del artículo 400 de la Ley, el justificativo de la posesión a favor de la persona cuyo derecho se tratase de inscribir y, en su consecuencia, podría incoarse expediente de dominio relativo a las fincas poseídas según el Registro: en este caso se trata solamente de una acción de refuerzo, por así decir, de una inscripción de posesión. Propiamente, por tanto, no afecta a nuestro estudio.

Pero el artículo 503 enfoca ya el problema: «los Registradores denegarán la inscripción solicitada, con arreglo al artículo anterior, siempre que perjudicare algún derecho inscrito y *no hubiere sido oído* en el expediente el titular según el Registro o su causahabiente».

«Esto no sería aplicable si las inscripciones contradictorias fuesen de posesión y el interesado *hubiese sido citado* en debida forma.»

Esta posición viene, por tanto, a confirmar en parte, y en parte a rectificar, la que vimos derivaba del artículo 393, regla segunda, de la Ley. El Reglamento concede fuerza cancelatoria de las inscripciones anteriores al expediente de dominio. Pero si bien respecto al titular de una inscripción de dominio (o derecho real) exige que «se le haya oído en el expediente», respecto al titular de una información posesoria sólo exige su «citación en forma». Ello determina dos posiciones distintas: la diversa eficacia registral de una y otra inacción: el primero no hace más que acogerse, al no comparecer, al artículo 24; ponerse bajo la salvaguardia del proceso correspondiente. En el segundo, su inacción implica una especie de presunción de renuncia (1); esta presunción permite que la resolución del expediente tenga fuerza cancelatoria para él. En consecuencia, que para los asientos contradictorios de dominio, el expediente no tenía fuerza cancelatoria si no había sido oído el

(1) Véase más adelante, donde aclaro.

titular según el Registro. Respecto a los que versasen solamente sobre posesión, la inscripción de la resolución recaída era posible en virtud, en un caso, de una especie de presunción de abandono.

Antes de explicar el fundamento de estas dos posiciones—y sus últimas reformas—, veamos cómo interpretaba estos preceptos la Dirección general.

En una Resolución de Febrero de 1915, la Dirección se limitó a declarar que la fuerza cancelatoria del expediente en cuestión exigía imprescindiblemente la citación de los interesados según el Registro, sin que esta citación pudiera suplirse mediante los llamamientos hechos por edictos a las personas ignoradas. Esta superficial posición, al conceder fuerza registral al expediente en razón del mero cumplimiento de una formalidad, no sólo implica una absurda contradicción con el artículo 24 de la ley Hipotecaria, sino que supone un absoluto desconocimiento de lo que es *en sí* el expediente de dominio.

No obstante, la Dirección, en Resolución de Octubre del mismo año, rectificó esta posición—aunque no con toda la claridad precisa—, sentando (después de recordar el origen del precepto) que «por los trámites breves del procedimiento» que «no tiene las garantías que el declarativo ordinario», «por suponer una amenaza constante contra el propietario debidamente inscrito», es indudable que «el expediente objeto del recurso, en el cual no ha comparecido el interesado, ni su representación, carece de virtualidad para destruir, anular o cancelar la inscripción extendida a su favor». Posteriormente a la publicación del Reglamento, la Dirección—en Marzo de 1923—ha confirmado esta doctrina declarando la subordinación del artículo 400 al 24 de la ley Hipotecaria.

* * *

En Junio de 1927, el artículo 400 de la ley Hipotecaria ha sido adicionado con el siguiente párrafo: «Las informaciones tramitadas con arreglo a este artículo serán inscribibles, aunque en el Registro apareciesen inscripciones contradictorias, siempre que éstas contasen más de veinte años de antigüedad y el titular respectivo hubiera sido citado en debida forma y no hubiese comparecido a formular oposición.»

El artículo 503 del Reglamento ha quedado, en Julio del mismo año, redactado así: «Los Registradores denegarán la inscripción solicitada, con arreglo al artículo anterior, siempre que perjudicase algún derecho inscrito y no hubiere sido oído en el expediente el titular, según el Registro o su causahabiente. Si las inscripciones contradictorias fuesen de posesión o de las incluidas en el párrafo final del artículo 400 de la Ley, la declaración justificativa de dominio o derecho real será inscribible siempre que se acredite que el respectivo titular ha sido citado con arreglo a la ley de Enjuiciamiento civil, y no ha comparecido a formular oposición.»

Esta es la posición actual del problema. Si bien para el titular de una inscripción de antigüedad menor a veinte años su inacción produce el efecto de impedir la inscripción, para el titular de una inscripción de más de veinte años de antigüedad, o de una información posesoria, no constituye obstáculo, aun cuando sí, la falta de citación. Para éstos últimos, la Ley sanciona su inactuación, incomparecencia, estimándola como asentimiento o renuncia; la antigüedad del uno, la menor fortaleza del otro, le hacen optar por esta posición diversa. Aun cuando bien pudiera decirse, amonizándola con cierta sentencia del Tribunal Supremo, que se trata de una sanción legal contra la falta de colaboración de las partes en la resolución del expediente. La Ley no presume nada: contra la resolución del expediente deja expedita la vía judicial oportuna; pero sanciona la no existencia, permitiendo la inscripción del expediente. Se trataría de una medida análoga a las sanciones de los antiguos derechos romano y germánico contra el contumaz: la rebeldía concebida como una desobediencia al juez. Aun cuando aquí no se trate, tal vez, de un proceso en rebeldía.

II. NATURALEZA DEL EXPEDIENTE DE DOMINIO.

Estudiemos ahora, sobre esta base, la naturaleza del expediente. La opinión de nuestros hipotecaristas aparece dividida sobre su carácter procesal. Unos estiman se trata de un verdadero juicio declarativo incluido en la ley Hipotecaria, en vez de estar en la

ley de Enjuiciamiento civil: así, Aragonés y Gayoso. Y otros, que defienden, más o menos abiertamente, un carácter de acto de jurisdicción voluntaria: así, Morell, Beraud y Lezón dicen que «no teniendo las notas distintivas de los actos de jurisdicción voluntaria, ni las características del juicio, *tiene a ser un expediente especial*»: original opinión. Según D. Jerónimo González, el expediente en cuestión no es tampoco un verdadero juicio: 1.º Porque sus formalidades son inferiores. 2.º Por no haber conciliación. 3.º Porque no existe el cuasi contrato de *litis contestatio*. 4.º Porque no hay más que avisos, llamamientos, pero no garantías; y 5.º Porque antes no era oído necesariamente el titular según el Registro.

Pero, evidentemente, la crítica del carácter de proceso civil del expediente de dominio—salvando todo el respeto que nos merece este genial jurisconsulto español—no puede ser referida a elementos tan accesorios como los expuestos; porque las escasas formalidades nada pueden decirnos (ejemplo, el juicio verbal); la falta de acto de conciliación, tampoco, ya que son bastantes los procesos exceptuados de él; y lo que se ha venido llamando cuasi contrato de *litis contestatio* es una de aquellas múltiples repercusiones del derecho civil en el procesal, hoy unánimemente desechadas por los procesalistas, como incompatible con el carácter público del proceso e ineficaz para explicar múltiples aspectos de esta relación: así, el proceso en rebeldía (1).

Para exponer mi opinión me es imprescindible partir de puras bases procesalistas. Lo haré brevemente.

La llamada jurisdicción voluntaria no es jurisdicción en sentido técnico. La verdadera jurisdicción—dice Chiovenda—implica siempre una sustitución del órgano público a la actividad de las partes, ya declarando la existencia de una voluntad de ley que afecta a sus relaciones (fase de cognición del proceso civil), ya sustituyéndose a su actividad en la realización de la prestación debida (fase de ejecución). Cuando esta facultad de sustitución le compete por derecho, privativamente, no hay verdadera sustitución, no hay jurisdicción en sentido técnico.

En la jurisdicción voluntaria se trata siempre, por el contra-

(1) En este punto me remito al estudio merísimo de Hans Sperlh en *Studii in onore de G. Chiovenda, Il processo civile nel sistema del diritto*.

rio, de meros actos administrativos que, exigiendo especiales garantías de tramitación y autoridad en los órganos a que se confíen, lo son al Poder judicial, pero sin implicar jurisdicción alguna. Mas ¿en qué se distinguen de la jurisdicción contenciosa? He aquí el nudo de la cuestión. Sin intentar exponer las distintas opiniones—misión en nada nuestra—, ni la dificultad de la distinción, en razón de la existencia dentro del proceso de las llamadas sentencias constitutivas—dificultad que ha hecho que Weismann negase la posibilidad de la distinción—, digamos que se suele precisar así: no es característica del proceso la existencia de contradictorio (ejemplo, rebeldía, aceptación de la demanda por el convenido, etc.), sino la existencia de *partes procesales*. En su base hay siempre un derecho (siquiera sea a veces de carácter autónomo procesal), e incluso en los derechos potestativos, que originan las llamadas sentencias constitutivas (ejemplo, juicio de divorcio), hay siempre un derecho (o facultad jurídica) de uno contra otro. Hay partes procesales. «Puede tomarse una resolución *in oída parte*, pero siempre *contra o frente* a alguien a quien debe comunicarse para que pueda ser cumplida o impugnada. En la jurisdicción voluntaria se dan solamente solicitantes, pero no partes.» No hay un derecho de uno contra otro, sino coadyuvantes a un fin único, aun cuando sus intereses puedan no ser acordes. Tienen siempre un fin constitutivo. «Tienden a la constitución de estados jurídicos nuevos o cooperan al *desarrollo* de relaciones existentes, frente a los actos de jurisdicción, que tienden a la *actuación* de éstas» (1).

Atendido esto, ¿qué carácter tiene el expediente de dominio? Procedamos por partes, ya que nos obliga a ello la deficiencia del artículo 400 de la ley Hipotecaria.

Aparentemente, el objeto de los legisladores, al traer a la Ley este artículo, fué crear un medio de entrada en el Registro. Así parecen acreditarlo los precedentes (2). Se trataría de instaurar un

(1) Chiovenda: *Principii di dir. proc. civ.*, § 13 y 14 bis.

(2) Véase en Resolución citada de Octubre de 1915, que se refiere al artículo 29 del Anteproyecto de Ley de la Comisión de Códigos en 1864, cuya exposición dice: «Para traer estos bienes al Registro»: R. D. 10-2-75 permitiendo inscribir el dominio adquirido después de 1-1-63 a los *propietarios que careciesen de título escrito*, etc.

mero medio de entrada en el Registro para aquellos propietarios que no pudieran hacerlo en forma normal. Pero sea de esto lo que fuere, el caso es que el texto mismo del artículo 400, y especialmente los reglamentarios correspondientes, autorizan a aplicarlo, además, como un medio de calmar la aplicación rigurosa, formal, del principio del tracto sucesivo, esto es, como un medio supletorio de reanudar la historia registral de fincas ya inscritas. Y esto es lo que inicialmente importa dejar bien sentado.

En su consecuencia, en esta primera consideración, el expediente de dominio se nos presenta como un mero acto de jurisdicción voluntaria. Ya inicialmente—como medio de entrada—, ya como modo supletorio—para inscripciones interrumpidas—, tiende sólo a la obtención de un título subsidiario de inscripción mediante la constatación ante el juez, representante del Estado, de que el actor es titular en virtud de una serie de negocios jurídicos idóneos, cuya prueba ofrece. No hay partes frente a él, porque aquí (en este caso primero, repito nuevamente) no reclama de nadie derecho alguno. Es parte única en el expediente; y los que concurren van solamente como elementos de prueba de las transmisiones y del derecho aducidos. No se les llama para reclamarles el derecho, sino para que declaren sobre la verdad de lo alegado en el escrito inicial del expediente. No hay partes procesales. Se trata de un puro acto de jurisdicción voluntaria.

Esta posición primera de la Ley, evidentemente acertadísima, resulta negada, desconocida, suplantada, en virtud de un inconveniente que ofrece la vaguedad de enunciado del artículo 400 de la Ley Hipotecaria. Porque hasta aquí hemos hablado del caso de que los citados coadyuven al expediente, confirmando lo alegado; caso normal, indudablemente. Pero imaginemos el caso opuesto: que alguno de los citados contradiga, se oponga en nombre propio, a las afirmaciones del actor. Y entonces se plantea este agudo problema: ¿tiene el juez facultad para conocer del fondo de la oposición alegada? Obsérvese que el problema es de alta envergadura. Porque si se trata de un acto de jurisdicción voluntaria el juez tendrá que suspender el expediente, remitiendo las partes al declarativo que corresponda; lo contrario supondría no sólo una infracción del artículo 24 de la Ley Hipotecaria, sino un

desconocimiento absoluto de los principios fundamentales del derecho procesal. Y si, por el contrario, puede resolverlo, su resolución tendría esencialmente los caracteres de fondo de una sentencia, y en un proceso civil; aun cuando, según una acertada interpretación del Tribunal Supremo, de efectos limitados y carácter provisional.

