

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año VIII

Noviembre de 1932

Núm. 95

Inscripción de documentos pri- vados

El examen del proceso de la inscripción de los documentos privados en el Registro de la Propiedad muestra, en primer término, su punto de entronque con los principios, bases y fundamentos del sistema hipotecario, con lo cual adquiere profundidad insospechada, y sirve al mismo tiempo para hacer resaltar la confusión que en el mismo sistema ha producido—reflejada ahora en la cuestión de que nos ocupamos—el empleo de las frases consagradas, «inscripción previa», «tracto sucesivo», «efectos respecto de tercero» y tantas otras, que han venido dificultando la formación de un concepto claro y definido del sistema inmobiliario registral.

Huyendo de caer en el error que señalamos, intentaremos analizar dicho proceso basándonos en ideas por nosotros expuestas en trabajos anteriores.

Las que por el momento nos interesa reproducir son las siguientes:

1.^a Todo el juego registral inmobiliario responde a un solo anhelo: lograr la seguridad y firmeza de la contratación inmobiliaria, utilizando para ello, dentro de la equidad y de la técnica, el mecanismo del Registro.

2.^a Se ha dictado con tal fin una ley (hipotecaria), en la que se ha puesto en juego un concepto relativo—tercero—como eje de la misma; y siendo este concepto de tercero un término de relación cuyo significado se concreta mediante la determinación de los efectos de la misma ley, resulta convertido el concepto de tercero

en un concepto *clave*, y toda la ley Hipotecaria, *en una ley con clave*.

3.^a Prescindiendo de ella, se observa que los principios del sistema hipotecario se vivifican y actúan partiendo, como elementos necesarios, de dos inscripciones, sobre las que operan, y en las que encarna el fenómeno registral específico, el juego total del sistema, de acuerdo con los principios que lo informan.

Estas inscripciones son : a) Una inscripción de la que se ha derivado otra inscripción posterior ; y b) La inscripción derivada de la anterior. La operación, escuetamente, es la siguiente : El título nuevo, que, al inscribirse, será la inscripción derivada, se ha basado en el contenido de la inscripción anterior, como reflejo fiel de la realidad jurídica (presunción de veracidad), para conocer quién era el dueño de la finca, las cargas reales de la misma, etc., etc., en la extensión que implica el principio de que el Registro refleja la realidad jurídica, agotándola.

Ahora bien : el título nuevo contiene elementos que para nada se relacionan con esa presunción de realidad que se basa en la inscripción anterior, como son la capacidad del comprador, causa del nuevo contrato, formalidades del mismo, etc., etc. Y estos elementos deben reunir las condiciones de legalidad precisas para integrar un título eficaz, pues de lo contrario, no merecerá ser inscrito ni que se aplique sobre él el sistema.

De acuerdo con lo expuesto, la función calificadora del Registrador es doble : examina, en primer término, si el título nuevo se ha basado en el contenido de la inscripción anterior, teniendo presente que el mismo se impone como única realidad, no sólo mientras no haya sido contradicho, sino también en tanto no se haya hecho constar la contradicción en el mismo Registro (he aquí el aparatoso artículo 24 de la ley), y en segundo lugar, examina si los elementos del título nuevo, que exceden de aquella presunción —capacidad, causa lícita, etc.—reúnen las condiciones que la ley exige para su eficacia jurídica.

4.^a Inscrito el título nuevo—inscripción derivada—, se produce, *por esta inscripción*, el fenómeno que examinamos. En dicho instante—no antes ni después—se hace totalmente firme e inatacable, como realidad jurídica indudable, con presunción *juris et de jure*.

el contenido de la inscripción anterior, que ha servido de base a la derivada que antes de esta inscripción derivada pudo ser contradicho, pues sólo gozaba a su favor de una presunción de veracidad *juris tantum*.

Pero esta imposibilidad de restablecer la realidad jurídica en el posible caso de no estar bien reflejada por la inscripción en que se fundó la derivada, no debe exceder del fin perseguido por el sistema hipotecario; y como éste pretende tan sólo la seguridad y firmeza del título del adquirente posterior, o sea del titular derivado, no existirá obstáculo para que aquél contenido erróneo o deficiente sea rectificado o completado, siempre que se deje a salvo el contenido de la inscripción derivada y los derechos de su titular. En algunas ocasiones impedirá esta limitación o salvedad toda actuación contradictoria de la inscripción anterior, como en el caso de que fuera vendida una finca por quien apareciera como su dueño, sin serlo. Pero en otros casos será posible aquella actuación, como si hipotecada la finca (inscripción derivada de hipoteca) por el titular dominical inscrito, se pretendiera la anulación por el verdadero dueño de la inscripción errónea del dominio, anulación que podría efectuarse, sin perjuicio de la hipoteca o inscripción derivada, que quedaría subsistente.

Por esto decíamos: «Los efectos de la inscripción (de toda inscripción) se producen en la inscripción anterior, de que se deriva, para reflejarse directamente en la derivada; son efectos de ésta y para ésta, impuestos, no obstante, en la primera.

Y decímos que son efectos de toda inscripción porque de la inscripción derivada se derivará, a su vez, otra posterior, respecto de la cual será anterior y base.

5.^a Vemos así que en toda inscripción hay elementos de dos clases o categorías, a saber: inatacables, los fundados en la inscripción anterior, y atacables, o elementos privativos del nuevo contrato; y que la invalidez de estos últimos puede producir la anulación de la misma inscripción mediante el ejercicio de las acciones correspondientes. Sólo gozan, por lo tanto, a su favor de una presunción *juris tantum*. Y que tan pronto como de esta inscripción se derive otra, queda, a su vez, firme e inatacable su contenido total, porque ha servido de base a la derivada, encadenándose en esta forma unas inscripciones a otras en una cadena, en

la que sucesivamente, todas y cada una de ellas, son derivadas de la anterior y originarias de la posterior.

Y así queda cumplido el fin del Registro.

6.^a Se precisa la necesidad de que los títulos inscribibles sean eficaces. Y en este orden del pensamiento, la ley opta por exigir la documentación pública, por ser la única que ofrece las garantías jurídicas suficientes para el pacífico desenvolvimiento del sistema registral.

Resulta ahora posible la siguiente conclusión: el sistema hipotecario de registro opera vivificando toda inscripción; pero para ello ha de existir otra inscripción anterior.

Estamos en presencia de la llamada «previa inscripción».

Y fácilmente deduciremos también esta otra conclusión: remontándonos, llegaremos a una inscripción que no proceda de otra —inscripción primera—, en la cual no podrá aplicarse el juego del sistema que hemos visto.

Llegados a este punto, podemos comenzar el examen histórico anunciado.

Haremos constar, en primer término, que, al establecerse el Registro de la Propiedad, no se planteó la cuestión en la forma expuesta. De otra parte, hubiera sido equivocado hacerlo así, pues el problema de las inscripciones primeras es mucho más complejo y amplio. ¡Es el siguiente: Supuesto que no han de gozar las mismas de los beneficios que antes señalamos a las derivadas, sin embargo, como su contenido ha de fortalecerse hasta la inatacabilidad al conjuro de las derivadas, y han de servir, a la par, de cabeza y base a todo el orden inmobiliario nacional, es preciso que sean un reflejo fiel de la realidad, y para ello que se efectúe un a modo de proceso de comprobación de esa veracidad antes de inscribirlas. Y si nos situamos en el punto y hora en que es toda la propiedad nacional la que ha de ser inscrita por vez primera en los libros del Registro de la Propiedad (al implantarse), adquiere el problema proporciones gigantescas, en las que se diluye y desdibuja el examen parcial que hacemos, según tendremos ocasión de comprobar.

Imaginaremos, por lo tanto, el momento de la implantación del Registro de la Propiedad—años 1861 y siguientes—como aquel en que se efectúa la prueba e inscripción del estado jurídico de la

propiedad española. Y para esta gran prueba e inscripción decide el legislador apoyarse en los libros de las antiguas Contadurías de Hipotecas, y, lo que es peor, deja, al mismo tiempo, subsistentes los asientos de aquellos libros, aunque no se hagan constar en el Registro nuevo (artículo 307 del Reglamento), con lo que, en realidad, funde el Registro antiguo, de Contadurías, con el moderno, de la Propiedad, en un Registro único (si bien dividido) anormal que nos impide hablar, en puridad, de inscripción primera a la que podamos asignar sus efectos específicos, pues se proyecta sobre ella el contenido de otras anteriores, existentes en los antiguos Oficios de Hipotecas.

Añadamos a esto que el sistema registral de las Contadurías era la antítesis del Registro nuevo en sus bases: especialidad, finca, legalidad, etc.; que en el mismo existían cargas imprecisas innumerables, hipotecas tácitas, vinculaciones, fondos, asientos defectuosos; que los efectos de sus asientos eran dispares de los de las inscripciones del nuevo; que, en una palabra, reflejaban el mismo estado antijurídico de la propiedad inmobiliaria nacional, y tendremos así mostrada la imposibilidad de la empresa iniciada, comprendidos sus retardos, vacilaciones y fracasos, explicadas sus confusiones, titubeos y contradicciones, su desorientación, en suma, que convierten aquel período de tiempo en un caos jurídico, del que apenas conclusión alguna podemos deducir.

Sí observaremos que las causas principales de este caos son dos: tener vivo, proyectado en el Registro nuevo el Registro de Contadurías, en que se basa, y emplear en la ley el concepto de tercero, de imposible utilización para el servicio de las complicadas combinaciones del choque de las inscripciones antiguas con las modernas.

Sin embargo, en el desenvolvimiento de la ley es fácil hallar viva y potente la idea antes expuesta por nosotros.

Sintetizaremos, a este efecto, lo que de la misma ley nos interesa por el momento.

Escinde el legislador el tiempo en dos: tiempo anterior a 1863 y tiempo posterior a 1863; los derechos adquiridos posteriormente a 1863 no tienen acceso directo al Registro, exigiéndose para su inscripción la inscripción previa del título de adquisición o primera inscripción.

Al dividir el tiempo, ha dividido las inscripciones en dos grupos: primeras, o de títulos anteriores a 1863, y derivadas, o de títulos posteriores.

Y vemos así, claramente, la diferencia entre inscripción primera y previa, observando que de una derivada puede derivarse otra posterior, respecto de la cual será previa, por lo cual caracterizará a la primera no el ser previa—puesto que también la derivada lo será—, sino el no ser derivada de ninguna anterior.

Son inscripciones primeras, según la ley:

A) *Los asientos de dominio de las Contadurías de Hipotecas cuya última inscripción de dominio se traslada al Registro nuevo.*

Se dió carácter de realidad jurídica o presunción de realidad a los asientos antiguos, deficientes y contrarios al sistema nuevo que se trataba de implantar; y hubo de salir al paso de las inevitables dificultades inmediatas con reglas especiales: artículos 228, 365, 411, ley; 21, 12, 313, 44, Reglamento.

B) *Títulos anteriores a 1863, traslativos del dominio, presentados por primera vez al Registro nuevo.*

El artículo 389 de la ley dice: «Los que a la publicación de esta ley hayan adquirido y no inscrito bienes o derechos que, según ella, se deban inscribir, podrán inscribirlos en el término de un año.»

Y la Real orden de 20 de Febrero de 1863 aclara el precepto: «1.º Que el artículo 20 de la ley Hipotecaria sólo debe aplicarse a los títulos posteriores a la ley, y que, por consiguiente, los títulos anteriores a 1863 que se presenten al Registro para ser inscritos, con arreglo al artículo 389, deben ser inscritos sin necesidad de que se halle inscrito el anterior.»

Con lo cual quedó establecido que produjeran inscripción primera.

Parece que lo natural hubiera sido que estos títulos se presentasen a inscripción—como debió realizarse en tiempo oportuno—en los Oficios de Hipotecas, y que, una vez inscritos, se trasladara el asiento practicado al Registro moderno, con lo que nos hallaríamos en un caso de aplicación del procedimiento anterior; pero esto sería contrario al cierre material de los libros del Registro antiguo.

Y se estableció, prefiriéndolo, este sistema abreviado de inscripción primera del Registro nuevo.

La argumentación pudiera ser la siguiente: Si los asientos de los libros antiguos pueden ser trasladados al Registro moderno; si en tales libros han podido inscribirse todos los títulos anteriores a 1863, y, hecha la inscripción, ha podido ser trasladada al Registro moderno; si aquellos libros antiguos han de cerrarse; si no queremos dar efectos retroactivos a la ley, respetando los derechos ganados, será justo, económico y racional que los títulos anteriores a 1863 se inscriban directamente en el Registro nuevo en todo el tiempo durante el cual los asientos antiguos puedan ser trasladados al Registro moderno.

Igualmente parece lógico que los mismos títulos que pudieran producir el asiento en los Oficios sirvieran para provocar la inscripción primera en el Registro nuevo, ya que, en realidad, ésta no es más que aquel último asiento, no practicado en los Oficios, sino en el Registro nuevo por razones especiales.

Habrá, por lo tanto, que determinar si en los Oficios se inscribían documentos públicos únicamente, o se admitían también documentos privados.

La Pragmática de 1768, que organiza los Oficios de Hipotecas, impone la escritura pública para la toma de razón de los actos o contratos sujetos a registro; y otro tanto ordena la Real cédula de 10 de Marzo de 1778.

Pero, como afirma D. Benvenido Oliver en su obra (página 597), por una costumbre muy generalizada en la Península, que en ciertos casos pudo ser contra ley, y a la que prestó gran apoyo la interpretación dada a la ley de Ordenamiento de Alcalá, siendo más tarde sancionada por los Poderes públicos en la esfera administrativa, los actos de transmisión del dominio de las fincas y derechos reales de escasa o mediana cuantía se hacían constar por medio de escrituras privadas. Y cita, en apoyo de la afirmación: «El Real decreto que creó el impuesto conocido con el nombre Derecho de Hipotecas, al disponer que debía tomarse razón en los Oficios de Hipotecas de todo acto o contrato relativo a bienes inmuebles otorgado desde 1 de Enero de 1830, *pública o privatamente*; el Real decreto de 23 de Mayo de 1845; el de 19 de Agosto de 1853, y, por último, la Real orden de 18 de Octubre

de 1855, al declarar admisibles a registro todos los documentos privados, cualquiera que fuese la época en que se hubiesen otorgado, por cuanto esta circunstancia no alteraba su valor en juicio.»

Añadiremos la circular de 18 de Julio de 1849, que admite la documentación privada, exigiendo la escritura pública sólo cuando los actos y contratos la precisen para hacer fe en juicio; y a título de curiosidad, la Orden de 23 de Junio de 1862, que afirma que «la Audiencia es la autoridad competente para declarar qué clase de documentos exigen necesariamente para hacer fe en juicio el otorgamiento de la escritura.

Resulta evidente que debieron haberse admitido los documentos privados, tanto como los públicos, para la inscripción primera del Registro nuevo.

La Ley y el Reglamento nada dicen sobre este punto; sin embargo, los juristas de la época consideraron imprescindible la titulación auténtica, fundándose en que la nueva Ley la exigía para las inscripciones del Registro nuevo, y en que aquellos títulos antiguos surten los mismos efectos—decían—que los que la Ley atribuye a los actos y contratos otorgados con posterioridad a su publicación.

Esta opinión queda corroborada en las Resoluciones de 16 de Enero y 21 de Mayo de 1863, que rechazan la inscripción de documentos privados de fecha anterior; y en la de 17 de Agosto del mismo año, que ordena que si el documento privado produjo inscripción en los libros antiguos, debe trasladarse el asiento al Registro moderno, sin que para ello—según la Resolución de 13 de Enero de 1863—sea precisa la conversión del documento privado en escritura pública.

Véase cómo fué desviada y desconocida la argumentación que expusimos en pro de la documentación privada, como corolario de la admisión de la anterior a 1863.

Equivocado el razonamiento, desviada por otros cauces la argumentación, se aplicó nuevamente, concretándola sobre la documentación pública, única admitida; reprochando su admisión, puesto que cabía que en ella no hubiera más justificación del dominio del transmisor que su simple manifestación, posiblemente falsa, olvidando seguramente, al objetar así, que en los Oficios de Hipotecas, base del Registro moderno, se inscribían toda clase

-de documentos por el mero hecho de su presentación, los válidos -como los nulos, y aun los contradictorios de otros asientos.

Cierto que parece ofrecer poca garantía la inscripción primera de estos documentos antiguos—y mucho menos todavía los privados que los públicos—para el propósito de «asentar sobre sólidas bases la propiedad territorial»; pero no es menos cierto que la objeción debe extenderse al sistema total, que se basa en los asientos de los Oficios; y admitidos éstos como base del moderno Registro, no hay razón para excluir la titulación anterior, sea pública o sea privada, que provocaba aquellos mismos asientos.

Pero, por otra parte, no es posible olvidar que el Registro de la Propiedad, como medio de prueba, pretende evitar toda controversia y prueba judicial de la propiedad científicamente, y la exigencia de esta prueba y posible controversia, como requisito de la primera inscripción de todos y de cada uno de los derechos inscribibles, originaría tal vez un remedio peor que la enfermedad.

Queda en este punto y hora fallado el problema debatido en los términos que se deducen de la siguiente conclusión legal: no será precisa una prueba plena, judicial y universal del derecho que se inscribe por primera vez, y en su sustitución se admite la titulación pública, al efecto de provocar una inscripción primera, entendiendo por inscripción primera la producida por la titulación anterior a 1863 (inscrita en los libros antiguos y trasladada a los modernos o no inscrita en los mismos).

Y nos atreveríamos a completar la idea por nuestra cuenta, añadiendo: si la inscripción primera, que en esta forma impura se hace, queda privada de la presunción *juris et de jure* de veracidad, pierden gran parte de su fuerza los argumentos empleados para rechazarla.

C) *Informaciones de posesión de bienes adquiridos antes del año 1863.*

Originan inscripciones primeras y proceden en defecto de asientos antiguos y de títulos auténticos anteriores (artículos 397 y siguientes).

Ahora bien: siempre que se pretendiera inscribir un título de dominio posterior a 1863, o de derecho real anterior o posterior a tal fecha, era preciso que previamente se practicara la inscripción anterior a 1863—inscripción primera—en alguna de las for-

mas expresadas ; se hacía así, en cierto modo, obligatoria esta inscripción, puesto que sin ella no podía hacerse la derivada. Y claro está que en estos casos coincidían en el Registro ambas inscripciones : primera y derivada.

Pero se permitió también la inscripción primera de dominio en el Registro moderno, por sí sola, sin que fuera seguida de la derivada, siendo, por lo tanto, voluntaria tanto respecto de la traslación de los asientos de Oficios como de los títulos anteriores, ya que no se impuso su inscripción forzosa.

Esta concepción legal quedó concretada netamente en el artículo 20 : «También será causa bastante para suspender o denegar la inscripción la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trate a favor de la persona que lo transfiera o grave.

Para subsanar esta falta deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida mediante la presentación del título correspondiente, y en su defecto, conforme a lo prevenido en los artículos 397 y 410 de esta ley.»

Resulta así que estamos en presencia de un tipo especial de inscripción—primera—, de la que únicamente sabemos que en ella no puede producirse el proceso fenomenal que se produce en las derivadas—certeza e inatacabilidad de su contenido, en cuanto haya sido derivada de una inscripción anterior—. Y tendremos que preguntar seguidamente : ¿cuáles son los efectos que la inscripción primera produce, *respecto de su titular*, en referencia a los derechos inscritos ?

Como insinuamos anteriormente, optamos por suspender la contestación a esta pregunta, que, referida a este período, se confunde y oscurece por otros problemas que se entrecruzan, a saber : valor de los asientos de las Contadurías no trasladados, irretroactividad de la ley, período transitorio, implantación parcial, aplazamientos, cargas ocultas, etc., etc.

Y, como una vez desvanecidos estos problemas, se plantea nuevamente la cuestión en la Ley de 1909 puramente, en su integridad, consideramos preferible reproducir la pregunta cuando examinemos dicha Ley.

LEY HIPOTECARIA DE 1869

Pronto se hicieron notar los efectos de la prohibición de inscribir los documentos privados anteriores a 1863: quedó, en primer término, imposibilitada la incorporación al Registro nuevo de gran parte de la propiedad nacional, y en segundo término, se produjo, injustamente, a sus titulares el perjuicio de impedir el registro de sus derechos, que antes podían lograr, siquiera fuera en los Oficios de Hipotecas.