La deficiente redacción del artículo 400 autoriza, desgraciadamente, esta absurda construcción. El juez tiene facultades para conocer las pruebas contradictorias alegadas en nombre propio y, apreciándolas por la crítica racional, declarar justificado o no el dominio. Claro que los efectos que el Reglamento asigna a la inasistencia del titular de menos de veinte años suponen una garantía muy intensa de un derecho. Pero no es bastante, porque cabe imaginar que, ignorante de esta ventaja o mal aconsejado, asista. Y que la resolución tenga, *si asiste* y se le oye, eficacia cancelatoria. Habría, pues, jurisdicción contenciosa en este caso.

Respecto a sus efectos en relación a inscripciones de posesión, no queremos decir sino que implica en todos los casos verdadera jurisdicción. Aun cuando procesalmente no sea muy defendible la posición del legislador, que ha sancionado en forma extraña un nuevo proceso reivindicatorio en sentido moderno—del propietario no poseedor contra el poseedor (registral) no propietario—; cabría decir que la ley se ha inspirado para sancionar su efecto cancelatorio en la debilidad del derecho inscrito frente al alegado. Y para los efectos de la no asistencia, bien en una presunción de renuncia, bien en una sanción legal de la inasistencia, que nos recuerda los efectos de la rebeldía en los derechos alemán y austriaco.

En cuanto al titular de una inscripción de dominio de antigüedad mayor a veinte años, le son aplicables también estas últimas consideraciones. Pero la reforma, en este punto de la ley Hipotecaria, no puede en modo alguno merecer nuestro asenso. Porque el titular inscrito puede ciertamente no ser propietario; pero también puede serlo, y en este caso no estará protegido por la facultad de inasistencia concedida a los más modernos. Y la inscripción de la resolución recaída contra él en el expediente, si bien ciertamente no le priva del derecho a ejercitar las acciones correspondientes, produce, en cambio, un efecto trascendentalísimo en derecho procesal: el de que en el proceso correspondiente ya no

gozará de la privilegiada posición de demandado, sino que, por ser el actor, recaerá sobre él la carga de la prueba. Y esto, prescindiendo del absurdo que supone la inscripción en el Registro de una resolución de carácter provisional.

Inconvenientes todos que se hubiesen evitado si la Ley, acordándose del artículo 24, hubiera declarado que la presentación en el expediente de un tercero alegando en nombre propio el mismo derecho, obligaba al juez a suspender el expediente, con remisión al declarativo oportuno. Por lo que, en el estado actual de nuestra legislación, sólo cabe confiar en el buen sentido de nuestra Judicatura, aceptando esta posición en base a una armonización consciente de los artículos 400 y 24 de la ley Hipotecaria.

En consecuencia: si respecto al primer supuesto expresado se trata de un mero acto de jurisdicción voluntaria—y éste parece ser el pensamiento primero del legislador—, en los demás, la práctica judicial, la vaguedad del artículo 400 y las reformas reglamentarias han introducido un verdadero acto de jurisdicción contenciosa: se reclama frente o contra alguien y el juez decide sobre esta petición. Por haber contra esta resolución—según la acertada interpretación del Tribunal Supremo—los medios procesales ordinarios, tendremos aquí un ejemplo más de resoluciones provisionales de efectos limitados, dentro de nuestro sistema procesal.

EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS,

Abogado.

La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito ^(*)

Dentro de la doctrina francesa, Lyon Caën y Renault afirman en el número 727 del «Tratado» que debe atenderse, para la determinación de la garantía que se aplique a las deudas del acreditado, teniendo en cuenta la fecha del contrato, no la fecha de la exigibilidad (así en el caso de las letras giradas, que desarrollará más adelante).

Baudry desenvuelve la relación entre saldo y límites de la garantía, suma y tiempo. En este punto juega principal importancia el interés de los terceros, por lo que estos autores están acordes en concederles el derecho a invocar el saldo real o por lo menos a promover uno ficticio.

También a este respecto de la extensión de la hipoteca se plantea una duda: la cuestión de los intereses. Le François, en sus tantas veces citada monografía, cree necesaria la existencia de una convención especial para que estos intereses estén garantizados, y aun así no estarán cubiertos más que hasta el límite señalado a la hipoteca. Clement impugna esta tesis por creerla incompatible con la indivisibilidad característica de la cuenta corriente. Merece recordarse la relación de que habla la Exposición de Motivos de la ley de 1909 entre duración de esta hipoteca y los intereses cuyo importe de tres años perjudica a tercero en la hipoteca ordinaria (artículos 114 y 115).

Parés interpreta esto en el sentido de que no es necesario que estén comprendidos en la cantidad, porque si el acreditante obtie-

(*) Véase el número anterior.

ne un crédito por diez mil y pide diez mil, no queda remanente para cubrir los intereses. No es preciso estipulación; basta que la hipoteca lo sea en garantía de capital e intereses; no hay distinción a este respecto entre hipoteca en garantía de apertura de crédito e hipoteca ordinaria. Las dos aseguran, por ministerio de la Ley, tres años de intereses, ya que, según los artículos 114 y 115 de la ley Hipotecaria, están cubiertos dos años de intereses y la parte vencida del tercero, con tal que conserven el carácter de intereses, porque si se capitaliza cada tres meses, según uso comercial (seis meses, según disposición legal en el Perú), no se distinguirán del capital. Por su incorporación a la cuenta corriente se efectúa la novación en un capital, que a su vez produce intereses dentro del máximo garantizado, con arreglo al artículo 205 del Reglamento hipotecario, al efectuarse la liquidación.

De la misma manera se recuerda la necesidad de que se determine la duración, a diferencia de la hipoteca ordinaria, en que no es requerida.

Esta dimensión temporal, la duración de la hipoteca, tiene dos manifestaciones especiales: una, anterior, la garantía de los avances, envíos, giros, etc., que han tenido lugar antes de la constitución de la hipoteca; otra, posterior, la de la prórroga de la cuenta corriente.

En el primer caso la cuenta corriente comenzó a funcionar antes de la constitución de la hipoteca. ¿Puede decirse que están asegurados dichos envíos? Parte de este problema queda tratado al hablar del efecto novatorio de la cuenta corriente. Ofrece dos aspectos la relación entre la garantía de que gozaba un crédito antes de entrar en la cuenta corriente, y, como ya señalé, se extingue al chocar con el efecto novatorio de la cuenta corriente si no media especial reserva de la extensión de la garantía a los créditos que nacieron antes de la constitución de la hipoteca. Caso tanto más frecuente cuanto que la aplicación de la hipoteca a la cuenta corriente puede hacerse en el acto constitutivo, en el curso o en la clausura de la misma cuenta corriente. ¿Estarán garantizados estos créditos, nacidos antes de la hipoteca? Estimo que una vez incluidos en la cuenta corriente, convertidos en una simple partida de ésta, es arbitrario hablar de unos créditos garantizados y otros no. La indivisibilidad de la cuenta corriente nos veda hacer estas di-

ferencias; todos estarán garantizados en la medida en que estén incluidos en el saldo.

Sin embargo, y con Clement, no se pueden negar dificultades prácticas a esta extensión, y aunque también considero de aplicación lógica la noción de indivisibilidad de la cuenta corriente, es muy sugestiva la distinción que este autor hace entre el caso de que las partes continúen solventes *integri status* y el estado anormal de quiebra o suspensión de pagos.

En el primero, los jueces buscan la intención de las partes. La cuestión se presenta clara si hay sucesión de dos cuentas corrientes; cuando se constituye la hipoteca, después del cierre de la primera: al realizar la apertura de la segunda, si el saldo se lleva a ésta y hay clara intención de novar, quedará garantizado.

En materia de apertura de crédito, se admite que las partes pudiesen garantizar con hipoteca los anteriores avances y que el crédito no se entienda realizado más que por la remesa al deudor de los efectos vencidos.

En el segundo caso, hallándose el deudor en estado de suspensión de pagos en el momento de constituir la hipoteca, se aplica la regulación ordinaria de la quiebra.

El supuesto más frecuente es el del banquero que consiente a un cliente una apertura de crédito a condición de que la garantía hipotecaria cubrirá los avances anteriores y los futuros.

Cuando no está abierto el crédito más que en apariencia, los Tribunales franceses, con arreglo al artículo 446 del Código de Comercio (retroacción de la quiebra), anulan la hipoteca que no ha sido concertada más que para las deudas anteriores. En la hipótesis de que existen avances posteriores, la hipoteca asegura éstos. En vano se dirá que hay novación; la infracción del citado artículo 446 es muy clara.

Idéntica conducta siguen los Tribunales franceses cuando los nuevos avances carecen de importancia, porque «son el precio del consentimiento fraudulento para garantizar las deudas anteriores en perjuicio de tercero acreedor, o cuando son acompañadas de *nantissements* especiales. No se podría sostener que escapa este caso al citado artículo 446-47, por ser contrato a título oneroso. No se puede considerar como verdaderos avances la complacencia cul-

pable a la cláusula accesoria de un contrato ilícito y sin valor» (Clement, número 301).

En relación con este supuesto, se da el citado más arriba de entrada de un crédito garantido con hipoteca en la cuenta corriente, garantía que se extingue ante la novación (Chironi).

Otro de los puntos en que esta materia originó profundas divergencias doctrinales en la doctrina francesa fué el relativo a la prórroga de una cuenta corriente garantida con hipoteca, sin especificar nada acerca de la suerte de esta garantía, caso que forme la segunda manifestación especial en el tiempo de esta hipoteca, como antes dije. Las soluciones se reducen, según los autores franceses, a cuatro grupos.

Para unos, la hipoteca asegura hasta el saldo final, en virtud de la indivisibilidad de la cuenta corriente. Clement entiende que esta solución es inadmisibile, por perjudicar al interés de los terceros y contrariar los artículos 1.165, 2.134 y 2.148 (rango hipotecario) del Código civil francés.

Según otros, se extingue la garantía por la novación al pasar al nuevo saldo. Le François dice: «La hipoteca supone un crédito constatado actualmente», y en este caso no exige el consentimiento; si éste no se ha formalizado para la prolongación, no debe sobreentenderse. A esto se objetó que si no se puede perjudicar a terceros, tampoco les debe favorecer la extinción de la hipoteca.

Distinguen también otros autores los envíos hechos después de la prórroga, que no están protegidos. Se argumenta contra ellos que desconocen la indivisibilidad de la hipoteca. Los terceros, en este sistema, tienen derecho a promover un saldo ficticio para averiguar el estado de la cuenta, aunque sólo sobre el saldo final puede el acreditante ejercer su derecho.

Según Le François, la garantía se aplica al saldo final, pero tan sólo hasta la suma determinada por el balance realizado al prorrogarse la cuenta corriente.

Según la Jurisprudencia francesa, en el caso de que una hipoteca garantice la mitad del crédito por dos años, y la otra mitad por tres, si la cuenta queda abierta en las dos mitades, subsiste toda la garantía (Casación, 18 Diciembre 1871).

También sienta la Jurisprudencia francesa que, si nada se debe en aquella fecha, no se extiende la garantía posteriormente cuando los efectos de comercio sean renovados (casación de 9 de Marzo de 1871).

Si hay hechos que, a la apreciación del juez, contradicen la identidad entre la hipoteca y el resultado final, tampoco será válida tal hipoteca. Lo dicho con respecto a la hipoteca se extiende a las otras garantías (Lyon Caën y Renault, Pont, Boistel y Clement).

Los autores italianos (Giannini) se preocupan del caso de la prórroga tácita para inducir la voluntad de las partes.

Vivante afirma (*Trattato*, IV, 1.755) que la hipoteca continúa vigente hasta el fin, mientras los contratantes mantengan sus relaciones. No importa que las vicisitudes de la cuenta corriente hagan desaparecer en un momento dado el saldo asegurado con la hipoteca, y que el acreedor hipotecario llegue a ser deudor. Si el balance final le es favorable, su crédito seguirá garantido. Es indiferente asimismo que se cierre una cuenta y se abra otra, pues no es este el caso incluido en el artículo 345 del Código de Comercio italiano (inclusión en la cuenta corriente de una remesa extraña a ella).

A través, pues, de todas las liquidaciones y cierres de cuenta, la deuda garantizada permanece una sola hasta el final. El comisionista se vincula en cuenta corriente con hipoteca, pierde sus garantías legales con arreglo al artículo 397 del Código de Comercio alemán.

Uno de los puntos más oscuros y delicados de esta hipoteca es el de su relación con la letra de cambio, figura muy frecuente en la vida del comercio, que envuelve y relaciona estas instituciones: cuenta corriente, letra de cambio (o efectos de comercio en general), apertura de crédito, descuento, etc.

El problema no es nuevo; años hace, llamó la atención de ilustres mercantilistas belgas, franceses e italianos.

Es frecuente que el acreditado suscriba efectos de comercio para utilizar la apertura de crédito, y que el aceditante, una vez en posesión de estos efectos, y con ánimo de reintegrarse prontamente de su desembolso, los endose a un tercero (prescindiendo aquí de la consideración del caso en que fuese estipulado previamente que la

apertura de crédito se utilizaría por medio de descuento de letras, avaladas o no, y del caso especial en que la emisión de los efectos sea posterior a la entrega de la suma u objeto del préstamo).

El problema que se planteaba era el siguiente: estando el crédito del acreditante (endosante de los efectos) garantizado con hipotecas, ¿lo estarán a su vez los endosatarios suyos que son sus derechohabientes?

El primero en tratar extensamente este punto fué Le François, que distinguía dos clases de efectos: primero, efectos emitidos por el acreditado a favor del acreditante, en virtud de previo convenio y destinados a entrar en la circulación. Representan una parte del crédito en poder del acreditante, y cediéndolos, cede también la garantía como accesoria que es.

Segundo: los que entran en la apertura de crédito, pero no en virtud de tal convención: efectos que han sido emitidos por el acreditante para cubrirse del desembolso y que él mismo gira y negocia.

Advierte, sin embargo, Le François que, aun en las del primer grupo, el acreditante estipula la hipoteca en su propio beneficio y que no debe olvidarse que la hipoteca no se adhiere a ninguna letra de cambio, sino al saldo final. Aquí, el acreditante, más bien que un verdadero acreedor, es un simple intermediario y garante, por lo que la hipoteca asegura a los terceros poseedores de los títulos, verdaderos acreditantes, porque ellos son los que realizaron la provisión del crédito. La hipoteca les protege en consecuencia «en droit soi»; pero sólo hasta agotar el crédito, independientemente del saldo final.

En el segundo caso no hubo previo convenio sobre el uso de los efectos de comercio. Una vez realizado el crédito, gira el acreditante letras para reintegrarse de su desembolso y después las endosa. Estos efectos son creados por él y no por el acreditado, representan su crédito; cediéndolos los cede con sus accesorios, pero no ha sido convenido anteriormente tal medio para ejecutar el crédito y tan sólo estarán garantizados en los límites de saldo final. El acreditante no tiene más que un derecho eventual a la hipoteca, en cuanto al fin del contrato sea acreedor, y no podrá transferir más que un derecho igualmente limitado por las mismas restricciones.

El derecho de los terceros poseedores de los títulos está condi-

cionado por la relación entre acreditante y acreditado; su derecho a la hipoteca está limitado por el saldo final, a diferencia del supuesto primero, en que el acreditado está directamente obligado hacia los terceros, independientemente de las relaciones que median con el acreditante.

En una palabra, como dice Le François: los del segundo tipo son acreedores «au droit du créateur», mientras en la hipótesis opuesta lo son «en droit soi».

Examina también Le François una hipótesis que, por su especial naturaleza, merece recordarse. Supongamos que el saldo final sea nulo; la hipoteca no existe, los terceros no pueden invocarla. Ahora bien: si el acreditado y el acreditante quiebran, el resultado sería que los terceros tendrán derecho, en la quiebra del acreditante, al dividendo correspondiente como portadores de los efectos (de los que éste responde en concepto de endosante), y se producirá un saldo en la cuenta que estará garantizado con la hipoteca. Consiguientemente, ellos, sin tener en cuenta el dividendo que pudieran exigir en la quiebra del acreditado, tomarán dos veces la suma que representa su dividendo en la del acreditante: una vez, como acreedores quirografarios de éste, y otra, como acreedores hipotecarios del primero.

Navarrini procura desvanecer este temor, afirmando que para que el saldo sea nulo o se reduzca a cero deben tenerse presentes no solamente los datos materiales de la cuenta relativos a la relación directa entre acreditado y acreditante, que se equilibren perfectamente, sino computar también los efectos emitidos y negociados, en virtud del contrato, que se hallen en manos de acreedores, si aún no están extinguidos.

La tesis de Le François ha encontrado numerosos contradictores en las doctrinas francesas e italianas, cuyos argumentos citaré al hablar de sus respectivos puntos de vista.

Entre los autores belgas merecen, además, ser citadas, a este respecto, la opinión de Namur, en sus *Comentarios al Código de Comercio belga*, y la de Dupont, principal inspirador de la ley Hipotecaria belga del 72, que recordaré más adelante al hablar de las materias comentadas.

En Italia ha sido tratado extensamente el tema por Umberto

Navarrini, en un artículo publicado en *Archivio Giuridico*, en el año 1898.

Después de enunciar Navarrini las varias posiciones en torno a esta materia y separar los campos, indica que se moverá solo, en la hipótesis de que se haya pactado previamente la apertura de crédito por medio de letras de cambio, que el acreditante puede, a su vez, poner en circulación, ya que si no fuese así, no se podría extender a los terceros la garantía hipotecaria, sino ni siquiera al mismo acreditante, por el valor de estas letras. La distinción de algunos autores (Ottolenghi y Bolaffio) entre la apertura de crédito simple y en cuenta corriente, carece de importancia práctica.

Navarrini llega a la misma conclusión de Ottolenghi siguiendo otro razonamiento. Niega que el hecho característico de la cuenta corriente, de que durante el contrato no hay débito ni crédito, sea base para que la garantía se adhiera a las letras emitidas o giradas, que estarán condicionadas por el saldo. Ello supondría, sin duda, que el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente contuviese un verdadero contrato de cuenta corriente, para el que únicamente sería aplicable el referido razonamiento, y aunque no es tan absoluto como Foà y otros, que excluyen la compatibilidad de la hipoteca con la cuenta corriente y que ven en ésta tan sólo un modo de contabilidad de desembolsos y reembolsos (no remesas), cree Navarrini que no sólo hay pagos periódicos y parciales, sino verdaderas remesas.

Pero de la cuenta corriente real y verdadera no hay más que el modo de contabilidad, y ninguna especial consecuencia jurídica de importancia se podría atribuir, como lo hace Bolaffio, a una supuesta novación.

Bolaffio afirma que los efectos inscritos quedan subordinados a la novación, pero lo cierto es que lo que inscribe el acreditante no son los efectos, sino la suma que debió dar para descontarlos, y a este asiento se refiere la novación.

No es de aquí, de la existencia de un supuesto contrato de cuenta corriente, de donde debe partirse para llegar a la conclusión de que los terceros deben participar en la hipoteca dentro del saldo final, sino seguir un procedimiento totalmente distinto.

Navarrini parte de dos bases: primero, la consideración del objeto de la hipoteca en el contrato de apertura de crédito; se-

gundo, el examen de la intención de las partes en este contrato. Que la hipoteca cubre el saldo, es evidente ; pero siendo así, como el importe del saldo no se puede averiguar hasta el fin de la cuenta corriente, estamos en el campo de una hipoteca eventual que toma consistencia y despliega eficacia en cuanto el acreditado resulte deudor al fin del contrato. Antes de esto es inútil hablar de la eficacia de la transmisibilidad de la hipoteca.

Aquí surge una pregunta de capital importancia : ¿Cómo debe calcularse el saldo final?

Estima Navarrini que el débito del acreditado no se reducirá a las relaciones actuales y directas con el acreditante, sino que se extenderá a todo cuanto pueda suceder en dependencia de la apertura de crédito. Si, por ejemplo, el acreditado entregó al acreditante efectos que éste negoció, y considerando tales efectos como valores transmitidos, como reembolsos efectivamente hechos, se redujese el saldo a cero, no se extinguiría, a su vez, la hipoteca por falta de objeto, ni se puede prescindir de ella hasta que tales efectos sean pagados, hasta que el librador sea obligado a retirarlos o hasta que el acreditado no esté completamente liberado.

Viceversa, también en el caso de transmisión de los efectos, el acreditado pudo reembolsar al acreditante (directamente), y esta entrega debe ser tenida en cuenta, porque disminuye el crédito.

No es extraño que para medir la extensión de la hipoteca o de su objeto, el crédito que garantiza, se computen los efectos transmitidos y no pagados que se hallen en manos de terceros, toda vez que éstos son los que realmente concedieron el crédito del modo previsto en el contrato.

Tampoco admite Navarrini que la parte que el acreditado satisface por medio de reembolsos estreche el campo de la hipoteca ; el importe del saldo final debe cubrirse necesariamente. Niega, en su virtud, la transmisibilidad intrínseca de la hipoteca adherida a las letras de cambio, pues considera que se trata de una hipoteca eventual que tan sólo al fin del contrato alcanza vigor.

Algunos pretendían que se debía negar a los terceros incluso hasta un derecho condicionado por el saldo, fundándose en el carácter personal de esta hipoteca, que se refiere únicamente a la relación de débito y crédito entre acreditante y acreditado. Responde a ello Navarrini, que ante todo, para que esta doctrina de-

la hipoteca personal fuese viable, haría falta que se interpretase en el sentido de que sólo garantiza las deudas directas y no las letras de cambio, que son objeto del problema que se debate.

Precisamente, para el acreditante la garantía empezaría a serle útil cuando los efectos descontados no fuesen pagados por el deudor, aunque se encontrasen en manos de terceros. ¿Es posible que haya querido una garantía y se pusiera en situación de no poder recurrir a ella cuando la necesitase?

Adviértese que, no obstante el carácter de personalidad de la hipoteca, para medir su ámbito deben tenerse en cuenta las letras no pagadas que se encuentran en poder de tercero, y, por tanto, es inútil hablar de tal personalidad de la hipoteca. La conclusión a que se llega es la misma deducida por el camino contrario, toda vez que también la doctrina de Navarrini tiene en cuenta las relaciones directas entre acreditante y acreditado, en el sentido de que los reembolsos son tenidos en cuenta para el saldo, que en definitiva es el que determinará la extensión de la hipoteca.

Tampoco se diferencia en otros extremos, y no importa que el acreditado figure hipotecariamente obligado respecto al acreditante o hacia terceros, puesto que la extensión de la hipoteca no varía.

No cree Navarrini, como Le François, que los terceros poseedores se sustituyan al acreditante totalmente (en la primera hipótesis de Le François), sino que admite que su derecho está condicionado y necesitan para su ejercicio de la mediación del acreditante.

Cuando las partes pactaron que se utilice la apertura de crédito por descuento de efectos de comercio transmisibles a terceros, interesa al acreditante que también éstos resulten garantidos, porque así encontrará más facilidad para negociarlos, además de que alejará el peligro de una acción de regreso contra él.

E. S.

JESÚS DAPENA MOSQUERA,

Abogado.

(Continuará.)

Obligatoriedad de los pactos asociacionales de condiciones de trabajo

«El Derecho obrero constituye una reacción contra el espíritu del Derecho civil. Este reconoce sólo «personas», sujetos jurídicos iguales que contratan entre sí, mediante libres decisiones por ambas partes, y nada sabe del trabajador situado en una posición de inferioridad frente al empresario. Nada sabe tampoco de la solidaridad del proletariado, que compensa o nivela esa inferioridad del obrero individual frente al patrono, ni de las grandes asociaciones profesionales, que, mediante sus contratos colectivos de trabajo (*Tarifverträge*), son quienes profesionalmente lo concluyen, sino que mira exclusivamente a los contratantes individuales y al contrato de trabajo singular. Nada sabe, por fin, de la unidad de asociación de la empresa; el Código civil considera sólo una multiplicidad de los contratos de trabajo entre el mismo empresario y los diversos obreros—no ligados éstos, unos a otros, por ningún vínculo de origen—, y no acierta a ver la índole de la empresa como una unidad sociológica cerrada. Los árboles no le dejan ver el bosque. Ahora bien: la ciencia del Derecho obrero consiste cabalmente en su mayor proximidad a la vida. No vé sólo personas, como el Derecho civil, sino empresarios, obreros, empleados; no sólo personas individuales, sino asociaciones y empresas; no sólo los contratos libres, sino también las graves luchas económicas que constituyen el fondo de estos supuestos contratos libres... Por su vigencia automática e inexorable, pero más especialmente por su posible obligatoriedad general, el contrato colectivo de trabajo se ha apartado por completo de las formas del Derecho privado y ha adquirido, con relación a los pactos individuales, el carácter de precepto jurídico, de fuente del Derecho» (*Radbruch*).