La Ley de 1869 ideó un doble procedimiento para convertir estos documentos en auténticos, y, con ello, lograr su inscripción: el primero consistía en la ratificación del documento privado ante el Registrador o el Juez municipal (artículos 405 y 406), y el segundo, en la publicación y notificación del mismo (artículo 407).

Y, sumando este nuevo tipo de primera inscripción a los admitidos por la legislación anterior, resultan los siguientes:

- 1.^º Último asiento de dominio trasladado de los Oficios.
- 2.^º Provocada por documentos públicos anteriores a 1863.
- 3.^º Informaciones de posesión adquirida antes de la misma fecha; y
- 4.^º Provocada por documentos privados elevados a auténticos.

Y añadiremos un quinto, creado también por esta ley: expedientes de dominio.

Todas pueden existir por sí solas, antes que de ellas se derive otra.

Aplazaremos el examen de los efectos de las mismas, porque subsisten las razones que nos movieron a hacerlo en la Ley anterior, agravadas ahora por la contradicción del artículo 307 del Reglamento anterior, expresivo de que los asientos antiguos no trasladados al Registro moderno surtirían los mismos efectos que las inscripciones de éste, y el artículo 411 de la Ley de 1869, expresivo de que si no se traspasaran producirán los efectos que les correspondan con arreglo a la legislación vigente antes de 1.^º de Enero de 1863.

Pero, además, la Ley que examinamos contiene una innovación fundamental. Su artículo 20 dice: «El no hallarse inscrito el dominio de un bien inmueble o derecho real a favor de la persona

que lo transfiere o grave, sin estar tampoco a favor de otra, no será motivo suficiente para suspender la inscripción o anotación preventiva si del título presentado, o de otro documento fehaciente, resulta probado que aquella persona adquirió el referido dominio antes del día 1.^o de Enero de 1863; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición, tomándolas de los documentos necesarios al efecto.»

Su significación y alcance, a nuestro juicio, es el siguiente: la Ley anterior exigía, como requisito necesario para inscribir un título posterior a 1863—inscripción derivada—, la inscripción del título de adquisición anterior al 63—inscripción especial o primera—; considera la nueva Ley que esta inscripción primera del título anterior puede ser sustituida por una *mención* o *inscripción de circunstancias del mismo*, que sin constituir asiento especial, es parte de la inscripción del título posterior a 1863. O sea, que la inscripción primera deja de existir, no se practica, reemplazada por esa mención, y la inscripción derivada que antes era segunda, es ahora el primer asiento del Registro. Mejor diríamos que en un solo asiento o inscripción hay el embrión de la inscripción primera—mención del título antiguo—y una inscripción derivada—título posterior—, pudiendo así tener aplicación el juego del sistema hipotecario moderno, a saber: certeza e inatacabilidad de la inscripción derivada—título posterior—en cuanto se ha fundado en el contenido de la inscripción anterior—título antiguo mencionado—; y la aparente anomalía de la figura quedará comprendida si recordamos que esta mención no es más que la sustitución de una inscripción que pudo hacerse en el Registro antiguo a su debido tiempo, y ser trasladado luego al moderno con el carácter de inscripción primera del mismo. Y que también debido a ese motivo se admitió por sí solo como productor de una inscripción primera en dicho Registro moderno, siendo documento público, por la Ley de 1861; y que, siendo privado, pudo producir también inscripción primera en el Registro, reuniendo las condiciones de autenticidad de los artículos 405, 406 y 407 de la Ley de 1869.

La conclusión parece imponerse: si es ese el espíritu del artículo 20, los documentos privados, con los requisitos del artículo 407, deberán ser aptos para provocar la mención en que se basa

la inscripción del artículo 20—posterior a 1863—y en consecuencia, les daremos entrada bajo la frase «documentos fehacientes» que emplea.

Este examen nos prueba que nos hallamos todavía en el período de traslación o paso del estado jurídico anterior al nuevo, con el acarreo de los títulos antiguos y la sombra imponente de los Oficios de Hipotecas.

Tanto es así, que la ley no nos dice los efectos de esa inscripción mixta de primera y derivada, ni si produce la presunción *juris et de jure* de ser cierto el contenido de la mención previa o título anterior, en beneficio del inscribiente que en dicho título se fundó, ni da respuesta a las suposiciones que acabamos de hacer.

LEY HIPOTECARIA DE 1909

Sitúa la cuestión en el punto deseado.

1.º Asientos de las Contadurías de Hipotecas. En adelante, pasados cinco o dos años, según sean de dominio o de derechos reales, no podrán ser trasladados al Registro, quedando así terminada la proyección del sistema registral antiguo sobre el moderno.

Prescindiremos del examen de esta clase de inscripciones primeras, de vida corta, suponiendo que todas habrán originado inscripciones derivadas, tras las que actúa íntegramente la ley nueva. Respecto de las que no hayan producido inscripción derivada, su efecto sigue siendo dudoso, pese a la desaparición de los artículos 411 de la ley de 1869 y el 317 del Reglamento.

2.º Informaciones de posesión y de dominio. Producen inscripciones primeras, cuyos efectos, mejor o peor expuestos, se establecen con carácter especial. Pueden practicarse tanto de derechos anteriores como posteriores a la Ley, convirtiéndose así en un medio permanente de inscripciones primeras, que le aleja de todo contacto con el sistema antiguo, concretado a las adquisiciones antiguas. (D. 10 Febrero 1875.)

3.º Inscripción primera de títulos anteriores a 1863. Se prescinde de ella en la Ley nueva. No se reconoce, desaparece, tanto la de documentos públicos como la de privados de la Ley del 69.

Se forma de tal modo una doctrina clara: ha quedado cerrado el período de arrastre de asientos y títulos del viejo al nuevo Registro, y con él, la proyección de aquél sobre éste.

Rige ahora un sistema nuevo, limpio y claro, en el que no habrá más inscripciones primeras que las informaciones de posesión y los expedientes de dominio, en que la presunción de veracidad se justifica cumplidamente con mayor rigor que se justificaba tratándose de los asientos trasladados de los Oficios.

Pero esta doctrina se rompe, en cierto modo, con el artículo 20, que dice: «No obstante, podrán inscribirse sin dicho requisito los documentos otorgados por personas que hubieren adquirido el derecho sobre los mismos bienes con anterioridad al 1.º de Enero de 1909, siempre que justifique su adquisición con documentos 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, tomándolas 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 fueron hechas.»

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI,

Notario

La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito

Quien emprende una marcha a través del campo de lo jurídico, llega frecuentemente a un punto del que parten varios caminos, encrucijada ésta que conturba un tanto su ánimo de viajero, que desea llegar pronto y por senda firme y segura al punto de destino.

De un lado, en instituciones como la que procuramos analizar, se encuentra la realidad de la vida, que, respondiendo a imperiosas necesidades del comercio, impone, enérgica y decisivamente, sus soluciones, pragmáticas y utilitarias; por esta senda ha de seguir el Derecho positivo; si la actuación reflexiva de la voluntad del legislador no plasmase en la ley este criterio de adecuación a las necesidades vitales, impondríanlo, tarde o temprano, la jurisprudencia y la costumbre; la una, con su función de aplicar la norma al caso concreto reflexiva y científicamente, pero no *a priori* y general como la ley, sino con actividad específica y determinada. La otra, árbol nutrido por la ubérrima savia del pueblo, produce frutos ricos en contenido vital que alimentan los problemas y las necesidades de la vida a medida que van surgiendo.

Frente a esta red de caminos que con algunas diferencias siguen la ruta del mundo de lo real, sale otro que, como ideal que es, domina panoramas cuya belleza cautiva al viajero: el de las construcciones teóricas y doctrinales. Con la ayuda de una lógica, a veces formal y sin contenido, aparecen figuras jurídicas de maravillosa elegancia, construcciones lógicas irreprochables que dejan a un lado frecuentemente las necesidades de la práctica, del

mismo modo que un camino (perdóneseme el abuso de este símil), cuyo trazado no se preocupase de atravesar ciudades, zonas mineras, industriales y agrícolas, etc., sino que siguiese la ruta de los ríos o de las montañas y atravesase valles de frondosa vegetación, sin otro objeto que encantar el ánimo del viajero.

Creo que el tema que voy a desarrollar ha sido (no me atrevo a decir es, porque al ilustrarse la conciencia jurídica de los países latinos con la teoría alemana sobre la hipoteca de seguridad, sin duda se obtiene la clave del problema), ha sido, repito, uno de los puntos en donde se plantea concretamente este divorcio entre el Derecho positivo y la práctica, de un lado, y las doctrinas del otro. La construcción de éstas, que más adelante desarrollaré, era lógica. Su base: el carácter accesorio de la hipoteca, que no podía existir sin obligación en que apoyarse. Por otra parte, el hecho que caracteriza a la cuenta corriente, de no existir crédito ni débito hasta la clausura, unido a la absoluta incompatibilidad de la obligación futura con la hipoteca. Frente a estos obstáculos, el comercio, impelido por la necesidad, arrolla el rigor formalista, y se crea una relación jurídica cuya construcción podría ser examinada a la luz de la doctrina a la sazón en boga, más o menos imperfecta desde el punto de vista técnico, pero que cumplía a maravilla su cometido práctico.

La importancia de la institución es innecesario encomiarla. Sólo recordaré la frase de Montgolfier: «con el tiempo, dos cosas habrán revolucionado el mundo: la cuenta corriente y la electricidad». De la combinación de figuras, que alcanza tanto desarrollo y extensión como el crédito comercial en el aspecto de cuenta corriente, y de la influencia decisiva que para su facilitación presta la seguridad territorial de la hipoteca, habría de surgir una figura de la máxima utilidad que nos brinda un espléndido conjunto de posibilidades económicojurídicas.

Sin embargo, la afirmación de aquella oposición que antes enuncié no es rigurosamente exacta. Los autores que llevaron a cabo el desenvolvimiento de la hipoteca de seguridad, superaron con sus construcciones estas dificultades de orden formal. Se admite que la hipoteca accesoria pueda nacer antes de lo principal (obligación) (Schott); la misma necesidad de protegerla así lo exige (Dernburg), y esta necesidad de proteger aumenta en rela-

ción directa de la incertidumbre y falta de seguridad y base de la obligación protegida.

Al plantearse el problema de la admisibilidad y regulación de esta hipoteca, surgía apremiante, y a modo de postulado que debía resolverse previamente y que sentaría las bases del desenvolvimiento posterior: el problema de la cualificación de la obligación a que prestaba garantía la hipoteca. ¿Es una obligación condicional, eventual, simplemente futura, o ni lo uno ni lo otro, sino una relación jurídica verdaderamente actual? (Chironi, volumen II, pág. 144 y siguientes.) Los autores vienen tomando posiciones alrededor de estos extremos, pero como un buen número de ellos optaron por la consideración de obligación futura, se plantea otro problema, el de la admisibilidad de la hipoteca en garantía de estas obligaciones.

Juegan aquí los principios hipotecarios; la especialidad que se exige para la finca gravada tiene un correlativo, como dice Chironi, en la determinación que exige del crédito garantido. En materia de Derechos reales de carácter coactivo, ¿podrá la voluntad de las partes suponer una obligación donde no la hay, ya que la futura es para muchos inexistente? La existencia de una relación obligatoria es previa a la relación real de seguridad, y la relación de accesoriedad se lleva al máximo al disponer, en el caso de la nulidad, de la obligación principal que arrastre consigo inexorablemente la nulidad de la hipoteca. Pero la nota de accesoriedad no es la única en la relación real de prenda o hipoteca. Llega un momento en que no todo es garantía. El aspecto de derecho real independiente se hace sustantivo y se separa de la primitiva relación obligatoria. Se produce lo que Chironi llama enajenación de valor. Tal aspecto de derecho real es independiente, pero en cuanto vuelve a preocuparnos su oficio de garantía, reaparece su aspecto de accesoriedad, por su razón y fin económicojurídico. Renace aquí la *obligatio rei*, de la que D. Jerónimo González dice: «Una especie de gravamen o carga real sobre la misma cosa, en la que nadie debe, nadie es deudor, aunque parezca que esto va sencillamente contra el fundamento tradicional de la relación jurídica. En el que el mismo inmueble es el que está en cierta manera obligado a pagar, en la que se hace anticipadamente como un descuento sobre el valor futuro que ha

de obtener el inmueble.) (Véase conferencias pronunciadas sobre la hipoteca de seguridad en la Academia de Jurisprudencia. Crónica de la *Revista de Derecho Privado*, 1920.)

Frente a los que negaban la validez de esta hipoteca, otros la afirmaban aun concebida como accesoria, partiendo de la existencia de una obligación actual y presente, que es manifiesta en el caso de la apertura de crédito garantizada con hipoteca. ¿No se obliga el acreditante a entregar hasta cierto límite y durante cierto tiempo, a veces en cierta forma convenida, las peticiones que le dirija el acreditado? De esta manera éste vendría a quedar obligado, tan pronto como ejerza su derecho, al préstamo prometido.

Según esta teoría, que los italianos llaman del «impegno», la causa jurídica de las entregas (préstamos) estaría en el contrato constitutivo de la apertura de crédito (Bonelli, *Ipoteca per sovvenzioni future*). La raíz de la doctrina estaría en lo que Chironi llama «bella concepción de Savigny», que desarrolla la conexión de la obligación entre el acreditante y el acreditado. De una relación aun no nacida surge el derecho del acreditante a la hipoteca, sin que importe la eventual necesidad de devolver lo recibido. El derecho a obtener la hipoteca nace con la constitución de la apertura de crédito. Esto sin llegar al extremo de Bianchi, según quien todas las obligaciones exigibles son capaces de ser garantidas con hipoteca. (Bianchi, *Ipoteca per crediti futuri*, Bolonia, 1896.)

Inténtase hacer compatibles el carácter accesorio de la hipoteca con su constitución firme, válida y segura desde el primer momento, que es lo que interesa al acreditante para hacer su posición hipotecaria preferible a la de los acreedores hipotecarios que constituyan su crédito en el tiempo intermedio hasta la verificación de la entrega.

Si no existiese esta obligación del acreditante, que da a la relación jurídica la suficiente consistencia para servir de base a la hipoteca, tal relación sería futura en el sentido más amplio de la palabra (la inexistencia de que habla Sintenis) y no cabría en el artículo 1.162 del Código civil italiano (hipoteca en garantía de crédito eventual o condicional en que querría encajarla Bonelli).

Esta teoría es impugnada por Melucci (*Il sistema ipotecario*), para el cual, lo que encuentra su base jurídica en la apertura de crédito, es la obligación del acreditante, no los préstamos que vendrán con posterioridad, de carácter esencialmente real y que no se perfeccionarán más que con la entrega del dinero. Estos préstamos son en verdad futuros, no hay en ellos nada de la eventualidad *hic et nunc*, que puede servir de base a la hipoteca. Tal vez haya aquí algo de los dos períodos de que habla Campuzano al tratar esta clase de hipotecas: uno, el de estado potencial de la relación; en el otro, se opera la condensación definitiva de ella.

Además, la indeterminación actual del crédito no excluye la posibilidad de la determinación posterior, y como las bases para ello quedan sentadas en el primer momento, disponemos del mínimo de probabilidad y certidumbre necesario para la creación de la hipoteca, no estamos ante el caso de la hipoteca para asegurar las obligaciones que pueda constituir una persona en los estudios para la construcción del ferrocarril entre el mar de las crisis y el circo de Tico de que hablaba D. Jerónimo González en su citada conferencia.

A parte de esta duda, suscitada por el carácter accesorio de la hipoteca, ocasionó también una larga discusión acerca del momento en que la hipoteca debía tomar valor, la especial consideración de la apertura de crédito como obligación sujeta a la condición potestativa del querer del obligado. La teoría citada en primer lugar llegó a formar *communis opinio*: ésta fué la tesis de Laurent, de Duranton, Pont, Aubry y Rau, Lyon Caën y Renault, Baudry Lacantinerie y de Loynes. Antes de éstos, los comentadores del Código Napoleón habían defendido la tesis de la condición potestativa, y como ésta no tenía en el Derecho romano efecto retroactivo, pues faltaba por de pronto vínculo obligatorio, se negaba vigor a la hipoteca hasta que se hubiese efectuado la entrega del préstamo. Sostuvieron tal doctrina: Domat, Pothier, Basnage, Merlin. Debe, sin embargo, recordarse, al hablar del elemento romano en esta interpretación, que Cujacio, Bártilo y Donello la consideraban como eficaz desde el principio, retrotrayéndola en perjuicio de terceros.

A Roma se remontan, pues, los orígenes de la doctrina, siendo la relación entre promesa de préstamo e hipoteca muy debatida

por los romanistas. Pruébalo la discusión en torno a la L. 5, XX, 2 Dig. Pero aun en este caso el contrato de préstamo no se perfecciona hasta la entrega, como real que es (*re contrahitur obligatio, perficitur re*), y, por tanto, hasta entonces el acreditado no se hace deudor, ya que sólo entonces nace la obligación.

. En el intervalo no se puede hablar de préstamo; el único contrato que rige es uno totalmente distinto: la apertura de crédito, consensual y unilateral, mientras el préstamo es real y casi bilateral. Más aún: quien verdaderamente tiene derecho a pedir garantía es el acreditado, para asegurar el cumplimiento de la obligación que nació en la promesa de mutuo, y la hipoteca no garantizaría la restitución, sino el incumplimiento de tal promesa.

Del mismo modo los partidarios de la no validez de la hipoteca hasta que se efectúa la recepción del numerario, creyeron condicionada esta validez a la condición: *si pecuniam accipero*, y citan la ley 4 Dig. XX, 3 (si bien se apoyan en idéntico texto los contradictores de tal afirmación). Según el mismo, que transcribe una respuesta de Paulo, queriendo Ticcio recibir dinero prestado de Mevio, le dió caución de hipotecarle las cosas que señaló. Después de haber vendido algunas de ellas, recibió el dinero. Se preguntó si estarían obligados al acreedor las vendidas anteriormente. Responde Paulo que, estando en el arbitrio del vendedor no recibir el dinero después de la caución, parece que se contrajo la obligación de prenda al tiempo de su entrega y por esto se ha de ver las cosas que el deudor tenía en su patrimonio al tiempo que recibió el dinero, *quas re sin bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit*.

Melucci, enemigo de esta consideración de condición potestativa, hace notar que los mismos romanistas niegan la irretroactividad de la condición potestativa por Derecho romano, y, por tanto, no podrá asentarse sobre esta base la afirmación de que la hipoteca comienza a surtir efecto en el momento de cumplirse la condición. Además, cita el proemio de la ley 5, XX, 1, Dig., en que, al enumerar Marciano las obligaciones que se pueden asegurar con hipoteca, alude a las futuras (*sed et futurae obligationis nomine*). Alguien cree, respecto a este párrafo, que Marciano entendió por futuras las obligaciones eventuales (varios romanistas

que cita Windscheid, § 225, nota 6). Melucci concluye afirmando que en ninguno de los textos romanos se trata de una deuda futura, repitiendo que la obligación de mutuo no se perfecciona más que con el préstamo y con *pecunia numerata*. La hipoteca no puede anticipadamente surgir en garantía de la obligación futura, ni prestarle su eficacia, ni cubrirla con su función. Siguen sus razonamientos reforzando los argumentos contra los que ven en dichos textos admitida la hipoteca en garantía de crédito futuro, lo que puede solamente sustentarse con relación a las formalidades constitutivas que tengan lugar previamente, pero no con relación al fondo, antes del nacimiento del crédito, y rechaza la hipótesis de que Paulo hubiese hecho aplicación al caso del futuro mutuo.

Además, la condición *pecunia numerata sit*, para Melucci sería una de las llamadas *conditio juris*, extraña a las reglas jurídicas de las verdaderas condiciones: casuales, potestativas y mixtas. De hecho, no puede hablarse de verdadera y propia condición, toda vez que constituye un elemento de la misma esencia de la relación jurídica de que se trata, cual es la determinación de la cantidad.

En la teoría de la *conditio juris* encontrariamos, sin duda, analogías con alguno de los problemas que nos planteamos, pues prescindiendo de las relaciones entre aquella teoría y la de la incapacidad, es muy sugestiva para nuestro caso la distinción que hacía el Derecho justiniano entre actos constitutivos y confirmatorios, sistematizada por V. Thur, que distingue acontecimientos (*Ereignise*) y estados o situaciones (*Zustaende*), separando el *Tat-bestand*, constituido por los elementos decisivos en la relación jurídica de todo cuanto signifique situación o estado, y oponiendo las declaraciones fundamentales (*Haupterklärung*) a los supuestos de la relación jurídica (*Voraussetzungen*), que Thur denomina *conditiones juris*, y Dernburg (que utiliza la terminología romana), «supuestos o requisitos indispensables para la eficacia del acto» (v. la crónica de Falkenstein en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, sobre la monografía de Oertmann acerca de *conditio juris*). El desarrollo de la doctrina, buscando la aplicación a nuestro caso, nos conduciría a objetivos no propuestos, y me limito a señalar la analogía entre los dos momentos en que se desenvuelve (constitución de la relación y eficacia de la misma),

que algunos pretenden distinguir en la relación que nos preocupa.

A parte de las dos leyes citadas, merece citarse entre los precedentes romanos la ley 11, XX, IV, y la ley 9, XX, IV. En el proemio de la primera dice Gayo (*De la fórmula hipotecaria*, libro único): «Tiene derecho a la prenda el primer acreedor, aunque haya precedido pacto con otro de que si le prestase dinero, le está obligada la cosa, aunque lo haya recibido después; porque podía no recibirla.» A pesar del pacto anterior, afirma, en uno de los párrafos siguientes, «que en el caso de condición, al haberse verificado ésta, es lo mismo que si hubiese concertado sin ella».

Según la otra ley (9, XX, IV) (Africano, *Cuestiones*, libro octavo), habría de ser amparado el acreedor, aunque lo fuese bajo condición contra el que después se hizo acreedor, con tal de que la condición no sea de las que se puedan cumplir sin la voluntad del deudor (citado por Supino en *Contratti di conto corrente*, núm. 71, *Archivio Giuridico*, 1877).

* * *

Las legislaciones modernas, obedeciendo a una necesidad vivamente sentida, admiten en su seno la hipoteca en garantía de apertura de crédito, a veces con poco respeto a la rigurosa lógica de la forma tecnicojurídica.

Recordaré en primer lugar, por razones cronológicas, la ley Hipotecaria belga del 16 de Diciembre de 1851; que en su artículo 80 prescribe: «L'hypothèque consentie pour sureté d'un crédit ouvert a concurrence d'une somme déterminée qu'on s'oblige a fournir est valable.»

Uno de sus intérpretes, Laurent, extiende la validez no sólo al caso de la apertura de crédito, sino a cualquier crédito futuro, negando, en cambio, tal validez cuando el acreditante se hubiese reservado de alguna manera la potestad de hacer efectivas las peticiones que le haga el acreditado (v. Laurent, *Traité de Droit civil*, vol. XXX, núm. 530).

La misma dirección de la ley belga sigue el Código civil italiano, cuyo artículo 2.007 establece que «la hipoteca produce efecto y toma grado desde el momento de su inscripción, aunque se trate de un contrato de préstamo cuyo desembolso se efectúe posterior-

mente». Se advierte que mientras en la ley belga se habla de apertura de crédito, el Código italiano se refiere a contrato en que el desembolso se efectúe posteriormente; diferencia debida, según algunos comentaristas italianos, al deseo de que no se restringiese a los negocios de comercio. Coincidén con los belgas en negar validez a la hipoteca cuando el acreditante se hubiese reservado el derecho a hacer las entregas que le fuesen solicitadas.

La jurisprudencia italiana se plantea a este respecto la cuestión de hecho de cuándo se debe entender que el acreditante no está obligado a efectuar los préstamos, concluyendo que no basta cualquier cláusula en que se reserve libertad para condicionarlos o restringirlos. Además, considera la aceptación de la hipoteca como indicio de la aceptación de la apertura de crédito por parte del concedente. Algunos autores italianos deducen de aquí que la jurisprudencia de su país rechazó la teoría que ellos llaman del «impiego» (existencia previa de una relación jurídica actual para la constitución de la hipoteca en garantía de apertura de crédito).

Melucci deja bien sentado que, no habiendo obligación de suministrar la hipoteca, no tendría base para surgir, no existiría el vínculo jurídico actual que exige el artículo 1.162 del Código civil italiano para la constitución de una hipoteca y, en su virtud, aun materialmente constituida e inscrita, carecería de todo fundamento.

Respecto a los autores que no exigen el vínculo jurídico previo y actual, no es necesario decir que admiten, desde luego, la validez de la hipoteca, sin preocuparse de la existencia actual de una obligación por parte del acreditante. Del mismo modo, los autores italianos que consideraban el artículo 2.007 de su Código civil como una derogación de los principios generales del Derecho, como un *jus singulare*, no permiten la aplicación por analogía a más casos que el previsto por la ley de la promesa de mutuo. En el supuesto de que A. se comprometiese a suministrar a B. materiales de construcción a medida que éste lo solicitase, no habría la promesa de mutuo, cuya aseguración con hipoteca permite tal disposición para ellos excepcional, y, por lo tanto, aplicable restrictivamente.

En Francia, la jurisprudencia y la doctrina sostuvieron largas dudas y vacilaciones, debido a la ausencia de disposiciones con-

cretas en su Código civil. Este, por otra parte, no prescribe nada en contrario (Lyon Caen y Renault), y hasta en su artículo 2.135 admite la posibilidad de que una hipoteca nazca antes que la deuda garantizada.

Dos elementos facilitaron la admisión de esta hipoteca: en primer lugar, la consideración de la existencia de algunas hipotecas legales (tutor, marido y Estado) que nacen antes de la obligación que garantizan, y, como dice Baudry, ¿por qué no extender esta hipoteca a las obligaciones convencionales?

Después, fué un gran paso en favor de la validez de esta hipoteca la ley de 10 de Junio de 1853, que autorizó al Crédit Foncier a concertar hipotecas en garantía de sus créditos antes de su realización, tomando rango dicha hipoteca en la fecha de la inscripción, independientemente de dicha realización.

En Alemania y en Suiza no se plantea el problema; las dificultades, así de forma como de fondo, están superadas en la hipoteca de *máximo*, admitida en el artículo 1.190 del Código civil alemán y en el segundo apartado del 794 del Código civil suizo.

No he de detenerme en el análisis, porque estimo que ha sido resuelto en un plano superior. La figura jurídica «hipoteca de *máximo*» es el género dentro del cual se halla, a modo de especie, la institución que nos ocupa, toda vez que no se da dificultad alguna para encajarla dentro de aquélla, y el estudio de la hipoteca de *máximo* (concepto genérico) excedería de los límites que me propuse. No entraré, pues, en su desarrollo. Sólo quiero recordar, a propósito concretamente de la cuenta corriente y siguiendo a Nussbaum, la frecuencia con que, en vez de constituir esta hipoteca, se prescinde de ella para constituir una de tráfico (a título de préstamo) por el total, comprometiéndose a no hacerla efectiva más que por la suma que resulte realmente debida. Forma encubierta de asegurar una cantidad variable que reporta ventajas al acreedor, ya que estas hipotecas traen aparejada ejecución, no necesitan probar la cuantía del crédito, pueden asegurar los intereses, no exigen que consten los actos en el Registro y no provocan las dudas jurídicas de la de *máximo*. Sin embargo, son aún preferidas las deudas territoriales, porque en ellas no se llena el margen entre el crédito efectivo y la canti-

dad inscrita con hipoteca de propietario, sino que tiene por suyo el acreedor todo el derecho real.

Respecto a España, más adelante enunciaré en líneas generales los caracteres de la admisión y regulación de esta hipoteca. Aquí sólo citaré como antecedente el artículo 4.^º del proyecto de ley de Montero Ríos, presentado a las Cortes en 1881, sobre Institutos de Crédito Agrícola, según el cual se abrirían cuentas corrientes de crédito, aseguradas con diferentes formas de garantía real o personal, entre las cuales se contaba, claro está, la hipotecaria. Debe recordarse también el proyecto Alba, de Septiembre de 1916, sobre creación del Banco Nacional Agrario, entre cuyos fines se contaban el de establecer cuentas corrientes de crédito durante un plazo de cinco años (citado por Parés, *Revista de Derecho Privado*, 1918, «Hipoteca en garantía de cuentas corrientes»). La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito no recibe su consagración legal hasta la reforma de 1909, en que este artículo, sin discusión en las Cámaras, recibe su aprobación. En cambio, la hipoteca en garantía de apertura de crédito simple vivía antes de esta reforma a la sombra de la hipoteca en garantía de créditos futuros.

Cuando fué un hecho la admisión de esta hipoteca en garantía de apertura de crédito, se redujo en el primer momento la discusión de que hablo más arriba acerca de la admisibilidad de la hipoteca, al caso en que aparezca combinada con la cuenta corriente. Pronuncióse rotundamente por la negativa de la compatibilidad entre hipoteca y cuenta corriente Le François (*Le ouverture de crédit en compte courant moyennant affectation hypothécaire*, Bruselas, 1879), para quien la hipoteca ha de asegurar una obligación cierta, y como en el caso de la cuenta corriente las partes no se prometen nada, lo esencial son las remesas, no la convención anterior, no existe susceptibilidad en el contrato de dar base a la hipoteca.

Esta tesis fué impugnada años más tarde por Clement, en su *Contrat de compte courant*, en donde afirma que la convención original y las operaciones que la siguen no se dan aisladas, sino que se crea la obligación de hacerse remesas y de acreditarlas. Esta obligación existe, a pesar de su carácter eventual, y su incumplimiento puede dar origen a la reparación de daños y per-

juicios. Repite a continuación los argumentos de los autores franceses con relación al artículo 1.130 de su Código civil, que admite la cosa futura como obligación, y el 2.135, que desarrolla las hipotecas legales.

En el mismo sentido de admisión se pronuncia la doctrina italiana, que no encuentra tantos escrúpulos como la francesa para garantizar el saldo eventual de la cuenta corriente.

En ambas doctrinas algunos autores se inclinan a negar tal posibilidad cuando se trata de cuenta corriente común entre comerciantes, sin que medie apertura de crédito, por la menor utilidad al hacerse la retención del importe de las remesas del otro cuentacorrentista, aparte de que la compensación que entre los créditos y envíos de ambos tiene lugar es suficiente garantía. Añaden que, en la práctica, se ejerce esta garantía, tendiendo siempre a que no sea excesiva la diferencia que formará el saldo, y de esta inclinación al equilibrio entre el haber y el debe resulta la no necesidad de la hipoteca, ni de otra forma de garantía real.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto, a mi juicio, es que esta argumentación descentra el problema, pues no siempre en la vida de las relaciones comerciales ocurre así, sino que es frecuente el caso de que, por necesidades del comercio, son de importancia las remesas del uno al otro, mientras que las de éste carecen de ella. Lo que interesa aquí es la posibilidad de su existencia y no su importancia y conveniencias en relación con el caso de la apertura de crédito.

En esta dirección siguen en España la tendencia de Clement, antes expuesta; Vallés y Pujáls, en su *Contrato de cuenta corriente*, Barcelona, 1906, y Parés, en su citado artículo. Esto en punto a la admisibilidad, en el caso de que medie apertura de crédito, pues en el caso de cuenta corriente pura y simple, encuentra Parés, por los mismos razonamientos de Le François, que en el intermedio no hay débito ni crédito, y, por lo tanto, falta la obligación principal, excepto la de hacerse remesas, que no es base suficiente para soportar la relación accesoria: hipoteca. Tampoco admite que se utilicen las fórmulas relativas a la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o eventuales; éstas forman un reducido número de casos con reglamentación especial, advirtiendo la falta de preceptos legislativos, tales como el de la

ley peruana de 15 de Enero de 1900, que permite asegurar confianza, prenda o hipoteca en dichas obligaciones. Este precepto armoniza la flexibilidad de la cuenta corriente con el régimen hipotecario, en cuyas rígidas fórmulas ordinarias no cabe aquella flexibilidad, caracterizada por un constante trasiego de fondos que se compensan recíprocamente con una serie de novaciones y una liquidación.

Clement estudia en este punto los efectos de la cuenta corriente en relación con la hipoteca. El caso más importante de los que citan los autores franceses es el de la extensión de la garantía de un crédito singular que estaba provisto de ella, al pasar a la cuenta corriente en virtud de la novación (aparte de los franceses; v. Chironi). La novación no se operaría completamente si no tuviese lugar la extinción de dicha garantía. También podrá renunciar el acreedor a su privilegio, si bien, a causa de la indivisibilidad, no se da este efecto cuando no tiene por objeto más de la mitad del importe (jurisprudencia francesa). Todo ello a menos de que haya mediado reserva expresa (Código civil francés, 1.278) y previo el asentimiento de los codeudores y fiadores, condición esta *sine qua non* para no favorecer ni perjudicar a terceros y asegurando a éstos el derecho a cerciorarse del estado de la cuenta corriente, promoviendo un balance extraordinario y provisional (*arrêt fictif*) para conocer en un momento dado tal situación (v. la obra citada de Clement).

En cuanto a la compensación, es interesante una sentencia francesa, que la restringe en el caso de quiebra. El supuesto era éste: A. garantiza con hipoteca la deuda de B. a favor de C.; caen B. y C. en quiebra, y A., que era acreedor de C. por cuenta corriente, opone la compensación. El Tribunal francés rechaza tal pretensión. La hipoteca no puede garantizar deudas diversas. Por otra parte, en caso de duda, se entenderá compensado el crédito más oneroso.

Cuando fué consagrada la admisión de esta hipoteca, se planteó el problema relativo a la extensión de la obligación garantizada. Coincidían los autores en reconocer a la voluntad de las partes la potestad de regular y determinar esta extensión, pero la discordia se presentaba en cuanto faltaba esta voluntad ex-

presa y en cuanto a los intereses, aparte de otras dudas que iré exponiendo.

Algún autor, Supino, por ejemplo, considera que, a falta de aquella voluntad expresa, la hipoteca responde del total y hasta el fin del contrato (claro está que esta disquisición no tiene valor práctico en cuanto a la legislación española, pues la determinación de ambos extremos es requisito *sine qua non* para la constitución válida de la hipoteca).

De todos modos, es opinión común que la hipoteca asegura la cantidad que al fin del contrato resulte debida directa o indirectamente y que conste en forma auténtica. El saldo será, en definitiva, la obligación garantida por la hipoteca.

JESÚS DAPENA MOSQUERA,

Abogado.

(Continuará.)

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, máximum 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.

El tercero en el Registro mexicano ⁽¹⁾

Pero venimos hablando de una «subsistencia», o «reducción», o «aniquilación» de una adquisición ya formalizada por un tercero. Hemos visto también la existencia de un derechohabiente «perjudicado» que hace valer sus derechos contra este tercero adquirente y aporta las pruebas del «conocimiento» del tercero, eficaces para basar una «minoración» de su representación mental adquisitiva y exigen por ende una variación de la adquisición en el sentido de su reductibilidad.

Ahora bien, estos conflictos, para dirimirse, requieren un *mechanismo*.

La confusión que ha prevalecido entre la mala fe del tercero en los sistemas inmobiliarios, y la mala fe genérica contractual (confusión a través del elemento psicológico); las inseguridades de ciertos sistemas en cuanto al valor de la inscripción registral y la aceptación confusa de discordancias del Registro, tanto por situaciones extraregistrales «reales», como de Derecho de Obligaciones, han llevado a confundir también los *mechanismos*, y por la semejanza de los casos se ha utilizado la acción pauliana de rescisión en fraude de acreedores, para que el «perjudicado», verdadero derechohabiente, ataque la adquisición realizada por el tercero a base del Registro y en perjuicio de aquél.

La distinción entre el mecanismo de Derecho de Obligaciones y el Inmobiliario es fácil.

La acción pauliana persigue la rescisión del acto adquisitivo.

(1) Véanse los números 93 y 94 de esta Revista.

Para ello, el «perjudicado» actor necesita probar el «fraude» del tercero adquirente, y el objeto del litigio es reintegrar el bien al patrimonio del enajenante, que es simultáneamente deudor del «perjudicado». Se busca, en otros términos, la aniquilación de la confabulación, dejando las cosas en el estado anterior: el bien transferido con fraude ha de regresar al patrimonio del enajenante. Conseguido esto, el acreedor puede ya iniciar su acción de crédito sobre este patrimonio reintegrado. La adquisición queda rescindida; el tercero, desposeído, y el Registro, haciendo eco de la declaración de la sentencia judicial, anula la inscripción «segunda», relativa a la adquisición del tercero.

En el mecanismo de Derecho Inmobiliario se ataca, ante todo, la inscripción «segunda», relativa a la adquisición del tercero; lo pide así el verdadero derechohabiente perjudicado y el efecto que persigue es obtener directamente la entrada en su patrimonio del bien objeto de la transferencia. Para ello no necesita probar «fraude» del tercero, sino sólo un estado «cognoscitivo» del mismo; el efecto aparente y diríamos inmediato es: negar o conceder al tercero la protección registral, porque, en realidad, lo que se proponía el «perjudicado» era contrarrestar la fuerza de la inscripción.

Ya hemos señalado las causas de la confusión de los mecanismos.

Pero ¿no habrá alguna más concreta aún?

Yo creo descubrirla en un resultado común a ambos mecanismos: el logro de la cancelación de la inscripción «segunda», referente al acto adquisitivo del tercero.

En efecto, cuando la acción pauliana concluye por una declaración favorable al perjudicado, se rescinde el acto adquisitivo y, naturalmente, el Registro tiene que cancelar la inscripción del mismo.

En el mecanismo inmobiliario, el derechohabiente, al lograr su acción, obtiene una declaración de insubsistencia de la inscripción: de carencia de fuerza y efectos de ésta. Y como una consecuencia de este efecto logrado, decimos: el acto adquisitivo del tercero no prevaleció; sus intereses fueron vencidos por los del verdadero derechohabiente.

¿Qué encontramos, pues?

En ambos casos, una cancelación de la inscripción : en la acción pauliana, como resultado de dirimir el problema de intereses encontrados de «perjudicado» y «tercero» ; en la acción registral, como algo primordial : el problema de intereses se resuelve como una consecuencia de la suerte y vigor de la inscripción.

En resumen : El mecanismo registral o de Derecho inmobiliario, aunque distinto fundamentalmente de la acción pauliana, es, de suyo, complejo : ha de atenderse en el mismo a un mantenimiento o suspensión de los efectos protectores del Registro con relación al tercero adquirente. Es lo inmediato y visible en la acción. Ha de verse también que en el mismo se resuelve la suerte definitiva de la adquisición del tercero, la extensión última de la misma, su subsistencia o aniquilación. Por lo tanto, se resuelve también la oposición de intereses entre «perjudicado» y «tercero». Igualmente podemos decir, aunque parezca contenerse en el primero de los efectos señalados, que este mecanismo registral decide, en cierto modo, la cancelación o permanencia de la «inscripción segunda».

* * *

Expuesta ya la materia de este capítulo, tratemos de resumir el resultado del estudio : En el problema del tercero conviene iniciar el estudio por la parte que hemos denominado psicológica. Al lado surge una segunda, que revela igual importancia : es la parte objetiva del problema del tercero, que no atiende tanto a la posición mental del adquirente como al acto adquisitivo mismo y a sus discrepancias con otras situaciones existentes. Problema de las relaciones entre los elementos objetivos y psicológicos. Por último, mecanismos dentro de los cuales se resuelven los problemas derivados de la oposición de intereses entre terceros adquirentes y verdaderos derechohabientes.

Por lo tanto, distinguimos :

- I. Parte psicológica.
- II. Parte objetiva.
- III. Relaciones entre ellas.
- IV. Mecanismos dirimidores.