Al establecer la Ley de Contrato de trabajo limitaciones a la hoy superada libertad contractual, estatuye y categoriza limpia-

mente las fuentes normativas de los contratos que estructura (1), fijando al mismo tiempo una precisa distinción entre pacto y contrato colectivo, que viene a poner término al confusionismo existente en nuestra legislación anterior y en la extranjera. Carente el contrato colectivo de normatividad, se diferencia únicamente del individual en la pluralidad de uno de sus sujetos: el trabajador. Lo «colectivo» hace sólo referencia a este elemento (2).

Son fuentes normativas de los contratos de trabajo, individuales y colectivos, las disposiciones legales—ampliamente reseñadas en la ley (3)—, las bases de trabajo y acuerdos de los Jurados mixtos o Comisiones paritarias y los pactos colectivos, dentro de los cuales se distinguen dos modalidades: el pacto asociacional y el pacto

(1) *Artículo 9.º* El contrato de trabajo, siendo su objeto lícito, tiene por norma general la voluntad de las partes, libremente manifestada.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no será válido el contrato que sea contrario, en perjuicio del trabajador:

1.º A las disposiciones legales.

2.º A las bases de trabajo y acuerdos de los Jurados mixtos o Comisiones paritarias legalmente reconocidas al efecto, y

3.º A los pactos colectivos celebrados por las Asociaciones profesionales acerca de las condiciones de trabajo en sus ramos, industria y demarcación.

Artículo 3.º El contrato se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta. A falta de estipulación escrita o verbal, se tendrán por condiciones del contrato las determinadas por las leyes, por las bases o normas de trabajo adoptadas por los organismos paritarios profesionales legítimamente autorizados y por los pactos colectivos celebrados entre asociaciones profesionales, o, en defecto de éstos, por los usos y costumbres de cada localidad en la especie y categoría de los servicios y obras de que se trate.

(2) *Artículo 14.* Los contratos de trabajo podrán ser individuales y colectivos.

Será contrato individual el celebrado entre un patrono o un grupo de patronos con un obrero.

Será contrato colectivo el celebrado entre uno o varios patronos y un grupo de obreros.

(3) *Artículo 10.* Se tendrá por disposiciones legales las Leyes, los Decretos y las disposiciones ministeriales. Las sentencias de los Tribunales, los acuerdos conciliatorios y los laudos arbitrales tendrán el mismo carácter dentro de su respectiva competencia, sobre los casos por ellos resueltos.

Tendrán especial aplicación en cada caso la legislación protectora de los trabajadores, las medidas dictadas en beneficio de su emancipación legal y las prescripciones relativas a la previsión y los seguros sociales.

integral, o sea el celebrado ante delegados del Ministerio de Trabajo entre representantes patronales y obreros, nombrados por los respectivos elementos en reuniones que el legislador ha querido autenticar y garantizar con la intervención de la autoridad.

¿A quiénes obligan estas fuentes normativas? La duda surge únicamente cuando se trata del pacto entre asociaciones. Al igual que las disposiciones legales, las bases y los pactos integrales de condiciones de trabajo, elaborados—al menos virtualmente—por la representación totalitaria de la clase, se imponen a todos los patronos y trabajadores de la demarcación y oficio, ya que, por la generalidad de la convocatoria, todos han intervenido o podido intervenir en la designación de aquéllos. Mas, si los sindicatos que convienen un pacto colectivo de condiciones de trabajo no representan la totalidad de los patronos y trabajadores del oficio, profesión o industria y del lugar o lugares a que se extiende su ámbito de aplicación, ¿condicionarán sus estipulaciones los contratos que durante su vigencia celebren los que, directa o indirectamente, no le hayan prestado su consentimiento, y anularán todos los anteriores en cuanto contravengan sus disposiciones? ¿Será el pacto fuente normativa únicamente para los miembros de las asociaciones pactantes y para los que a él se adhieran o para todas las asociaciones, patronos y trabajadores del ramo y demarcación?

Acudiendo al campo legislativo nos encontramos con dos criterios, ante cuya pugna inconciliable optamos—con Gallart (1)—

(1) *Gallart y Folch*, en su reciente y documentadísima monografía sobre «Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española», se expresa así: «...más imperfecta juzgamos, por la falta de coordinación en los textos, la limitación de la extensión de la obligatoriedad profesional de tales pactos».

»Era preciso escoger entre la extensión de la obligatoriedad a sólo los asociados de las entidades pactantes de la convención colectiva de normas de trabajo, o a toda la rama industrial y en toda la extensión territorial en que se basaran las organizaciones sindicales contratantes, pero afectando y obligando a los asociados y a los no asociados de la misma, mientras fueran obreros o patronos de aquella rama industrial en aquella población o comarca. La ley debía declararse por una u otra solución en términos categóricos y que no dejasen lugar a dudas, como lo había hecho el artículo 38 del proyecto de ley de contrato de trabajo de Burgos y Mazo, adoptando la primera, o

por el principio de obligatoriedad genérica del artículo 12 de la Ley de Contrato de trabajo (1), que no puede quedar desvirtuado

como lo había hecho el artículo 13 del proyecto de ley de sindicación aprobado por el Senado, aceptando la segunda.

»¿Lo hace así la ley española de 1931? No, ciertamente, pues si bien la definición del pacto colectivo del artículo 12 parece dejar claro el valor genérico profesional de las normas convencionales colectivas, el artículo 62, previendo la posible adhesión al pacto de Asociaciones, grupos o individuos obreros y patronos que no fueran pactantes del mismo, deja suponer que dicho pacto no tiene más valor que el estrictamente intersindical. En efecto, cuando el pacto tiene valor genérico profesional, no se prevé por las leyes la posibilidad de futuras adhesiones, así singulares como de asociaciones sindicales, pues si el precepto tiene general obligatoriedad, huelgan tales adhesiones, que no han de modificar su extensión o aplicación. La contradicción manifiesta entre estos dos artículos explica la desorientación de los primeros comentaristas de esta ley.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que el artículo 12 es el fundamental en la materia, nos inclinamos resueltamente por la obligatoriedad genérica profesional del pacto colectivo de condiciones de trabajo en el derecho español. El artículo 62 se explicaría como la persistencia de un precepto que ha figurado en varios de los proyectos de ley anteriores y cuya fórmula definitiva es la del artículo 51 del anteproyecto del Instituto de Reformas Sociales, del que es transcripción exacta el de la ley actual. En el anteproyecto, esta facultad de adhesión estaba justificada por la obligatoriedad, exclusivamente sindical, del convenio de normas; en la ley actual carece de sentido.

(1) Se considerará pacto colectivo acerca de las condiciones del trabajo el celebrado entre una Asociación o varias Asociaciones patronales con una o varias Asociaciones profesionales obreras, legalmente constituidas, para establecer las normas a que han de acomodarse los contratos de trabajo que celebren, sean éstos individuales o colectivos, los patronos y trabajadores del ramo, oficio o profesión a que aquéllos y éstos pertenezcan en la demarcación respectiva.

Tendrá también el valor jurídico de un pacto colectivo, en defecto del que define el párrafo anterior, lo convenido ante una Autoridad, funcionario o Corporación oficial, como delegados del Ministerio de Trabajo y Previsión, sobre condiciones de trabajo, entre representantes designados en reuniones públicas, con intervención de la Autoridad, por los elementos patronales y obreros de un determinado ramo, industria y profesión en una localidad o demarcación.

No podrá establecerse en los pactos colectivos acerca de las condiciones de trabajo ninguna que fuere menos favorable para los trabajadores que las determinadas en las disposiciones legales y en las bases adoptadas por los Jurados mixtos o Comisiones paritarias legalmente reconocidos.

Los pactos colectivos habrán de constar necesariamente por escrito, y una

por el 62 del mismo cuerpo legal (1), precepto que no obstante su dicción expresa hace también referencia (2) a los pactos normativos, pactos colectivos de condiciones de trabajo o convenios de normas, como los denominaba el proyecto del Instituto de Reformas Sociales.

Pero el principio de obligatoriedad genérica aplicado a este nuevo instituto jurídico, consignado escuetamente en un precepto de la ley, falto de toda regulación, contrastando con la minuciosa elaboración de aquella otra fuente normativa—las Bases de trabajo— a la que parece llamado a sustituir en la mayoría de los casos, ha hecho pensar en la imposibilidad de su aplicación mientras no se señale el cauce jurídico por el cual se ha de deslizar el pacto desde su nacimiento hasta su entrada en vigor y aun después, o en la necesidad de adoptar normas y condicionamientos de la legislación comparada, a nuestro juicio en pugna con la letra y con el pensamiento de la ley que disciplina esta materia.

Desechada la solución contractualista del artículo 62, que nos daría resueltas las dificultades que se alzan en la aplicación del criterio de general imposición, estimamos que si es dable llenar vacíos—hoy en espera de disposiciones reglamentarias que ofrezcan solución de continuidad en el decurso del pacto—no lo es apartarse de un principio progresivo acogido por el legislador, refugian-

copia de los mismos deberá ser rigurosamente enviada al Ministerio de Trabajo y Previsión y a la Delegación provincial correspondiente, a fin de que sean visados y registrados.

La duración mínima de los pactos colectivos será la de dos años, y en este tiempo no podrán ser modificados por huelgas o «lock-outs», salvo en los casos de autorización expresa del Ministerio de Trabajo y Previsión.

(1) Toda Asociación, o cualquiera otra agrupación de obreros o de patronos, o cualquier trabajador o patrono no agrupado, que no haya intervenido en un contrato colectivo acerca de las condiciones del trabajo, podrá adherirse a él posteriormente.

(2) *Gallart*, obra citada: «El artículo 62, a pesar de la denominación híbrida que emplea, hablando de «contratos colectivos de condiciones de trabajo», se refiere a «pactos colectivos de condiciones de trabajo» y no a «contratos colectivos de trabajo», pues estos últimos nunca lo son de «condiciones de trabajo». Además, en los contratos colectivos, que son arrendamientos concretos de servicios, no caben nunca adhesiones unilaterales como a las que hace referencia este artículo.»

dose en otros de menor envergadura y valoración o en prácticas empírico-acomodaticias o en modalizaciones sin base.

La traducción práctica del principio de obligatoriedad general plantea una gama de problemas que procuraremos esquematizar y resolver. Pudiera decirse: 1.º, si se tratase de imponer un pacto intersindical, negociado, como tal, exclusivamente por las asociaciones pactantes, y, por ende, sin la generalidad de convocatoria y la concurrencia global de las convenciones paritarias y de los pactos no asociacionales, daría ocasión a conflictos por parte de las asociaciones y elementos ausentes en su elaboración que luego lo repudiaran; 2.º, no regulándose por disposición alguna la publicidad del pacto, pudieran verse obligados por él individuos y entidades que incluso pudieran desconocerlo; 3.º, en el supuesto de que las asociaciones pactantes sólo representen un pequeño porcentaje de los patronos y trabajadores de la demarcación, tampoco sería equitativo que esa minoría impusiera las condiciones de trabajo a que habían de sujetarse todos; 4.º, la mala fe encontraría amplio campo de acción en patronos insolventes o dispuestos a soportar pequeñas pérdidas, a cambio de la satisfacción interesada de producir la ruina de potentes empresas rivales, que ante condiciones en exceso onerosas o inaplicables a sus peculiares circunstancias, ni siquiera tendrían el derecho de recurso, no mencionado en la ley al tratar de los pactos colectivos.