Pero, aparte esta distribución de materias, resumimos la subsistencia en esta forma :

Se arranca de un conocimiento (aparte sistemas que requieren fraude o no les importa el conocimiento, por permitir aprovechamiento de una ventaja legal), a fin de comparar la representación mental «exacta» que del mismo «conocimiento» deriva, con la «aparente», y obtener el resultado psicológico (buena o mala fe del tercero). Es el sistema legal concreto, el que fija y señala cuáles hechos y derechos pueden ser objeto de conocimiento en el tercero, válidos para producir la «minoración» de su representación adquisitiva. En un sistema abierto (sin Registro), cualquier hecho o derecho puede causar esos efectos; si entraña una discordancia con el acto adquisitivo, el tercero «conoce» y la Ley concede tal efecto. En un sistema de Registro, la inscripción dice cuál ha de ser la representación mental aparente del tercero, y es la discordancia entre Registro y realidad la que nos permite decir cuál es la representación exacta del tercero, debiendo distinguirse aquí los sistemas que sólo atienden a la discrepancia objetiva, los que atienden a la psicológica, los que mezclan ambas, los que las desconocen mediante un formulismo (valor de cosa juzgada de la inscripción).

La subsistencia de la adquisición, el conflicto de intereses entre tercero y perjudicado que en torno de ella se anuda, y también la suerte y eficacia de la protección de la inscripción, se dirimen mediante procedimiento especial complejo, distinto de la acción pauliana.

Si se nos da para analizar un sistema concreto de Registro que atiende al «conocimiento», y deseamos fijar el problema del tercero, estudiaremos:

Cuál es la representación mental «aparente» del adquirente (sea la exteriorizada en el acto adquisitivo, sea la que deriva del Registro, según la inscripción «primera»).

Cuál es su representación mental «exacta» al adquirir (hechos o derechos incompatibles con la adquisición celebrada, que al ser conocidos por el tercero nos dirán su buena o mala fe).

Qué elementos debemos y podemos analizar para comprobar que la representación mental «exacta» es tal o cual (aquí entra el valor de la inscripción).

Fijada la exacta representación mental, ¿reduciremos la adquisición hasta ella? (De la respuesta derivará la final subsistencia

de la adquisición: su reducción o aniquilación. Y para valorarla habrá que atender a las discordancias entre Registro y realidad.)

CAPITULO IV

APLICACIÓN AL REGISTRO MEJICANO

Después de haber expuesto el esquema general para un estudio del problema del tercero, puede suponerse que el presente capítulo es una aplicación deductiva. Algo como una premisa menor, complementaria de la mayor antecedente.

Pero si en un orden ideológico es esto exacto, no significa que la forma de mi análisis en este capítulo haya de seguir paso a paso la del precedente.

Emplearé, indudablemente, los conceptos ya expuestos, pero sólo en cuanto al fondo de los mismos. Para la ordenación del examen concreto de los artículos del Registro mejicano mantendré, sin embargo, cierta libertad de forma, indispensable para conservar la soltura del análisis, obedeciendo más bien las exigencias que me impone la propia materia legislativa que voy a considerar.

La Ley mejicana (artículo 3.002 del Código civil) distingue en el campo general de las relaciones jurídicas: *a*), actos inscribibles; *b*), actos que no pueden entrar en el régimen jurídico de la inscripción.

Dada una relación jurídica, ¿qué elemento nos dirá si pertenece al grupo de inscribibles o de los no inscribibles? La enumeración de la Ley (mismo artículo 3.002); y si atendemos a los diversos actos que enumera, observamos un conjunto bastante heterogéneo: títulos de propiedad, derechos reales, posesión, constitución del patrimonio de familia, cláusulas de las ventas a plazo de bienes muebles determinables, prenda en que el acreedor no recibe la posesión del objeto; escrituras constitutivas de sociedades, de fundaciones benéficas, sentencias, testamentos, concursos o cesiones de bienes... y demás títulos que la ley considera como registrables.

Resulta, pues, que este conjunto de relaciones no demuestra entre los elementos una intrínseca semejanza jurídica: el derecho

real es muy diverso a una constitución de sociedad. El lazo de uniformidad sólo está en este elemento externo a los actos: la inscribibilidad.

Pero en la Ley mejicana la inscripción es una facultad y no una obligación de las partes. Es la voluntad y la conveniencia de éstas la que torna la posibilidad jurídica de inscribir en una realidad actual, en un ser: acto inscrito. Mediante ello se consigue la finalidad de dotar al acto de efecto *erga omnes* (artículo 3.003).

Por lo tanto, tenemos un heterogéneo conjunto de títulos inscribibles, uniformados por su igual accesibilidad al Registro, a fin de causar efectos *erga omnes*, siendo el interés de las partes otorgantes el que en cada caso determinará el paso de la potencialidad de inscribir, a una realidad de acto inscrito.

Si en vez de atender a la posición de las partes con respecto a la inscripción, miramos al tercero, comprendemos que en cuanto a él, la función de la inscripción es evitar la clandestinidad, perjudicial a los derechos de este tercero.

Efectos *erga omnes* y supresión de la clandestinidad son como cara y cruz del elemento central: inscripción.

Es conveniente recordar aquí que el conflicto de intereses, que discurre generalmente bajo la rúbrica de problema de tercero, lo estudiamos, por la limitación de los propósitos de esta Memoria, sólo en función del Registro. En el capítulo II hemos hablado de un problema de tercero «adquirente» y basado en un «asiento previo», dando lugar el acto adquisitivo del tercero a una inscripción «segunda».

Estos mismos elementos nos sirvieron para la construcción esquemática del capítulo III.

No creo por eso que éste sea el único caso de tercero; pero es, indudablemente, el que mayor atención merece por su frecuencia (1).

(1) El artículo 973 del Código civil suizo, al establecer la protección del Registro, dice: «El que adquiere la propiedad u otros derechos reales fundándose de buena fe sobre una inscripción del Registro, será mantenido en su adquisición.»

El artículo 892 del Código civil alemán dice: «A favor de quien adquiera un derecho sobre una finca o un derecho en tal derecho, vale como justo el contenido del Registro, a no ser que se hubiera tomado una anotación contra su exactitud o que la inexactitud fuera conocida del adquirente.»

Antes de seguir ahora con el estudio de los preceptos del Registro mejicano, enunciemos algunas posiciones posibles de conflicto y determinemos con toda claridad cuál de ellas es la que, según el Código mejicano, da ocasión al juego de la protección registral.

El conflicto supone: una situación jurídica opuesta a la del tercero y una situación jurídica peculiar a éste. Si ni el uno ni el otro derecho son registrables, el problema será puramente civil: no entra en juego el Derecho Registral.

Pero cuando alguno de los títulos es inscribible, o cuando alguno de esos títulos está inscrito, se presenta ya el problema de tercero: ¿Qué título ha de prevalecer? ¿El inscribible, pero no inscrito, frente al del tercero inscrito? ¿El inscrito, frente al del tercero inscribible, pero no inscrito? ¿Ambos títulos inscritos, cuando se anula el primero (derecho del otorgante)?

Basta lo anterior para comprender la diversidad de situaciones que pueden presentarse: desde la lucha de dos títulos no inscritos, hasta la lucha de dos títulos igualmente inscritos, pasando por los términos medios de derechos inscribibles (pudiendo estar inscritos o no).

Ahora bien, si el problema de tercero puede admitir todos estos matices, el que va a ser materia de nuestro estudio, por referirse a él concretamente la protección registral del Código mejicano (artículo 3.007), requiere los siguientes presupuestos:

Una inscripción «primera» del derecho del otorgante, una adquisición del tercero dando origen a una inscripción «segunda» y la anulación o rescisión del derecho del otorgante.

Al discutir sus efectos en cuanto a la inscripción «segunda», veremos interponerse la protección registral para evitar la aniquilación refleja del acto adquisitivo del tercero.

Delimitada en esta forma la materia del estudio (obedeciendo los términos de la propia Ley mejicana al establecer la función de la protección registral), pasamos a estudiar: Valor de la inscripción. En qué casos se otorga la protección. Discrepancias entre Registro y realidad. Requisitos psicológicos en el tercero.

La inscripción, en el sistema mejicano, no tiene valor alguno con relación a las partes otorgantes: ni llega a una representación auténtica o legitimadora del derecho, ni mucho menos a crear un-

mundo de ficción jurídica al lado del real. La inscripción mejicana carece, por lo tanto, de esta capital función del principio de publicidad.

Esto mismo nos aparta de estudiar si la inscripción es una presunción *juris tantum* o *juris et de jure*, o si es parte constitutiva de la transferencia, al igual que la tradición. Podemos afirmar que la inscripción, ni es obligatoria para las partes (artículo 3.003), ni es necesaria (constitutiva), ni tampoco suficiente (artículo 3.006), pues se priva de virtud jurídica intrínseca a la inscripción, fijándose, ante todo, en los presupuestos causales.

Frente a los terceros, en cambio, la inscripción tiene funciones absolutas, y diríamos sacramentales (*Fides pública*, en sus aspectos positivo y exhaustivo). Positivo, en cuanto la adquisición del tercero que da origen a la inscripción «segunda» no sufre alteración alguna por el reflejo de causas que anulen o rescindan la inscripción «primera», o sea el derecho del otorgante (artículo 3.007). Entre la primera inscripción que se anula y la segunda se interpone la protección registral, impidiendo el golpe reflejo sobre la adquisición del tercero; con esto se deroga el *nemo dat quod non habet*.

Pero la inscripción es, además, exhaustiva: fuera del Registro no existe nada que pueda perjudicar al tercero. El artículo 3.003 priva de efecto para perjudicar a tercero, al acto que debiendo inscribirse no lo ha sido. El tercero se desentiende de él; pero, en cambio, puede aprovecharse de la situación extraregistral.

Ahora bien, este peculiar valor exhaustivo de la inscripción ¿significa que frente al tercero, el Registro no puede nunca ser inexacto?

Podríamos distinguir: a), casos de vicio de la inscripción primera; ésta se anula por razones interiores al Registro o por títulos o causas que constaban de éste; b), casos de anulación por una situación inscribible, pero no inscrita; c), casos de situaciones no registrables.

¿Cómo defiende la protección registral al tercero frente a estos diversos casos? En el primero, al constar el vicio en el propio Registro, el tercero no es protegido; en el segundo, se le protege plenamente; el tercer caso pudiera sostenerse que escapa al ámbito del problema registral (la existencia de una situación que no

puede inscribirse caracerá de importancia para normar la validez de la adquisición del tercero y la subsistencia de la inscripción que lo protege).

En resumen: la inscripción es verdad para el tercero; lo defiende de las alteraciones provenientes de nulidad o rescisión del derecho del otorgante (o sea de la inscripción primera), y fuera del Registro no puede existir para el tercero nada que le perjudique, y, por tanto, nada que merme o minore su representación mental adquisitiva «aparente» basada en la inscripción.

Por esto calificaba de sacramental la inscripción mejicana frente al tercero; sobre esa inscripción se basa el tercero confiadamente al realizar sus adquisiciones, sabiendo que se le protegerá contra todo lo extraregistral y contra toda causa de alteración de la inscripción «primera».

¿Qué posición psicológica se exige al tercero? El artículo 3.007 habla de tercero de buena fe, pero no especifica en qué consiste. En cambio, el propio precepto habla de anulaciones de la inscripción «primera» (derecho del otorgante) que afectan al tercero, si PROVIENEN DE TÍTULOS ANTERIORES INSCRITOS O DE CAUSAS QUE RESULTAN CLARAMENTE DEL REGISTRO. Al lado de esto, el artículo 3.003 permite al tercero incluso aprovecharse de la situación inscribible que permanece sin inscripción, no pudiendo, en cambio, perjudicarle. La exigencia psicológica en cuanto al tercero es, pues, muy débil en el Registro mejicano. El tercero sólo tiene que atender al Registro; lo que está fuera de él, ni le interesa, ni le perjudica. No hay, por lo tanto, elementos extraregistrales que al ser conocidos por el tercero puedan producir una minoración de su representación adquisitiva aparente, basada en el Registro; sólo cuando en éste haya títulos o datos que contradigan la representación mental, se permitirá privar de protección al tercero.

Sin declarar el Registro mejicano el valor de cosa juzgada de la inscripción, llega, en cuanto a tercero, por sus peculiares disposiciones, a una situación semejante: la inscripción favorece siempre al tercero y nada que esté fuera del Registro puede estorbar su derecho.

¿En qué casos juega esta protección? ¿Es en toda adquisición del tercero, sea por contrato oneroso, lucrativo, por sucesión *mortis*

causa, por acuerdo judicial o, en fin, por precepto transmisivo de la Ley?

El artículo 3.007 sólo habla de «actos o contratos celebrados». Esto podría suponer que la protección registral no funciona en los casos de sucesión *mortis causa*, ni sentencia judicial, ni transmisión por ley.

Parece, por lo tanto, que la protección es para casos de contratación, excluyéndose (artículo 3.007, parte final) la transmisión lucrativa.

La protección, en su virtud, podría entenderse limitada a la contratación onerosa. Pero esto no resulta muy claro; la redacción del artículo 3.007 y la enumeración de sus excepciones podrían autorizar una interpretación que ampliara los casos de protección del tercero más allá de los límites de la contratación onerosa. (En Méjico no sería imposible esta orientación, pues la inscripción no tanto sirve para consolidar las adquisiciones y normar con seguridad el tráfico inmobiliario, como para lograr efectos *erga omnes*, perseguir la clandestinidad y proteger al tercero por su calidad de tal, influyendo también en la solución el que depende de la voluntad de las partes el inscribir o no.)

La parte final del artículo 3.007 exceptúa de las protecciones registrales los actos contrarios a las leyes prohibitivas o de interés público, enumerándolos en la propia ocasión en que exceptúa de protección los actos lucrativos del tercero.

¿Qué significa esta parte?

El artículo 8.^o del Código civil declara nulos los actos contrarios a leyes prohibitivas o de interés público, salvo cuando la Ley disponga lo contrario.

El pensamiento del legislador mejicano ha debido de ser éste: los actos contra ley prohibitiva son nulos, menos cuando hay declaración contraria en la Ley, y como el artículo 3.007, que establece la protección registral, podría entenderse que tiene fuerza suficiente para dar vigor a estos actos de especial nulidad, para evitar esta interpretación conviene agregar, en la parte final del artículo 3.007, la declaración de que la protección registral no tiene tal efecto y vigor, que incluso dé validez a los actos nulos según el artículo 8.^o.

Pero esto revela una confusa idea sobre la función de la pro-

tección registral; ella no funciona nunca para dar validez a las nulidades de que está viciado el acto adquisitivo del tercero, causa de la inscripción «segunda». Ya hemos visto en el artículo 3.006 que la inscripción no convalida actos nulos.

El 3.007 no es, en realidad, una excepción a esta regla: es un mecanismo distinto. Se refiere a nulidades **DEL DERECHO DEL OTORGANTE**, es decir, de la inscripción primera, que, por reflejo, pueden atacar a la segunda. La protección registral, únicamente con estos supuestos, se interpone y defiende la validez de la adquisición segunda.

Hay que distinguir, pues: *a*), causas de nulidad de la inscripción primera que, por reflejo, afectan a la segunda; para éstas es la disposición del 3.007, que otorga la protección registral; *b*), causas propias de nulidad de la adquisición del tercero; es decir, de la inscripción segunda (estas causas, sean las de oposición a ley prohibitiva o de orden público, sean causas de incapacidad del tercero adquirente, o error, o miedo de éste, etc., nunca pueden pretenderse convalidadas por la inscripción, al amparo del artículo 3.006).

Tiempo: Es parte del problema del tercero, pues fija el momento a partir del cual el conocimiento no dañará al adquirente: *dolo superveniens non nocet*. El Registro mejicano fija el momento de la presentación en el Registro, con la importante excepción del artículo 3.018 (ved el texto en el capítulo II).

Crítica: Aunque el Registro mejicano históricamente se funda en una preocupación psicológica: evitar la clandestinidad en favor del tercero de buena fe no es, en la actualidad, un Registro que atienda mucho al elemento psíquico; es más bien un régimen objetivo, con excesiva protección al tercero y poca exigencia en cuanto a la representación mental adquisitiva de éste. Le permite incluso aprovecharse de ventajas legales.

En cambio, despojará sin remedio al derechohabiente verdadero que, teniendo título inscribible, haya descuidado su registro. La inscripción es como una balanza, que al descuido de la parte en inscribir opone el aprovechamiento del tercero.

Debe señalarse que, en la práctica, esta forma de Registro ha dado grandes facilidades para confabulaciones, ante las cuales

el derechohabiente perjudicado tiene que recurrir a la acción pauliana, casi siempre sin resultado efectivo.

En resumen: El Registro mejicano no es sino un organismo (más o menos correcto) encaminado a dar efecto *erga omnes* a un conjunto de actos: todos los inscribibles. Por eso es posible que, al lado de los derechos reales y de propiedad, figuren con igual calidad frente al Registro contratos de sociedad, de alquileres, de compraventa de bienes muebles a plazos, etc.

¿Será conveniente un Registro que sólo se propone lograr el efecto *erga omnes*?

Estos efectos *erga omnes*, ¿serán característica propia de los derechos reales, o hay al lado de éstos un conjunto de actos (los que enumera como títulos inscribibles el artículo 3.002) en los cuales la técnica moderna demanda con igual precisión esos efectos?

Y aun admitiendo que el efecto *erga omnes* sea indispensable para unos y otros títulos (los reales y los que, no siéndolo, figuran como inscribibles en el Registro mejicano), ¿no habrá alguna diferencia jurídica entre ellos, desde el punto de vista de ese efecto *erga omnes*? O, dicho de otro modo: si en todo título inscribible se busca el efecto *erga omnes*, al tratarse de un título de derecho real, ¿no surtirá, además, la inscripción otros efectos?, ¿no tendrá otras virtudes y funciones específicas?

En torno de estas preguntas puede concretarse la divergencia entre los sistemas germánicos de Registro y los que no lo son.

Más que un razonamiento para responder, conviene el observar el funcionamiento práctico de estos distintos tipos de Registro; el desarrollo técnico y la riqueza conceptual del Registro germánico pueden decírnos lo que significa frente a la titulación de derechos reales. Pero la invasión de actos inscribibles, sin ser derechos reales, que presenciamos en el Registro mejicano nos indica una presión de las necesidades modernas sobre los moldes registrales: función publicadora (causar efectos *erga omnes*).

Las dificultades de lograr la conjugación dentro de un solo organismo lleva al planteamiento de los problemas en el Registro de Méjico, que he procurado estudiar.

SILVIO A. ZAVALA,
Abogado.

La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos

IV

LAS CLÁUSULAS DE GARANTÍA (*)

Estipulación de pago en moneda extranjera.

En ciertos contratos se estipula que el pago debe ser hecho en una moneda extranjera que, con frecuencia, es la del país donde habita el acreedor o del que proviene las mercancías vendidas; pero, al recurrir a esta estipulación para cubrirse de la depreciación de la moneda nacional, se especula al alza de la moneda extranjera.

Fuera de un período de curso forzoso, estas estipulaciones, en defecto de un texto prohibitivo, son perfectamente válidas y ejecutorias; la moneda extranjera, en efecto, es generalmente considerada como una mercancía que puede ser objeto de un contrato válido de igual manera que lo son las demás mercancías que están en el comercio jurídico y, por lo tanto, es lícito convenir que una prestación consistirá en dólares o en libras esterlinas, y estas estipulaciones son obligatorias, puesto que el artículo 1.167 de nuestro Código civil dice que el acreedor no puede ser constreñido a recibir una cosa distinta de la que le es debida, aunque el valor de la que se le ofrece sea igual o mayor todavía; además, según el artículo 1.170 de igual Código, el pago de las

(*) Véase el número anterior.

deudas de dinero deberá hacerse en la «especie pactada», y de otra parte, el Código de comercio español declara la validez de estas cláusulas en materia de letras de cambio, cuando expresamente dice en su artículo 489 que las letras de cambio deberán pagarse en la moneda que en las mismas se designa.

La Resolución de la Dirección general de los Registros de 15 de Febrero de 1926 refuerza la validez de esta estipulación en el Derecho español. Ya el Presidente de la Audiencia *revocó* la nota del Registrador, *en cuanto denegaba* la inscripción, por no expresarse en moneda española la responsabilidad por capital e intereses y por no haberse valorado las fincas en la misma moneda; pero la *confirma*, en cuanto se deniega la inscripción por no cifrarse en moneda española la responsabilidad *para costas*, por tratarse entonces del interés del Estado por el reintegro del papel que se invierta, y la Dirección general, después de argumentar ampliamente para decidir que la responsabilidad de las fincas hipotecadas no puede hacerse en moneda extranjera, dice que los anteriores razonamientos que emplea no se oponen a que las obligaciones aseguradas con hipoteca puedan tener por objeto las más variadas prestaciones o referirse a las más desconocidas divisas, así como tampoco impiden a los contratantes el dejar a una futura liquidación o subordinar a especiales condiciones la fijación del importe asegurado; pero siempre con la condición de que se determine el *máximo* de la responsabilidad hipotecaria en moneda que tenga curso legal en la Nación, y no se pacte el procedimiento judicial sumario para hacer efectivas deudas ilíquidas.

Por lo tanto, antes de un período de curso forzoso toda discusión sobre la validez de las cláusulas de pago en moneda extranjera es totalmente superflua; como dice Planiol (ob. cit., tomo II, núm. 424): «Una convención especial puede imponer al deudor la obligación de liberarse en una moneda extranjera determinada. La convención es válida, puesto que la moneda es una mercancía que puede ser objeto de una promesa lícita.» E igual opina, por no citar más autores, Aubry et Rau (ob. cit., t. IV, número 318). Donde la cuestión se presenta es cuando se plantea la validez de estas cláusulas en período de curso forzoso.

En Francia, donde estas cuestiones han sido tan estudiadas, vemos que hasta el año 1926 la jurisprudencia no parecía hostil en

principio a las cláusulas de pago en moneda extranjera; pero a partir de esa fecha, las decisiones jurisprudenciales han sido contrarias a la validez de esa estipulación, como contraria al orden público, en razón de las disposiciones sobre el curso legal y forzoso del billete de Banco, cuando el contrato concluido entre franceses era ejecutorio en Francia, o sea que se decreta la nulidad de la cláusula cuando el pago no tiene el carácter de una reglamentación exterior.

Por contra, se ha decretado la validez de la cláusula cuando el pago presenta este último carácter; así, las conclusiones presentadas por Matter, Abogado general, ante la Cour de Cassation reservaban la validez de las cláusulas de pago en moneda extranjera cuando resultaban de contratos de carácter internacional, y estimaba que, para decidir la validez de una cláusula-oro o en moneda extranjera no era preciso tener en cuenta la nacionalidad de las partes, sino que lo importante era la naturaleza de la convención, y las consecuencias que hubiera de producir sobre dos países diferentes. Para Matter, la cláusula-moneda extranjera sería válida si el contrato produce como un movimiento de flujo y de reflujo por encima de las fronteras y con consecuencias recíprocas en un país y en otro, y daba como ejemplo de ello el contrato de venta comercial de importación, el contrato de préstamo de un país extranjero sobre Francia, el contrato de transporte o tránsito internacional regido por la Convención de Berna y el contrato de trabajo en el extranjero, pero por cuenta de un empresario francés.

En resumen: la jurisprudencia francesa mantiene sobre esta cuestión tres tendencias:

Primera. Para la Cour de Cassation (17 Mayo 1927 y 14 Enero 1928), la nulidad se impone para todo pago de moneda extranjera hecha en Francia por una persona residente en ella.

Segunda. Para la mayor parte de los Cours de apelación y de los Tribunales es la naturaleza internacional del contrato, productora de un cambio por encima de las fronteras, la que permitirá reconocer la validez.

Tercera. Para algunos Tribunales, la nulidad del pago en moneda extranjera, a falta de un texto prohibitivo, no puede ser deducida más que de la idea del fraude de la ley sobre el curso forzoso.

Enfrente de las divergencias de la jurisprudencia francesa, la mayoría de los autores se declaran partidarios de la validez de esta cláusula, que ningún texto prohíbe.

Así, Demogue escribía el año 1921 en el *Journal des Notaires* (1) que el curso forzoso no impediría estipular válidamente un pago en París de moneda-oro extranjera. «Un pago en moneda extranjera—dice—no es más que un pago en mercancía.» Todavía Demogue se pregunta (2) si estipular en moneda extranjera sin motivo legítimo no constituiría un acto ilícito, un abandono de esa especie de bandera que es la moneda nacional, en una palabra, un abuso del derecho, y concluye diciendo: «Se puede sostener esto; pero sería muy delicado el fijar los límites de este abuso.»

Jeze (3), en el interesante estudio que consagró a la moneda en los pagos, declara que el máximo de efectos que el jurista puede producir con una ley sobre el curso forzoso es que los individuos no puedan establecer diferencias entre sus monedas nacionales, y, en defecto de prohibición expresa, acepta la validez de la cláusula en moneda extranjera.

Mestres y James (4) estiman igualmente que los contratos en moneda extranjera son válidos en Derecho francés; Geny y Rousseau se inclinan a la misma opinión (5), y Schkaff la considera, por último, jurídicamente válida (6).

El argumento esencial del que resulta la validez de las cláusulas de pago en moneda extranjera es que éstas no han sido tenidas en cuenta ni directa ni indirectamente por las leyes que se acostumbran alegar en su contra.

Curso legal y curso forzoso, incluso a la par del billete de Banco y las monedas extranjeras, se mueven, en efecto, sobre dos planos diferentes.

(1) *Le Journal des Notaires*: «Le cours forcé du billet de Banque et ses effets», 1921, p. 140.

(2) *Journal des Notaires*: «De quelques clauses tendant à se prémunir contre les variations de valeur du franc», 1923, p. 101.

(3) Jeze: *Rev. de Science et de Leg. Financières*: artículo ya citado.

(4) Mestres et James: «La clause-or en droit français», París, 1926, página 17.

(5) Geny: Ob. cit.

(6) Schkaff: Ob. cit., p. 135.

La base de nuestra organización económica actual es la libertad de las convenciones; todo lo que no está prohibido está permitido, y ninguna ley ni ningún reglamento prohíbe la cláusula de pago en moneda extranjera, incluso en las transacciones interiores.

El legislador expresamente no ha establecido prohibición alguna ni en nuestro país ni tampoco en países donde la legislación producida por la depreciación monetaria ha sido numerosísima.

Reconocida la validez de la cláusula en moneda extranjera, queda la cuestión importante de la fecha de la conversión, a lo cual vamos a dedicar nuestra atención brevemente.

La doctrina se halla dividida sobre la cuestión de la conversión. Algunos autores, como Bedarride (1), Alauzet (2), Demangeat (3), Audinet (4) y Thaller, piensan que el deudor puede liberarse en la moneda del lugar del pago, puesto que suministra, según el curso del cambio, el equivalente de la suma estipulada. Otros autores, como Bravard Veyrières (5), Lacourt (6), estiman que el acreedor no puede oponerse a la conversión cuando existe una cláusula formal, como, por ejemplo, «pagable en moneda extranjera, y no en otra».

Otros autores, como Lyon Caën et Renault (7), Nouguier (8), Thaller (9), sobre la base del artículo 143 del Código de comercio francés, dicen que siendo este precepto, en materia de letra de cambio, una disposición excepcional, no es más que la excepción a la regla general de que los pagos deben efectuarse en Francia, en moneda francesa.

En Alemania el derecho de conversión o de sustitución está previsto en el artículo 244 del B. G. B.; en Italia, en el artículo 39 del Código de comercio, y en Rumania, en el artículo 41, también.

(1) Bedarride: *De la lettre de change*, t. II, núm. 384.

(2) Alauzet: *C. de com.*, t. IV, núm. 1.394.

(3) Demangeat: *Dt. com.*, t. III, núm. 321.

(4) Audinet: *Dt. intern. privé*, 2.ª edi., núm. 758.

(5) Bravard Veyrières (Demangeat): *Dt. com.*, t. III, núm. 321.

(6) Lacourt: *Dt. com.*, núm. 1.272.

(7) Lyon Caën et Renault: *Traité de Droit commercial*, t. IV, núm. 301..

(8) Nouguier: *Lettre de change*, 4.ª ed., t. I, núm. 946.

(9) Thaller et Perceru: *Traité élémentaire de Droit commercial*. París, 1923, núm. 1.251.

del Código de comercio. Por lo tanto, en ausencia de un texto expreso el acreedor puede exigir la cosa prometida, la moneda extranjera efectiva y no puede obligar a recibir otra, aunque sea de un valor igual o superior.

En la práctica, la jurisprudencia francesa admite, en general, en favor del deudor, el derecho de conversión y decide que el pago se hará o podrá hacerse en francos, al curso del cambio, con el agio a la carga del deudor (1).

Admitido el principio de la conversión, es preciso determinar la fecha en que deba hacerse, cuestión de interés práctico considerable, ya que en período de inestabilidad monetaria el curso de los cambios varía cada día, y a veces en grandes proporciones.

Las soluciones han sido diversas, y se han decidido, según los casos, por las fechas de la exigibilidad, por la de incursión en mora, por la del nacimiento de la deuda, por la de la sentencia y, por último, por la del pago efectivo, cuya fecha, en realidad, es la verdaderamente lógica.

La doctrina ha buscado, como siempre, la unidad entre el cúmulo de fechas propuestas como propias para la conversión; según Mlle. Rozis (ob. cit., p. 125), se pueden adoptar las siguientes soluciones: si el deudor está en falta y el cambio ha subido, la conversión será al curso del día del pago efectivo; si la falta es del acreedor o es caso de fuerza mayor, será al curso del día del vencimiento el que será tomado en consideración.

El gran principio que debe dominar en nuestra materia—dice la anterior escritora—es que el acreedor debe recibir lo que le es debido; esto excluye, evidentemente, un curso ulterior al vencimiento, lo mismo que un curso anterior. Pero este sistema no puede aceptarse, puesto que lo debido es la moneda extranjera.

En cuanto a Matter, después de haber reconocido que el enunciado corriente en doctrina es que la conversión debe hacerse el día del pago, declara que esta opinión no está confirmada por nin-

(1) La cuestión había recibido solución en el anteproyecto de ley sobre la letra de cambio y billete a la orden discutido por la Conferencia Internacional de La Haya de 1910; el proyecto preveía en su artículo 50 que el pago podía tener lugar en la moneda del país, a menos que el acreedor no hubiera estipulado expresamente el pago en moneda extranjera efectiva.

guna decisión de la jurisprudencia (ob. cit., p. 270), lo cual, según dice Hubrecht, es inexacto. Y Matter pretende edificar una teoría sobre el artículo 1.153 del Código civil francés: «Cuando se razona exclusivamente sobre el derecho civil—dice—, la obligación de pagar una moneda extranjera no es más que una obligación de pagar en mercancías.» Luego, y excepcionalmente, esta obligación debe ejecutarse por la prestación de la mercancía o de un título que la represente. Y por contra, y en regla general, la obligación se convierte en pago propiamente dicho, es decir, en suministro de una suma de dinero en la moneda nacional, y en este caso el solo texto aplicable para determinar la fecha de la conversión dice Matter es el artículo 1.153 dicho, equivalente al 1.108 del resultantes de la mora, si no hay pacto en contrario, consistirán en el pago de una cantidad de dinero los daños y perjuicios resultantes de la mora, si no hay pacto en contrario, consistirán en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal, y estos daños y perjuicios son debidos, sin que el acreedor esté obligado a justificar ninguna pérdida, y no son debidos más que desde el día de la obligación de pagar, y el acreedor al cual su deudor en retardo causado por mala fe causa un perjuicio, independientemente de este retardo, puede obtener daños y perjuicios distintos de los intereses moratorios.

La regla, por tanto, que, según Matter, se deduciría de ese artículo sería la siguiente: En principio, la deuda en moneda extranjera se convertiría el día de la exigibilidad; los intereses legales correrían desde el día de la mora, sin que el acreedor tuviera que justificar ninguna pérdida; y en cuanto a la mala fe o a la falta del deudor que haya causado un perjuicio al acreedor, el deudor debe ser condenado a título de daños y perjuicios a convertir su deuda al curso más desventajoso para él. El sistema presentado por Matter es inaceptable; nada hay más peligroso que confundir la ejecución de las obligaciones, conversión, daños y perjuicios, valorización, etc.

Nosotros estamos aquí en materia de ejecución de obligación y no en materia de daños y perjuicios, y, por lo tanto, ese precepto no puede invocarse, puesto que no nos enseña ni cómo debe ejecutarse una deuda en moneda extranjera, ni cuál será la fecha en que la conversión deba hacerse; solamente dice que en ma-

teria, de deudas de sumas de metálico los daños y perjuicios están limitados a los intereses legales, salvo perjuicio especial y mala fe del deudor.

De otra parte, si se admite, con Matter, que la moneda extranjera no es más que una mercancía, debemos concluir que dicho artículo, que se refiere a sumas de dinero, no es jamás aplicable a las deudas de monedas extranjeras.

Para resolver la fecha en que la conversión debe ser hecha es preciso, ante todo, concretar qué es lo debido, cuál es el objeto de la obligación, cuál es la prestación que ha sido convenida y querida por las partes. Esta es, únicamente, una cierta cantidad de moneda extranjera; como ya escribía Scaccia, a final del siglo XVII (1), y como se ha repetido a menudo después, la reglamentación en moneda nacional no es *in obligatione*, sino solamente *in solutione, in facultate solutionis*.

El acreedor tiene derecho a reclamar en justicia, directamente, el pago en moneda extranjera, y ninguna ley le obliga al Tribunal a sentenciar exclusivamente en moneda nacional.

Así, Nussbaum (2) dice que la práctica de los diversos cursos de conversión adoptados por las sentencias no tienen a menudo otro origen que la asignación hecha en este sentido por el demandante; lo que el acreedor puede demandar a sus Jueces es aquello a que el contrato le da derecho, es decir, moneda extranjera y no moneda nacional. Por lo tanto, el derecho de sustitución, que no está reconocido por ley, ni en derecho francés ni en derecho español, no puede ser más que una facultad admitida por la comodidad del deudor; pero de todas maneras el acreedor debe recibir, ni más ni menos, lo que le es debido.

Así, cuando el acreedor concierta un pago en moneda extranjera, nada impide al Tribunal abonar directamente las divisas; y si, por tanto, se quiere convertir la deuda en moneda nacional, es preciso que esta conversión permita al acreedor procurarse la cantidad de moneda extranjera que le es debida, y, por tanto, se impone la conversión en el momento de la reglamentación efectiva, y, en resumen, la conversión debe hacerse según el curso del día.

(1) Scaccia: *De Comm. et cambiis*, etc., II, V, núms. 185, 188.

(2) Nussbaum: Ob. cit., p. 218.

de la reglamentación, salvo acuerdo expreso o tácito sobre otro curso (1).

CLÁUSULAS DE ESCALA MÓVIL

Para garantirse contra las fluctuaciones de la moneda nacional y conservar el equilibrio querido entre sus prestaciones recíprocas los contratantes pueden, sin recurrir a las estipulaciones de pago en oro o en divisas extranjeras, conseguir un resultado análogo, insertando en sus conversiones una cláusula en virtud de la cual el montante de la cantidad a pagar variará según el curso de una moneda extranjera o del precio de un género, o más generalmente, según el índice de los precios ; y así se ha visto cláusulas de escala móvil cuya base era el curso de la libra o del dólar, el precio del pan, del quintal de trigo, del metro cuadrado de obras o del índice general de los precios.

Contra ello se ha objetado con el requisito de que en la venta el precio ha de ser cierto y determinado ; pero al fin de los artículos 1.447 a 1.449 del Código civil español es que las partes se hayan entendido sobre el precio o sobre la manera de determinarlo, y que en ningún caso este elemento esencial pueda ser fijado por la voluntad unilateral de uno de los contratantes. Pues bien : con la cláusula de escala móvil las partes se ponen precisamente de acuerdo sobre la consistencia real del precio y sobre la manera de calcularlo en moneda nacional, y si recurren a esta cláusula es precisamente porque el precio, es decir, la potencia adquisitiva transmitida por el comprador al vendedor permanezca fija y estable en el *quantum* que ellos quisieron. En período de inestabilidad monetaria el precio está mejor determinado por el empleo de una escala móvil que por la fijación de una suma en moneda inestable, que bajo una apariencia de fijeza no corresponde a la reglamentación y a la equivalencia querida por las partes.

Se ha argumentado también contra la escala móvil con el ar-

(1) Dada la importancia de la conversión al curso de los últimos años, la Conferencia de Viena de la Asociación Internacional de Derecho se ocupó de esta cuestión, y el 11 de Agosto de 1926 se dictaron las llamadas «reglas de Viena», a las que los contratantes pueden referirse en las conversiones.

título 1.753 del Código civil, en el cual jamás el prestatario está obligado a devolver en el préstamo de dinero más que otro tanto de la misma especie y calidad ; pero este artículo se olvida que es de carácter excepcional y de interpretación estricta ; no se refiere directamente más que al dinero u otra cosa fungible y que en todo caso no es ningún precepto de orden público, y, por tanto, será derogable por la cláusula de escala móvil, como corrientemente se le deroga con la cláusula de reembolso con prima en los préstamos obligatorios.

La doctrina, en su mayoría, admite la validez de estas cláusulas, y especialmente de la cláusula-índice ; así Geny, Mestre, James, Vilhem, Capitant y Demogue (1), se inclinan a no validar más que la cláusula-índice, e incluso Nogaro, hostil en general a las cláusulas de garantía, manifiesta una opinión moderada respecto a la cláusula-índice, que sería válida en principio y justificable en los contratos a largo plazo.

Se ha llegado, incluso en Francia, a estipular pagos basados sobre la renta francesa 4 por 100, 1925 ; ésta fué una emisión que el Estado francés lanzó, garantizando a los suscriptores un mínimo de interés del 4 por 100 anual, susceptible de aumento proporcional, si el curso de la libra esterlina pasaba de los 95 francos ; medida que hubo que tomar para garantizar a los suscriptores contra la depreciación ulterior eventual de la moneda y ante el ejemplo de Alemania, donde se reembolsaron empréstitos en moneda totalmente depreciada.

JOSÉ M.^a FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

(1) *Journal des Notaires*, 1923, p. 164.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

COMPROVANTE. REQUISITOS DE LAS CERTIFICACIONES DEL CONSEJO DE FAMILIA. LEGITIMACIÓN DE FIRMAS. NO ES NECESARIO JUSTIFICAR EN LAS CERTIFICACIONES DE LOS ACUERDOS DEL CONSEJO DE FAMILIA LA NECESIDAD O UTILIDAD QUE MOTIVEN LAS ENAJENACIONES DE BIENES DE MENORES, NI QUE SE HAGA CONSTAR QUE EL ACUERDO SE TOMÓ POR MAYORÍA, Y QUE EL NÚMERO DE VOCALES EN LA REUNIÓN FUÉ EL LEGAL, SINO QUE BASTA QUE SE ACREDITE DEBIDAMENTE LA LEGITIMIDAD DE LA FIRMA DEL LLAMADO A CERTIFICAR Y QUE ÉSTE SE HALLA EN EL USO DEL CARGO. EL REGLAMENTO NOTARIAL NO LIMITA NI ADSCRIBE LA FACULTAD LEGITIMADORA A DETERMINADO TERRITORIO, CONDICIONÁNDOLA SÓLO CON LA EXIGENCIA DE SER CONOCIDA DEL NOTARIO LA FIRMA.

Resolución de 7 de Junio de 1932. (Gaceta de 28 de Junio de 1932.)

En la villa de Cartaya, y ante el Notario de Gibraleón D. Abelardo Carpintero Rodríguez, se otorgó escritura, en la que, después de hacer detallada referencia de diversas transmisiones hereditarias, cuyo final viene a resolverse en quedar como únicos herederos de dos mitades de fincas los hermanos doña Alejandrina, doña Carmen, D. Alejandro, doña Bella y doña Josefa Verano Díaz, las dos primeras por su propio derecho, representados los otros tres, menores de edad, por D. Antonio Acosta Verano, previa autorización del Consejo de familia y el anuncio de la subasta, y con la conformidad de los dueños de las otras mitades de fincas, venden su mitad indivisa a la única postora, doña Florentina Abreu Acosta.