A estas argumentaciones objetaríamos: 1.º El pacto colectivo no es un contrato en que se estipule la prestación de obras o servicios, sino una fuente normativa en que se establecen ciertos límites a esa prestación; es la ley de la profesión organizada, al decir de Duguit (1), que va—como la regulación legal paritaria—en seguimiento de la traducción práctica del principio de uniformidad que demanda la paz social, evidentemente amenazada si un pacto viniera a establecer desigualdades laborales, ya que los que trabajasen en condiciones de inferioridad habrían de encaminar su acción a conseguir las mejoras con que se beneficiara a otros trabajadores del mismo oficio y lugar; 2.º Si el legislador ha establecido garantías de publicidad y la admisión de recursos en las bases reguladoras del contrato de trabajo, en lógica deducción tendrá que

(1) *Las transformaciones del Derecho público.*

conceder esas garantías a los terceros obligados por los pactos asociacionales, aun cuando, inexplicablemente, no las haya consignado en la ley. Confirma este criterio el artículo 54 del Reglamento general de los servicios del Ministerio de Trabajo y Previsión, en que se habla de recursos a pactos de trabajo acordados por las asociaciones profesionales, al delimitar las funciones de la sección de Bases y Contratos de trabajo en el Servicio de Legislación y Normas de Trabajo; 3.º Si bien es verdad que en algunos países se exige que las asociaciones pactantes lleven consigo la representación de la mayoría, para que el pacto pueda obligar a todos (en Méjico las dos terceras partes y el 50 por 100 en Alemania), sus legislaciones así lo consignan expresamente, y en cambio la nuestra no establece limitación ni condicionamiento alguno, por lo que no es dable modalizar un principio de carácter general absoluto; 4.º No se puede legislar para casos de excepción, partiendo del supuesto de que, por bastardos móviles, algunos elementos puedan ir contra sus propios intereses. Además, el Delegado Provincial de Trabajo podrá usar siempre de la facultad que le confiere el artículo 30 de la ley de Jurados mixtos en evitación de perjuicios y perturbaciones.

Aceptado el principio de obligatoriedad genérica, por las razones de índole legal y práctica expuestas, todavía nos encontramos con otro extremo que ineludiblemente habrá de ser puntualizado. ¿Obliga el pacto a todos desde un principio, a reserva, claro está, del recurso correspondiente, o se precisa una disposición ministerial para que los contratos de trabajo celebrados por extraños al mismo—dentro siempre del oficio y demarcación—queden sometidos a sus estipulaciones normativas? ¿Se impone el pacto por sí mismo o requiere un acto del Poder público? (1) Optamos por la

(1) En el examen que hace *Gallart* de las regulaciones convencionales colectivas de trabajo en la legislación comparada distingue: a) Países en que no es la ley la que regula los efectos jurídicos de las convenciones colectivas (Inglaterra y Estados Unidos). b) Países cuya legislación se limita a consagrar el derecho de los Sindicatos profesionales a concluir convenciones colectivas (Brasil, Colombia, Grecia, Portugal, Luxemburgo y Yugoslavia). c). Legislaciones según las cuales, las condiciones de trabajo establecidas en las convenciones colectivas pueden ser derogadas por contratos singulares de trabajo (Bélgica, Checoslovaquia, Canadá y cantón de Ginebra). d) Legislaciones que declaran que las estipulaciones de las convenciones co-

primera solución, teniendo en cuenta los términos imperativos del artículo 12 y la dilación del segundo procedimiento que supondría una orden ministerial, un posible recurso y otra resolución ministerial, con la consecuencia inexcusable y perturbadora de los efectos retroactivos.

Es verdad que este principio se ve aceptado exclusivamente por aquellos países—Italia y Rusia—en que hay unidad sindical, sindicación obligatoria, oficial y única; pero también debíamos tener en cuenta que las disposiciones legales de Alemania—ejemplo de ese grupo de legislaciones que obligan a esperar las decisiones del Poder ejecutivo para iniciar esa obligatoriedad general—datan de 1918 y 1932; y que no sería de extrañar que en el proyecto alemán y en otros que a la hora presente se elaboran sobre convenciones colectivas de condiciones de trabajo, se recogiese el principio progresivo que en términos absolutos y con evidente designio ha incorporado el legislador del 31 a nuestro ordenamiento jurídico social, derogando al parecer la Real orden de 6 de Agosto de 1920, y que ya en 1919 hacía suyo el proyecto de ley de sindicación aprobado por el Senado en Enero del 20.

Estimamos que esta obligatoriedad genérica no pugna con la pluralidad sindical, con la autonomía y libertad sindical, como apunta Gallart. La libertad sindical tal como se establece en la parte XIII del Tratado de Versalles y en las legislaciones en que está admitida, hace referencia a la voluntariedad en la filiación y separación de las asociaciones y a la equiparación de derechos de sindicatos y no sindicados; pero no a la facultad de individuos o sindicatos para no someterse a los preceptos legales, máxime cuando, como en este caso, persiguen esa igualdad. Los atentados a la libertad sindical únicamente son invocables cuando se tratá

lectivas son inderogables por contrato singular para los socios de los Sindicatos profesionales pactantes (Francia, Chile, Finlandia, Estonia, Letonia, Holanda, Suecia, Rumania y Suiza). e) Legislaciones que admiten la declaración de obligatoriedad general profesional de las convenciones colectivas por decisión del Poder público (Alemania, Méjico y Basilea), en que esta declaración de obligatoriedad la hace el Estado por acto del Poder ejecutivo; y Austria, Dinamarca, Noruega, Polonia, Australia y Africa del Sur, en que se establece por decisión judicial o arbitral), y f) Legislaciones que establecen que las convenciones colectivas tienen por sí mismas valor obligatorio general profesional (Italia y Rusia).

de desconocer esa igualdad. No hay imposición de las asociaciones pactantes, sino de la ley y del Poder público (1).

Nuestra opinión, en concreto, es la siguiente: concertado un pacto entre asociaciones profesionales—en el que se debe procurar una flexible adecuación a las variantes económicas que pudieran existir en la demarcación—, habrá de dársele la máxima publicidad y alargar en lo posible su entrada en vigor, a fin de que si se interpusieren recursos por antieconomicidad o no viabilidad del pacto (que podrían incluso contener contraproyectos de pacto que en definitiva prosperasen), queden resueltos por el Ministerio antes de su puesta en vigencia. Si esto no fuere posible, obligará a todos, a reserva siempre de lo que el Ministerio disponga en

(1) Tratando de este extremo y de clasificar nuestra legislación dentro de los grupos ya reseñados, dice *Gallart*, en su meritisimo estudio, repetidamente citado: «La obligatoriedad general profesional de los pactos colectivos de condiciones de trabajo plantea problemas importantísimos que la Ley española no resuelve y que hemos de esperar que en el futuro Reglamento habrán de encontrar solución.

»El primer problema es el de cuál de los varios sindicatos que pueden existir, y de hecho existen, en cada rama industrial será el preferido para concluir la convención o pacto colectivo que a todos ha de obligar. Porque hasta el presente, y como hemos visto en el capítulo segundo de este libro, los países que habían concedido obligatoriedad general automática a las convenciones colectivas de condiciones de trabajo eran países de unidad sindical, como Italia y Rusia. España es, pues, el único país que, proclamando el derecho a la multiplicidad sindical, reconoce a las convenciones colectivas *per se*, es decir, sin necesidad de confirmación especial por el Estado, el valor de reglas jurídicas obligatorias para todo el grupo productor. Los demás Estados, como Alemania, Austria, Méjico, etc., que han querido cohonestar el principio de la libertad sindical con el de la obligatoriedad genérica de las convenciones colectivas, han reconocido al Poder público el derecho eminente de declarar, juzgando y ponderando la significación y valor de cada convención concreta, si ha de reconocérsele o no dicha obligatoriedad genérica profesional. Por esto, faltos de criterios sugeridos por el Derecho comparado, no podemos arriesgar una profecía de cuál será la solución que se dará en España al difícilísimo problema que plantea la especialísima regulación legal del pacto colectivo de condiciones de trabajo.

»El criterio que parece dibujarse en el Ministerio de Trabajo y Previsión es el de que al hacerse público, por su registro, el pacto colectivo, pueden los patronos y obreros afectados y sus asociaciones, que hayan permanecido ajenos a la negociación, oponerse al mismo, dirigiéndose al Ministerio, el cual, a la vista de tales objeciones, resolverá. La adopción de este criterio

la resolución de los recursos; y sólo en el caso de las lesiones o quebrantos de que habla el artículo 30 de la ley de Jurados Mixtos, podrá el Delegado suspender sus efectos respecto a aquellos que no habiendo intervenido en él se opusieren al mismo, dando cuenta razonada de la suspensión al Ministerio.

Así tendremos una ininterrumpida uniformidad en las condiciones de trabajo, y una vía paccionada para el mejoramiento de las mismas.

JUAN RAMÍREZ DE LA TORRE,

Doctor en Derecho.

representaría, pura y simplemente, el paso de la facultad de determinación de condiciones de trabajo de los sindicatos profesionales al Ministerio, y este paso, si se juzga necesario, debió darse por la Ley, pero no puede darse por una disposición reglamentaria. La Ley española, leída atentamente, es asimilable, como ya hemos dicho, al grupo italiano y ruso. La interpretación a que hacemos referencia la incluiría en el grupo en que figuran Alemania, Austria y otros Estados. Por ello, en recta hermenéutica, no puede admitirse tal interpretación.»

Pero parece que siempre habrá una diferencia entre nuestra legislación y la de este grupo a que se refiere Gallart, aun en el supuesto de la admisión de recursos por el Ministerio, donde, como ya indica, no parece existir un criterio firme en este extremo. En Alemania no obliga el pacto a los terceros interesados, sino cuando así se declara por un acto del Poder público. En España, en cambio, obliga inicialmente a todos, se impone el pacto por sí, a menos que el Ministerio expresamente ordene exclusiones concretas.

¿Qué sindicato será el preferido para concluir el pacto colectivo? Ninguno. Cualquiera puede tomar la iniciativa. Todos están en un pie de igualdad. En eso precisamente consiste la libertad sindical.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

ALBACEAS. SUS FACULTADES. ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA POR LA QUE LOS ALBACEAS DE UNA PERSONA VENDIERON UNA FINCA DE LA HERENCIA PARA SATISFACER LEGADOS, PREVIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL, CON LA CONFORMIDAD DE LOS HEREDEROS, CELEBRACIÓN DE SUBASTA Y ESCRITURA PÚBLICA.

Resolución de 30 Agosto 1932. (Gaceta de 1.º Octubre 1932.)

Falleció D. Felipe López López bajo testamento otorgado en 3 de Junio de 1929, ante el Notario de Madrid D. Pedro Tobar, en el que, además de nombrar herederos y de hacer legados, designa tres albaceas, contadores-partidores indistintos, y con amplias facultades, los que, y no obstante la amplitud de su función, no se creyeron facultados para enajenar una finca que era preciso vender, ya que, por no existir metálico ni muebles en la herencia, no podían satisfacer los legados, por lo que solicitaron y obtuvieron del Juzgado de Primera instancia autorización para hacer la venta de una casa en expediente en el que prestaron su consentimiento los herederos, e informó favorablemente el Ministerio fiscal. Anunciada y celebrada la subasta, se adjudicó la finca a D. Jesús Huerta Martínez, en acta ante el Notario de Madrid D. Luis Avila Pla, como sustituto de su compañero D. Camilo Avila, y para la debida realización del contrato se autorizó por el primero de dichos Notarios escritura en la que dichos albaceas venden la expresada finca al adjudicatario, con adecuada expresión en el documento de los antecedentes expuestos.

El Registrador de la Propiedad de Occidente, de Madrid, no admitió la inscripción de la mencionada escritura porque los albaceas del causante, «no autorizados por éste para enajenar bienes de su herencia, no tienen capacidad para realizar la venta formalizada en dicho documento. El defecto es insubsanable, y no procede anotación».

El Presidente de la Audiencia, en el recurso interpuesto por el Notario, revocó la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado, declarando bien extendida la escritura, toda vez que, en materia de facultades de los albaceas, rige el principio de que éstos tienen todas las que expresamente quieren conferirles

los testadores, y, a falta de esa expresa determinación, y como supletorias, en todo o en parte, las generales que taxativamente enumera el artículo 902 del Código civil.

Procediendo las facultades de los albaceas de la voluntad del testador, es obvio que en el punto donde terminan las facultades de aquéllos deben comenzar las de los herederos, a virtud de la transmisión de derechos y obligaciones del causante que a su favor engendra la sucesión hereditaria, y que, en consecuencia, lo mismo en el caso de designación de aquellas facultades por el testador, si entre ellas no figura la de enajenar, que en el de atribución supletoria de las expresadas en el artículo 902, la representación de la herencia, a los efectos de la enajenación de bienes que de ella forman parte, corresponde normalmente a los herederos.

No obstante el Código, como excepción de esta regla, y como necesaria consecuencia de la obligación que impone a los albaceas en el artículo 902, de satisfacer los legados que consistan en metálico, y en dinero precisamente (artículo 886), aunque no lo haya en la herencia, faculta en este caso, y precisamente a los mismos albaceas, para promover la venta de los bienes muebles, y no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con las condiciones que señala.

Por tanto, no debe confundirse el caso normal con el excepcional en esta materia; es decir, la facultad de enajenar, en general, que corresponde, desde luego, a los herederos, al no estar facultados los albaceas para ello por el testador, y la especial facultad de vender bienes de la herencia en el caso, también especialísimo, a que hace referencia el artículo 903.

Esta misma doctrina aparece clara en las Resoluciones que se citan de este Centro directivo, entre cuyos fundamentos se establece: que las facultades de los albaceas, en orden a la enajenación de los bienes hereditarios están determinadas, a falta de voluntad expresa del testador, por las reglas generales de los artículos 901 y siguientes del Código civil—ya que es legal y prácticamente equivalente, a tales efectos, la posición de los albaceas designados con expresión de facultades (artículo 901), si entre ellas no figura la de vender o enajenar, que la de los testamentarios a quienes el testador no se las hubiere señalado en absoluto (artículo 902)—; que dentro de estos preceptos legales, los albaceas pueden ostentar la representación de la testamentaría, ya por sí, cuando para ello

estuvieren expresamente facultados por el testador, o con el consentimiento de los herederos; que la intervención de éstos, a que alude el artículo 903 del Código civil, no es un acto de transferencia de fincas que estén en su patrimonio, toda vez que en ninguno de esos casos hay transmisión de dominio del causante al heredero; y que si el albacea desenvuelve funciones propias de su cargo, tanto respecto de aquellos actos para los que expresamente esté autorizado por el testador, como cuando obra en virtud de un precepto legal, cabe aplicar en ambos casos la excepción del párrafo séptimo del artículo 20 de la ley Hipotecaria.

Por tanto, atribuída a los herederos en aquel artículo la sola facultad de intervención, y no pudiendo entenderse en el sentido de transferir fincas que no están aún en su patrimonio, la única cuestión a dilucidar, puesto que no se discute en el recurso la aplicabilidad de la excepción al tracto sucesivo, es la de si dicha intervención—que supone conocimiento y beneplácito, según la letra del número segundo del artículo 902—, ha de tener lugar en el acto de la venta llevada a cabo por los albaceas en la misma escritura, o pueda entenderse cumplido el requisito por el conocimiento dado con anterioridad a los herederos—en cualquier forma que se acredite al ser auténtica—de la venta a realizar y condiciones en que haya de celebrarse, y por su beneplácito, tácito o expreso después de negada por ellos la aportación del metálico necesario para el pago de funerales o legados.

Si en caso de oposición por los herederos la intervención judicial habría de ser la que necesariamente y en definitiva dirimiese el conflicto, previa demostración de la necesidad o improcedencia de la venta, y con anterioridad siempre a ésta, nada impide que el conocimiento por los herederos, únicos interesados de la necesidad, finalidad y condiciones de aquélla, y su beneplácito, se acredite precisamente a requerimiento de albaceas y herederos con anterioridad a la misma venta, ante la Autoridad judicial competente, y como acto de jurisdicción voluntaria, habida cuenta de que no existe precepto legal que imponga requisitos en cuanto a la forma o al tiempo en que tales actos hayan de verificarse y al modo de su constatación.

TRACTO SUCESIVO. NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA POR LA QUE LOS DOS ÚNICOS HEREDEROS DE UNA PERSONA QUE TIENE INSCRITA UNA

FINCA A SU FAVOR LA ADJUDICAN A OTRA, EN PAGO DE DEUDAS, SIN INSCRIBIRLA PREVIAMENTE A SU NOMBRE, POR Oponerse a ello el principio consagrado en el artículo 20 de la ley hipotecaria.

Resolución de 16 Septiembre 1932. (Gaceta de 5 Octubre 1932.)

El Notario que fué de Getafe, D. Santiago Méndez Plaza, autorizó, el 10 de Diciembre de 1926, una escritura por la que los herederos y únicos causahabientes de una persona que tenía inscrita una casa en Madrid a su favor, la que había adquirido en estado de soltero, la adjudican a D. Vicente García Alonso, en pago de cantidad que reconocen adeudarle el causante.

El Registrador de la Propiedad de Occidente, de Madrid, denegó la inscripción por no constar inscrita la finca cedida a favor de los cedentes, D. Eugenio Velázquez Barra y doña Inés Rodríguez Fernández, y estarlo, por el contrario, a favor de D. Manuel Velázquez de Frutos, persona distinta de éstos. El defecto es insubsanable y no procede, por tanto, anotación preventiva.

En el recurso interpuesto por el Notario autorizante, el Presidente de la Audiencia revocó la nota recurrida, declarando inscribible la escritura, y la Dirección general, con revocación del auto apelado, declara no hallarse aquélla bien extendida, con los siguientes considerandos:

Cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la cesión o adjudicación a que se contrae la escritura objeto de este recurso, es indudable que envuelve una enajenación con causa onerosa, por la cual la finca que está en el patrimonio del causante, constituyendo su caudal relicto, es transferida a una persona extraña, directamente y a título singular, por los que ostentan la representación de aquél como herederos declarados del mismo, en los que concurren la totalidad de los derechos hereditarios con capacidad plena para disponer.

Aunque en el aspecto sustantivo o civil puede admitirse tal cesión o adjudicación, en el formal, adjetivo o registral, nos encontramos con que las inscripciones sólo pueden ser realizadas cuando las consiente el titular, según resulte de una inscripción determinada y especial, de donde se deduce que los cedentes tienen necesidad de formalizar su adquisición, logrando un asiento.

a su favor que sirva de base a la transmisión que de la finca hicieron.

Este principio de tracto sucesivo consagrado en el artículo 20 de la ley Hipotecaria y fundamental en nuestro sistema de derecho Inmobiliario no sólo para evitar que transfiera o grave una finca o un derecho real constituido sobre inmuebles quien carezca de facultades para ello, sino para que en todo momento se conozca la historia jurídica de la finca y la naturaleza y condiciones de los títulos de transmisión, sólo admite las excepciones que el mismo texto consigna.

Si bien estos casos de excepción pueden ser objeto de interpretación más o menos extensiva, es lo cierto que por amplio que sea el criterio con que se contemplen, en ninguno de ellos cabe estimar comprendido el que se ventila en este recurso, por lo que no es posible admitir a la inscripción el título cuestionado sin infracción del principio establecido en el referido artículo 20 de la Ley, apareciendo aún más acusada la aplicación de esta doctrina en atención a que el crédito que se trata de solventar no tiene otra justificación que la simple manifestación de los interesados.

PARTICIÓN DE HERENCIA. SU PROTOCOLIZACIÓN. LA PROHIBICIÓN IMPUESTA A LOS NOTARIOS DE AUTORIZAR LA ESCRITURA DE PROTOCOLIZACIÓN DE OPERACIONES TESTAMENTARIAS QUE EL MISMO HA PRACTICADO COMO CONTADOR PARTIDOR NOMBRADO POR EL TESTADOR ES MERAMENTE REGLAMENTARIA, NO AFECTA A LA VALIDEZ DEL TÍTULO, ADEMÁS DE QUE LO QUE REALMENTE SE QUIERO IMPEDIR CON LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 132 DEL REGLAMENTO DEL NOTARIADO ES QUE LOS NOTARIOS «SE INTERESEN», SE MEZCLEN O TOMEN PARTE EN AQUELLOS CONTRATOS EN QUE INTERVIENEN POR RAZÓN DEL CARGO.

Resolución de 22 Septiembre 1932. (Gaceta de 8 Octubre 1932.)

El Notario de Murcia, D. Juan Balaguer Enseñat, nombrado contador, con facultades solidarias con otro, en el testamento otorgado ante el mismo Notario por D.^a Antonia Ortega Prino, cumpliendo el encargo, confeccionó en 27 de Abril de 1929 el cuaderno particional de los bienes de la causante, con citación de los herederos mayores de edad y el tutor del menor, y dicho fedatario,

por sí y ante sí, autorizó en 26 de Abril de 1929 escritura de protocolización de dichas operaciones testamentarias.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Murcia, el que fué Registrador de dicha capital, Sr. Enciso de las Heras, puso en dicha escritura nota: «No admitida la inscripción del documento que precede por observarse los siguientes defectos: Primero, estar autorizada la escritura de protocolización de operaciones de testamentaria por el mismo Notario que ha practicado el cuaderno como contador-partidor nombrado por la testadora, estando incapacitado para ello; segundo, resultar del documento la contradicción de aparecer la fecha del cuaderno posterior a la del acta de protocolización y la incongruencia de no haberse inventariado deudas y consignar en un supuesto no existir ninguna y fijar adjudicación para pago de deudas y gastos, sin fijar previamente la cantidad y señalar las cargas de cada concepto. Dada la índole del primer defecto, no es admisible la anotación, que tampoco ha sido solicitada. Murcia, 5 de Enero de 1931.»

Interpuesto recurso por el marido de una de las herederas en su representación, dicho Registrador alegó la falta de personalidad, resolviendo la Presidencia este incidente con su no admisión, no apelando el Registrador por carecer de este recurso, a tenor de lo preceptuado en el artículo 126 del Reglamento, y seguido el recurso con informe del repetido Registrador y conformidad del que actualmente desempeña el cargo, el Presidente de la Audiencia revocó la nota dicha, y la Dirección general confirma el auto apelado, con las siguientes consideraciones:

En cuanto al defecto primero de los señalados en la nota, la consignación de incapacidades o incompatibilidades por la legislación notarial obedece a la idea de impedir que el Notario, influenciado por móviles afectivos, económicos, sociales, etc., realice actos con momentáneo olvido de la imparcialidad y veracidad que deben resplandecer en toda su actuación; razón por la cual únicamente surge la incompatibilidad cuando existe una base clara y sólida para presumir el alejamiento por el Notario de la línea normal y pura de la conducta profesional.

A tal fin la prohibición a los Notarios de autorizar las escrituras de aprobación o protocolización de operaciones de testamentaria que hayan practicado como contadores-partidores nombrados por el testador, quiso impedir, a no dudarlo, que—como el artícu-

lo 132 establece en su comienzo—los Notarios se mezclen o tomen parte en aquellos contratos en que intervengan por razón de su cargo, con el peligro consiguiente de olvido de aquellas circunstancias de imparcialidad y veracidad, lo cual implica que toda infracción en este particular tenga señalada corrección disciplinaria para el Notario infractor.

Ello, no obstante tal infracción de una prohibición de la índole de la que se examina, esto es, meramente reglamentaria, sólo puede trascender, en sus efectos, como dice el Tribunal Supremo, al gobierno interior de la Corporación, y no, por consiguiente, a la validez del título, pues al no tener aquélla señalada sanción especial, en este orden, en las leyes sustantivas, no puede, en principio, estimarse afectado de invalidez ni con defecto que impida su inscripción, tanto más cuanto que otras prohibiciones de claro entronque en aquellos Códigos fundamentales—cual la que hace referencia al contenido del artículo 22 de la Ley orgánica del Notariado—desaparecen (Reglamento, artículo 154) al desaparecer el impedimento de pública honestidad que las motiva.

En cuanto al segundo de los defectos que se consignan en la mencionada nota, que se trata, como el mismo Registrador advierte, de un error material, no de la escritura de protocolización que lleva su fecha y números correlativos en el protocolo bajo la fe del Notario autorizante, sino del cuaderno particional, y como la fecha de éste, innecesaria por lo demás, pasa a ser en todo caso la de aquélla respecto de terceros, es visto que no puede ser tampoco tal aparente antinomia motivo que impida o suspenda la inscripción.

El último de los defectos señalados en la nota recurrida, que empieza por señalarse como una simple cuestión de terminología entre los supuestos segundo y cuarto del cuaderno particional, tiene su entraña en las facultades que al contador-partidor nombrado por la testadora otorga el artículo 1.057 del Código civil, ya que es sabido que el gasto de última enfermedad, el de entierro o el de funeral, con relación a los que prestaron los servicios fúnebres, médicos o farmacéuticos, y a los obligados a su pago, por concurrir en ellos la representación de la causante, darán lugar a un derecho de crédito en aquéllos al lado de una responsabilidad deudora en éstos, como personas que se encuentran en la situación de deber, sin que a los fines indicados tenga importancia el

determinar si el pago corre a cargo de los herederos o se puede atribuir a los acreedores un derecho general sobre el patrimonio hereditario, considerado como *universitas*, porque distinguiéndose, como se distinguen, claramente en la teoría y en la práctica los gastos a que se contrae aquel supuesto con causa próxima del fallecimiento, de aquellas deudas de origen distinto y extraño al mismo a que se refiere el cuarto supuesto, no puede estimarse que exista entre ellos congruencia alguna.

En la simple facultad de hacer la partición que, conforme al artículo 1.057 del Código civil, tenía el contador-partidor D. Juan Balaguer Enseñat, no podrá por menos de comprenderse la fijación de los gastos indicados en el referido supuesto segundo del antedicho cuaderno particional y, como consecuencia, la adjudicación de bienes para su pago, por ser premisa necesaria para llegar a la liquidación y división del caudal partible, sin que sea obstáculo a tal operación el no haber señalado la cantidad que correspondía a cada concepto, de difícil precisión *a priori*, quedando, como queda, la adjudicataria, obligada a rendir la oportuna cuenta una vez verificados los pagos y salvo siempre el derecho de los interesados para impugnar la partición.

Estando instituidos los herederos por partes iguales, se da entre ellos una igualdad absoluta en el pago de los impuestos—que absorbieron, por cierto, las dos terceras partes de las 15.000 pesetas, al tratarse de colaterales—, por lo cual no es preciso distinguir, como quizá lo sería en otros supuestos, para evitar desigualdades entre aquellos de obligatoriedad común, recayentes sobre el conjunto de bienes—caudal relicto—de los que se determinan más por el sujeto individualizado—impuesto sobre la transmisión propiamente dicha, y destinando al acrecimiento de los retiros obremos—, puesto que los demás gastos son, en general, comunes por su origen, unos, y otros, por ser necesarios para la plena eficacia del acto particional, realizado en cumplimiento de la voluntad delegada de la causante.

Por último, como el mismo apelante reconoce, el Reglamento Hipotecario no concede apelación contra el auto resolutorio en materia de personalidad del recurrente.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ENJUICIAMIENTO CIVIL

14. *Derecho hereditario. Ejecución. Embargo y venta de bienes determinados de un deudor sin concluir el juicio de testamentaria y sin previa adjudicación. Acumulación del Ejecutivo al juicio de testamentaria.* Sentencia de 9 de enero de 1932.

Don M. R. interpuso demanda contra don M. G. para hacer efectivo el importe de unas cambiales, y, despachada ejecución, se embargaron al ejecutado los bienes y derechos heredados de su madre, y, por sentencia de remate, firme, se ordenó al director del Banco de España que tomara nota del embargo de la tercera parte de unos valores depositados a nombre de la madre del ejecutado, ordenándose después a dicha entidad bancaria la venta de la indicada tercera parte y entrega del producto al comisionado al efecto, por el ejecutante.

Una vez verificada la entrega, dos hermanas del ejecutado instaron en Juzgado distinto el juicio voluntario de testamentaria de la madre, y por auto se acordó la acumulación a este universal, del ejecutivo promovido por don M. R. contra el heredero, a lo que se opuso, por no estimar que en el presente caso la acción iba contra la difunta, sino contra un heredero y por la parte que a él en la herencia pudiera corresponderle y también porque el ejecutante se daba por pagado con el producto de los valores vendidos. Habiendo insistido ambos Juzgados en sus puntos de vista, se remitieron las actuaciones al Supremo, quien declara la acumulación del ejecutivo seguido contra don M. T. al voluntario de testamentaria, considerando que, de conformidad con la naturaleza de la herencia, ordena el artículo 161 de la ley de Enjuiciamiento civil la acumulación de autos cuando haya un juicio de testamentaria o abintestato al que se halle sujeto el caudal, contra el que se haya formulado una acción de las declaradas acumulables, y como en el número 4 del artículo 1.003 se declaran acumulables a estos juicios todas las demás ordinarias y ejecutivas que se deduzcan contra los herederos del difunto o sus bienes, des-

pués de prevenido el abintestato, y el artículo siguiente preceptúa que, desde que se hubiese decretado la prevención del abintestato podrá pedirse la acumulación de los pleitos expresados, es indudable que los ejecutivos seguidos en Madrid contra don M. T., y que pueden provocar, por una confusión del derecho que el mismo tiene, a una cuota hereditaria con las participaciones indivisas sobre los bienes que forman el activo de la herencia, la segregación de los mismos para el pago de ciertas deudas del heredero, en perjuicio de los interesados en la liquidación y adjudicación del caudal relicto, son acumulables al voluntario de testamentaría.

A tenor del artículo 167 de la ley de Enjuiciamiento, en los juicios ejecutivos no será obstáculo para la acumulación cuando proceda el que haya sentencia de remate, entendido para este efecto que no se tendrán por terminados mientras no quede pagado el ejecutante, y hallándose fundado en este precepto el auto denegatorio de la acumulación, deben ser discutidos los datos del mismo para decidir si el acreedor ejecutante había percibido legítimamente el producto de la venta de los valores embargados con anterioridad al oficio instando la acumulación.

Aparte las razonables observaciones hechas por el Banco durante la tramitación del procedimiento, sobre la existencia de un juicio universal de testamentaría, la ignorancia en que se hallaba respecto a la adjudicación de los títulos parcialmente embargados y la necesidad de que se concretaran las series y números de los títulos que habían de ser vendidos (circunstancias que ponen de relieve la particularidad de seguirse la ejecución contra cosas que integraban el caudal de la madre), aparecen en los autos las fechas en que se realizaron todas las diligencias, datos que acreditan que ni en la orden judicial de cobro era definitiva e incondicional, ni podía serlo, dada la indeterminación de las cantidades, ni las facultades concedidas al comisionado le autorizaban para hacerse pago por sí y ante sí, sin la aprobación del Juzgado, y en su virtud ha de tenerse por demostrado que el juicio ejecutivo en cuestión no se hallaba terminado, como aseguró el auto del Juzgado de Madrid, con anterioridad al oficio instando la acumulación y, por precedente, la remisión de los autos al Juez que la había pedido.

15. *Contrato de producción de Seguros. Las cuestiones de hecho y la apreciación de las pruebas corresponde a los Tribunales de instancia. Los libros de comercio como medio de prueba.* Sentencia de 8 de Febrero de 1932.

El Banco Vitalicio de España, entidad aseguradora, formuló demanda contra un ex Agente de la misma, exponiendo que celebró con él un contrato de producción de seguros, mediante el abono de una cantidad mensual y obligación en el Agente de producir dichos seguros, pudiendo la Compañía dar por terminado el contrato previo aviso escrito y siendo causa de extinción el dejar de producir por espacio de un año, reclamándole una cantidad de pesetas anticipadas como préstamo. Se opuso el Agente, y el Juzgado y la Audiencia condenaron cual se pedía en la demanda y el Supremo rechaza el recurso, considerando que las cuestiones de hecho sometidas en los pleitos a la estimación y resolución de los Tribunales de instancia y la apreciación de las pruebas en orden a las mismas son de su exclusiva competencia, sin que en la casación pueda combatirse tal apreciación si no se hace al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la ley Procesal, señalando claramente los errores de hecho o de derecho que a la sentencia se atribuyan, aduciendo además los documentos o actos auténticos que evidencien la equivocación del juzgador y citando las disposiciones legales que respecto del valor de la prueba se hubieran infringido; y como en el caso de este recurso, la Audiencia declara, por el resultado de la prueba, que el actor-recurrente, por su propia voluntad, había suspendido sus operaciones, dejando de producir nuevos seguros, y esta concreta declaración del Tribunal *a quo*, si bien en el recurso se invoca el número 7 del artículo 1.692, no se combate, en realidad, adecuadamente y sólo se cita el artículo 1.225 del Código civil, pero no se señalan documentos o actos auténticos eficaces para demostrar la evidente equivocación de la sentencia impugnada. No hay, pues, infracción de los artículos que se citan, por no demostrarse que la Sociedad demandada había incumplido sus obligaciones, y es harto sabido que la interpretación de los contratos compete a los Tribunales de instancia, según la Ley y la Jurisprudencia, así como que los libros de comercio, aunque no estén

Llevados con arreglo a lo mandado en el Código de comercio, pueden ser estimados por los Tribunales en conjunto con otros medios de prueba, apareciendo, además, que los libros de la Sociedad se llevaban con todas las formalidades, y los del recurrente no se llevaban con arreglo a la Ley, y es, por tanto, manifiesto que han de ser de más fuerza probatoria los primeros que los segundos.

16. *Quebrantamiento de forma. Requisitos para que la falta de recibimiento a prueba pueda estimarse como quebrantamiento de forma. Admisión por los Tribunales civiles de medios de prueba derivados de procedimientos criminales.* Sentencia de 10 de Febrero de 1932.

Don F. interpuso demanda contra don J. P., exponiendo que entre aquél y éste se formalizó un contrato de arriendo de tierras propiedad del demandado, por plazo de seis años, y requerido éste para elevar a documento público el contrato, no había accedido, por lo que le demandaba para ello. El demandado opuso que el contrato se había celebrado, pero que era por tiempo indefinido, negándose a otorgar la escritura. Recibido el pleito a prueba, el actor pretendió que se aportase testimonio con referencia a una causa obrante en la Audiencia de lo Criminal sobre falsedad de un recibo y sobre otros extremos, siendo esta parte de prueba denegada y desestimado el recurso de reposición interpuesto, dictando el Juzgado sentencia absolutoria. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia del inferior e interpuso recurso; el Supremo lo rechaza, considerando que aunque este recurso, apoyado en el número 3.º del artículo 1.693 de la ley Procesal, parece enfocar la falta de recibimiento a prueba en la segunda instancia, en realidad va dirigido contra la denegación de las diligencias encaminadas a traer al pleito, por medio de mandamiento compulsorio, el testimonio de una querella que dió lugar a la formación de un sumario y otras pruebas, medios todos que con la confesión judicial y la testifical fueron propuestos por el demandante en primera instancia, sin que para la cuestión ahora debatida tenga valor la denegación en la segunda del reconocimiento de un justificante de rentas, porque el Tribunal *a quo*, sin recibir el pleito a prueba, admitió la confesión del deman-

dado y el reconocimiento del documento correspondiente acompañado a la demanda.

Según preceptúa el número 3.º del citado artículo, para que la falta de recibimiento a prueba pueda estimarse como quebrantamiento de forma, es necesario que tal recibimiento proceda con arreglo a derecho; y como el hoy recurrente ha solicitado en segunda instancia, fundándose en que se había negado en la primera, cierta prueba documental que a su juicio debiera ser admitida, queda planteada la cuestión de si la prueba propuesta era impertinente o inútil. Esta doble calificación corresponde a las peticiones del actor, porque, sin atender a las fechas de los documentos y al carácter especial de los procedimientos criminales, que imponen a los Tribunales civiles una mayor circunspección en la admisión de pruebas con ellos relacionadas, siempre resultará que al solicitar la prueba no ha dado el actor ninguna explicación sobre el nexo que pueda existir entre los hechos objeto del sumario con los debatidos en esta litis, ni de los términos en que se ha planteado la misma, aparece la influencia que sobre su resolución pueda ejercer la del juicio oral en cuestión.

17. *Aceptación de herencia a beneficio de inventario. Incidente. Cuándo procede convertir en contencioso el expediente de declaración voluntaria.* Sentencia de 1 de Febrero de 1932.

Doña M. acudió al Juzgado, iniciando expediente de aceptación a beneficio de inventario de la herencia de su hijo don B., del que era heredera forzosa por no tener descendientes, interesando la formación de inventario del caudal relicto, con citación de acreedores y legatarios, procediéndose al nombramiento de administrador judicial de la herencia, nombrando administrador a don J. y declarándose más tarde la quiebra del causante, don B.

Así las cosas, don A. compareció en el expediente, haciendo constar que se habían incluido en el inventario la producción de energía eléctrica a que el causante se dedicaba, tomando la dirección el administrador nombrado, siendo así que dicha producción pertenecía a una Sociedad Anónima en la que la herencia no tenía ninguna participación, pidiendo se le repusiera en la administración. Por auto se acordó no acceder a lo solicitado,

sin perjuicio de que en el juicio correspondiente se ejercitaran las correspondientes acciones, ya que lo pedido era imposible, pues al sobrevenir la quiebra pasaban las funciones del administrador al comisario y depositario de la misma.

Después compareció el comisario y síndico de la quiebra, oponiéndose a lo solicitado por don A., y éste formuló recurso de reposición, al que también se opusieron comisario y síndicos, pidiendo éstos se declarase contencioso el expediente, como así se acordó, reservando a los interesados sus derechos para ejercitarlos en el juicio procedente.

Contra este auto don A. interpuso recurso de reposición, insistiendo en su petición, como asimismo insistió la sindicatura en su punto de vista. El Juzgado dictó auto no dando lugar a reponer, y apelado, la Audiencia lo revocó, y en su virtud acordó reponer el auto, declarando no haber lugar a considerar contencioso el expediente. Contra este auto, el comisario y síndicos interpusieron recurso de casación por infracción de ley, y la Sala no lo admite, considerando que doña M., como madre del fallecido B., promovió en el Juzgado un expediente al efecto de aceptar a beneficio de inventario la herencia de su hijo, interesando la formación del caudal con citación de acreedores y legatarios y el nombramiento de administrador judicial, y el auto de la Audiencia declaró no haber lugar a declarar contencioso aquél, que quedaba en situación legal de ejecución de las resoluciones firmes del indicado Tribunal, contra lo que el comisario y síndicos habían solicitado; pero como la Audiencia, con vista de los escritos y diligencias del expediente, fundó su declaración contraria al Juzgado en que no se había demostrado que la quiebra tuviera interés legítimo en el expediente, por cuanto no aparecía justificado de que perteneciera a la sucesión la Sociedad Anónima referida, lo cual tampoco sería bastante para que tuviese derecho a la administración de la misma, notorio es que tales afirmaciones de hecho han debido combatirse al amparo de lo dispuesto en el número 7 del artículo 1.692, debiendo desestimarse el recurso.

CUESTIONES DE COMPETENCIA

18. *Pago de cantidad.* Sentencia de 21 de Enero de 1932.

19. *Entrega de mercancías.* Sentencia de 4 de Enero de 1932.

Se entiende hecha en el establecimiento donde han sido vendidas.

20. *Compraventa negada por el demandado.* Sentencia de 20 de Enero de 1932.

No sirven para determinar la competencia las facturas presentadas por el demandante, existiendo aquella negativa.

21. *Compraventa mercantil.* Sentencia de 20 de Enero de 1932.

Si en la nota y calco del viajante aparece la obligación de pago en el domicilio del vendedor, este Juzgado es competente.

22. *Tercería. El Juez competente para conocer de un pleito, tiene competencia para conocer de sus incidencias.* Sentencia de 20 de Enero de 1932.

Según el artículo 1.534 de la ley de Enjuiciamiento civil, las tercerías son incidencias del juicio ejecutivo en que se promuevan, debiendo considerarse también como incidentales en los procedimientos para ejecución de sentencia, ya que el artículo 1.543 de la propia ley hace aplicables las disposiciones de la sección tercera, título 15, libro segundo de la misma, además de a dichos procedimientos a cualquier otro juicio o incidente en que se proceda por embargo y venta de bienes.

Según el artículo 55 de la citada ley de Enjuiciamiento, los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito la tendrán también para todas sus incidencias.

23. *Arrendamiento de servicios.* Sentencia de 23 de Enero de 1932.

Ejercitada una acción personal dimanante del cumplimiento de un contrato de arrendamiento de servicios, al que se opone la excepción de pago, el conocimiento del asunto corresponde al Juzgado municipal del lugar donde los servicios se prestaron.

24. *Arrendamiento de servicios.* Sentencia de 18 de Febrero de 1932.

Coincide con la sentencia anterior.

25. *Compraventa mercantil*. Sentencia de 20 de Febrero de 1932.

Viajando los géneros por cuenta y riesgo del comprador, y habiendo, además, sumisión expresa de éste, es competente el Juzgado del domicilio del vendedor.

26. *Compraventa mercantil y letras de cambio*. Sentencia de 10 de Febrero de 1932.

El precio de la venta se abonará en el lugar de la entrega de la mercancía, presumiéndose hecha la enajenación en el lugar donde se encuentra el establecimiento mercantil, sin que en la cuestión de competencia influya la existencia de letras de cambio, porque sólo son un medio de facilitar el pago.

27. *Compraventa mercantil*. Sentencia de 10 de Febrero de 1932.

Si el género viaja por cuenta y riesgo del comprador puesto sobre estación en B., ello es bastante para estimar, a falta de otra designación convencional, que el pago debe hacerse en B.

CIVIL

28. *Enajenaciones de bienes hechos en fraude de la mujer*. La mujer casada tiene derecho a impugnar las enajenaciones o convenios hechos en fraude suyo o de sus herederos, pudiendo ejercitar la acción desde la realización de la enajenación fraudulenta. Sentencia de 14 de Marzo de 1932.

Una señora interpuso demanda contra su marido y una hermana de éste exponiendo que la actora contrajo matrimonio con el demandado, pidiendo luego el divorcio, y al solicitar la ejecución de la sentencia que condenó al pago de «litis expensas», se decretó el embargo de bienes del marido, lo que no pudo realizarse por aparecer en el Registro a nombre de su hermana, y creyendo la actora que la venta de aquél a favor de la hermana era ficticia y simulada, pedía se declarase la inexistencia de la referida venta o subsidiariamente que fué hecha en fraude de los derechos de la mujer. El Juez estimó la demanda y la acción rescisoria subsidiariamente interpuesta, y declaró que la venta fué hecha en fraude de la mujer, decretando la rescisión, sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los demandados entre sí, mandando

cancelar la inscripción en el Registro. La Audiencia estimó en parte la demanda y declaró que el contrato de venta celebrado fué en fraude de los derechos de la mujer declarando su rescisión, pero sólo en la parte necesaria a la efectividad de los alimentos, litis y costas, sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los demandados entre sí.

Interpuesto recurso lo *admite la Sala*, y, en su consecuencia, casó y anuló la sentencia recurrida, considerando que, como antecedente necesario para la acertada resolución del recurso, conviene tener en cuenta que la actora interesó que se declarase celebrada la venta, subsidiariamente, en fraude de su derecho, y, en su consecuencia, rescindida la escritura por la que el marido vende a la hermana la mitad de una casa, pero como los aludidos derechos en que la demandante se considera defraudada por obra de los demandados los refiere de una parte a los que la asisten para recibir los alimentos propios y de un hijo del matrimonio y costas, y de otra a los que sobre los bienes vendidos a la hermana pudieran corresponder a la actora al disolverse el matrimonio, sobre los bienes gananciales; lo expuesto indica que en la demanda se ejercitaron en realidad dos acciones: la pauliana, para invalidar la enajenación realizada por el marido y la que asiste a la mujer casada para lograr la declaración de que aquélla fué hecha en fraude de sus derechos como tal, con la ineficacia subsiguiente, por tanto, del contrato fraudulento sobre bienes gananciales.

Que aunque la sentencia recurrida da por probado que el contrato de venta celebrado por los dos hermanos lo fué en fraude de los derechos de la demandante, se limita a declarar que las consecuencias del fraude sólo pueden trascender a la efectividad de los alimentos, litis y costas, para lo cual basta la rescisión de la venta en la parte de ella y precio suficiente a lograr el indicado objetivo, por entender que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil, no puede la mujer casada solicitar, subsistente el matrimonio, que se declaren fraudulentos, nulos e ilegales los contratos celebrados por el marido con relación a los bienes gananciales mientras no se liquide la sociedad conyugal, y como en el primer motivo del recurso formulado al amparo del número 1 del artículo 1.692, se impugna por errónea la interpretación del referido texto legal, es preciso examinar dicho supues-

to; repetida doctrina del Supremo reconoce a la mujer casada el derecho a impugnar las enajenaciones o convenios sobre bienes gananciales que en fraude suyo y de sus herederos celebre el marido y la posibilidad de que pueda ejercitar la correspondiente acción desde que se realizó la enajenación, al efecto de que, al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal, le sirva de base una ejecutoria para reclamar los derechos que a una y otros les otorga el párrafo segundo del artículo 1.413, y proclama, una vez más, el libre criterio del Tribunal *a quo* en la apreciación del fraude como pura cuestión de hecho, y puesto que la Audiencia interpretó, en la sentencia recurrida, el precepto legal mencionado en forma opuesta al reiterado modo con que este Tribunal lo hizo en repetidas resoluciones, procede estimar el primer motivo del recurso, casando la sentencia impugnada, tanto más cuanto que su fallo no contiene el debido pronunciamiento expreso relativo a la absolución de los demandados en orden al referido derecho de la mujer casada, invocado en la demanda, que en sus razonamientos examina y niega.

29. *Contrato inmoral. Mandato irrevocable. La nulidad de los contratos debe solicitarse en forma, pero los Tribunales pueden decretarla cuando los pactos o cláusulas sean ilícitos.* Sentencia de 29 de Marzo de 1932.

Don F. y don M., por escritura pública, estipularon la asociación entre los mismos para realizar las operaciones económicas del cargo de Recaudador de Hacienda, para el que había sido nombrado don M., consignándose en la escritura que llevaría la contabilidad en calidad de Cajero don J. gratuitamente.

Más tarde, los dos otorgantes y don J. otorgaron otra escritura, en la que don M. confesó haber recibido de don F. cierta suma en valores para completar la fianza como recaudador, reconociéndole la propiedad de los valores y quedando autorizado el cajero don J. para, desde aquella fecha, y en virtud de poder otorgado por el Recaudador, representará éste la recaudación, sin que el Recaudador pudiera hacer por sí acto oficial de ninguna clase, comprometiéndose a no revocarle el poder. Dos días más tarde de otorgada esta escritura, se otorgó el poder a favor

de don J., y con estos antecedentes el apoderado entabló demanda, alegando, aparte cuanto queda expresado, que él entregó al demandado 10.000 pesetas al otorgarse la escritura, y como precio por la gestión que se le encomendaba, y a pesar de estar obligado el demandado a no revocar el poder, así lo había hecho, sin devolverle las 10.000 pesetas ni indemnizarle por incumplimiento de los pactos celebrados, por lo que solicitaba se condenase al demandado a entregarle el importe del premio de cobranza y de la participación en los recargos desde la revocación del poder, en la cuantía que se demostraría por indemnización del incumplimiento del contrato.

Contestada la demanda, el Juzgado y la Audiencia absolvieron de ella al demandado, e interpuesto recurso, el Supremo lo rechaza considerando que, si bien en principio, y acatando el artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento, para que pueda decretarse la nulidad de los contratos debe ser solicitada en adecuada forma por la parte que la pretenda y a quien sus efectos perjudiquen, no es tan absoluto el citado precepto procesal que impida a los Tribunales el hacer las oportunas declaraciones cuando los pactos y cláusulas que integran el contenido de aquéllos sean manifiestamente contrarios a la moral e ilícitos, pues lo contrario conduciría a que los fallos de los Tribunales, por el silencio de las partes, pudieran tener su apoyo y base en hechos torpes, absurdo ético jurídico inadmisibles y que obliga, en la ocasión presente, dados los términos de la escritura (que pudieran ser objeto de una sanción penal), a que, sin hacer expresa declaración sobre la validez de la misma, se dé traslado, mediante copia, al Tribunal competente del orden criminal, a los efectos que procedan.

Aun partiendo de la hipótesis de ser válido y eficaz el contrato en cuestión, no serían de estimar ninguno de los motivos en que se apoya el actor; el primero, o sea la infracción del artículo 1.091 del Código civil, en razón a que no niega la Sala, como el recurrente supone, la condición de mandato irrevocable del que se le dió, sino que afirma que no revocó el poder conferido; el segundo, infracción de los artículos 1.124 y 1.190 del Código civil y el artículo 14 de la Instrucción de recaudación, toda vez que no niega la Sala el deber de residencia que a los recaudadores titulares impone aquella Instrucción; el tercero, infracción del artículo 1.233

del Código civil, pues aceptando íntegra la confesión del actor, no afectaría, ni menos desvirtuaría, las declaraciones fundamentales de la Sala que motivan el fallo; el cuarto, infracción del artículo 1.256, porque la Sala sentenciadora no deja al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato, sino que declara, ajustándose a los hechos que estima probados, que el demandado no renunció expresa ni tácitamente al cargo de recaudador, ni revocó el poder, y, por último, el quinto, o sea el error de hecho en la apreciación de la prueba, ya que, aparte lo contradictorio y anti-tético del motivo que se invoca, ni se cita el precepto relativo a la prueba de las obligaciones que haya podido vulnerar el Tribunal *a quo*, ni el recurrente demuestra y justifica que la Sala haya interpretado torcidamente el contrato discutido.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

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

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 25.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

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

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

Un mes	3	por 100
Tres meses	3 1/2	por 100
Seis meses	4	por 100
Un año	4 1/2	por 100

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de **CAJAS DE ALQUILER** con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.