El Registrador de la Propiedad de Ayamonte consignó en el documento la siguiente nota :

«Suspendida la inscripción del presente documento por los siguientes defectos: Primero. No justificarse que D. Bernardo Conde Verano, como tutor de doña Bella Conde Verano, estuviera autorizado por el Consejo de familia, como dispone el número 10 del artículo 269 del Código, para repudiar la herencia de su abuela, doña María Josefa Oria Vázquez, pues del certificado expedido en Lepe el 22 de Febrero de 1929, por el que se dice presidente del Consejo de familia de la misma, no resulta que el acuerdo a que el mismo se refiere tenga los requisitos legales exigidos por el artículo 305 del Código civil, careciendo el mismo de autenticidad, conforme a las doctrinas de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Junio de 1893 y Resolución de la Dirección de los Registros de 20 de Marzo de 1893, pues aunque aparece en el mismo una diligencia firmada por el Notario de Gibraleón, extendida en esta villa el 30 de Octubre de 1930, pretendiendo legitimar la firma, ésta carece de validez por no haberse puesto la firma a su presencia en la forma dispuesta por el artículo 337 del vigente Reglamento notarial de 7 de Noviembre de 1921, y, a mayor abundamiento, por carecer el Notario de Gibraleón de jurisdicción para legitimar documentos privados otorgados en Lepe, que corresponde a otro distrito notarial, conforme al artículo 143 del mismo Reglamento; y Segundo. Por las mismas razones legales expresadas no aparecen justificados en forma auténtica los acuerdos del Consejo de familia de los menores Alejandro, Bella y María Josefa Verano Díaz para autorizar al tutor a la enajenación de las participaciones de los mismos, como determina el número 5.º del artículo 269 del Código civil, ni las causas de necesidad o utilidad que el tutor ha debido hacer constar para dicha autorización, como dispone el artículo 270 del Código citado, ni el anuncio de subasta pública celebrada para la venta, como exige el artículo 272 del mismo Código, pues los documentos privados que referentes al primero y último extremos aparecen testimoniados en el documento presentado, y que están firmados en Lepe, tienen las mismas diligencias ilegales extendidas por el Notario de Gibraleón, pretendiendo legitimar las firmas. Siendo los expresados defectos subsanables, no procede tomar anotación preventiva por no haberse solicitado.—Ayamonte, a 5 de Enero de 1931.»

En el recurso interpuesto por la compradora el Presidente de

la Audiencia confirmó la nota del Registrador y la Dirección general revoca el auto apelado con las siguientes consideraciones:

Con arreglo a lo previsto en el artículo 269 del Código civil, para enajenar o gravar los bienes de los menores o incapaces se requiere la autorización del Consejo de familia, por causas de necesidad o utilidad, que el tutor hace constar debidamente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 270 del mismo Cuerpo legal.

Esto supuesto, no es necesario, sin embargo, hacer constar en las certificaciones de los acuerdos del Consejo de familia las causas de necesidad o utilidad que motiven las enajenaciones de los bienes de los menores a que se refiere dicho artículo 270 del Código civil, pues es bastante que este extremo conste debidamente en las actas de las sesiones de los Consejos de familia, y sólo cuando se suscite contienda ante los Tribunales de Justicia será el momento de justificar o probar que las causas de necesidad o utilidad se hicieron constar en forma auténtica, así como también si los acuerdos en general de dichos Consejos se tomaron o no en forma legal.

En el caso de este recurso no puede tampoco ponerse en duda que la certificación de la autorización de referencia suscrita por el presidente del Consejo de familia no requiere, para que se considere auténtica, que haga constar que el acuerdo de los vocales se tomó por mayoría, y que el número de los mismos en la reunión del referido Consejo era el legal, pues es suficiente que todos estos requisitos consten en el acta correspondiente, ya que son cuestiones que afectan al régimen interior del Consejo, bastando con que en las certificaciones aparezcan los acuerdos, sin entrar a detallar la forma en que se tomaron o adoptaron.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta la doctrina establecida por este Centro directivo, deben concederse plenos efectos a la certificación del presidente del Consejo de familia, expresiva de las facultades concedidas al tutor para otorgar las enajenaciones de bienes inmuebles, siempre que se acredite debidamente la legitimidad de la firma del certificante y que éste continúa ejerciendo el cargo, cuyos dos extremos se han acreditado en este recurso con las correspondientes certificaciones, o sea en la repudiación de herencia hecha por el tutor, señor Conde Verano, en nombre de la menor, doña Bella Conde

Verano, de fecha 22 de Febrero de 1929, pues aunque no se refiere a una enajenación, debe aplicarse idéntico criterio en este caso, ya que para ambos actos se necesita la autorización del Consejo de familia, según el artículo 269 del Código civil.

La venta de bienes de los menores D. Alejandro, doña Bella y doña María Josefa Verano Díaz se ha llevado a efecto observando los principales y fundamentales requisitos que deben observarse en la celebración de las subastas de la clase de las del recurso, pues se determina en el anuncio el lugar de la celebración, la situación de las fincas, su extensión, examen del pliego de condiciones, titulación, etc., así como en el acta también se expresan las condiciones esenciales que deben comprender, siendo por lo tanto evidente que en el caso actual se ha observado, por lo menos, el mínimo de requisitos que garantizan la seriedad del acto de enajenación, como se declara en la Resolución de 12 de Noviembre de 1924.

Con arreglo al artículo 327 del Reglamento notarial, los Notarios pueden dar testimonio de legitimidad de firmas de toda clase de personas cuando las conocieren, y en el caso de este recurso resulta indudable que el Notario de Gibraleón conocía a la persona que presidía el Consejo de familia, puesto que las palabras «considero legítimas y de su puño y letra la firma y rúbrica que anteceden...» lo demuestran con toda claridad.

Considerando que lo dispuesto en el artículo 337 del Reglamento referido se refiere a la legitimidad de firmas de toda clase de personas, aun cuando no le sean conocidas las mismas, de manera que de lo que certifica es de que a su presencia, en los documentos privados, se puso la firma por las personas que los extendían.

Por último, si atendida la finalidad de los testimonios de legitimidad de firmas, esto es, que hagan fe los documentos autorizados por Autoridades o funcionarios públicos no notariales, por la afirmación de ser legítimas tales firmas, ha de entenderse que lo son en el concepto que aparecen estampadas; es decir, en el de la competencia de la Autoridad o funcionario respectivos para expedirlos, debiera negarse la posibilidad de legitimación de firmas—como se niega para la legalización—de funcionarios y Autoridades ejercientes fuera del distrito a que se extiende la fe de!

Notario legítimante, que no podría asegurar en cada momento que aquéllos se hallen en el ejercicio de sus funciones, es lo cierto que la práctica contraria halla su fundamento en el texto de los artículos citados del Reglamento notarial, que no limitan ni adscriben la facultad legítimadora a determinado territorio, como limitan la legalizante los preceptos que la regulan, condicionando aquélla únicamente a la exigencia de ser conocidas del Notario las firmas que legitima.

COMPROVANTA. NO HALLÁNDOSE INSCRITA EN FAVOR DE LOS VENDEDORES MÁS QUE LA NUDA PROPIEDAD, NO ES POSIBLE INSCRIBIR EN FAVOR DE LA COMPRADORA EL PLENO DOMINIO, COMO SE PRETENDE. LA NOTA DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO AL PIE DEL DOCUMENTO, RELATIVA AL PAGO DEL IMPUESTO, NO EXIME DE LA PRESENTACIÓN DE LA CARTA DE PAGO. EN OTROS EXTREMOS DE LA NOTA CALIFICADORA DEL REGISTRADOR, LA DIRECCIÓN RATIFICA LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN INMEDIATAMENTE ANTERIOR.

Resolución de 10 de Junio de 1932. (Gaceta de 1.º de Julio de 1932.)

En escritura otorgada en Cartaya ante el Notario D. Abelardo Carpintero Rodríguez, con residencia en Gibraleón, por la que los hermanos doña Engracia, doña Isabel y D. Bernardo Conde Verano, éste como tutor de su hermana doña Bella, menor de edad, venden unas participaciones de casas a doña Florentina Abreu Acosta, el Registrador de la Propiedad de Ayamonte puso la siguiente nota :

«Denegada la inscripción del presente documento, en cuanto al usufructo de las participaciones que se venden en el mismo, conforme al párrafo segundo del artículo 20 de la ley Hipotecaria, por figurar inscrito el usufructo de las mismas a nombre de doña María Josefa Oria Vázquez, persona distinta de los vendedores, suspendiéndose la inscripción en cuanto a la totalidad de las transmisiones, conforme al artículo 248 de la ley Hipotecaria, por no presentarse el documento justificativo del pago del impuesto, no obstante la nota de haberse satisfecho, que figura en el documento, y con respecto a la venta de las participaciones de la menor doña Bella Conde Verano, por no aparecer justificado de un modo

fehaciente el acuerdo del Consejo de familia autorizando la venta de las mismas y la celebración de subasta, conforme a los artículos 270 y 272 del Código civil, pues los documentos privados que a estos efectos aparecen testimoniados en la escritura están extendidos y firmados en Lepe y legitimados en Gibraleón por el Notario de esta ciudad, con infracción manifiesta del artículo 337 del Reglamento notarial y del 143 del mismo, por pretender hacer extensivas sus funciones a actos realizados fuera de su distrito notarial. Siendo el primer defecto insubsanable y subsanables los demás, no se toma anotación preventiva en cuanto a la nuda propiedad objeto de la venta, por no haberse solicitado.—Ayamonte, a 20 de Febrero de 1931.»

En el recurso interpuesto por la compradora el Presidente de la Audiencia de Sevilla confirmó la nota del Registrador en lo referente a la falta de inscripción del usufructo y a la no presentación de la carta de pago; pero la revocó en cuanto a los restantes extremos, y la Dirección general confirma el auto apelado por ambos con los siguientes razonamientos:

Como los vendedores, en el caso de este recurso, sólo tienen inscrito a su favor el derecho de nuda propiedad y no el pleno dominio sobre las participaciones en las dos casas que transmiten, no puede verificarse la inscripción de este último derecho a favor de la compradora sin que previamente se inscriba en el Registro en cuanto a aquéllos, en virtud del principio del trato sucesivo en que se inspira el referido artículo 20 de la ley Hipotecaria, en su párrafo primero.

Por el mismo fundamento el expresado precepto legal hipotecario ha de aplicarse, en cuanto al derecho de usufructo vitalicio, sobre las participaciones de las dos casas de referencia, que se encuentra inscrito a favor de doña María Josefa Oria Vázquez.

Este Centro no puede resolver acerca de la pretensión que alega la recurrente de que sólo se solicitó la inscripción a favor de la compradora del derecho de nuda propiedad, pues en el recurso gubernativo sólo pueden ser discutidas las cuestiones que se relacionan directa e inmediatamente con la calificación del Registrador.

El hecho de estar anteriormente satisfecho el impuesto por la transmisión de que se trata, según aparecía de la misma escritura.

por nota de la Abogacía del Estado, no eximía al solicitante de la inscripción de la transferencia de presentar la carta o cartas de pago, puesto que satisfecho el impuesto por otra copia de la misma escritura la oficina liquidadora ya había facilitado la carta de pago correspondiente a esa transmisión y su presentación resulta indispensable, conforme a lo prevenido en los artículos 245 y 248, párrafos segundo y tercero de la ley Hipotecaria; 138 y 139 del Reglamento del impuesto de Derechos reales, de 26 de Mayo de 1927, o, en su defecto, la certificación a que se hace referencia en el primero de estos últimos.

En cuanto a los otros defectos que se consignan en la nota del Registrador procede ratificar la doctrina desenvuelta en la Resolución de 7 de los corrientes mes y año en recurso interpuesto por la misma recurrente doña Florentina Abreu Acosta.

INFORMACIÓN POSESORIA. NO PROCEDE DENEGAR LA INSCRIPCIÓN DE LA TRAMITADA ANTE EL JUEZ MUNICIPAL DEL PUEBLO DONDE SE HALLA SITA LA FINCA CUYA POSESIÓN ACREDITA DEL AYUNTAMIENTO DEL MISMO, A PRETEXTO DE FALTA DE IDONEIDAD Y COMPETENCIA, AL TRATARSE DE UN MONTE DE APROVECHAMIENTO DE TODOS LOS VECINOS Y SER TAMBIÉN UNO DE ÉSTOS EL JUEZ, PORQUE NI ÉSTE FUÉ RECUSADO, NI SE TRATA DE UN CASO DE COPROPIEDAD, NI AUN DE COMUNIDAD.

Resolución de 16 de Junio de 1932. (Gaceta de 8 de Julio de 1932.)

En el Registro de la Propiedad de Cañete se presentó a inscripción un testimonio del expediente por el que se acredita la posesión en que el Ayuntamiento de Henarejos se hallaba de un monte, tramitado en el Juzgado municipal del mismo pueblo.

El Registrador de la Propiedad denegó la inscripción «por las razones siguientes: 1.º Haberse practicado la información ante el Juez municipal de Henarejos, siendo así que por tratarse de un monte de aprovechamiento comunal del Municipio de Henarejos, es el citado Juez, vecino del mismo, parte interesada en su posesión, careciendo, por tanto, de la requerida idoneidad y competencia, a tenor del artículo 13 de la ley de Justicia municipal, en-

relación con la causa octava del artículo 188 de la ley de Enjuiciamiento civil y Resolución de la Dirección general de los Registros de 21 de Mayo de 1864. 2.º No acompañarse al expediente, ni relacionarse en él, el certificado de amillaramiento a que se refiere la regla quinta del artículo 93 de la ley Hipotecaria. Y siendo el defecto primeramente apuntado de naturaleza insubsanable, no procede tomar anotación preventiva».

El Presidente de la Audiencia de Albacete dictó auto declarando no haber lugar a denegar la inscripción solicitada por el primer motivo alegado en la nota que en su consecuencia revocababa, debiendo extender el Registrador la procedente en cuanto al segundo defecto, que no había sido objeto del recurso, y la Dirección general confirma el auto apelado con las siguientes consideraciones:

Dentro de los límites precisamente marcados al recurso gubernativo por el artículo 124 del Reglamento Hipotecario y del planteamiento de la cuestión por el recurrente en su primer escrito, atañiente sólo al primero de los defectos señalados en la nota puesta al título, la cuestión, en esencia de naturaleza rituaría, consiste en determinar si el Registrador pudo o no dudar de la imparcialidad del Juez que en el expediente posesorio intervino.

Aun supuesto el interés directo del Juez en el expediente, no puede decirse que careciera de competencia, desde el momento en que el párrafo segundo del artículo 392 de la ley Hipotecaria estableció que si los bienes estuviesen situados en pueblo o término donde no haya Juzgado de primera instancia se podrá acreditar la posesión ante el Juzgado municipal respectivo; y determinándose la competencia de los Juzgados—como dice el artículo 505 del citado Reglamento—exclusivamente por la situación de los bienes objeto de la información, estando la finca en el término municipal de Henarejos, el Juez municipal aludido era el competente, porque tenía jurisdicción para conocer del expediente, que por aquella Ley le estaba atribuida, y le correspondía su conocimiento con preferencia a los demás Jueces de su mismo grado, que son los requisitos exigidos por el artículo 53 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Es indudable que el referido Juez, siendo competente, pudo ser, conforme al artículo 188 y por la causa octava del artículo 189

que el Registrador señala, recusado—ya que la recusación presupone la competencia, como acertadamente se indica en el auto presidencial—por parte legítima o con derecho a serlo, personada en los autos; pero no habiéndolo sido, ni habiéndose abstenido de su conocimiento, conforme al artículo 190—de la ley Procesal civil, como los dos anteriores—, no existen términos hábiles para remediar, dentro de nuestras Leyes adjetivas propiamente dichas, aquel supuesto mal de la parcialidad, por lo que, y buscando, sin duda, el titular del Registro en la ley Hipotecaria aquel remedio, en función calificadora de legitimación o legalidad, denegó la inscripción que como consecuencia de la aprobación del expediente se ordenaba, sin tener en cuenta que, en tal modo, no calificaba la competencia del Juez, sino la que estimaba falta en su abstención—*cognitio causae*—y que propiamente no entraba en sus facultades.

Si el Registrador no puede dudar de la imparcialidad de los funcionarios judiciales, debiendo limitarse, por regla general, a calificar su competencia y la naturaleza del procedimiento, a mayor abundamiento puede decirse que en los bienes comunales a que el expediente posesorio se contrae no se da un caso de *co-propriedad* de los vecinos que en lo objetivo reúna los caracteres de la propiedad, distinguiéndose de ella únicamente por la pluralidad de sujetos, ni siquiera de *comunidad* de los demás derechos distintos del dominio, ni mucho menos de desmembración de éste en forma de propiedad dividida, sino que teniendo aquéllos su aprovechamiento comunal en la forma establecida principalmente en las leyes municipales, le es atribuida la inscripción al Municipio —como asociación legal de las personas que residen en el término municipal—o al Ayuntamiento, que es al que corresponde su representación, y que, como Corporación de derecho público, queda comprendida en los artículos 21, 24 y 26 y sus concordantes del Reglamento general para la ejecución de la ley Hipotecaria; artículos que, como es sabido, tienen su precedente en el Real decreto de 11 de Noviembre de 1864, posterior, como es visto, a la Resolución de 21 de Mayo del mismo año, que al parecer fué básica en la posición del Registrador en este recurso.

PODER. EL MANDATARIO HA DE ATENERSE AL TENOR LITERAL DEL MANDATO, Y ÉSTE HA DE SER ESPECIAL O EXPRESO PARA LOS ACTOS DE RIGUROSO DOMINIO. DE DONDE SI EN ÉL NO SE LE FACULTA EXPRESAMENTE PARA ELLO, NO PUEDE VENDER EN NOMBRE DEL MANDANTE EL DERECHO DE RETRAER UNA FINCA; DERECHO QUE, ADEMÁS, NO HABÍA NACIDO, NO EXISTÍA EN EL PATRIMONIO DE AQUÉL AL OTORGARSE EL PODER DE QUE PRETENDE HACERSE USO, YA QUE LA FINCA FUÉ VENDIDA CON POSTERIORIDAD A DICHO OTORGAMIENTO.

Resolución de 7 de Julio de 1932. (Gaceta de 4 de Agosto de 1932.)

En el año 1912 doña Victoria Prieto y Chozas, con licencia de su marido, D. Francisco Fernández Asenjo Pérez del Río, confirió a éste, ante Notario, poder para vender determinadas fincas, entre ellas las casas que poseía la mandante en San Fernando (Cádiz).

La doña Victoria Prieto Chozas, con autorización de su marido, vendió, reservándose el derecho a retrajerla, una casa de dicha ciudad de San Fernando, y en 21 de Marzo último, y ante el Notario de Chiclana de la Frontera, D. Eduardo Cobos Tornero, el Sr. Fernández Asenjo, haciendo uso del poder arriba dicho de su citada esposa, vende en nombre de ésta el mencionado derecho de retrajer.

El Registrador de la Propiedad de San Fernando denegó la inscripción, «por no estimarse suficiente para realizarla la escritura de mandato en que el Sr. Fernández Asenjo funda su representación, y no procede anotación de suspensión».

Interpuesto recurso a nombre del comprador, el Presidente de la Audiencia de Sevilla confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado, fundamentándolo así:

Si es cierto, según afirmó la Resolución de 19 de Abril de 1890, que no la índole de los bienes, sino la importancia del acto—enajenación, transacción, hipoteca, etc.—, es lo que ha servido de fundamento al principio de nuestro derecho histórico, recogido por el Código civil vigente en su artículo 1.713, de que para ejecutar,

por otro, cualquiera de tales actos de riguroso dominio, se necesita mandato especial o expreso, y que, en consecuencia, no precisa que el poder especifique qué bienes han de ser enajenados, hipotecados, etc., bastando que el poder autorice al mandatario, de un modo expreso, para tales actos, no lo es menos que el mandante puede señalar, según lo realizó la doña Victoria Prieto, qué clase o cuáles bienes son los que desea enajenar, hipotecar, etc., y que en uno y otro caso el mandatario ha de atenerse al texto literal—interpretación filológica, en el tecnicismo de los autores—del mandato, siempre de interpretación estricta, lo mismo en cuanto a la naturaleza de las facultades que confiere que respecto a los bienes que constituyen su objeto, como tienen declarado nuestro Tribunal Supremo y reiteradamente la Dirección general de los Registros en sus fallos y Resoluciones.

Aplicando la doctrina abstracta que queda sentada al concreto caso debatido en este recurso resulta evidente que, habiendo doña Victoria Prieto expresado en el mandato utilizado para la compraventa que las facultades que delegaba eran precisamente las de vender, absolutamente o con los pactos que el mandatario tuviese a bien establecer, las fincas rústicas propias de la señora mandante, denominadas «Carbajal», con sus agregados, radicantes en término de Puerto Real, y «Rozalejo», en el de Chiclana de la Frontera, en la provincia de Cádiz, así como también todas las casas que dicha señora posee en San Fernando, de la misma provincia, es de todo punto incuestionable que entre aquellas facultades delegadas no puede estimarse comprendida la de vender el derecho a retraer una de las casas posteriormente enajenada, con pacto de retro, por la señora mandante, porque el derecho de retracción es cosa enteramente distinta del objeto sobre el cual recae y semejante derecho no puede confundirse con el inmueble mismo vendido, a que se contraía el poder, y porque limitado éste, no sólo por la indicación nominativa a los inmuebles que expresa, sino a los que la mandante estuviese poseyendo al otorgar el instrumento en que el mandato se confirió, según demuestra el empleo del presente de indicativo del verbo poseer, no puede, sin violencia de la voluntad manifiesta de la otorgante y de las normas interpretativas, hacerse extensivo el mandato a un derecho no expresado en el instrumento y que no existía en el patrimonio de

doña Victoria al otorgarse aquél, por no haberse creado la relación jurídica que le dió vida.

SEGREGACIÓN DE FINCA. NO ES PROCEDIMIENTO ADECUADO EL SOLICITAR EN UNA ESCRITURA DE VENTA DE UNA PORCIÓN DE FINCA QUE YA NO EXISTE EN LA DE QUE SE SEGREGA, POR HALLARSE AGOTADA, LA PREVIA INSCRIPCIÓN DE TAL PORCIÓN COMO EXCESO DE CABIDA, PORQUE SI EL ERROR EN LA MEDIDA Y EQUIVALENCIA SE PRODUJO AL PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN DE LA TOTAL, NO BASTA EL CONSENTIMIENTO DEL COMPRADOR DE UNA DE LAS SEGREGADAS, SINO QUE EL PROCEDIMIENTO ES EL SEÑALADO EN EL TÍTULO VII DE LA LEY HIPOTECARIA—ARTÍCULOS 245 Y SIGUIENTES—; Y SI, POR EL CONTRARIO, SE TRATA DE UNA DE TAN FRECUENTES DISCREPANCIAS ENTRE LOS ASIENTOS Y LA DOCUMENTACIÓN CON LA REALIDAD, HABRÁ QUE ACREDITAR EN EXPEDIENTE LA POSESIÓN O EL DOMINIO DEL EXCESO.

Resolución de 28 de Julio de 1932. (Gaceta de 21 de Agosto de 1932.)

En el Registro de la Propiedad de Figueras se hallaba inscrita una finca, de cabida aproximada de cinco vesanas ó 109 áreas 37 centiáreas, de cuya finca había sido dueña doña Ana Roquer, y de la que su hijo, D. Vicente Sanz, hizo diversas porciones, que fueron segregadas y vendidas a diferentes personas: una, en el año 1925, de 81 áreas 37 centiáreas, a D. Salvador Pi y Godó, y otra, el 31 de Diciembre de 1930, a D. Pedro Culubret y Camps, de media vesana, o sea 10 áreas 94 centiáreas, indicándose en la escritura primera—que agotaba la cabida que constaba en el Registro—que la difunta madre del Sr. Sanz había vendido privadamente, sin formalizarlo, al Sr. Culubret, las 10 áreas 94 centiáreas, o sea media vesana, por lo que en la venta al Sr. Pi y Godó se había dicho que lo que compraba era el resto de la suerte—a tenor del Registro y de las segregaciones, civilmente operadas—, teniendo en cuenta que la medida superficial consignada aproximadamente a la misma era de cinco vesanas y media y no de cinco; y que por ello pedía al Registrador hiciese constar el exceso de cabida de la referida finca o su suerte total en cuanto a las 10 áreas

94 centíáreas, por cuanto que, según la jurisprudencia hipotecaria, no expresándose la cabida de modo cierto y concreto, podía aumentarse, de acuerdo con la realidad, en una quinta parte. En la misma escritura del año 1930 el Sr. Pi y Godó prestó su conformidad para que se hiciese la rectificación en los asientos del Registro, en la forma que fuese necesaria, aunque implicase modificación o cancelación.

El Registrador de la Propiedad de Figueras puso en el documento nota suspendiendo «mientras no se rectifique en forma legal la cabida de la finca y se demuestre que es susceptible de nuevas segregaciones, pues la materia fué agotada en enajenaciones sucesivas, no siendo ahora posible segregar las 10 áreas 94 centíáreas objeto de la compra. La jurisprudencia hipotecaria citada en la escritura se aplica únicamente al caso de constar inscrita una finca con determinada cabida y venderse después con cabida mayor, resolviendo las dudas relativas a la identidad del inmueble en favor de la posibilidad de inscripción; pero esa tolerancia del Centro directivo no puede extenderse a casos como el presente, donde no hay duda acerca de la identidad de la finca y no hay posibilidad de segregar lo que ya está segregado y distribuído entre varias personas».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, D. Martín Mestres Borrel, de Figueras, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota recurrida, declarando la Dirección general, al confirmar el auto apelado, que la escritura no se hallaba bien extendida, con las siguientes consideraciones :

Por darse en este recurso una de las tantas discrepancias que existen en la realidad jurídica y el Registro de acudir al principio de especialidad como punto de mira, fundamentado en las inscripciones de superficies describas con precisión, es necesario reconocer que en la escritura calificada no se limitaron sus otorgantes a practicar una segregación, formando, con carácter simplemente objetivo, de un trozo de la antigua finca otra independiente, sino que complicaron el acto jurídico en la misma contenido con la solicitud de inscripción de un exceso de cabida no inscrita, que no llega a la quinta parte de la que tenía la finca originaria, con la venta privada del trozo segregado antes del agotamiento de su

- cabida, y con el consentimiento, para verificar tales operaciones, del adquirente del resto de la extensión inscrita, planteando cuestiones en relación con la nota puesta en el título, que por separado es conveniente examinar.

A parte la cuestión de si expresada la medida superficial de una finca debe considerarse tal circunstancia como esencial a los efectos de las inscripciones sucesivas y extenderse o no a ella la protección de la *fides publica*, es lo cierto que las decisiones de este Centro directivo, que la Resolución de 8 de Marzo de 1898 recoge, se refieren a la inscripción de fincas, en cuyas transmisiones se observaban diferencias de cabida, que hacían dudar de su identidad, como cualidad de igualdad, que no puede darse en la segregación, caracterizada precisamente por la alteración en la unidad del inmueble; por lo cual será necesario, en este caso, atenerse a la regla general establecida en el párrafo primero del artículo 20 de la ley Hipotecaria, y exigir la previa inscripción a favor del transmitente, como indispensable para provocar en la propiedad de la finca un resto constitutivo de la cabida que se quiere transmitir.

Aun entendiendo que lo que se pidió fué precisamente esa inscripción previa a favor del vendedor, o, si se quiere, a nombre de la causante del mismo, a base del aumento de cabida, por rectificación de los asientos del Registro, debe tenerse en cuenta: que si el error que se quería rectificar se produjo, como afirma el Registrador, en la inscripción practicada a favor de D.^a Ana Roquer —quizá por estimación equivocada de la equivalencia con la medida usual en el país (vesanas)—, ni era ése el procedimiento, por serlo el señalado en el título séptimo de la ley Hipotecaria, ni bastaba el consentimiento de D. Salvador Pi y Godó; y que si, por el contrario, el error era debido, como dice el Notario en su último escrito no a discrepancia entre los asientos y la documentación, sino al que resulta después de contrastar la realidad de los hechos, menos podría rectificarse—si emplearse puede tal palabra—por simples manifestaciones, sobre todo después de haber señalado el Reglamento hipotecario tan claramente el camino para lograrlo, al establecer que siempre que la medida de un inmueble, consignada en la inscripción, fuera menor que la realmente comprendida dentro de los linderos del mismo, el propietario podrá acreditar la posesión

o el dominio del exceso, conforme a los correspondientes preceptos de la ley Hipotecaria.

No existiendo elementos para determinar, ni aproximadamente siquiera, la naturaleza, con relación al Registro, de la indicación que se dice hecha en la escritura de venta al Sr. Pi y Godó—fecha 18 de Junio de 1925—, de haber sido vendida privadamente por la Sra. Roquer a D. Pedro Culubret la finca objeto ahora de la escritura de 31 de Diciembre de 1930, es evidente que, agotada por la venta que motivó la primera escritura la extensión superficial inscrita no puede existir duda en reconocer, supuestos la perfección del contrato privado y la posesión por el adquirente, que la transmisión tuvo que verificarse por la tradición ordinaria; y no habiéndose llegado a la especial nacida de la inscripción, estamos ante un caso que sale fuera del marco hipotecario; el que, por su carácter formal en el actual sistema, necesita tener por base la preexistencia de derechos en los asientos registrales, que acrediten, «prima facie», que el derecho inscrito existe como resultado de una inscripción determinada y especial.

Por último, si bien el consentimiento de D. Salvador Pi y Godó, como de la persona a cuyo favor está inscrito el trozo de finca que agotó la cabida de la originaria, aun expresado en contradicción con la petición de inscripción del exceso, en cuanto implique modificación o cancelación, impide, en cierto modo, el juego del artículo 17 de la ley Hipotecaria, ello precisamente facilitaría la solución si a tal consentimiento se hubiese dado una finalidad determinada de cancelación de una parte de su adquisición—las 10 áreas y 94 centíreas—por una cesión o venta, con lógica consecuencia, sencillez y hasta ventaja económica, que no se pueden encontrar en las varias manifestaciones—rectificación, modificación y cancelación—a que se extendió aquel consentimiento, que, por otra parte, resta energías a la oposición que pudiera encontrarse entre las dos escrituras últimamente citadas.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

4. *Precario y desahucio. Requisitos para la existencia del precario.* Sentencia de 22 de Enero de 1932.

El dueño de una manzana de casas interpuso demanda de desahucio contra el cura párroco de determinado pueblo, quien habitaba la casa en consideración a que en tiempos desempeñó una capellanía, en la que, desde luego, no tenía derecho a casa y que por faltas cometidas fué separado de ella por el actor, quien previa notificación notarial sin efecto intentaba contra él el desahucio.

El demandado opuso que habitaba la casa en virtud de ser cura párroco, debiendo disfrutar de todas las prerrogativas y exenciones de que disfrutaron sus antecesores, y al habitar la casa sólo ejercitaba un derecho.

El Juzgado declaró haber lugar al desahucio, pero la Audiencia revocó la Sentencia, y el Supremo redhaza el recurso, considerando que no infringe la Sala sentenciadora los artículos 348 del Código civil, 41 de la ley Hipotecaria ni los 1.564 y 1.565 de la ley de Enjuiciamiento, porque si bien es indudable que el actor era dueño de la casa de referencia, no es menos cierto que falta para la procedencia del desahucio el requisito de que el demandado tenga la finca en precario, ya que hay un Oficio del Vicario de la Diócesis que demuestra que la presentación del demandado para cura párroco la hizo el demandante en virtud del patronato sobre la parroquia y otra certificación del Obispado en que consta el derecho de gozar de todas las prerrogativas igual que los antecesores, e incluso reconoce el actor que todos los párrocos han tenido

casa, aunque con la salvedad de que el disfrute era, no por ser pátricos, sino por ser capellanes, resulta indiscutible que al tiempo del nombramiento se le ofreció y dió casa y en tanto desempeñe el cargo tiene derecho a ella, la que paga con sus servicios, haciendo imposible la existencia del precario, que ha de ser pura liberalidad.

5. *Precario y desahucio. La posesión real de la finca, la inscripción en el Registro y la posesión judicial.* Sentencia de 30 de Enero de 1932.

El dueño por compra de unas fincas, en posesión de las mismas, al visitarlas observó que estaban ocupadas por don C., a quien requirió amistosamente para el abandono, y no siendo obedecido interpuso demanda contra éste con apercibimiento de ser lanzado si no las desalojaba. El demandado opuso que había celebrado un contrato con el anterior dueño de las fincas, con el que formó una asociación familiar, alegando además otras razones. El Juzgado y la Audiencia accedieron al desahucio, e interpuesto recurso, el Supremo lo rechaza, porque según reconoce el Tribunal *a quo*, el demandante se hallaba en la posesión real de las fincas objeto del desahucio en virtud de haber inscrito su compra en el Registro de la Propiedad en concepto de dueño y de haberle sido aquélla conferido judicialmente, y comoquiera que la posesión, salvo el caso de pro indiviso, no puede coexistir en dos personas diferentes sobre la misma finca, es indudable que si en alguna ocasión la hubiera tenido el recurrente, hubo necesariamente de perderla al pasar al nuevo poseedor, y en tal sentido desde ese momento su permanencia en la casa y demás fincas de que se trata lo era sin título alguno eficaz y por tolerancia o liberalidad del dueño, que no percibía merced o renta, lo cual entraña un verdadero concepto de precarista en quien ocupa las fincas, como con acierto declaró el Tribunal de instancia, siendo improcedente el recurso.

6. *Ejecución de obras y suministro de materiales. Su abono por el dueño, aun habiendo contratista, si se demuestra la existencia entre aquél y los materialistas.* Sentencia de 20 de Febrero de 1932.

Varios materialistas formularon demanda contra don G., ale-

gando que este señor era dueño de una casa, que se había reedificado bajo la dirección del demandado, auxiliado por un maestro de obras, al que luego sustituyó su hermano, si bien siempre realizó los pagos el demandado, quien declaró ante testigos, a constructores y proveedores de materiales, que él abonaría lo que se debiera por estos conceptos; y estando concluída la obra sin poder cobrar las facturas, se veían en el caso de reclamar el importe judicialmente.

El demandado opuso que las obras no las había él dirigido, estando la construcción a cargo de un contratista, a quien había entregado más cantidad de la debida, siendo a éste a quien los actores debían dirigirse. El Juzgado no accedió a la demanda, pero la Audiencia la revocó, e interpuesto recurso, el Supremo lo rechaza, considerando que en los escritos de demanda y contestación se proponían al juzgador dos tesis diferentes: por los actores, la de que el demandado contrató directamente con ellos el suministro de trabajo y materiales; y por el recurrente, la de que el contrato se había celebrado directamente por éste con el contratista de las obras, por un tanto alzado, y toda vez que el Tribunal *a quo* en la Sentencia impugnada, aceptando como consecuencia de la prueba practicada, parte de cada una de las tesis aludidas, declara que si bien el demandado hizo al principio con el contratista un ajuste a precio alzado, después convino con los suministradores demandantes en satisfacerles lo que se les adeudara, es inconscuso que la Sentencia de la Audiencia no adolece del vicio de incongruencia que se le atribuye en el recurso, porque, aparte de que la incongruencia debe deducirse de lo acordado en el fallo, no se otorga en el caso del pleito más de lo pedido, sino que el Tribunal declara que el demandado contrató con los actores, no deduciendo esto sólo de la prueba de testigos, sino del conjunto de las practicadas.

* * *

La construcción de casas es el negocio más saneado o el más desastroso, según las diferentes formas en que puede desenvolverse. El Estado ha cerrado la puerta a los beneficios otorgados a quienes se dedicaban a la construcción, pues hoy no es posible edificar

con la ventaja de media contribución durante quince años (1) (en pisos de renta inferior a 125 pesetas), el 50 por 100 de rebaja (2) para las fincas sitas en el Ensanche no se concede más que en Madrid y no en las grandes poblaciones para las cuales se dictó, los beneficios de exención de arbitrios en fincas edificadas en terrenos expropiados por los Ayuntamientos, incluso el inquilinato de los nuevos inquilinos, es posible que en Madrid se respeten, pero en otros sitios no (3), y por no hacer más larga esta enumeración, hasta las construcciones de casas baratas sufren los efectos de una desastrosa organización, que convierte en un lujo lo que es barato por ley. Esta deficiente organización, que data de varios años, ha hecho que la crisis de la construcción alcance tal relieve que hoy sólo construye el que ha de pedir prestado el precio del solar, los primeros jornales y todo lo demás. Los últimos jornales nunca se pagan, porque generalmente entre los acreedores hipotecarios y los que se anticipan a embargar por materiales no pagados, a última hora no cobra nadie (4). Podría salvar estas situaciones apuradas el desarrollo de los créditos refaccionarios, rechazados sistemáticamente por los acreedores preferentes, pero el desconocimiento o el miedo de lo que son impide su difusión y, en definitiva, quienes resultan perjudicados son los proveedores modestos, y en ocasiones los mismos operarios.

Si no se vuelve a beneficiar algo la construcción, rebajando también el impuesto de Derechos reales y Timbre, el problema de la habitación y del paro forzoso será cada día más angustioso.

7. *Culpa extracontractual. Absolución del procesado, en lo criminal, y responsabilidad civil ante los Tribunales de este orden.* Sentencia de 2 de Enero de 1932.

Un autobús de línea, conducido por un soldado, volcó, ocasionando la muerte de un viajero. La jurisdicción militar absolvió al

(1) Ved R. D. de 23 de Febrero de 1924.

(2) En el impuesto de Derechos reales, Art. 8º del Reglamento.

(3) Ley de 18 de Marzo de 1895, modificada, aunque parezca mentira, por el art. 182 y otros del Estatuto Municipal.

(4) Sobre la naturaleza jurídica del contrato de obra, ved en *Revista de Legislación* (tomo CLXI, núm. 1), Menéndez Pidal, recensión del trabajo, de Gaspar Spota, en *Jurisprudencia Argentina*.

soldado, no oponiéndose el Auditor a la aprobación de la Sentencia, pero aclarando que quedaba libre la acción de los perjudicados para exigir la responsabilidad civil. La viuda del fallecido interpuso demanda contra el dueño del coche, pidiendo indemnización, accediendo el Juzgado a la demanda, pero ésta fué revocada por la Audiencia, e interpuesto recurso, el Supremo lo admite, casando y anulando la Sentencia recurrida, considerando que la materia propia de la jurisdicción criminal se agota en definitiva por la sentencia que condena o absuelve, sin prejuzgar en ningún caso si el hecho fallado tiene otras valoraciones jurídicas, cuya calificación y efectos deben ser apreciados por Tribunal de distinto orden. La responsabilidad penal, derivada de la imprudencia temeraria, y la responsabilidad civil, dimanante de hechos u omisiones culposos, son especies jurídicas que no obstante su proximidad como expresiones ambas de un principio de culpa, están emplazadas en diferentes ámbitos, se rigen por disciplina distinta y se sustancian en las respectivas jurisdicciones de los Tribunales civiles y penales; por todo lo cual, un mismo hecho que se declara por los Tribunales de lo criminal exento de responsabilidad, puede pasar luego, a instancia de parte, a conocimiento de los Tribunales civiles para sustanciar las responsabilidades de este orden, y esto sentado, es evidente que la sentencia recurrida, al rechazar la demanda, origen del presente recurso, por haber sido absuelto el procesado, dependiente del demandado, ha infringido la doctrina legal que se contiene en el primer motivo del recurso (Sentencias de 21 de Octubre de 1910, 25 de Mayo de 1916 y 5 de Diciembre de 1927), por lo que procede la casación de la sentencia.

8. *Culpa. Indemnización de daños y perjuicios. Falta de diligencia en el dueño de un coche que no modera la marcha con arreglo al Reglamento de circulación. Ejercicio en vía civil de la acción de indemnización, independiente de la responsabilidad criminal.* Sentencia de 12 de Febrero de 1932.

Un motorista demandó al conductor de un automóvil alegando que había sido atropellado por el coche cuando estaba parado y en su mano, pidiendo indemnización de perjuicios. El demandado opuso que la culpa había sido del atropellado y que los gastos que

éste decía haber tenido no eran tan elevados, añadiendo que, instruído sumario, fué sobreseído.

El Juez condenó en parte ; pero esta sentencia fué revocada por la Audiencia y el Supremo rechaza el recurso, considerando que la responsabilidad penal, derivada de imprudencia temeraria, y la civil, dímanante de culpa o negligencia, que señala el artículo 1.902 del Código civil, aunque guarden cierta analogía como expresiones ambas de un principio de culpa, se rigen, sin embargo, por preceptos diferentes y deben someterse al conocimiento de jurisdicciones distintas, por lo cual el conocimiento del asunto por la jurisdicción criminal, estimando que el hecho justiciable no constituye delito, o que, aun constituyéndolo, se halla exento de responsabilidad penal el procesado, no impide a la parte que se crea perjudicada por el acto culposo el ejercicio en vía civil de la acción de que se crea asistido ; y siendo esto así, no cabe la menor duda de que cuando, como en el presente caso acontece, el Tribunal penal no ha entrado siquiera a juzgar sobre si existe o no responsabilidad criminal contra el procesado por la comisión de los hechos que motivaron la formación de causa, sino que sin llegar a ese trámite, por estar esos hechos comprendidos en un indulto, se sobreseyó el sumario, tiene perfecto derecho el perjudicado a reclamar la indemnización de perjuicios que pueda corresponderle, al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil. Al estimar la sentencia recurrida que hubo culpa en el conductor del coche, produciendo lesiones al atropellado, y que el dueño del vehículo es responsable de la indemnización, por no haber realizado el dueño acto alguno demostrativo de la diligencia que pudiera eximirle, con arreglo al artículo 1.903, esta declaración del Tribunal *a quo* ha de ser apreciada en toda su integridad, en tanto no sea combatida en debida forma, sin que haya infracción legal alguna.

Es también improcedente el último motivo del recurso, fundado en el artículo 1.902 y en varios del Reglamento de circulación de 17 de Julio de 1925, porque si bien es cierto que el motorista no tenía carnet, esto, que podrá ser objeto de sanción en otra esfera, no altera en nada la responsabilidad del recurrente, que debió ordenar al chofer, al ver ciclistas en la carretera, que moderase la marcha o que parara el coche, como dispone el artículo 48 del citado Reglamento, en evitación del accidente que ocurrió.

9. *Capellanía colativa. Mejor derecho a los bienes.* Sentencia de 9 de Enero de 1932.

Don D. interpuso demanda contra doña R., exponiendo que la demandada había obtenido declaración judicial y adjudicación, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, de los bienes dotales de una capellanía colativa, pero sin ser él parte en el procedimiento y teniendo mejor derecho a los bienes que la adjudicataria, por estar en noveno grado de parentesco con la fundadora, en lugar del décimo en que estaba la demandada, pedía la declaración de su mejor derecho y la condena a hacerle entrega de los bienes.

La demandada opuso que el actor procedía de igual línea que los que con ella litigaron y fueron vencidos, pidiendo la absolución.

El Juzgado dictó sentencia declarando el mejor derecho del actor y condenando a la demandada a la entrega de los bienes, sin perjuicio de tercero, sentencia que confirmó la Audiencia, y la Sala rechaza el recurso, considerando que el Tribunal sentenciador, al declarar que el demandante tiene mejor derecho a los bienes, no infringió el artículo 2.^º de la ley de 19 de Agosto de 1841, pues reconociendo la sentencia como cuestión de hecho que es el demandante de igual línea que la demandada, estando en grado más próximo que ella con la fundadora de la capellanía y autorizando en ello el fallo recurrido, no infringió el citado artículo 2.^º, que establece que serán preferidos para la adjudicación que se dispone en dicha ley los parientes que con arreglo a la fundación sean de mejor línea, y entre los de ésta, aquel o aquellos que fuesen de grado preferente.

* * *

Sobre Capellanías puede consultarse la Resolución de 5 de Mayo de 1927, el Decreto de 17 de Abril de 1925, la sentencia de 30 de Junio de 1927 y las que cita Alcubilla en «Capellanías», del Diccionario. Ved Ríos Mosquera. Legislación Hipotecaria. 1928, página 398.

10. *Partición de herencia practicada por herederos mayores de edad. Cuándo procede la rescisión y cuándo la nulidad de la*

partición. Doctrina de los actos propios. Sentencia de 7 de Enero de 1932.

Don J. P. interpuso demanda contra un cuñado suyo, exponiendo como hechos que, ocurrido el fallecimiento de la madre de su esposa, dió poder a ésta para que pudiera por sí sola practicar todas las operaciones particionales del caudal de aquélla, ultimando la partición, pero con tales omisiones, a juicio del actor, ahora heredero de un hijo fallecido, que por suponer lesión en más de la cuarta parte, pedía la nulidad de las citadas operaciones.

El demandado opuso que la hermana del actor obró como tuvo a bien, como mayor de edad que era, negando los hechos de la demanda y pidiendo la absolución. El Juzgado y la Audiencia absolvieron de la demanda, y el Supremo rechaza el recurso, considerando que la Sala sentenciadora no ha infringido el artículo 1.058 del Código civil, como erróneamente supone el recurrente, pues, además de que el recurso de casación no se da contra los razonamientos de la sentencia, sino contra el fallo, es notorio que lo ha aplicado con acierto, por cuanto se trata de una partición de herencia practicada por los herederos mayores de edad que tenían la libre administración de sus bienes—incluso la mujer casada por estar autorizada por su marido—y pudieron válidamente distribuir los bienes hereditarios de la manera que tuvieron por conveniente, como lo hicieron en uso de su derecho, realizando un acto que necesariamente creó un estado de derecho firme y subsistente, con plena eficacia jurídica, mientras no se declarase su invalidez por haberse demostrado que en su otorgamiento hubiese mediado error, dolo u otra de las causas que hacen perder su fuerza a las convenciones, y como el Tribunal a quo no ha rechazado la demanda por entender que la partición así practicada sea inatacable, sino en razón a no haber concurrido ningún vicio que la haga rescindible o nula, es consiguiente la improcedencia del primer motivo del recurso.

También son improcedentes los demás, porque la Sala sentenciadora rechaza la existencia de error, estimando que las rebajas y omisiones hechas no alcanzan la cuantía necesaria para dar lugar a la rescisión, y menos a la nulidad, que sólo procedería por alguna de las causas que la producen, y además, para demostrar el error

de derecho en la apreciación de las pruebas invocadas al amparo del número 7 del artículo 1.692, es preciso citar la ley referente a la prueba que se haya violado por la sentencia, y si bien se invocan los artículos 1.218, 1.225 y 1.228 del Código civil, que se suponen violados al no dar el debido valor a los documentos públicos y privados que se mencionan, ni tales documentos tienen el alcance que el recurrente les atribuye, ni es posible desconocer la fuerza probatoria del documento admitido por ambas partes, y si de error de hecho se trata, es necesario citar concretamente el documento o acto auténtico que demuestre la equivocación del juzgador, lo que no se ha hecho en este caso, salvo un documento privado otorgado por todos los interesados, en el que se fijan las bases para la práctica de la partición, haciendo constar que algunos bienes se tasaron por cantidad inferior a su valor, dejando de inventariarse otros, y como este documento fué acompañado con la demanda y aceptado por el demandado, es forzoso reconocerle la fuerza probatoria que la Sala sentenciadora le concede y su autenticidad exige conceptuarlo como expresión de acto de la libre voluntad del recurrente, que creó derecho a favor de tercero y, por tanto, no pueden ser contrariados válidamente por otros posteriores, por impedírselo el principio de derecho recogido por la jurisprudencia de este Tribunal de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, el cual ha sido desconocido al entablar el presente pleito.

11. *Letra de cambio. La frase «Valor recibido» y la nulidad de las letras por falsedad de la causa.* Sentencia de 27 de Enero de 1932.

Don L. y don J. formularon demanda contra el señor V. sobre pago de pesetas importe de tres letras de cambio, alegando que al fallecimiento de determinada señora resultó que legaba a otras dos cinco mil duros a cada una en metálico, cantidad que les fué entregada en la Notaría en el momento debido, yendo acompañadas estas señoras del hoy demandado, el cual consiguió se le facilitasen 40.000 pesetas, o sea veinte mil pesetas a cada una, entregando tres letras a los actores, sobrinos de dichas señoras, previamente aceptadas las cambiales, y como a su vencimiento no fueron pagadas, formulaban la reclamación correspondiente, pidiendo fue-

se condenado el señor V. a pagar las 40.000 pesetas, más los intereses y costas.

El demandado opuso diferentes razones, y entre ellas que las letras eran nulas, puesto que la causa era falsa, ya que los actores no tenían la suma que las letras indicaban como valor recibido, y además no respondían a deudas de ninguna clase. El Juzgado condenó cual se pedía en la demanda; pero la Audiencia revocó esta sentencia, declarando nulas y sin ningún valor ni efecto las letras de cambio, condenando a los actores a devolver dichos giros. Interpuesto recurso, el Supremo lo rechaza, considerando que no es de estimar el primer motivo en cuanto se alega la aplicación indebida del artículo 450 del Código de Comercio, porque si bien se cita el artículo referido en el considerando 8.^º de la sentencia, para manifestar que la legislación mercantil no es aplicable al caso, es sólo por la consecuencia obligada del criterio de la Sala sentenciadora al apreciar la nulidad de las letras de referencia por incumplimiento del requisito quinto del artículo 444 del expresado cuerpo legal, que es el nervio de la cuestión, según se manifiesta en la sentencia recurrida, no hay por tal artículo infracción de ley en la parte dispositiva de la misma, que es lo que exige el número 1.^º del artículo 1.691 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Que en cuanto al segundo motivo, aunque la frase «valor recibido» que se emplea en el número 5.^º del artículo 444 pudiera envolver cualquier modo de darse por reintegrado el librador de una letra, es lo cierto que en el caso presente la Sala sentenciadora, apreciando la prueba con sus facultades soberanas, estima falso que las libradoras hayan cobrado de los tomadores el importe de las letras en cuestión, negando que entre ellos haya existido contrato ni estipulación alguna sobre el particular y, por tanto, las declara nulas y sin eficacia como obligaciones con causa falsa.

* * *

El vetusto derecho mercantil español en general y el tratado de las letras de cambio en particular, es en apariencia sencillo, pero en el fondo es de una fealdad y complicación insuperables.

Bien estaba que cuando la letra era una carta (1) se preocupasen en ella de las fórmulas de cortesía y de hablar inútilmente de segundas y terceras, pero hoy que es un documento mercantil caro, impreso por el Estado nada menos, con fórmulas sacramentales y obligatorias, debía ser sustituido el texto por otro en consonancia con los tiempos actuales (2). Esa aparente sencillez de que hablamos es causa de que en la esfera mercantil, en la civil y hasta en la penal, si cabe la frase, todo el mundo se crea con capacidad y con aptitud bastante para emborronar letras de cambio, sin dar importancia a las frases solemnes del artículo 444 y sin tener en cuenta que lo que muchas veces se extiende (sin ser negociado) luego se protesta y más tarde sirve de título ejecutivo perfecto, no es más que un simple pagaré.

12. *Seguro. Si en la prescripción, como cuestión procesal de orden público, pueden alterarse los plazos por la voluntad de los particulares.* Sentencia de 28 de Enero de 1932.

Un asegurado demandó a una Compañía de Seguros, exponiendo que contrató con ella un seguro de incendios, parte por edificio y parte por existencias de un comercio de comestibles, por riesgo máximo por haber explosivos, sobreviniendo un siniestro cuando el asegurado tenía cubiertas todas sus obligaciones, tasando los daños el perito de la Compañía; pero en este estado, y antes de pagar la indemnización, la Compañía dió por anulada la póliza, por considerar que el asegurado tenía en la tienda géneros no asegurados y peligrosos. El asegurado pedía la condena de aquélla a pagar la indemnización correspondiente. La Compañía opuso que el asegurado tenía a la venta gasolina y otros géneros no declarados y, además, alegó la prescripción. El Juzgado y la Audiencia estimaron la excepción de prescripción, y el Supremo rechaza el recurso, considerando que son hechos ciertos los siguientes: 1.º Que en la póliza se fijan seis meses para entablar la acción civil ordinaria para el pago de servicios. 2.º Que el actor ejercitó su demanda a los tres años; que siquiera aten-

(1) Ved Benito y Endara. *Manual de Derecho mercantil.* 1924. Tomo II, página 592.

(2) *Ibidem, loc. cit., pág. 614.*

diendo a la controversia que principalmente respecto de los contratos de seguros se ha suscitado entre los comentaristas del derecho moderno, en cuanto a si por ser la prescripción, como todas las cuestiones de índole procesal de orden público, puedan, por la sola voluntad de los contratantes, alterarse los términos fijados en la Ley para el ejercicio de cada una de las varias acciones, bien acortándolos o alargándolos, pudiera estimarse como equivocada nomenclatura la de llamar prescripción a tales términos o plazos convenidos libremente en las pólizas, comoquiera que, en armonía con el principio que desde el ordenamiento de Alcalá informa nuestro derecho, de que de manera que el hombre quiera obligarse, queda obligado; de conformidad con las mismas disposiciones dictadas en 1922 por la Comisaría de Seguros, en las que se denomina prescripción el espacio de tiempo estipulado para el ejercicio de la acción, y muy principalmente teniendo en cuenta, además, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, es palpable que en el caso de que se trata, en que el actor y recurrente dejó transcurrir cerca de tres años para la interposición de la demanda, lo cual, en realidad, implica un abandono de su derecho, que es lo que supone y sanciona la prescripción, es inconcuso que en la sentencia impugnada no se ha interpretado erróneamente el artículo 385 del Código de Comercio, toda vez que no se interrumpió el plazo de la prescripción con la demanda de pobreza, y, en cambio, se había dejado transcurrir con mucho exceso el término para ejercitarse el derecho, y admitida la excepción de prescripción, no cabe entrar en el examen del segundo motivo del recurso, referente a un supuesto error de hecho atribuido al Tribunal *a quo*, aduciendo como documento auténtico la misma póliza de seguro.

* * *

Sobre la posibilidad de un acortamiento del plazo de la prescripción extintiva, ved Alas, De Buen y Ramos: «De la prescripción extintiva», pág. 261, núm. 145 (Madrid, 1918). También puede consultarse el tratado de seguros de A. Manes («Teoría general del Seguro»), pág. 248 (Madrid, 1930).

13. *Venta de valores mobiliarios en Bolsa, como operación condicional. Facultades del Consejero delegado. Presunciones.*
Sentencia de 5 de Febrero de 1932.

Un Agente de cambio demandó a la Compañía X. de combustibles (sustituída por el Monopolio de Petróleos), alegando que antes de realizarse el pago de la expropiación correspondiente, el Consejero delegado de la misma le encargó, por carta y por cuenta del firmante, la venta de 3.000 acciones de petróleos totalmente desembolsadas y a entregar cuando la Sociedad entregase los valores. Con esta orden, el actor realizó en Bolsa, sucesivamente, la operación ordenada, y al ir a entregar las acciones a los compradores, se encontró con que el Consejero delegado no le daba las acciones, por lo que tuvo él que adquirirlas con sobreprecio para cumplir con los compradores, por lo que pedía se condenase a la Sociedad a la entrega de las acciones y a abonar la diferencia de cambio.

La Compañía opuso que el Consejero delegado no estaba autorizado expresamente para vender acciones, pidiendo la absolución. El Juzgado, en sentencia que confirmó la Audiencia, condenó a la demandada como se pedía en la demanda, y el Supremo rechaza el recurso considerando que la Sala sentenciadora, al reconocer acción al demandante para reclamar de la Compañía el cumplimiento y derivaciones del contrato de venta de valores mobiliarios concertado entre el demandante y el Consejero, no infringe los artículos 35 del Código civil, ni los 116, 151 y 152 del Código de comercio, pues el Tribunal *a quo* no desconoce que la sociedad demandada es una persona jurídica independiente de la de sus socios, sino que, por el contrario, reconoce y afirma que, entre los hechos que estima como probados en la sentencia y en el que se trata de deducir, o sea si el Consejero obró como tal o como particular, existe un enlace preciso según las reglas del criterio humano para deducir, como lo hace, que dicho Consejero realizó la venta como tal Consejero y en representación de la Compañía, a la que dejó obligada con arreglo a ley, sin infracción de las citadas disposiciones ni de las de los Estatutos por que se rige la Sociedad.

La afirmación de la Sala sentenciadora de que el Consejero ce-

lebró el contrato de referencia en nombre de la Sociedad, la deduce de un conjunto de pruebas consistente: en la denominación de la Sociedad en los membretes de las cartas, en la identidad de domicilio, en la forma de redacción, en los términos en que se verificaron unos requerimientos notariales, en el crecido número de acciones sobre que versó la operación, en el extremo importantísimo de que las acciones habría de recibirlas la Sociedad del Monopolio, etc., de cuyo conjunto de hechos, que la Sala declara plenamente probados, deduce que, al ordenar el Consejero la venta de los valores, lo hizo, no como particular, sino como Consejero delegado, afirmando de hecho que sólo puede ser combatida al amparo del número 7 del artículo 1.692.

Al estimar la Sala que se contrató en nombre de la Sociedad, no infringe los artículos 36 y 37 del Código civil, en relación con los 117 y 151 del Código de comercio, ni los preceptos estatutarios de la Sociedad demandada como ley especial de la materia, pues si bien es cierto que el Consejero delegado, como tal, no está genéricamente autorizado por los Estatutos más que para realizar venta de mercancías, también lo es que el Tribunal *a quo* deduce que el Consejo de Administración está facultado para vender acciones y que delegó esta facultad en el Consejero delegado, en uso de las facultades conferidas en los Estatutos.

Aun cuando no es posible desconocer las diferencias existentes entre el Gerente factor de una Empresa, autorizado para administrarla, y el Consejero delegado de una Sociedad Anónima, que contrata la venta de unas acciones de dicha entidad, en virtud de facultades que ésta le transfiera, no puede prevalecer tampoco el cuarto motivo del recurso, pues afirmado por la Sala sentenciadora el pleno derecho del Consejero para vender las acciones como apoderado especial, no es necesario examinar si las mismas facultades para vender le estaban genéricamente atribuidas como factor, conforme a los artículos 283, 286 y 287 del Código de comercio.

La Sala sentenciadora, al estimar válida la venta de acciones realizada por el Consejero con la intervención del demandante como Agente, no infringe los artículos 65, 67, 78, 93, 102 y 103 del Código de comercio, y el 30 del Reglamento de la Bolsa, de 6 de Marzo de 1919, teniendo en consideración que, al concertarse:

en Bolsa la venta condicional de las acciones, no se infringió el artículo 67 del Código de comercio, porque indiscutiblemente se trataba de valores mercantiles; que la Sala afirma que se trataba de una operación condicional y éstas están autorizadas por los artículos 75 y 76 del Código de comercio y por el 33 del Reglamento citado; que es evidente que de esas operaciones condicionales nacen acciones exigibles ante los Tribunales, según el artículo 75, párrafo segundo del Código de comercio; que al requerir el actor al vendedor para que cumpliera lo pactado, una vez que el Gobierno fijó la indemnización debida a la Compañía, por la negativa de aquél, cumplió con lo mandado en el artículo 45 del citado Reglamento; que la Junta sindical, al exigir al Agente que garantizara el cumplimiento de la operación, reponiendo garantías, usó del derecho y cumplió con el deber que le imponía el artículo 110 del Reglamento, y, por último, porque, aun cuando es forzoso reconocer que la operación condicional concertada como todas las de su clase, se llevó a cabo con irregularidades, es lo cierto que aquéllas no pueden invocarse para desconocer o negar la existencia de obligaciones voluntariamente contraídas por los que acordaron las operaciones desde el momento en que libremente se sometieron a las consecuencias de las mismas, reguladas por el Reglamento de la Bolsa, obligaciones que es necesario cumplir, sea cualquiera el resultado que de la operación se derive, ya que, de estimarse lo contrario, se vulneraría, aparte consideraciones de orden ético, el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia