

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año III

Septiembre de 1927

Núm. 33

LA PRENDA DE CRÉDITOS ⁽¹⁾

INDICE

(Continuación.)

III.—CARÁCTER MOBILIARIO DE LOS CRÉDITOS.

- 1.—Interpretación de los artículos 335 y 336 del Código civil español (Scaevara y Manresa).
- 2.—Refutación de las opiniones de los anteriores comentaristas.
- 3.—Breves consideraciones sobre el párrafo segundo del artículo 346 del Código civil.
- 4.—Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

IV.—POSESIÓN DE LOS CRÉDITOS.

a) Derecho romano.

- 1.—Enajenación de la propiedad de la cosa (*mancipatio fidutiae*).
- 2.—Cesión de la posesión de la cosa (*pignus*.)
- 3.—Confusión entre la prenda y la hipoteca.
- 4.—Prenda sin desplazamiento.

b) Derecho histórico español.

- 1.—La posesión de la prenda por el acreedor pignoraticio como requisito esencial del contrato: carácter real del mismo. (Opiniones de Gutiérrez y Sánchez Román.)
- 2.—Dudas que parece ofrecer el anterior principio. (L. 13, tít. 13, Part. V.)
La glosa de Gregorio López.

(1) Véase el número anterior.

Interpretación de Gutiérrez y Sánchez Román.

- c) Caracteres que debe tener la posesión de la cosa pignorada por parte del acreedor o del tercero designado de común acuerdo, para que se reputé válido el contrato de prenda.

La función del Juez, según doctrina y jurisprudencia francesas.

V.—REGLAS PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA PREnda DE CRÉDITOS.

A.—Posesión de créditos representados por un título.

1.—Regla general.

Tradición del título objeto de la prenda del deudor pignorante al acreedor pignoraticio o al tercero que designen de común acuerdo.

2.—Complicaciones que presenta la prenda sobre créditos :

a) Créditos *nominativos* constituidos en documento privado.

b) Créditos al *portador* constituidos en documento privado.

Doctrinas francesas.—Solución en la legislación española.

c) Créditos constituidos en documento *notarial*.

Doctrina francesa.—Solución en la legislación española, con arreglo a la Ley y al Reglamento notarial.

3.—Casos comunes a las anteriores modalidades de la prenda de créditos :

a) Que la obligación que representa el título pignorado venza *antes* que la que éste garantiza y pague o no el deudor.

b) Que la obligación que representa dicho título venza *después* que la que el mismo garantiza.

c) Que se hayan pactado intereses en el título pignorado.

a) Posición de la prenda frente a los terceros.

B.—Créditos no representados por un título:

Posibilidad de constituir válidamente un contrato de prenda sobre los mismos.

a) Jurisprudencia italiana: Sentencia del Tribunal de Casación de Nápoles, de 15 Mayo de 1893.

b) Doctrina italiana: Teorías de Yannuzzi, Giusto, Galdi, Bonelli y Mirabelli.

c) El problema en nuestro Código civil.— Intento de solución al mismo.

VI.—PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVO EL CRÉDITO GARANTIZADO CON PREnda, VENCIDA LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.

A.—En los casos en que el crédito pignorado está representado por un título.

B.—En los casos en que el crédito objeto de la prenda no está representado por un título.

III.—CARÁCTER MOBILIARIO DE LOS CRÉDITOS.

Discuten algunos comentaristas de nuestro Código civil, si el carácter mobiliario de los derechos incorporales (créditos) se desprende del artículo 335 ó del 336 de dicho Cuerpo legal.

Mucius Scaevola (1) sostiene que tal opinión sólo puede fundarse en el artículo 335, en cuanto atribuye el carácter de bienes muebles a los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, aunque reputa algo violento el calificar de «susceptible de apropiación» a un derecho de naturaleza incorpórea.

Manresa (2) estima deficiente la redacción del artículo 336, y sostiene, también, como el anterior, que la cuestión sólo puede resolverse «por la regla general de excepción del artículo 335, como no comprendidos en el capítulo de los inmuebles» (3).

(1) *Código civil*, comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial, VI, 105, s.

(2) Ob. cit., III, 40.

(3) Martínez Alcubilla en el t. II de la sexta ed. de su *Diccionario de la Administración española*, p. 725, dice en una nota que «el Código, si bien

2.—Respetando la autorizada opinión de tan ilustres comentaristas, entendemos, que no existe ningún obstáculo insuperable que se oponga a una interpretación extensiva del artículo 336 del Código civil, toda vez, que del tenor literal del mismo (1) no se deduce que se trate de hacer una enumeración cerrada de los bienes incorporales que reputa muebles, a manera de la que hace, por ejemplo, el artículo 334 respecto a los inmuebles, puesto que las palabras «tienen también» no vedan una interpretación extensiva del artículo, como sucedería si en vez de esas se empleara «son», «sólo», u otra análoga.

Interpretado de esta forma el artículo 336 del Código civil, no resultaría la contradicción en que parece incurrir Scaevola, al afirmar que «los bienes muebles corporales se especifican en dicho artículo 335, y los muebles incorporales en el 336», y después, sostener que los derechos incorporales no comprendidos en el último precepto han de reputarse muebles con arreglo al artículo 335, sin que sea admisible la justificación que pretende dar dicho autor a

no define los bienes inmuebles, nos dice cuáles son en los diez números del artículo 334, y no es tan explícito en cuanto a bienes muebles, de donde no pueden menos de resultar algunas dudas, porque en una de estas dos clases hemos de comprender necesariamente, según el artículo 333, otras cosas que son objeto de apropiación y de que habla el mismo Código. Por ejemplo, en el artículo 163, párrafo segundo, habla de valores mobiliarios; en el artículo 266, de valores mercantiles o industriales; en el 272, de valores bursátiles, públicos, o mercantiles o industriales; en el 347, de valores, créditos o acciones; en los 1.355, 1.359 y 1.872, de valores cotizables; en el 1.370, de valores públicos; en el 1.371, de valores públicos o de crédito, y en el 1.444, de valores públicos o créditos de empresas o Compañías mercantiles.

A parte de que podía el Código haber sido más preciso en este tecnicismo, en la letra de los artículos 335 y 336, que definen los bienes muebles, no están claramente comprendidos todos estos valores, sino en cuanto son susceptibles de apropiación y no pueden incluirse entre los muebles. Los oficios enajenados, las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios, son muebles, según el artículo 336, y poco costaba haber dicho lo mismo de los demás efectos públicos, según los define el Código de Comercio, al que ha debido referirse en esto y en la calificación de los buques como muebles.»

(1) «Tienen también la consideración de cosas muebles, las rentas o pensiones, sean vitálicas o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios.»

su aserto, cuando afirma, que lo hace «con el objeto de conciliar el pensamiento del legislador y la calificación jurídica acertada de un objeto que, por analogía con los muebles, debemos de este modo estimar» (1).

3.—Confirma la opinión sobre el carácter mobiliario de los créditos, interpretado a *contrario sensu*, el párrafo segundo del artículo 346 del Código civil, que prescribe, que cuando se use tan sólo la palabra «*muebles*», no se entenderán comprendidos los «*créditos*», «salvo en el caso en que del contexto de la ley o de la disposición individual, resulte claramente lo contrario», regla que parece explicarse, en lo que atañe a la ley, por la naturaleza especialísima del derecho de crédito, y en lo que se refiere a la voluntad individual por las perturbaciones que podría ocasionar en el orden contractual y sucesorio, el empleo erróneo de la palabra «*muebles*» que, en su acepción vulgar, parece no comprender a los derechos.

4.—Interpretando el artículo 346 del Código civil, el Tribunal Supremo tiene declarado, que la palabra dinero, en su acepción grammatical y jurídica, «significa sólo moneda corriente», por lo cual, cuando en un testamento no se dispone mas que del dinero, no puede entenderse que se transmite o lega la universalidad de los bienes, aunque en ellos no se designe sucesor, y a no ser que en el país en que el testamento se otorgó y han de cumplirse, tenga tal sentido o significado (Sentencia de 5 de Julio de 1893); y que los títulos de la Deuda pública, por representar un crédito y constituir un capital realizable en dinero, no pueden estimarse comprendidos entre los bienes muebles, y por lo tanto, no están incluidos en el legado de «todos los muebles» y «demás móviles», que existieran en casa del testador a su fallecimiento. (Sentencia del 3 de Octubre de 1913.)

Prescindiendo de los casos que exceptúa el artículo 346 del Código civil, el Tribunal Supremo ha declarado que las acciones de una Compañía «por su condición revisten el carácter de bienes muebles». (Sentencia del 30 de Marzo de 1918.)

IV.—POSESIÓN DE LOS CRÉDITOS.

Otro de los requisitos esenciales exigidos por el artículo 1.863 del Código civil, para constituir el contrato de prenda es, según ya

(1) Ob. cit., p. 106.

hemos dicho, que se ponga en posesión de la misma al acreedor o a un tercero, de común acuerdo.

a) Derecho romano.

1.—En el antiguo derecho romano, la prenda se constituía por una especie de venta a retro, en virtud de la cual se hacía entrega solemne al acreedor de la propiedad de la cosa pignorada, mediante la mancipación por *aes et libram*, a cuyo ritualismo se unía un contrato de fiducia; es decir, una promesa jurídicamente obligatoria, según la cual, el acreedor se comprometía a restituir la prenda al deudor, cuando este último le hubiera satisfecho la deuda (1).

La figura expuesta se explica, porque no existiendo en el derecho romano primitivo otros derechos reales que la propiedad y las servidumbres, no se podía cumplir el fin de garantía, que es objeto de la prenda, sino por medio de una traslación de la propiedad.

De esa suerte, el acreedor se encontraba perfectamente protegido, puesto que siendo propietario de la cosa pignorada, no tenía

(1) Vid. Inst. de Gayo II, 59 y 60, que, respectivamente, dicen: «Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit nam qui rem aliqui fiduciae causa mancipio dederit, uel in jure cesserit, si eandem ipse posse derit, potest usucapere, anno scilicet, et si soli sit quae species usucaptionis dicitur usureceptione, quia id, quod alicundo habuimus, recipimus per usucaptionem». (Existen otras causas por las cuales se pueden usucapir las cosas que se sabe pertenecen a otra persona. Así, aquel que ha dado en mancipio por causa de fiducia una cosa a otro o la ha cedido judicialmente, puede usucapirla por un año de posesión, aun cuando sea cosa inmueble. Esta clase de usucapición se llama usurección, porque en semejante caso volvemos a tomar por la usucapión la cosa que ya nos ha pertenecido.)

«Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod tutius nostrae res apud eum esserit: si quidem cum amico, contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptione: si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit, nondum uero soluta ita dum competit, si neque conduxerit eam rem a creditori debitor, neque precario rogauerit, ut eam rem possidere licet, quod casu lucrativa usucapio competit.»

(Y como quiera que el pacto fiduciario pueda ser o con un acreedor a título de prenda o con un amigo, a fin de asegurar las cosas nuestras que están en su poder, de aquí es que si se ha contratado con un amigo, la usurección es siempre competente; y si con un acreedor, no procede de ningún modo aquélla, a no ser que el crédito esté ya solventado o que el deudor no haya recibido la cosa a título de arrendamiento o de préstamo, en cuyo caso tiene lugar la usucapión lucrativa.)

por qué temer que la misma pudiera ser embargada a instancia de otros acreedores, o fuese enajenada o gravada en su perjuicio.

En cambio, al deudor, se le perjudicaba considerablemente. Enajenada la cosa, disponía de un valor superior al importe de la deuda, y agotaba, de una sola vez, todo el crédito que le podría conceder. Sólo podía, en su caso, reclamar la restitución de la prenda, mediante una acción personal, la acción *fiduciae*, y no podía discutir las enajenaciones hechas por el fiduciario, incluso cuando se hubiese pactado, que no podría enajenar hasta el vencimiento de la deuda, puesto que el fiduciario era propietario, y transmitía la propiedad. En una palabra, el deudor se encontraba privado del uso y goce de su cosa (1).

2.—Pero junto a esa prenda organizada por el Derecho civil, existía el *pignus*, o prenda de derecho natural, desprovista de formas solemnes, que no debió tener un valor legal hasta después del establecimiento de los interdictos e incluso después de la introducción del procedimiento formulario y que se constituía por la sola entrega de la cosa al acreedor, el cual, no tenía mas que la posesión de la misma y un derecho de retención que se extinguía con el pago.

Con este sistema desaparecía el primer inconveniente que ofrecía el anterior, pero no los restantes; en efecto, el deudor seguía siendo propietario, y no corría, por tanto, el riesgo de ser víctima de una enajenación de mala fe.

En cambio, el acreedor, con este sistema, no estaba bastante protegido; en vez de la reivindicación, acción real petitoria, dada en todo tiempo y contra cualquier persona, no tenía para defender su garantía mas que los interdictos posesorios, menos eficaces y más restringidos, dados solamente durante un cierto plazo contra determinadas personas (2).

3.—La confusión existente en el derecho romano entre la prenda y la hipoteca (3), que se mantuvo, después, en nuestro dere-

(1) Girard. *Manuel élémentaire de Droit romain*, p. 810.

(2) Girard, ob. cit., p. 811.

(3) Así decía Marciano: «*Inter pignus autem et hypothecam tamtum nominis sonus differt*». (L. V. § 1.º, tít. XX D. de pign. et hypot.); Girard (Ob. cit., p. 815), califica ese texto de «*exageración*», porque estima que la prenda y la hipoteca se diferenciaban fundamentalmente en que ésta sólo se

cho histórico (1), dió lugar a que la prenda ofreciera algunos inconvenientes para la propiedad rústica, puesto que, teniendo que ser desposeído de la cosa el deudor, para hacerla pasar a manos del acreedor, perjudicaba a la agricultura.

4.—Para remediar los inconvenientes anteriormente expuestos, «la fiducia, empleando los medios que el Derecho civil ponía a su disposición, dejaba alguna vez la posesión y el uso de la cosa al deudor a título de arrendamiento de precario y el acreedor no podía temer a la *usureceptio*, porque no cesaba de poseer (2), sosteniendo algún autor (3) que llegó a no ser necesario en el Derecho romano, para la validez de la prenda, que ésta pasara a poder del acreedor, fundándose en un texto de Ulpiano, que dice: *Cum convenit, est is qui ad refectionem aedificu credidit, de pensionibus, jure pignoris ipse creditum, recipiat, etiam actiones utiles adverous inquilinos accipiet cautionis exemplo, quand debitor, creditori pignori dedit*» (4).

b) *Derecho histórico español.*

1.—En nuestro derecho histórico, esa condición esencial para

constituía sin desplazamiento de la posesión, según se desprende del siguiente texto de Ulpiano: «*Proprie pignus decimus, quod ad creditorum transit, hypotecam, cum non transit nec possessio ad creditorem*» (D. 13, 7, De pign., act. 9, 2.) En su consecuencia, sigue diciendo Girard, la hipoteca ofrecía la superioridad de poder constituirse sobre una cosa ya gravada con prenda e hipoteca; no requería la publicidad que implicaba el desplazamiento de la posesión, ni recaía, solamente, sobre bienes individualmente determinados, sino que podía recaer sobre todos los presentes y futuros del constituyente: «era clandestina y podía ser general». He ahí «dos trazos nuevos de la hipoteca romana, en los cuales, hay que guardarse de ver superioridades, puesto que son, por el contrario, los dos defectos, por los cuales la hipoteca romana no llegó jamás, a diferencia de lo que sucede con las garantías reales modernas, a tener preferencia sobre las garantías personales».

(1) Vid. L. 1.^a, tít. XIII, Part. V, que dice: «... toda cosa, quiera sea *muelle* o *ratz*, que sea empêñada a otra, puede ser dicha peño.»

(2) Girard, ob. cit., p. 810

(3) Cerbán, en su tesis doctoral «*Etude critique sur les conditions en gage des choses incorporelles en matière civile et commerciale*», p. 63.

(4) L. 20, D. de pignoribus et hypothecis, 20. «Cuando se convino que el que prestó para reparación de un edificio, el mismo cobre su crédito con los alquileres por derecho de prenda, recibirá también las acciones útiles contra los inquilinos a semejanza de caución, que el deudor dió en prenda a su acreedor». (Trad. García del Corral, en su ob. cit.)

la validez del contrato de prenda, que se pusiera al acreedor en posesión de la cosa pignorada, «por eso es real», dice Gutiérrez (1), y ratifica Sánchez Román (2).

2.—Pero no falta algún pasaje de las Partidas que pudiera sugerir dudas, como la ley 13, título 13 de la Partida V, cuando dice: «Mas los peños que obligan los omes unos a otros, así como sobredicho es, luego que sean otorgados, *magüer que non ayan la tenencia dellos*, aquellos que los resciben a peños fincan a ellos obligados.»

Gregorio López, en la glosa de las palabras «*non ayan*», de dicha ley, se limita a indicar como precedentes de la misma, un fragmento de Papiniano en la ley 1. *in princ. D. de pign. act.*, que dice: «Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est...» (3); la l. *res hypothecae 5 inter pignus 1. D. de pign.* ya transcrita (4); y otro fragmento de Paulo *item Serviana 7*, que dice: «... vel quae in usum quotidianum habentur, Serviana non competit» (5).

Gutiérrez (6) menciona, como precedente de dicha ley, la primera, título VII, libro XIII del Digesto, en cuanto dice: «Pignus contrahitur non sola traditione sed etiam nuda conventione, et si non traditum est», y afirma, certamente, que en ese caso lo que la ley de Partidas hace es respetar la fuerza obligatoria de una promesa de prenda, opinión de la que también participaba Sánchez Román (7).

c) *Caracteres que debe tener la posesión de la cosa pignorada por parte del acreedor o del tercero designado de común acuerdo, para que se repunte válido el contrato de prenda.*

La doctrina francesa, de acuerdo con numerosas sentencias de la Corte de casación, reputa la posesión de los créditos, a los efectos de la validez del contrato de prenda, como una cuestión de he-

(1) O. cit. V, 283.

(2) Ob. cit. IV, 975.

(3) Está admitida la convención de dar en prenda todos los bienes, o los adquiridos después...

(4) Vid. p. 647, nota 3.

(5) Sobre las cosas... que se tienen para uso cotidiano, no compete la acción Pauliana.

(6) Ob. cit. V, 283.

(7) Ob. cit. IV, 975.

cho, para cuyo conocimiento tienen plena soberanía los Tribunales de instancia, atribuyendo a éstos dos cuestiones principales a resolver: 1), si existen hechos suficientes que acrediten la posesión del acreedor; 2), si la posesión así caracterizada es suficiente para impedir que el deudor no pueda servirse de la cosa objeto de la prenda, como de un activo susceptible de agregar a su patrimonio (1).

Lo anteriormente expuesto trata de justificarse, porque no definiendo el artículo 2.076 del Código civil francés, como tampoco lo hace el 1.863 del español (2), los elementos de notoriedad que se requieren para que se reputen en posesión de la prenda al acreedor o al tercero designado de común acuerdo, hay que dejar a la técnica del juez que decida, en cada caso litigioso, con vista de lo alegado y probado por las partes, si se ha constituido o no, válidamente, el contrato de prenda.

V.—REGLAS GENERALES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA PREnda SOBRE CRÉDITOS.

Lo anteriormente expuesto no impide que examinando los principios que informan la legislación civil, puedan dictarse reglas generales, en virtud de las cuales, se sepa si la prenda de créditos puede o no constituirse válidamente en un caso concreto.

Limitado el problema a nuestra legislación civil, hay que estudiar las dos cuestiones siguientes: A) Posesión de créditos representados por un título. B) Posesión de créditos no representados por un título.

(1) Blaisot.—*De la mise en possession du créancier dans le contrat du gage.*

(2) Véase la semejanza entre los dos textos legales:

Artículo 2.076 del C. c. francés

«Dans tous les cas, le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties.»

Artículo 1.853 del C. c. español

«Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, se necesita para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor o a un tercero, de común acuerdo.»

A) La primera cuestión presenta aspectos diferentes, según que el título representativo del crédito que se pretenda pignorar sea nominativo o al portador, y esté constituido por documento privado o notarial, pero se puede establecer, previamente, la siguiente regla general, común a todos esos casos :

1.—El requisito exigido por el artículo 1.863 del Código civil, para constituir válidamente el contrato de prenda, de poner en posesión de la misma al acreedor o a un tercero, de común acuerdo, se cumple en la prenda de créditos representados por un título, cualquiera que sea la naturaleza de éste, mediante la tradición del mismo, por el deudor pignorante al acreedor pignoraticio, o al tercero que designen de común acuerdo.

2.—Las complicaciones a que da lugar la prenda de créditos, según la naturaleza del título en que consten, se derivan principalmente de la posición del deudor que aparezca en el mismo, frente al contrato de prenda, al deudor pignorante y al acreedor pignoraticio, además, en su caso, de la naturaleza especial de los documentos notariales ; por ello, pasamos a examinar separadamente los diversos aspectos de la cuestión.

a) Si el crédito pignoraticio es *nominativo* y está constituido por un documento *privado*, una vez éste en posesión del acreedor pignoraticio o del tercero designado de común acuerdo, el deudor pignorante deberá comunicar por escrito al deudor que aparezca en dicho título la constitución de la prenda, requiriéndole para que entregue al nuevo tenedor del título la cantidad que representa, en la fecha de su vencimiento, así como los intereses que pudieran haberse pactado en las fechas que correspondan a los efectos del contrato de prenda indicado (1).

b) Cuando el crédito pignoraticio es al *portador* y está constituido por un documento *privado*, la doctrina francesa, interpre-

(1) Corrobora esta opinión el art. 347 del Código de Comercio, que preceptúa que «los créditos mercantiles no endosables ni al portador se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, basando poner en su conocimiento la transferencia.»

«El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a éste.»

tando los artículos 2.074 y 2.075 del Código de Napoleón (1), ha formulado las siguientes reglas :

a') La simple tradición de un título al portador por parte del deudor pignorante al acreedor pignoraticio, es suficiente para constituir válidamente el contrato de prenda, sin que se precise ninguna otra formalidad.

b') El artículo 2.074 del Código civil francés referente a la prenda de cosas corporales, es aplicable, también, a la que se constituye sobre títulos al portador.

c') El artículo 2.075 del Código francés referente a la prenda sobre muebles incorpórales, tiene aplicación a la que se constituya sobre títulos al portador.

En estos dos últimos casos los autores coinciden en la necesidad de notificar la existencia del contrato de prenda, constituido sobre los títulos al portador, al deudor que en los mismos aparezca (2).

El problema, considerado desde el punto de vista de la legislación civil española, entendemos que debe resolverse en el sentido de que basta la simple tradición del título pignorado del deudor pignorante al acreedor pignoraticio, sin que sea necesario poner en conocimiento del deudor que aparezca en el título la existencia del contrato de prenda, ya que tal notificación no podría tener otro objeto que evitar un pago al deudor pignorante, que hiciera ilusoria la garantía pignorativa y la naturaleza de los títulos al por-

(1) He aquí el texto de dichos preceptos legales : «*Artículo 2.074 : Ce privilège—se réfère al de la prenda—n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature de choses remises en gage, ou un état annexé, de leurs qualité, poids et mesure.*

La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excedant la valeur de cent cinquante francs.

Artículo 2.075 : «Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les muebles incorporels, tels que les créances mobilières que par acte public ou sous seing privé aussi enregistré et signifie au débiteur de la créance donné en gage.»

(2) Para el estudio de estas teorías, Vid. la tesis citada de Cerbán, páginas 107 y siguientes, y la de Clappier, «Des conditions de forme nécessaires à la constitution du droit de gage sur les choses incorporelles», p. 55 y siguientes, y la monografía citada de Blaisot, p. 109 y siguientes.

tador, alejan todo temor de esa índole, puesto que sólo pueden pagarse a quien los presente a su cobro en la fecha que consiguen, sin distinción de personas.

c) La pignoración de créditos constituidos en documento *notarial* ofrece, también, algunas dudas a la doctrina francesa, derivadas de la naturaleza especial de esta clase de documentos públicos.

Cuando se trate de constituir una prenda sobre un crédito representado por un documento privado, ya hemos dicho que hay que poner al acreedor pignoraticio o al tercero designado de común acuerdo en posesión del documento *original* en que consta la garantía.

Pero cuando la escritura en la que figura la existencia del crédito ha sido autorizada por un Notario, dice Blaisot (1), «la solución no puede ser la misma, puesto que el *original* (matriz), queda en el protocolo del Notario, quien solamente tiene la facultad de expedir copias autorizadas del mismo, estribando la dificultad, en estos casos, según los autores franceses (2), en indagar hasta qué punto una copia notarial puede garantizar al acreedor pignoraticio que su deudor no podrá disponer de ese crédito en tanto subsista la deuda a que sirve de garantía».

En la legislación española, entendemos que no ofrece esta cuestión obstáculos insuperables.

El artículo 300 del Reglamento notarial, aprobado por Real decreto de 7 de Noviembre de 1921, reputa escrituras públicas, además de la escritura matriz, las copias de ésta misma expedidas con las formalidades de derecho, presentando dificultades la obtención de segundas copias por «las personas de quienes constare en el Protocolo haber obtenido primera copia» (artículo 305, párrafo 2.º, R. N.), pues es necesario que con arreglo al artículo 18 de la ley del Notariado todos los otorgantes de la escritura estén conformes con la expedición de segundas o posteriores copias y comparezcan «ante el Notario que legalmente tenga en su poder el protocolo, el cual extenderá en la matriz de que se trate una

(1) Ob. cit., p. 102.

(2) Vid. Laurent, *Principes de Droit civil français*, XXVIII, núm. 478; Blaisot, ob. cit., núm. 106.

nota suscrita por todos los otorgantes y por el propio Notario en la que se haga constar dicha conformidad», la cual se insertará en la copia que se expida, procediéndose a la identificación de todos o algunos de los interesados que no sea conocido en la forma prevenida en el artículo 310 de dicho Reglamento (1) (artículo 313 R. N.); siendo necesario en otro caso para la obtención de segundas o posteriores copias, mandamiento judicial, que el interesado deberá solicitar del Juez de primera instancia del distrito donde radique el protocolo, o del Juez que en su caso conozca de los autos a que la copia deba aportarse, procediéndose en este último caso, con arreglo a la ley Procesal correspondiente, y siendo preciso, en el anterior, que el interesado presente al Juzgado, sin necesidad de valerse de Abogado ni Procurador, un escrito, expresando el documento de que se trata, la razón de pedir dicha copia y el protocolo donde se encuentre la matriz, teniendo el Juez obligación de dar traslado al Ministerio Fiscal, dentro de una audiencia, cuando no deban ser citados los demás interesados en el documento, por ignorarse su paradero, y por estar ausentes del pueblo donde radique la Notaría o Archivo de Protocolos correspondiente, y citar a los interesados, en su caso, dentro de los tres días siguientes a la presentación del escrito, incoando el procedimiento, y transcurridos otros tres días, con o sin impugnación del Fiscal o de los interesados citados, el Juez resolverá, expediendo, en su caso, dentro de tercero día, el oportuno mandamiento al Notario a Archivero (artículo 314), siendo obligación del Notario, tanto al expedir primera copia (artículo 303 R. N.) como al expedir segunda o posterior (artículo 315), de anotar al pie o al margen, en su caso, de la escritura matriz, con media firma, la persona o personas para quienes se expida dicha copia, la fecha de la expedición, el número de pliegos y la clase de papel en que la expida, «expresando también estas circunstancias en la cláusula de suscripción» (artículo 303 R. N.).

De lo expuesto, se deduce: a) que, con arreglo a la legislación española, se puede constituir prenda sobre un crédito consignado

(1) Por medio de un testigo de conocimiento que, juntamente con el solicitante y con el Notario, firmará la oportuna nota que éste extenderá en la matriz e insertará en la nota que expida. (Art. 310, pár. 1º del R. N.)

en una escritura pública, entregando al acreedor pignoraticio, sin perjuicio de las precauciones que puedan adoptarse en el contrato, la primera copia correspondiente al deudor pignorante en que conste dicho crédito, por tener tales copias expedidas con arreglo a derecho, según hemos indicado, el carácter de escrituras públicas; b) que en su caso, el deudor pignorante, tendrá que poner en conocimiento del deudor que aparezca en el título la constitución del contrato de prenda a los efectos del mismo; y c) que la notificación al deudor que aparezca en el título pignorado y las dificultades que presenta la obtención de segundas y posteriores copias de un documento notarial, es un obstáculo que se opone a que el deudor pignorante pudiera constituir otra prenda sobre el mismo título, valiéndose de otra copia notarial, en perjuicio del verdadero acreedor pignoraticio.

3.—Como comunes a las distintas modalidades de la prenda de créditos que hemos expuesto, podemos citar los casos siguientes: a) que la obligación que representa el título pignorado venza *antes* que la que éste garantiza y pague o no pague el deudor; b) que la obligación que representa dicho título venza *después* que la que el mismo garantiza; c) que se hayan pactado intereses en el título pignorado; d) posición de la prenda frente a los terceros.

a) En el caso de que la obligación representada por el título pignorado venza *antes* que la que garantiza y pague el deudor del mismo, entendemos, que el acreedor pignoraticio, está obligado a dar a aquél, no un simple recibo de la cantidad percibida, sino carta de pago de la deuda, por hallarse autorizado por el *acto propio* del titular del crédito al notificar la constitución de la prenda a dicho deudor.

Si la cantidad percibida por el acreedor pignoraticio cubriese totalmente la deuda que el título pignorado garantizaba, lo que puede suceder con frecuencia (1), no vemos inconveniente, no oponiéndose el deudor pignorante, en que se reputé vencido el crédito garantizado con dicha prenda y lo compense el acreedor pignoraticio con la suma recibida, entregando la diferencia al deudor pignorante, a quien dará carta de pago de su obligación.

(1) Aunque no siempre, porque una deuda podría estar garantizada por varios créditos pignorados, que tuviesen distintas fechas de vencimiento.

Podrá objetarse a esta opinión que el artículo 1.859 del Código civil prohíbe al acreedor apropiarse las cosas dadas en prenda, o disponer de ellas, y que el artículo 1.869 del mismo Cuerpo legal preceptúa que mientras no llegue el caso de ser expropiado de la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella y que con ésta teoría parece infringirse dichos preceptos legales; pero la observación carecería de fundamento, por ser condición *sine qua non*, para que pueda reputarse vencida la obligación garantizada con prenda, en la forma indicada, que asienta a ello el deudor pignorante, pues si se opusiera, habría que esperar a la fecha fijada en el contrato; y porque el acreedor pignoraticio, no se *apropia o dispone* de la cosa pignorada, ni niega su carácter de propietario de la misma al deudor pignorante, que es lo que le prohíben dichos preceptos legales, sino que lo que hace es una *compensación*, a la que le autoriza la naturaleza especialísima de la prenda de créditos.

Si la obligación que representa el título pignorado, venciera antes que la que éste garantiza y no pagase el deudor, el acreedor pignoraticio deberá notificarlo al deudor pignorante, para que ejerzte las acciones procedentes, con el fin de no hacer ilusoria la garantía pignorativa; no pudiendo ejercitárlas dicho acreedor, porque con arreglo al artículo 1.769 del Código civil, mientras no llegue el caso de ser expropiada la cosa pignorada, el deudor sigue siendo dueño de ella y el acreedor sólo tiene derecho a ejercitar las acciones que competan al dueño de la misma para reclamarla o defenderla frente a tercero; y en ninguno de esos dos casos se encuentra la cuestión que nos ocupa.

b) Si la obligación que representa el título pignorado, vence después que la que el mismo garantiza, y paga en su día el deudor pignorante, el acreedor pignoraticio deberá devolverle el título, dándole carta de pago de su crédito y notificarle al deudor de la obligación, la cancelación de la prenda, para que pague a su acreedor en la fecha pactada la cantidad estipulada y, en su caso, los intereses convenidos.

Si vencida la obligación garantizada con prenda, no pagase el deudor pignorante, el acreedor pignoraticio haría efectivo su crédito en la forma más adelante expondremos (i).

(i) Vid., p. 662.

c) Si en virtud del título pignorado el deudor que aparezca en éste viniése obligado a pagar intereses con arreglo al artículo 1.868, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos los imputará al capital.

d) Respecto a la posición de la prenda frente a los terceros, dice el artículo 1.865 del Código civil que no surtirá efectos contra los mismos, «si no consta por instrumento público la certeza de la fecha», norma de carácter imperativo, a la que hay que atenerse, para este fin, rigurosamente.

B.—La posesión de créditos, no representados por un título, relacionada con la posibilidad de constituir un contrato de prenda sobre un crédito que no conste en un documento, ha sido objeto de consideración especial por parte de la doctrina y jurisprudencia italianas (1).

a) El Tribunal de casación de Nápoles, en sentencia de 15 de Mayo de 1893 (2), afirmó que «el artículo 1.882 del Código civil italiano (3) se refiere, tanto a los muebles por naturaleza como a la prenda de cosas incorpórales o de créditos *en que no ocurra la tradición de la cosa*».

b) Con anterioridad a esta sentencia, Yannuzzi (4) había afirmado que la prenda de créditos, *con o sin título*, podía constituirse sin la tradición de la cosa, *bastando con la simple notificación* al deudor del crédito dado en prenda.

Posteriormente, Giusto (5) ha sostenido la misma opinión, fundándose en que si no se quiere entender el artículo 1.882 del Código civil italiano como una repetición de los dos precedentes (6),

(1) Vid. Pacifici-Mazzoni, *Instituzioni di Diritto civile italiano*, V, parte II, 467.

(2) Vid. *Foro it.*, 1893, I, 900; y el autor antes citado.

(3) Dice así: «In ogni caso il privilegio non sussiste sul pegno si non in quanto lo stesso pegno è stato consignato, ed è rimasto in potere del creditore o di un terzo eletto dalle parti.»

(4) *Studio sul pegno*, Filangieri, 1880, p. 76 y sigs.

(5) *Considerazioni sul contratto de pegno e pui specialmente sul contrato de pegno sopra i crediti*, Legge, 1883, II, 66.

(6) El artículo 1.880 dice así: «Questo privilegio non ha luogo, se non quando vi è un atto pubblico o una scrittura privata che contenga la dicharazione della somma dovuta, e della specie e natura delle cose date in pegno,

debe interpretarse en el sentido de que no se refiere para nada a la prenda de créditos, de la que se ocupa el artículo 1.881; o sea, que el artículo 1.882 comprende solamente los casos no previstos en las disposiciones de los artículos 1.880 y 1.881 de dicho Cuerpo legal.

Galdi (1), «factor de la opinión dominante» (2), hace observar que si el artículo 1.882 del Código civil italiano empieza con las palabras *«in ogni caso»* (3), no es ilícito sustraer al mismo ni la hipótesis prevista en los artículos precedentes ni cualquier otra, por lo que estima que cuando el título no se pueda consignar, hay que llegar a la conclusión de que el crédito no se presta a ser objeto de un contrato de prenda (4).

La cuestión, dice Pacifici-Mazzoni (5), ha sido magistralmente tratada por Bonelli en una amplia nota a la citada sentencia del Tribunal de casación de Nápoles (6).

La posesión, dice Bonelli, supone la material detentación de la cosa y el ejercicio de hecho sobre la misma del correspondiente derecho; el crédito no es susceptible de posesión porque prescindiendo de la posibilidad de la detentación del título, el cual puede no existir, o ser constituido por documento público del cual se pueden obtener cuantas copias se deseen, no es posible el *ejercicio*, en cuanto al crédito así usado, con el acto externo con que se ha consumado, o sea exigiéndolo, si se trata de una imposibilidad lógica que ninguna ley podría hacer desaparecer (7).

o che abbia annessa una descrizione della loro qualita e misura e del loro peso.

«Tuttavia la riduzione dell'atto in iscrittura no è richiesta, se non quando si tratta di un oggetto eccedente il valore de cinquecento lire.»

El artículo 1.881 dice así: «Il privilegio non ha luogo sopra i crediti, si non quando il pegno risulta da atto pubblico o da scrittura privata, e ne è fatta notificación al debitore del credito dato in pegno.»

(1) Trattato del pegno, p. 69.

(2) Pacifici-Mazzoni, ob. cit., p. 468.

(3) «En ningún caso.»

(4) Ob. cit., p. 74.

(5) Ob. cit., p. 468.

(6) Vid. Foro it., 1893, I, 904.

(7) Pacifici-Mazzoni, ob.

Si el artículo 1.242 del Código civil italiano (1) habla de una posesión de crédito, no lo hace impropriamente, puesto que no se trata de una verdadera posesión, al modo de la que en el sentir unánime de los tratadistas no se deriva de la posesión del título.

Recurriendo al Derecho romano e intermedio y a las doctrinas sobre la tradición, posesión y quirógrafo, explica Bonelli el origen de la teoría nacida en Francia y consagrada en el Código de Napoleón, que sostiene la exigencia de la posesión y por consiguiente de la tradición real para la adquisición de muebles, prescindiendo de ello para los inmuebles; mientras en los créditos tienden a atribuir el efecto perfeccionativo de la transmisión a la *notificación* antes que a una tradición simbólica. Este es el sistema de la nueva legislación, para la cual la tradición de los elementos de crédito es pura consecuencia de la transmisión del derecho de que es prueba; pero de importancia accesoria, aunque no absolutamente indispensable al ejercicio del derecho cedido, acaso porque ni detenta ni genera ningún particular derecho de naturaleza posesoria.

Dada la imposibilidad de la posesión y de la tradición del crédito, podíamos subrogar estas figuras en la *notificación* que en la legislación italiana, en opinión de Bonelli, constituye la *conditio iuris* para que la transmisión del crédito adquiera todo su valor.

Mediante la *notificación* se puede constituir prenda sobre créditos no consagrados en un título.

A los que objetan que el artículo 1.882 del Código civil italiano exige la consignación de la cosa, contesta Bonelli que la ley es imperfecta en ese caso, como lo es al definir la prenda (2); pero la ley es preciso aplicarla por lo que dispone y no por lo que define, y sus disposiciones se deben lógicamente relacionar con la teoría jurídica de que se derivan, la cual se expone defectuosamente en la ley escrita. Ahora bien, si el artículo 1.882 del Código civil italiano requiere la consignación de la cosa, tal requisito de-

(1) Dice así: «Il pagamento fatto in buona fide a chi si trova *nel possesso del credito*, è valido ancorché il possessore ne abbia in appresso soferto l'evizione.»

(2) Artículo 1.878 del Código civil italiano, que dice así: «Il pegno è un contratto col quale il debitore da al creditore una cosa mobile per sicurezza del credito, da restituirsì in natura dopo l'estinzione del medesimo.»

berá reputarse necesario; en cuanto sea posible traducirlo en un acto ; no siendo, por tanto, aplicable dicho precepto legal a los créditos y demás casos que no se pueden consignar.

No hay, pues, que objetar que el mencionado artículo 1.882 empieza con las palabras «*in ogni caso*»; porque, aun admitiendo que tal frase representara la opinión del legislador, no podría modificar todo el sistema jurídico en que la ley se inspira.

Por lo demás, sigue diciendo Bonelli, en las tareas preparatorias del Código civil francés, se revela que aquella frase (1) tuvo su origen en la preocupación de modificar el antiguo sistema romano que admitía la prenda consensual.

Mirabelli (2) afirma que la consignación y posesión deberán tener lugar, *secundum subiectam materiam*, según el objeto de la prenda, que es, tratándose de cosa incorpórea, mediante la intimación de la escritura de prenda al deudor, la cual intimación, según el Código italiano, constituye el uso y la toma de posesión del crédito.

En otros términos, para Mirabelli, la intimación equivale a la consignación y estima que el artículo 1.882 del Código civil italiano, «escrito especialmente para la prenda de cosas corporales es una redundancia para las cosas incorpóreas, que menciona el artículo 1.881».

(c).—De lo anteriormente expuesto, deducimos, que no existiendo en nuestro Código civil disposición alguna que prohíba la prenda de créditos no constituidos por un título, al amparo del artículo 6.^o del mismo Cuerpo legal, podría constituirse válidamente la figura, *notificando*, por escrito, el deudor pignorante, la prenda constituida sobre el crédito al deudor del mismo y requiriéndole para que una vez vencido éste, entregue su importe al acreedor pignoraticio, así como los intereses que pudieran haberse pactado en los plazos correspondientes, a los efectos que se deriven del expresado contrato de prenda.

Si el deudor del crédito pignorado, *aceptase* dicho requerimiento o guardase *silencio al mismo*, entendemos que quedaría válidamente constituido el contrato de prenda ; en el primer caso, por

(1) Vid. en la p. 650 el texto del artículo 2.076 del Código de Napoleón.

(2) Citado por Pacifici-Mazzoni, en el vol. cit., p. 470.

haberse obligado dicho deudor a lo que se le requería, en virtud del acto propio derivado de su aceptación, y en el segundo, porque estimamos que su silencio habría de ser interpretado en el sentido de asentimiento a dicho requerimiento: *qui tacet consentire videtur* (1).

Si el deudor del crédito que se pretendiera pignorar, contestase al requerimiento negando la existencia de la deuda, la prenda no podría constituirse, porque llevaría implícita todas las inseguridades de un litigio.

Cuando la prenda produzca intereses, el acreedor pignoraticio vendrá obligado, con arreglo al artículo 1.868 del Código civil, a compensar los que reciba con los que se le deban o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, imputarlos al capital:

Si antes de que venciera el crédito objeto de la prenda el deudor pignorante pagara su deuda, su acreedor vendría obligado a *notificarlo* por escrito al deudor del crédito pignorado, requiriéndole para que una vez vencido éste, entregara su importe a su primitivo acreedor, así como también, en su caso y en los plazos correspondientes, los intereses pactados.

Cuando el crédito pignorado venza antes que la obligación que garantiza, pague o no el deudor, entendemos, puede procederse en forma análoga a la que hemos expuesto para este caso, en la prenda de créditos representados por un título (2).

(1) He aquí unas palabras del profesor De Diego; que parecen corroborar esta opinión: «Si verdaderamente de la índole y de las circunstancias de un caso dado de silencio puede con fundamento argüirse que una persona haya querido conferir un derecho a otra o renunciar a un derecho propio o imponerse una obligación en favor de ella, en una palabra, dar nacimiento a un contrato con esa otra persona, tomado el contrato en su más lato sentido de negocio jurídico *inter vivos*, la interpretación del silencio se resuelve manifiestamente en interpretación del contrato, cuyo primer objeto es indagar si hubo realmente contrato, esto es, si entre el silente y aquel que frente a él formuló una proposición o realizó un hecho, se ha concluido un contrato y cuál sea. Es razonable, por tanto, y posible, acudir en nuestro derecho positivo, al aprovechamiento de esos principios generales del silencio para resolver los casos no previstos en él.» (El silencio en el Derecho, p. 99.)

(2) Vid. págs. 655 y 656.

V.I.—PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVO EL CRÉDITO GARANTIZADO CON PREnda, VENCIDA LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL.

A.—Si el crédito objeto de la prenda, está representado por un título, el tenor literal del artículo 1.872 del Código civil nos indica el procedimiento; en efecto, con arreglo a dicho precepto legal, bastará que el acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, proceda «por ante Notario a la enajenación de la prenda», que habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y si tampoco tiene resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito. Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán con arreglo al Código de Comercio (1).

Sobre el alcance que tiene la adjudicación de la prenda al acreedor pignoraticio en pago de su crédito, el Tribunal Supremo, en 27 de Abril de 1918, tuvo ocasión de pronunciar una sentencia, que brevemente extractaremos:

Una importante entidad bancaria prestó cierta cantidad con garantía de acciones preferentes de una Sociedad, que le fueron entregadas en prenda y con la fianza personal de dos señores; anunciada la venta de aquellos títulos, por incumplimiento del prestatario, nadie solicitó que se les enajenaran; por lo cual, el acreedor, se los adjudicó, declarándose dueño de ellos. Reclamó, después, el importe del préstamo a los fiadores, y dictada sentencia absolutoria, interpuso recurso de casación, que el Tribunal Supremo deseñimó, fundándose, entre otros, en los siguientes considerandos: que al prescribir el artículo 1.872 del Código civil que el acreedor «en determinado caso del contrato de prenda, podrá hacerse dueño de ésta, y entonces deberá dar carta de pago de la totalidad de su crédito, tal precepto fué aplicado con acierto en la sentencia recurrida, ya que el derecho concedido a fin de apropiarse la prenda lo establece dicho artículo para cuando el

(1) Vid., sus artículos 320 a 324.

acreedor así lo resuelva, como lo hizo el recurrente, en vista de haberse agotado sin éxito los procedimientos señalados para la venta, ya se intente ésta por ante Notario y en subastas públicas, ya por ante Agente comercial, mediando la Junta Sindical, según se trate o no de valores cotizables»; y que «no obsta a tal doctrina que dicho artículo 1.872 trate en su párrafo segundo de la prenda consistente en valores cotizables, porque dicho párrafo no contiene precepto distinto del que ocasiona el artículo ni modifica el del párrafo primero, en extremo diferente del de la determinación de la forma en que habrán de ser vendidos los valores cotizables, cuando en ellos consista la prenda...»

B.—Si el crédito pignorado no estuviese representado por un título, entendemos que se puede seguir también el procedimiento que establece el artículo 1.872 del Código civil, cumpliendo, además, los siguientes requisitos:

a) En el anuncio de las subastas, se indicará la naturaleza del crédito pignorado, su cuantía, nombre del deudor del mismo, fecha en que se le notificó la existencia del contrato de prenda a que servía de garantía y la respuesta que diera prestando su asentimiento, o expresión de no haber dado ninguna.

b) Una vez adjudicado el crédito a uno de los postores de la subasta, o en su caso al acreedor pignoraticio, el Notario autorizante de la misma deberá notificarlo al deudor de dicho crédito, con expresión del nombre y residencia del adjudicatario, para que le pague su importe el día de su vencimiento, y en su caso, los intereses pactados en las fechas correspondientes, quedando subrogado dicho adjudicatario respecto al crédito que le ha sido enajenado, en cuantos derechos y acciones podría ejercitar, en relación al mismo, su anterior propietario.

Como indicábamos en la introducción, nos hemos limitado en este trabajo a estudiar el aspecto civil de la prenda de créditos. Relacionadas con esta cuestión, existen otras, muy interesantes y de no fácil solución, de carácter mercantil y procesal, de las que nos ocuparemos en otro trabajo, que servirá de complemento al que aquí damos por terminado.

MANUEL ROSENDE HONRUBIA.

ABOGADO

El artículo 41 de la ley Hipotecaria⁽¹⁾

(Nuevas impresiones sugeridas por la reforma del artículo 100 del Reglamento.)

La reforma del Reglamento hipotecario, en la parte que se relaciona con el artículo 41 de la ley, hace que de nuevo pida acogida en la Revista, para publicar esta segunda parte de mis *impresiones* sobre la precitada reforma, ya que el desenvolvimiento dado al artículo 100 reglamentario, en el Decreto últimamente publicado, parece dar la razón a las afirmaciones y temores manifestados en mi anterior artículo, aparecido en el número 30 de esta publicación, correspondiente al mes de Junio último.

La importancia de la materia, y la diversidad de opiniones que la nueva redacción dada al artículo 41 de la ley, ha suscitado, está probada con el notabilísimo trabajo de D. Jerónimo González, que vió la luz en el citado número de este periódico, en cuyo estudio, desde campo opuesto al por mí defendido, trata de la reforma con la erudición y competencia tan reconocidas en él, elevando la discusión a una altura, a la que yo no puedo ascender, y quizás por ello juzgue, que amplía demasiado el campo de acción del artículo 41 de la ley, en su redacción primitiva, ya que, en mi modesta opinión, ni el alcance del mismo es tanto, ni tal fué la intención de los legisladores que incorporaron ese principio a nuestra ley, pues, sigo entendiendo, que el único objeto de tal disposición fué el de evitar al propietario inscrito que se veía perturbado, o despojado, o de cualquier forma inquietado en su derecho, que tuviese

(1) Véase el número 30 de esta Revista.

que acudir a los Tribunales de justicia, con el carácter de demandante, ejercitando, ya la acción *interdicial* (1), ya la correspondiente al juicio declarativo oportuno.

No está en mi ánimo entrar en polémica con nadie, y mucho menos con la indiscutible autoridad del Sr. González, respecto del verdadero alcance y significado del primitivo artículo 41, ni de los del reformado; en primer lugar, porque ya he manifestado antes que no me considero capacitado para medir mis armas con aquél; en segundo término, porque a nada conduciría ya esta discusión, después de la reforma del Reglamento, y, por último, porque no

(1) Cordialmente agradezco al Sr. González la previa defensa que de mí ha hecho en las notas a su notable artículo antes citado (páginas 432 y 433 del indicado número de la Revista) contra los pecados de inconsciencia que se me pudieran atribuir; pero me deja al descubierto en cuanto a la arbitrariedad, y necesiso defenderme, puesto que con las notas ha sido llamada la atención de los lectores sobre un detalle lingüístico que de otro modo habría pasado inadvertido.

No juzgo propia de este lugar la controversia, ni me considero capacitado para sostenerla, y por ello me contraeré a exponer las razones de mi manera.

Desde luego me acojo a la declaración de mi querido amigo el ilustre Director de esta Revista, de que la Academia no apadrina ninguna de las dos dicciones: *interdictal*, ni *interdicial*; y esta circunstancia me autoriza a adoptar la que mejor me parezca, pues que estamos en una época de transformación del idioma por tantoéos, en la que cada cual escribe como se le antoja, inventando neologismos, retorciendo símiles, mudando letras, trasladando significados y alterando regímenes; pero ninguna de las dos formas me seduce, y si he introducido la segunda ha sido en tributo a la tendencia modernista de los que han ideado la primera. En el lenguaje clásico forense debería decirse *interdictorio* (posesorio, interlocutorio, restitutorio) y si se quiere modernizar, mejor regla de transformación es conservar como raíz la palabra, poniéndole la terminación *al*, así: *interdictual*, a ejemplo de usual, contractual, habitual, etc.

Interdicial es una voz áspera, contraria al espíritu del castellano, mientras que *interdicial* tiene la suavidad y dulzura de la *c* ante las vocales *e*, *i*, solas, o formando diptongo entre sí, o con las otras. Y en esta dirección se entendió siempre el uso al traducir del latín; respeto la aseveración de que los modernos latinistas conservan el sonido fuerte de la *t* en *actio*, *gratia*, pero yo, en esta materia, doy más fe a los antiguos, que al castellanizar las locuciones latinas establecieron la equivalencia *t* = *c*; de modo que ahora no se puede decir que *conservan*, sino que *abandonan* el verdadero estilo.

Conste, pues, que no me he dejado guiar por el capricho, y sí por la reflexión, en la forma *interdicial*.

quiero privar a los lectores de la Revista de espacio en el que puedan insertarse trabajos de mayor sustancia y doctrina de las que contienen los que yo pueda producir.

Sin embargo, no he de dejar de manifestar mi opinión de que la reforma, o mejor dicho, el nuevo artículo 100 del Reglamento, ha venido a dejar las cosas como antes estaban, y a darle al artículo 41 de la ley la fuerza y vigor que le concedió el legislador del nueve, y de las que le había privado el Real decreto de 13 de Junio próximo pasado.

La diferencia esencial entre ambos textos, estribaba en que, en el moderno, se había suprimido la prevención del mantenimiento o reintegración judicial por el procedimiento establecido en la ley de Enjuiciamiento civil, y que, por consiguiente, y con arreglo a los rectos principios de hermenéutica legal, había que considerar que, desde la promulgación de la reforma, se había hecho imposible la utilización del trámite de posesión judicial en actuaciones de jurisdicción voluntaria. La enjundia del artículo 41 era esa, y si se la suprimía (y el citado Real decreto la suprimió) no quedaba nada de aquél, al menos en lo esencial, lo inmediato, lo tangible (1).

La nueva redacción dada al artículo 100 del Reglamento, no sólo consiente que se pueda pedir la posesión judicial, aun en los casos en que proceda el interdicto de adquirir (antes había diversidad de opiniones sobre ello), sino que preceptúa que se dará siempre, y aunque se formule oposición, estableciendo, para este caso, los trámites que hay que seguir para formalizarla y contestarla, y remitiendo luego para la discusión y resolución oportunas a la tramitación propia de los interdictos de adquirir.

Siempre estimé que las interpretaciones, dudas y oscuridades que pudiera ofrecer el artículo 41 de la ley del nueve, debieran ser resueltas por procedimiento reglamentario, mediante la fijación de uno especial para el desenvolvimiento debido del precepto de la

(1) Tan común ha sido esta opinión entre la mayoría de los Registradores, y muy principalmente entre los que simultanean el ejercicio del cargo con el de la profesión de abogado ante los Tribunales, que, no hace mucho, me decía un ilustre compañero, ya jubilado: «Tal han dejado el artículo 41, que ya no pienso llevar a inscribir más bienes, y aconsejaré a mis hijos la misma conducta, pues nos han matado el Registro.»

ley, y en este sentido me pronuncié en la Memoria reglamentaria en que se trató de esta cuestión. Así, pues, no es de extrañar que me muestre casi conforme con el nuevo artículo del Reglamento, pues con su orientación lo estoy en absoluto; y mi discrepancia estriba sólo en cuestión de procedimiento, por estimar que no es el adecuado el que se fija para resolver la oposición que a la posesión judicial obtenida se haga, ya que entiendo que desde el momento en que se va a discutir quién es el poseedor de mejor derecho, deben admitirse todos los medios de prueba, y no dejar éstos reducidos a los propios del interdicto de adquirir. Además, y puesto que es cuestión de derecho la que hay que resolver, parece lo lógico que, después de practicada la prueba pueda hacerse el resumen de ésta y alegar en derecho con relación a la misma: y esto no cabe en el juicio verbal en que se prescribe se desenjuelve la oposición. Hubiera sido mucho mejor, a mi entender, que se hubiera sujetado la tramitación de la oposición, una vez evacuada la contestación al escrito inicial, a la establecida para los incidentes en la ley de Enjuiciamiento civil, ya que en ella se da la amplitud suficiente a las pruebas y alegaciones.

Algunos cabos sueltos quedan con la redacción que se ha dado al artículo, que pueden ser causa de dificultades que se presentarán en la práctica. Así, por ejemplo, parece que la oposición haya de hacerse antes de darse la posesión, pues no otra cosa significan las palabras *sin perjuicio de dar la posesión pedida*. ¿Y si se manifiesta después de dictado el auto ordenando dar la posesión en el instante material de darla, o después de realizada la diligencia? ¿Ya no será de aplicación lo preceptuado en el citado artículo? Si este no es de aplicación, ¿se habrá de acudir al juicio ordinario? ¿Dentro de qué plazo?

Hubiera sido preferible que todo esto hubiera quedado bien puntualizado, estableciendo, por ejemplo, que dentro de los quince días siguientes al de haberse dado la posesión pudiera formularse oposición a ella, y que, transcurrido este plazo sin haberlo realizado, quedaría caducado el derecho del que hubiese sido desposeído para formularla en ninguna clase de juicio.

Conforme al nuevo texto del artículo 41 de la ley, la presunción en el mismo establecida subsistirá mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con

la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición, a tenor del artículo 445 del Código civil. Es decir: que en uno u otro caso la declaración de los Tribunales ha de ser la de la existencia de un derecho preferente al del titular inscrito, y en este sentido parece que la sentencia que se dicte lo haya de ser en trámite de juicio de derecho.

Según el artículo 100 del Reglamento, la oposición que a la posesión pedida y conferida se formule, ha de ser tramitada por el juicio verbal del interdicto de adquirir, y la sentencia que se dicte habrá de contener uno de los dos pronunciamientos a que se refiere la última parte del artículo 41 de la ley. ¿Qué fuerza se ha de conceder a estas sentencias? ¿Tendrán virtualidad suficiente para cerrar el paso al juicio ordinario correspondiente, caso de que el perjudicado por ella lo quisiera promover? Si a la teoría general de los interdictos nos atenemos es indudable que no, pero si atendemos a la letra y al espíritu del artículo 41, hay que pronunciarse por la afirmativa.

Dada la importancia del artículo 41, más que hacer referencia a la ley de Enjuiciamiento civil, hubiera sido mejor establecer un procedimiento especial para su desenvolvimiento, en el que se hubieran tenido en cuenta todas las particularidades que apuntadas quedan, y las demás que un detenido estudio de la cuestión pudiera sugerir; y del mismo modo que se estableció un procedimiento especial para el ejercicio de la acción hipotecaria, hubiera podido establecerse otro para el de la conferida por el artículo 41.

La reforma de este último no tuvo más fin que el de corregir y evitar los abusos que a la sombra del primitivo texto pudieran cometerse, desnaturalizando su verdadero sentido. Se decía que se utilizaba para ejercitar el desáucio (1); para pedir la posesión

(1) Corresponde al castellano el inérito de escribirse como se pronuncia y con un valor único de cada letra, habiendo desaparecido la duplicidad de la *x*, quedando sólo las dudas respecto a la sílaba *ge* o *je*, y la excepción de la *h* muda. Siguiendo dicha regla, afirmo que debe escribirse *desáucio*, porque así, haciendo sonido del diptongo *au*, y cargando el acento sobre la *á*, es como todo el mundo pronuncia, no sólo ese sustantivo, sí que también su verbo *desáuciar*. Dice el Sr. González, en su segunda nota, que el *pueblo virgen* separa la vocal fuerte de la débil, como en *ahumar. Pro me laboras.*

La *h*, con efecto de diéresis, disuelve el diptongo, o lo impide. En el ejemplo alegado, la *h* sustituye a la *f* (como en *zaherir*, *ahondar*, *ahijar*), y des-

de una finca vendida, etc. Estos eran los principales males que, al decir de sus detractores, tenía la facultad de pedir la posesión judicial, y no admitir la oposición que se hiciera. El inquilino, el arrendatario, el colono, hasta el verdadero poseedor, podían ser atropellados. Había que acabar con este estado de cosas, y se modificó el artículo, suprimiendo de él lo que de esencial tenía. Pero viene la reforma del Reglamento, y se concede de nuevo la facultad de pedir la posesión judicial, y se determina que se dé, no obstante la oposición que se haga... Quedan, pues, las cosas lo mismo que antes estaban, con los mismos peligros, los mismos defectos y los mismos abusos posibles..., y con el semillero de pleitos y cuestiones a que las dudas y lagunas antes apuntadas puedan dar lugar, dejando ancho campo a los Tribunales para que puedan hacer uso de sus facultades interpretadoras de la ley. Esta debe ser tan clara y precisa, que no dé lugar a interpretaciones varias, y cuando su reforma se acomete debe ser con el fin de huir, en lo humanamente posible, de aquellas. En el presente caso no ha sido así, y como la reforma de la ley, completada con la de su Reglamento, plantea nuevas cuestiones que los Tribunales serán los encargados de resolver, y habrá de transcurrir mucho tiempo hasta que la jurisprudencia se unifique, de aquí que ponga fin a éstas líneas manifestando mi sentir de que la reforma hecha en la ley Hipotecaria, en cuanto al punto concreto a que me he venido refiriendo, no sólo no ha servido de nada para el fin que

aparecida esta letra, quedaría *aumar*, que el *vulgo virgen*, seguramente pronunciaría, diptongando *áumar*. En nuestro caso, metida la *h* entre la *a* y la *u*, fuerza a leer, deletreando, des-a-ú-cio, contrariando o destruyendo la eufonía de la palabra.

Hace tiempo que se trató de explicar esta anomalía etimológicamente, y de allí vino lo de *desafidutiare*, *desafutiare*, *desafútio*. Prescindo de la legitimidad de ese latín, que se me antoja macarrónico (tal vez porque no soy latinista, ni moderno ni antiguo), y vuelvo a mi tema fonético: *desafútio* tiene el acento en la *u*, y todos lo pronunciamos en la *a* del diptongo.

No trato de convencer a nadie, pero me mantengo y me ratifico en mis *trece*, por la persuasión adquirida, en virtud de las razones que para explicar la ortografía de esta palabra expuso mi señor padre, D. Víctor Navarro y Reig, al tratar del juicio de *desáucio*, en su obra «Práctica de los Juzgados municipales». (Valencia, 1894.)

sus autores perseguían, sino que ha sido perjudicial, por cuanto, dejando el camino expedito para caer en los mismos defectos que antes existían, crea nuevos conflictos que habrán de resolver los juzgadores, según su particular criterio.

A D I C I O N

Escritas las precedentes líneas, llega a mis manos el magistral trabajo que, referente a la reforma del artículo 41 de la ley Hipotecaria, inserta la *Revista de Derecho Privado* (números 166-167. Julio-Agosto 1927), debido a la pluma del notable publicista y culto Registrador de la Propiedad, D. Carlos López de Haro.

Estudio completísimo, profundo, metódico, de lo que el citado artículo es y significa, antes y después de su reforma, y de las razones que determinaron su incorporación a nuestra ley, merece ser leído y meditado por cuantos quieran formarse un cabal concepto de la cuestión debatida, ya que en él han de encontrar resueltas con claridad meridiana la casi totalidad de las dudas existentes, tanto respecto del texto antiguo como del moderno.

Cábeme la honra de coincidir en absoluto con tan ilustre y querido compañero en la mayoría de los puntos de vista que expone y en las apreciaciones que hace, y sólo he de oponer algún reparo a ciertas afirmaciones suyas, que están en abierta contradicción con las por mí sustentadas de antiguo. Una de ellas es la de que, según el Sr. López de Haro, la presunción posesoria que establece el articulado de la ley, es *juris et de jure*, en tanto que yo he entendido siempre que no alcanza esa categoría, sino la más modesta de *juris tantum*.

Entiende el citado autor, que la presunción es *juris et de jure* porque radica en la inscripción, y ésta podrá ser controvertida, pero la posesión que la ley le atribuye no es posible controvertirla; y después añade que si los artículos 15 y 41 (de las leyes de 21 de Abril de 1909 y del texto definitivo, respectivamente), no empleasen las palabras *se presume*, no diría que establecen una presunción, sino que hacen una declaración terminante y categórica.

Para mí, y según repetidamente tengo manifestado en distintas ocasiones, la referida presunción es *juris tantum*, ya que contra ella,

en uno u otro momento, cabe la prueba en contrario ; lo que no es posible en las de *juris et de jure*. Las que tienen este carácter, son permanentes, inatacables, y como no admiten prueba en contra, los Tribunales no las pueden discutir. Si la presunción de que nos venimos ocupando fuera de tal índole, la posesión conferida al titular inscrito sería incontrovertible, inatacable, y ni aun en el juicio ordinario cabría volver sobre ella.

No desconozco que son en gran número los partidarios de la teoría sustentada por el Sr. López de Haro, respecto de la naturaleza de la presunción establecida por el artículo 41 de la ley, pero estimo que si esta era cuestión opinable con el texto antiguo, no puede serlo con el nuevo, puesto que la presunción cede ante cualquiera de las declaraciones de los Tribunales, a que hace referencia el último inciso del artículo.

Tampoco estoy conforme con la interpretación dada a la última parte de la reforma del repetido artículo, al estimar que ordena que el que pretenda ir contra esa posesión (la de quien tiene inscrito) ha de entablar demanda ante los Tribunales, para que hagan una de las declaraciones del último inciso.

Si se tiene en cuenta que el principal fin de la reforma fué el de atenuar (digámoslo así) los rigores que se creían ver en el texto antiguo, la interpretación apuntada es inadmisible, puesto que, en vez de mitigar, lo que haría sería *remachar el clavo*, como vulgarmente se dice. Y no es que crea que esa interpretación no debiera darse, pues, por el contrario, estimo que eso es lo que debiera ser, sino que como creo que la interpretación justa de las leyes debe buscarse colocándose en el lugar del legislador, y teniendo en cuenta las circunstancias y principios que presidieron a su elaboración, atendiendo a ello, es muy difícil que la comentada interpretación pueda prevalecer. Así parece también darlo a entender la reforma del Reglamento, al tratar del juicio en que la oposición a la posesión conferida haya de tramitarse, pues excluye todas las formalidades de un juicio de derecho, que es el que sería procedente, según más arriba he manifestado.

Y como la *post data* va resultando casi tan larga como la carta, hago punto final, no sin antes advertir que las discrepancias apuntadas, como algunas otras que pudiera manifestar acerca de los artículos reglamentarios que propone el autor del trabajo a que

me refiero en estos renglones, no tiene más objeto que el de explicar la razón de algunas opiniones mías (que por ser más carecen de autoridad) expuestas en anteriores ocasiones, pero sin que ello signifique empeño de empequeñecer ni menoscabar el notabilísimo estudio que ha dado origen a estos renglones.'

JOAQUÍN NAVARRO Y CARBONELL.

Registrador de la Propiedad.

BANCO HISPANO-AMERICANO

CAPITAL: 100 000.000 DE PESETAS

Domicilio social: Plaza de Canalejas, 1. MADRID Sucursal del Sur: Duque de Alba, núm. 15.

SUCURSALES Y AGENCIAS

Albacete, Alcira, Alcañiz, Alcoy, Alicante, Almería, Antequera, Aranda de Duero, Badajoz, Barbastro, Barcelona, Béjar, Bilbao, Burgos, Cabra, Cáceres, Cádiz, Calahorra, Calatayud, Caspe, Castellón de la Plana, Cartagena, Córdoba, Coruña, Don Benito, Ejea, Egea de los Caballeros, Elda, El Ferrol, Estella, Figueras, Gandia, Granada, Guadalajara, Huelva, Huesca, Jaén, Jáliba, Jerez de la Frontera, Jumilla, La Palma del Condado, Las Palmas, Linares, Logroño, Mahón, Málaga, Medina del Campo, Medina de Rioseco, Mérida, Monforte, Motril, Murcia, Olot, Onteniente, Orense, Palma de Mallorca, Pamplona, Plasencia, Pontevedra, Ronda, Sabadell, Salamanca, Sanlúcar de Barrameda, Santa Cruz de la Palma, Santa Cruz de Tenerife, Santander, Santiago, Sevilla, Soria, Tafalla, Tarrasa, Teruel, Torrelavega, Tudela, Tuy, Utiel, Valdepeñas, Valencia, Valladolid, Vélez Málaga, Vigo, Villafranca del Panadés, Villagarcía, Villarreal, Villena, Viveiro, Zafra y Zaragoza.

Realiza, dando grandes facilidades, todas las operaciones propias de estos Establecimientos, y en especial las de España con las Repúblicas de la América Latina.—Compra y vende por cuenta de sus clientes en todas las Bolsas toda clase de valores, monedas y billetes de Bancos extranjeros.—Cobra y descuenta cupones y amortizaciones y documentos de giro.—Presta sobre valores, metales preciosos y monedas, abriendo cuentas de crédito con garantías de los mismos.—Facilita giros, cheques y cartas de crédito sobre todas las plazas de España y extranjero.—Abre cuentas corrientes con y sin interés.—Admite en custodia en sus cajas depósitos en efectivo y toda clase de valores.

Departamento de Cajas de seguridad para el servicio de su clientela, abiertas desde las ocho de la mañana a las nueve de la noche.

Dirección telegráfica: HISPA MER

EL RÉGIMEN INMOBILIARIO EN RELACIÓN CON LA POLÍTICA SOCIAL AGRARIA

Nuestro régimen inmobiliario, inaugurado con la ley Hipotecaria de 1861, fué un avance considerable en el régimen jurídico de la propiedad inmueble española; promulgada dicha ley en pleno siglo XIX, en el apogeo de las doctrinas individualistas, no podía llegar a mayor perfección al organizar el Registro de la Propiedad, que, indudablemente, representa una tutela del Estado en el régimen de la misma. Entonces imperaba la doctrina de la autonomía individual, la concepción del derecho de propiedad privada, como uno de los derechos del hombre, que estaban por encima de la acción del Estado; por eso, los principios que informaron la ley Hipotecaria, no tuvieron en cuenta el interés que aquél tiene y la influencia que debe ejercer en la distribución y aprovechamiento del suelo, y ante la urgente necesidad que entonces ya se sentía de que la propiedad territorial sirviera de base al crédito, de que no fuera una excepción en el orden económico al amplio desarrollo que en todos los órdenes significa ese enorme instrumento de progreso, a cuyo amparo se desarrollaron las empresas y adelantos del siglo XIX, se limitaron a proteger al tercero, y especialmente al acreedor hipotecario, contra los peligros derivados de la clandestinidad en que se desenvolvía la vida jurídica de dicha propiedad, proporcionando así al propietario un medio de obtener crédito a interés corriente, y librándolo de las garras de la usura; de aquí el nombre de ley Hipotecaria con que designaron la reforma, y el carácter voluntario que asignaron a la inscripción.

Hoy los principios que imperan en el campo del derecho y en la doctrina de los fines del Estado son otros, y la base jurídica para

fundar y construir el Registro de la Propiedad se ha ensanchado enormemente; hay autores como Duguit que niegan la existencia del derecho subjetivo, y aun entre los que no lo niegan, existen los que sostienen que es la ley la única fuente de las obligaciones y de los modos de adquirir.

Por lo que respecta a la teoría del nacimiento de los derechos reales sobre bienes inmuebles, ¿hay algo más inconsistente que la tradición entendida al modo romano? Ya aquel pueblo, por excelencia jurisperito, había comprendido la dificultad de la entrega de la cosa en los bienes inmuebles, que no podemos cogér ni llevar de un sitio a otro, y que, sin embargo, podemos transferir, contratando en punto tan distante de donde se hallen situados, que no sea posible, ni en el acto de la transferencia, ni aún bastante después, la ocupación material de los mismos, y de aquí que, fértiles los romanos en ficciones jurídicas, acudieron a la tradición simbólica y a la tradición fingida, y para los derechos incorporales a la quasi tradición. Mas, ¿qué queda de estas formas de tradición si serenamente se examinan?; nada, la palabra misma lo dice; son ficciones; y en realidad no hay en ellas entrega de la cosa..

Nuestro Código civil cae en semejantes despropósitos, incurriendo en contradicción en sus artículos 609, 1.462 y 1.473; dice en el 609 que la propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos, mediante la tradición; sostiene el segundo párrafo del 1.462, que el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega de la cosa, y el 1.473, en el caso de doble venta, dice que si la cosa es inmueble, se transmite la propiedad al que sea primero en la inscripción, y si no media ésta, al que antes tome posesión; ¿cómo conciliamos esta doctrina, con la de que el otorgamiento de la escritura equivalga a la entrega material?

‘No quiere decir lo expuesto que baste el consentimiento para engendrar el derecho real en nuestra humilde opinión, no; para el nacimiento del derecho real es preciso el asentimiento de la sociedad, y ya de esto hay atisbos en la antigüedad, cuando se publicaban en las Iglesias las transmisiones de inmuebles: el derecho real, creeemos qué necesita para nacer, no de la concesión, cómo sostienen los que como los socialistas creen que toda propiedad inmueble es del Estado, pero sí de la declaración de legalidad con que éste sañcione el acto transmisor o constituyente del derecho real’.

que así queda perfecto, produciéndose *erga omnes* todas sus consecuencias jurídicas.

Hoy las legislaciones siguen en Derecho civil la corriente intervencionista que impera en el Derecho administrativo y político; así lo vemos en la regulación del contrato de trabajo, accidentes del mismo, redención de foros, etc., y hasta el mismo Código civil, que es espiritualista en general, se hace formalista en ciertos contratos, como la donación y la hipoteca, y en actos, como la repudiación de la herencia; y por lo que respecta al matrimonio, no le reconoce efectos civiles, mientras no se inscribe en el Registro civil, artículo 53 y 79 del Código. Y aun la misma Iglesia católica, que sostiene que el matrimonio es un Sacramiento, cuyos ministros son los contrayentes, subordina su validez a que se celebre ante el párroco propio o su delegado, rogado para el acto, según introdujo el decreto *Ne temere*, y mantiene el Código canónico en sus cánones 1.094 y siguientes.

De esta suerte, en nuestra opinión, siendo la propiedad de la tierra una de las de mayor importancia, como que afecta a la misma base donde el Estado se asienta, no debe éste limitar su intervención en el aspecto jurídico de la misma, a tener un Registro de carácter voluntario, donde se reflejen los actos traslativos y declarativos del dominio y demás derechos reales, al solo efecto de perjudicar a tercero. El Estado debe hacer algo más; debe exigir para la validez de tales actos su aprobación, y de esa manera impedirá que surtan efectos actos nulos y ejecutados en fraude de la ley; serán realidad las disposiciones protectoras de menores, mujeres casadas, etc., y podrá seguir una política eficaz en el régimen y distribución de la propiedad inmueble, al mismo tiempo que garantiza la situación jurídica del propietario, poniéndole al abrigo de pleitos y discusiones. Ahora bien, el órgano adecuado para tal intervención es el Registro de la Propiedad, ya que únicamente por él se consigue la publicidad necesaria del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, y que asentado sobre las bases de especialidad y legalidad está desempeñado por letrados rigurosamente seleccionados y especializados en las cuestiones de derecho inmobiliario.

Mantener el Registro de la Propiedad con carácter voluntario, es buscar su fracaso, y además engendrar un dualismo peligroso, ex-

puesto a muchos fraudes, como la realidad comprueba, porque creciendo muchas fincas de inscripción, se prestan a maniobras simuladas, como las que se ejecutan al amparo de los débitos de contribución y ley de retractos, despojando de sus derechos a verdaderos dueños; que no pueden enterarse hasta que el daño se consuma. Además, la ley de terceros o Hipotecaria infringe el principio metafísico de contradicción; en efecto, éste nos enseña que una cosa no puede ser, y ser, al mismo tiempo; pues bien, dicha ley nos dice que una persona puede al mismo tiempo ser o no ser dueña de una cosa, según intervenga o no tercero hipotecario. Hoy, que se impone la política social agraria, ¿no nos está demostrando la realidad que fuera del Registro no pueden resolverse problemas como la redención de las tierras por los cultivadores; feros; patrimonio familiar inembargable e indivisible, resolución del problema del arrendamiento, etc.?

Con arreglo a la legislación actual, el que realiza un acto nulo de transmisión de inmuebles, se encuentra con que el Estado se lo aprueba, pues admite el documento para liquidación del impuesto de derechos reales, y con él la variación jurídica en el catastro, y amillaramiento; de aquí que si el adquirente es ignorante vea que está legalizado el acto, y si es culto sabe que con esos requisitos y la prescripción de acciones lo convertirá en válido en poco tiempo. En cambio, si la inscripción fuera requisito necesario para la existencia de la transmisión, y por tanto, el acto no inscrito no surtiera efecto en ninguna oficina, la calificación del Registrador ampararía el cumplimiento de las leyes y los intereses del adquirente de buena fe.

Claro es, que para aplicar el principio de obligatoriedad de la inscripción es preciso hacer ésta accesible a la pequeña propiedad; así como en lo contencioso la tramitación de los asuntos se amolda a distintas reglas, según la cuantía del pleito; existiendo el procedimiento verbal, el de menor cuantía y el de mayor cuantía, en el cumplimiento extrajudicial del derecho, también debieran ser distintas las solemnidades requeridas para la inscripción de los títulos, según el valor de los bienes a que se refieran; es absurdo aplicar el mismo criterio a la venta de una finca que valga cien pesetas; que a la de una, que valga cien mil; exigir las mismas solemnidades a la partición de una cuantiosa herencia que a la de un caudal in-

significante, o a la tutela de menores ricos que a la de los pobres. No tener en cuenta esta parte que pudiéramos llamar económica, es la causa de que la pequeña propiedad no se halle inscrita con evidente perjuicio para los propietarios. Como ejemplo de simplificación, véase lo que un reciente Real decreto resolvió para la hipoteca en garantía del dinero que el Estado facilita para redención de fotos.

Sólo nos resta hacer una observación por lo que respecta a perjuicios posibles para los funcionarios que viven del arancel, y es que ni la reducción de éste ni la posibilidad de prescindir de alguno de los que hoy intervienen en los actos inscribibles, les perjudicaría en sus intereses, teniendo en cuenta que con la inscripción obligatoria se formalizarían muchos actos de importancia que hoy, al amparo del principio de voluntariedad, quedan en simple documento privado.

GREGORIO TREVIÑO.

Registrador de la Propiedad.

cordos en el principio de la sucesión, que es el que más se acuerda con la teoría del dominio y la posesión, y que es el que más se acuerda con la teoría del dominio y la posesión.

TRACTO SUCESIVO

En contraposición a los sistemas hipotecarios que, como el Acta Torrens, y sus precedentes germánicos, otorgan una propiedad alodial *ex novo* al adquirente, sin nexo jurídico con otro causante que el Estado, de quien recibe la investidura, declaran nuestros comentaristas que el *tracto sucesivo* es el principio básico de la legislación española.

Los libros hipotecarios han de mostrar el encadenamiento del causante al sucesor mediante eslabones *formales* que registren en serie los actos de transferencia, constitución y extinción de los derechos reales inmobiliarios. Y cada uno de estos asientos que reflejan el historial de la finca y encierran el contenido real de los títulos presentados, se apoya, según hemos visto, en el consentimiento del anterior titular hipotecario, o en una sucesión del mismo por ministerio de la ley.

Dos aspectos, por lo tanto, tiene el principio examinado: *sustantivo* o civil, y *adjetivo* o formal, conforme haga referencia a la necesidad de que el acto inscribible se derive del titular inscrito; o mire a que los distintos actos consten independientemente en el Registro, en inscripciones separadas y sin amalgamar varias transiciones en un solo asiento.

Lógica consecuencia del principio, es la previa inscripción que exige el párrafo primero del artículo 20 de la ley Hipotecaria:

«Para inscribir o anotar los documentos en virtud de los que se transfiera o grave el dominio o la posesión de bienes inmuebles o derechos reales, deberá constar, previamente inscrito o anotado, el derecho de la persona que otorgue, o en cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen.»

El párrafo transcrito reproduce la doctrina del artículo 20 de la primitiva ley, un poco oscurecido por la redacción del 1869, y tiene la doble finalidad de proteger al titular inscrito contra los actos de personas extrañas y de facilitar al Registrador la prueba de los derechos.

«Ninguno de ellos nos indica quién y cuándo puede transmitir o disponer de una finca o derecho, ni concentra en el titular inscrito exclusivamente las facultades dispositivas.

Desde la rígidez de las antiguas legislaciones de Nassau y Meklemburgo, y de las leyes prusianas de Mayo de 1872, que sólo concedían tales facultades a los titulares según el Registro, se ha pasado al principio llamado de confirmación o convalecencia que permite la inscripción de los actos otorgados por cualquiera, siempre que al practicar el asiento aparezca el disponente inscrito como titular. Yo vendo hoy el palacio del duque de Alba, y para inscribir este título, el adquirente no necesita, en su día, mas que una inscripción a mi nombre por cualquier causa y en cualquier tiempo.

La posición de nuestra técnica en el problema, es muy discutible.

Por de pronto, se recogió de las Partidas el principio de que «si alguno esperando de aver el señorío de una cosa», la empeñase y luego «ganase el señorío, también finca obligado como si oviese el señorío e la tenencia de ella cuando la empeñó» (1) para inscribir la hipoteca constituida sobre finca ajena por el que tuviese una expectativa (2), y sin dificultad se inscribió la hipoteca, sobre el inmueble vendido, en garantía del precio aplazado, constituida por el comprador en la escritura de compraventa, a pesar de que en tal momento la finca seguía inscrita a favor del vendedor. Después, y como excepción al artículo 17 de la ley Hipotecaria que regula el efecto de los asientos de los títulos traslativos respecto de otros anteriores en fecha, se viene admitiendo la inscripción de actos sucesivos por un orden cronológico inverso al de su presentación. «Cuando el Registrador vea que el (derecho) que ha de inscribirse en virtud de un título presentado, y el que se pretende hacer valer por la presentación de otro de fecha anterior conspiran al mismo fin, y éste es fundamento y origen del otro, no debe negar la inscripción solicitada, que a veces será indispensable para poder practicar la que se pidió antes. Así sucede, por ejemplo, cuando presentando un título traslativo de dominio, suspende el Registrador la inscripción por no hallarse inscrito a nombre del transferente, y

(1) Ley 7.^a, tít. XIII. Partida 5.^a

(2) Véase la Resolución de 17 de Julio de 1863.

después éste presenta el suyo, que pôr fuerza ha de ser de más antigua fecha» (1).

Para poner de relieve la importancia del problema y las dificultades de la solución, distinguiremos los supuestos siguientes:

A) El dueño, según el Derecho civil, enajena sin haber inscrito.

B) La enajenación es otorgada por el que tiene una vocación a la cosa, es decir, por quien está llamado directamente a su propiedad.

C) Caso en que enajena el adquiriente por contrato.

D) Enajenaciones del titular apparente consentidas por el dueño no inscrito.

E) Teoría de la convalecencia o confirmación.

A) Como ningún artículo de la ley Hipotecaria reserva exclusivamente al titular la facultad de otorgar actos dispositivos, y la presunción de su artículo 41 no obra *juris et de jure*, es natural que se conceda al dueño no inscrito tal facultad. Todos los supuestos de inexactitud del Registro entrarán dentro de este grupo. Así; el heredero, único testamentario que no ha inscrito su derecho y el *abi-intestato* que no ha obtenido la declaración judicial del suyo, se hallan autorizados para vender, y las inscripciones se realizarán por el orden de adquisición, cualquiera que sea la fecha de los documentos presentados y del asiento de presentación.

B) El vendedor con pacto de retro que desea adquirir el capital necesario para rescatar la finca, constituye sobre ella una hipoteca, ejercita su derecho de retracto y pide con la inscripción del mismo rescate la del gravamen hipotecario. Es el caso de la Resolución citada de 17 de Julio de 1863 que, según los reputados comentaristas Galindo y Escosura, en la cuarta edición de su obra (2), se inspiró más en la equidad que en el derecho estricto. Para apreciar los contactos de la cuestión con la teoría de la convalecencia, que estudiaremos a continuación, basta leer las líneas siguientes del comentario al artículo 17 de la ley: «Sin embargo, en este caso especial, obstáculo estimamos, no pequeño, el que presenta el ar-

(1) Galindo y Escosura. *Comentarios*, I, 657. Cuarta edic. citada.

(2) Tomo I, pág. 653 y II, pág. 276. En la primera edición se aprueba y justifica el contenido de la Resolución citada.

tículo 126^o de la ley (texto antiguo) al establecer que la hipoteca constituida por él que no tenga derecho para constituirla según el Registro, no convalecerá, aunque el constituyente adquiera después dicho derecho. No puede negarse que el hipotecante cuando constituyó la hipoteca, no tenía derecho para constituirla según el Registro, pues que en él no aparecía como dueño de la finca que estaba inscrita a nombre del que la había comprado con el pacto de retroventa; y aun cuando después, al adquirirla por la redención, adquirió al mismo tiempo el derecho para constituir la hipoteca, la hecha antes no convalece, por el voto del artículo 126; y si no convalece, entraña una nulidad originaria.»"

(C) El interés del problema aumenta si aceptamos que el simple titular, por contrato auténtico, de un derecho de crédito dirigido a la adquisición de la propiedad, usufructo, hipoteca, etc.; sobre cosa determinada, se halla facultado para otorgar actos de disposición. Dejemos a un lado el caso de hipoteca en seguridad de precio aplazado, que puede admitir explicación por virtud de una reserva estipulada en el mismo instrumento de transferencia, y que se asemeja al caso de cesión de una finca con reserva de usufructo. Supongamos que el adquirente hipoteca inmediatamente después de firmar la escritura de compraventa. ¿Será inscribible? Contesta afirmativamente la Resolución de 1.^o de Octubre de 1874, considerando que es un equivocado concepto la creencia de que el verdadero dueño, como no tenga inscrito su título de dominio, no puede hipotecar, y si lo efectúa, la nulidad del acto es tan esencial, que no puede jamás convalecer, aunque después aparezca inscrito el dominio. Los buenos principios y el texto literal de la ley rechazan semejante interpretación, arguye el Centro Directivo, que conduciría hasta el extremo de limitar uno de los principales efectos del dominio, alterando esencialmente las prescripciones del Derecho civil (1).

Obsérvese que todo el razonamiento gira alrededor de un *dominio extrahipotecario*, es decir, de un derecho real, existente fuera del Registro y contra sus declaraciones, supuesto que hemos dis-

(1) Cuando, con arreglo al artículo 1.462 del C. c., el otorgamiento de la escritura equivalga a la entrega de la finca, el titular adquirirá un derecho real más bien que un crédito contra el vendedor.

cutido en primer término. Ni por un momento se admite la existencia de una situación intermedia *no real*: el hipotecante era verdadero dueño por «haber adquirido la finca en pública y solémne escritura de quien tenía derecho para enajenarla». Los tres elementos: preexistencia del derecho en el transferente según el Registro, título de adquisición y otorgamiento de escritura pública, que se supone sustitutivo de la tradición, bastan para justificar los actos de disposición como transmisivos de propiedad. Y es seguro que, sin examinar a fondo la situación jurídica, se concedería la facultad de disponer al titular de un *jus ad rem*, siempre que constare la concurrencia de los enumerados requisitos.

Es más, por este valor predominante que se da al título y a pesar de todas las teorías que tienden a afirmar el carácter obligacional de la compraventa, no se haría una sola inscripción, sino varias en el caso de que A venda a B, éste a C, y antes de haber presentado los títulos en el Registro, A, fundado en tal causa, transfiera el dominio a C.

D) Las enajenaciones otorgadas por el titular aparente e inscrito (1) pueden colocar al adquirente en la posición de tercero hipotecario, o no; pero, en uno y otro caso, no encontrarán ninguna dificultad para ingresar en el Registro, porque el examinado principio de trato sucesivo se contenta con una apariencia autenticada. Puede suceder, sin embargo, que en el otorgamiento del acto inscribible haya tomado parte el verdadero titular con el fin de corroborar la adquisición y renunciar a las acciones de impugnación.

¿Exigiríamos en este supuesto que se realizasen las inscripciones correspondientes para justificar la intervención en el contrato del titular verdadero? ¿Qué papel pueden desempeñar en el Registro las declaraciones de personas que no tienen ningún derecho inscrito ni intentan inscribirlo?

La contestación a estas preguntas nos las dará el mismo documento presentado. Si de él se deduce la inexactitud del Registro (2), será preciso inscribir a nombre de los que transmitan. Si

(1) V. gr.: El heredero designado en un testamento abierto, cuando se ha descubierto un holografo posterior.

(2) Por ejemplo: vende el heredero abintestato y ratifica la venta un presunto legatario de la finca.

el tercer corroborante dispone de derechos que necesitan para poder ser ejercitados hipotecariamente de la inscripción (1); tampoco podrá excusarse ésta. Si, en cambio, se renuncia a acciones personales o a derechos de impugnación no inscribibles, deberá prescindirse de las declaraciones para los efectos del Registro.

E) En el sistema hipotecario del Código civil alemán, el trato sucesivo ha recibido una nueva orientación con la teoría de la *convalecencia* o *convalidación*.

Los actos dispositivos otorgados por una persona que no sea el verdadero titular de un derecho serán válidos:

- 1.º Si el derechohabiente los ratifica.
- 2.º Si el enajenante adquiere efectivamente la cosa, que ha enajenado cuando no era dueño.
- 3.º Si el mismo enajenante es heredado por el verdadero titular, y éste responde ilimitadamente por las deudas de su causante.

1.º Aun las legislaciones que dan al contrato, como fuente de obligaciones, un valor preponderante y excluyente, permiten la ratificación de ciertos actos ineficaces por medio de declaraciones en que el titular de un derecho subjetivo manifiesta su conformidad con la actuación ajena.

Esta doctrina, que en parte recoge los precedentes de la *rati-habito* romana, encuentra su campo de aplicación, ya en la subsanación de incapacidades (2), ya en el derecho matrimonial (3), ya en la representación (4), ya en los actos dispositivos del titular de

(1) V. gr.: el acreedor hipotecario cede su derecho real antes de llevarlo al Registro, y se trata de inscribir directamente la hipoteca a nombre del cessionario.

(2) Según el artículo 1.310 del *Código civil*, son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261. Así, el mayor de edad puede confirmar las obligaciones contraídas durante su minoría. (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1904.)

(3) Si los contratos otorgados por mujer casada sin licencia o autorización de su marido son inscribibles (Resolución de la Dirección general de los Registros de 22 de Agosto de 1894) o no son necesariamente nulos (Resolución de 23 de Marzo de 1892), tienen indudablemente la condición de confirmables.

(4) En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante, sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente (artículo 1.727, párrafo 2º del *Código civil*). Véase también los artículos 1.892 y 1.893 del mismo texto legal.

un derecho real limitado (1), ya en las enajenaciones *a non dominio* (2), ya, finalmente, en una serie de actos que invaden la esfera del derecho ajeno mediata o inmediatamente y necesitan la aquiescencia del tercero interesado.

En todos estos casos, la declaración confirmatoria, que no es *causa efficiens*, sino *conditio sine qua non* del negocio jurídico, subsana los defectos del mismo, sin estar rígidamente sujeta a su forma, y cuando no hay terceros interesados provoca efectos retroactivos (3).

La última particularidad permite dar valor a los actos que sobre el ratificable se hubiesen fundado después de la celebración y antes de la confirmación y llena la laguna hipotecaria con las inscripciones que sean precisas para demostrar el tracto sucesivo. Supongamos que A., usufructuario, con facultades de enajenar siempre que B. preste su aquiescencia, vende, sin haberle consultado, la finca a C., que a su vez constituye una servidumbre a favor de D. El Registrador no inscribiría la constitución de servidumbre si antes no se inscribiera la compraventa a favor de C., y rechazaría este título por faltar el consentimiento de B. Caso de que éste confirmase la venta, no habría inconveniente en verificar la inscripción de la misma y de la servidumbre correspondiente, aunque el documento confirmatorio fuera de fecha posterior a la constitución de servidumbre.

Dentro del grupo de actos ratificables, según la legislación española, no caben, sin embargo, todos los otorgados por personas que en el Registro no aparecen como titulares, sino los que por consideraciones especiales merecen este trato legal. De otro modo se transformaría de un golpe la técnica especial de las adquisiciones del dominio y de los derechos reales, dejando atrás el sistema de la ordenanza alemana que permite la inscripción de cualquier derecho (4) si el perjudicado por ella figura en el Registro como titular.

(1) Por ejemplo: los casos a que se refieren los artículos 507 del Código civil y 109 de la Ley Hipotecaria.

(2) Esta materia ha sido descuidada por los civilistas españoles.

(3) Vide los arts. 1.309 y 1.313 del Código civil.

(4) Art. 40. Una inscripción solamente podrá realizarse cuando el perjudicado por la misma está inscrito como titular. Según las prescripciones de

3.º Supongamos qué; después de haberse inscrito un legado (que el albacea autorizado para ello ha entregado), otorga el heredero una escritura de venta del inmueble, ratificándola con posterioridad el legatario; la ratificación unida al documento primitivo no sería inscribible en nuestros libros hipotecarios.

2.º Si el que ha enajenado una finca cuando en realidad y según el Registro no era dueño, la adquiere con posterioridad e inscribe, ¿será inscribible la enajenación anterior?

El derecho romano y el llamado derecho común no conocían esta especie de convalecencia. El propietario podía reivindicar la cosa enajenada por él mismo antes de serlo; pero el adquirente podía contestárle con la *exceptio doli* o la *exceptio rei venditæ et traditæ* y denegar la restitución de lo adquirido del *non dominus*.

En el derecho alemán moderno, se va mucho más lejos. Cuando el que, sin facultades jurídicas, ha dispuesto de una cosa o de un derecho, adquiere una u otro por herencia, legado, compra, donación o cualquier otra causa, se subsana la falta de facultades dispositivas, y se confirma el acto jurídico defectuoso. Caso de haber enajenado sucesivamente a varias personas, solamente se confirmará la primera enajenación si reúna los elementos necesarios (fuerá del poder dispositivo) para provocar la transferencia. En el momento en que el enajenante adquiere la propiedad de la cosa, ya transferida por él, pasa la totalidad del derecho al adquirente *ipso jure*. Se llega al sorprendente resultado de que el disponente no ha sido nunca verdadero dueño del objeto que ha enajenado; es un intermediario, según la lógica jurídica; más bien que un titular cierto y temporal.

Los comentaristas españoles desenfocan el problema: «A. y

las leyes prusianas de 5 de Mayo de 1872, la inscripción previa era necesaria (bajo pena de nulidad) para transferir la propiedad (*Auflassung*), así como la previa o simultánea para gravar una finca. El primer proyecto de Código civil alemán exigía para transferir, constituir o gravar *inter vivos*, cualquier derecho real inmobiliario, un contrato entre el titular *inscrito* y el adquirente. Exceptuábase la enajenación hecha por el heredero del propietario, y la cesión de hipoteca realizada por el heredero del acreedor. El Código, al preceptuar como requisito esencial el *acuerdo real*, no dice que el titular haya de estar inscrito. A tenor del citado artículo 40, párrafo 2.º de la Ordenanza, nada importa que el *lesionado* tenga su derecho inscrito en el momento de consentir, o lo inscriba después.

B., dice Morell (1), convienen en la enajenación de un inmueble, tomando B. posesión de él, y vendiendo o constituyendo un censo a favor de C. Aunque la escritura de B. a C. se otorgue antes que la de A. a B., no hay inconveniente en que aquélla se inscriba con posterioridad, y así ha de ser con arreglo al artículo 20. (2), sin que en realidad se oponga a ello el 17.» En el fondo del ejemplo, late la presuposición de que B., por virtud del *convenio* y de la *posesión*, es un dueño extrahipotecario (o al menos tiene facultades dispositivas), porque de otro modo, faltaría la preexistencia del derecho en el patrimonio del transferente, a que nuestro Sánchez-Román da un valor decisivo (3), y el simple acreedor B. tan sólo podría transmitir a C. un derecho de crédito (*jus ad rem* de nuestra técnica) que se consumaría mediante la escritura de transferencia de A. a C.

3.º Caso de que el verdadero titular herede pura y simplemente al enajenante, por efecto de la fusión de personalidades, se consolida la enajenación que este último ha hecho sin facultades. *Heres facta defuncti præstare debet*. No surge una obligación propiamente dicha del heredero, sino que se provoca una disminución de su patrimonio por virtud de la convalecencia.

La Comisión redactora de la ley Hipotecaria, retrocediendo sobre los textos de las Partidas (4) que permitían las que pudiéramos llamar disposiciones anticipadas (*vorausverfügung* de los alemanes), decidió que no podía ser objeto de hipoteca el derecho real en cosas que, aunque se deban poseer, no están aún inscritas a favor del que tenga derecho a poseerlas, y extendió a las futuras adquisiciones por cualquier título la repugnancia que el derecho civil siente ante el *pacto corvino* o «enajenación de la esperanza de los que tienen la presunción de suceder a persona determinada». Pero estas afirmaciones y la negación de la convalecencia, formalmente consignada en el citado artículo 126 de la ley primitiva, no son aplicables a los desarrollos del *tracto sucesivo* que venimos estudiando.

La misma confusión de momentos que se nota en el Código

(1) Comentarios a la *Legislación Hipotecaria*; vol. 2º, 218.

(2) De la *Ley Hipotecaria*.

(3) Véase el tomo III, pág. 238 de sus *Estudios de Derecho Civil*.

(4) En especial, la Ley 7.ª, tít. XIII de la 5.ª Partida.

civil al referirse a la constitución instrumental de la hipoteca y a su establecimiento por medio de la inscripción, parece reflejarse en las siguientes palabras de la Exposición de motivos de la ley fundamental :

«Puede ocurrir que el que no aparezca en el Registro con derecho para hipotecar, *constituya* una hipoteca, y que después adquiera el derecho de que antes carecía. ¿Convalecerá en este caso la hipoteca? La Comisión ha resuelto esta cuestión en sentido negativo; ni podría hacerlo de otro modo a no ser inconsecuente. La convalidación lleva tras sí la eficacia de lo que inválidamente se ha ejecutado: por el mero hecho, pues, de concederla implícitamente, quedarían perjudicados los que tuvieran un derecho real adquirido con posterioridad a la constitución de la hipoteca, pero antes de su revalidación sobre la misma finca, y así el dolo o la incuria de unos vendría a convertirse en daño de otros que hubieran obrado de buena fe y con diligencia. Otra razón poderosa ha movido también a la Comisión; es necesario alejar de la propiedad inmueble y del Registro, en cuanto sea posible, todo lo que directa o indirectamente propenda a disminuir el crédito territorial y nada lo cercena tanto como la facilidad de *enajenar e hipotecar*, concedida a los que no tienen el título de dueños tan solemne y públicamente reconocido como se propone el legislador por medio de los registros que a la propiedad inmueble se refieren.»

Las palabras que hemos subrayado indican que los redactores querían conceder facultades dispositivas (1) únicamente al titular inscrito, para privar a la propiedad natural de las ventajas concedidas a la registrada. El desarrollo de la jurisprudencia y de la doctrina hipotecaria demuestra que habían ido demasiado lejos.

EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE PREVIA INSCRIPCIÓN (2).

Aparte de las excepciones, o más bien de la regla opuesta al tracto sucesivo que se impone en la implantación de todo sistema hipotecario, para realizar las primeras inscripciones, como en Es-

(1) Poderío de enajenar, lo llaman las Partidas, *Verfügungsmacht* (poderío de disponer) los alemanes.

(2) Por ser muy conocida la materia, haremos una breve síntesis.

paña: ha sucedido en virtud de títulos antiguos, asientos de otras oficinas y expedientes de posesión o dominio, y haciendo caso omiso de las normas transitorias deanáloga finalidad de que son ejemplo el párrafo 3.^º del artículo 20 de la ley Hipotecaria y la ley de 3 de Agosto de 1922 sobre inscripción de títulos anteriores a 1.^º de Enero de 1909 y 1922, respectivamente, cuando el derecho adquirido no estuviese inscrito a favor del otorgante, encontramos amalgamados en el mismo artículo 20 preceptos que declaran innecesaria la previa inscripción:

A.—Para inscribir los documentos de enajenación o gravamen que los albaceas otorguen por sí solos, si para ello estuviésem ex presamente facultados por el testador y no existiesen herederos forzosos, o si, caso de haberlos, consta el consentimiento de éstos para la enajenación o gravamen, con tal que el inmueble o derecho real se halle inscrito a favor del testador.

B.—Para inscribir los documentos otorgados por los herederos.

1.^º Cuando ratificasen contratos privados realmente por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por éste.

2.^º Cuando vendiesen o cediesen a un coheredero fincas adjudicadas *pro indiviso* con referencia al título en que así constare; y

3.^º Cuando se trate de testimonios de autos de adjudicación o escritura de venta verificada en nombre de los herederos del ejecutado, en virtud de ejecución de sentencia, con tal que el inmueble o derecho real se halle inscrito a favor del causante.

C.—Para inscribir a favor de los adjudicatarios una partición de herencia verificada después del fallecimiento de algún heredero, cuando se adjudique a los que lo fueren de éste, los bienes que le hubiesen correspondido.

Abstracción hecha de las normas de derecho civil que regulan las enajenaciones o gravámenes otorgados por los albaceas, responde en parte esta excepción al criterio que aleja de los libros hipotecarios las particularidades de la representación; porque ya sean aquéllos representantes del testador, de los herederos o de la herencia, órganos de disposición, agentes fiduciarios o titulares de un especial oficio, siempre aparecen disponiendo de intereses ajenos.

Pero tanto dicho supuesto como la ratificación de los documentos privados inscritos por el causante, la transferencia de porciones indivisas, la adjudicación en procedimiento ejecutivo a nombre de los herederos del ejecutado y las transmisiones hereditarias sucesivas han sido dispensados de la previa inscripción formal (1) exigida por el párrafo 1.^º del citado artículo 20 porque «el estricto cumplimiento de éste produce verdaderas perturbaciones cuando se trata de inscripciones que, por ser solamente transitorias o formularias, no tienen finalidad práctica, dando lugar a múltiples e inútiles operaciones y gastos.»

En igual criterio se inspira el artículo 82, que permite la cancelación de inscripciones o anotaciones por el consentimiento de los causahabientes del titular según el Registro.

También el artículo 41 de la Ordenanza alemana, que dispensa de la previa inscripción a las transmisiones y cancelaciones (no a los gravámenes) consentidas por el heredero del titular o por el ejecutor testamentario, obedece a la triple finalidad de simplificar los asientos que no interesan a tercero, evitar gastos inútiles y facilitar la tarea del Registrador (2).

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) En el fondo la sucesión consta siempre; pero no se forja un eslabón o asiento para cada transferencia, y la *cadena* parece incompleta. Siempre hay trato substantivo, aunque no formal.

(2) Véase, por ejemplo, *Turnau-Förster-Das Liegenschaftsrecht*, 2.^º volumen, pág. 322 de la tercera edición. Paderborn-Schöningh, 1906.

Apertura de los Tribunales de 1927

La buena y la mala fe en los negocios judiciarios.

En la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el día 15 del corriente mes de Septiembre, el Presidente del Tribunal Supremo, D. Rafael Bermejo, leyó un interesantísimo discurso, del que entresacamos los párrafos siguientes :

«Nuestra atención se ha fijado en uno de los puntos teórico-prácticos que están siendo explanados por tratadistas modernos, es a saber : LA BUENA Y LA MALA FE EN LOS NEGOCIOS JUDICIARIOS. Ese tema tiene conexionada una segunda parte, que le es complementaria, disfruta de igual o mayor actualidad y podríamos enunciarla bajo el epígrafe : *El pro y el contra de los sistemas oral y escrito en los debates forenses* ; porque parece lógico que el sistema procesal que mejor ampare a la buena fe contra su adversa y a la razón legítima contra la que sólo sea aparente, simulada, ficticia, merezca la predilección de los amantes de la Justicia en actividad, esto es, de su administración adecuada, recta, eficaz y segura ; que es *el desideratum* de todo legislador bien inspirado, de todo Tribunal prudente y sensato y de todo litigante o defensor honrado y probó ; pero no se puede, en un trabajo de esta índole, abarcar el desarrollo de ambas materias, sin incurrir en lo que, también a estilo moderno, podríamos llamar abuso del derecho, y mejor todavía, abuso de la paciencia de tan distinguido auditorio y de la solemnidad del acto, ya que harto exceso es que mi discurso sea pobre de fondo y deslucido de forma, y por esos motivos y con verdadero sentimiento, he de limitarme estrictamente a esbozar algunas de las muchas reflexiones que el estudio del tema elegido me sugiere,

aunque acaso tenga que rozar algo que esté en la frontera de lo que no puedo abordar de lleno.

Pocas verdades hay tan firmes y seguras, tan fundamentales, tan difundidas y universalmente aceptadas, en lo que toca al régimen y al comercio de las cosas de este mundo—que es de lo que en esta clase de labores puede tratarse—como la que proclama que la Justicia es una de las primeras y más íntimas necesidades, morales y materiales, de la vida humana, entendida ésta en su concepto amplísimo, en que se hallan comprendidos los Estados o naciones, los pueblos, las colectividades personales y los individuos.

La Justicia es una virtud, lo cual implícitamente dice que, allí donde residen y de donde emanan las virtudes que hacen buenos a los hombres, por sus actos, allí estarán, de seguro, el autor, el origen, la fuente de la Justicia y de la bondad; y si esa virtud especial tiene, como fin directo e inmediato, entre los hombres, el logro de la paz y del bienestar posible en esta vida, nos habremos explicado racionalmente el por qué los sabios más eminentes de la filosofía pagana, a fuerza de meditación y estudio, la diputaron por don divino, enviado del cielo, ya que no concebían que pudieran los hombres producir tanta excelsitud.

Conviene también establecer, como preparación al ingreso en el desarrollo del tema propuesto, que la Justicia, en su ejercicio práctico por los Tribunales—que es de lo que aquí tratamos—, está, íntima e inseparablemente, unida a la idea del Derecho, que, a su vez, comprende la de la ley, puesto que la misión social de la Justicia es amparar el Derecho, con arreglo y sujeción a las leyes que la determinen: la Justicia impone el cumplimiento de la ley, para que así resulte efectuado el Derecho; esa colaboración armónica, productora del orden social, garantiza la vida pacífica a que antes nos referimos. Cuando se invoca con abuso el Derecho, para cohonestar alguna conveniencia egoísta, algún atropello, alguna invasión, en el haber ajeno, no es la Justicia lo que se realiza, ni la ley, natural o civil, lo que se cumple, sino todo lo contrario; lo que se hace es inventar una norma caprichosa, a la medida de aquella conveniencia, y ejercitar un poderío circunstancial sobre una persona o un pueblo, inferior en fuerza e incapaz de contrarrestar la coacción.

Hay quien sostiene como un principio ético-jurídico, que no

todo lo legal es justo ni todo lo que ayer fué justo ha de aceptarse por tal hoy ; y no hay que molestar con alusiones a los hombres modernos, pudiendo buscar en los antiguos los ejemplos demost-
rativos, según lo venimos haciendo. Sócrates fué condenado a muerte, por el singular delito de ser el hombre que más valía en su patria, pues que, como militar, había recibido el homenaje de su glorioso general Alcibiades, que le declaró salvador suyo y el más fornido, bravo e inteligente de su ejército, y como filósofo, encon-
tró en su peculiar discurrir las tres más grandes conquistas en el camino de la verdad, a que pudo llegar la sabiduría pagana, y son : el principio salomoniano «*Nosce te ipsum*», que le hizo famoso, la inmortalidad del alma y la esperanza de otra vida superior, ultra-
terrena, en premio a la virtud practicada en la presente ; acerca de eso predicó a los que deseaban oírle, y esa predicación se estimó por algunos atenienses, influyentes y envidiosos, como materia corruptora de la juventud y merecedora de sentencia de muerte. La ejecución de esa sentencia se difirió algunos meses, por ocurrir la coincidencia de un suceso histórico, que sirvió a modo de suspen-
sión y tregua, y los amigos de Sócrates, entre ellos su inseparable discípulo Platón, le invitaron a la fuga, pero él lo rehusó diciendo : «¡ Nada hay en la tierra tan respetable como las leyes de la patria ; la muerte es menos dura que el remordimiento que me causaría el contravenirlas o burlarlas ! » Esas palabras, en aquellos tiempos, constituyeron un modelo monumental de civismo ático, pero ya en los de Cicerón habían perdido esa importancia, y luego, cuando el Derecho natural se cristianizó y humanizó, ese gesto socrático fué relegado al lugar del recuerdo de los grandes errores, no ya porque no fueron las leyes, sino la envidia, erigida en Tribunal, quien pudo condenar y condenó a Sócrates, y, por tanto, no era caso de burlar las leyes, sino porque se modificó el concepto que merece la propia vida, precisamente por la esperanza en la resurrección para el premio a la virtud.

Como Cicerón no alcanzó a conocer el cristianismo ni se enteró de los libros de los hebreos, tenía pobre idea de la sublimidad de! sacrificio personal, empleado en salvar la vida del prójimo, aun a costa del peligro inminente de perder la propia, y por de contado, no tuvo idea cabal, como tantos otros, de lo que significa moralmente la palabra «prójimo», que es preciso estudiarla en la descrip-

ción constante en el capítulo X del Evangelio de San Lucas, o quedarse sin saberlo ; y así resulta curioso el observar cómo discurre en el citado libro, aduciendo ejemplos demostrativos, que constituyen ingeniosos conflictos, que no acierta a resolver la ciencia meramente humana. «No cabe duda—dice—de que la Justicia consiste en no matar a un hombre ni tocar los bienes ajenos. Pero ¿qué hará el varón justo si, en un naufragio ve que un hombre, más débil que él, va agarrado a una tabla para salvarse ? ¿Le arrojará de ella y ocupará su lugar y procurará, de ese modo, salvarse a sí mismo a costa de la vida del otro, máxime cuando, en medio del mar, no hay testigo que pueda descubrir su acción ? Si obra como sabio, lo hará así, ante la seguridad de perecer ahogado ; si prefiere, por lo contrario, morir antes que atacar y despojar al otro, obrará como justo, ciertamente, pero será un necio en sacrificar su propia vida por salvar la ajena. Igualmente, si un hombre justo es perseguido por el ejército enemigo, en una derrota militar y encuentra a un herido que va sobre un caballo, podrá respetarle, con riesgo de perecer a manos de su perseguidor o podrá apoderarse del caballo para escapar y salvarse. Si hace lo primero, se conducirá como varón sabio, pero malo ; si hace lo segundo, se portará como hombre justo, pero necio.»

Cualquiera diría que esa Justicia, expuesta por Cicerón, tenía dos caras, una para cada conveniencia, como la estatua del dios Jano, o dos sentidos antitéticos, como la respuesta del oráculo famoso. Y no hay tal. Es que la Justicia, aun considerada ya como virtud, estaba incompleta. El que nos trajo la susodicha descripción insuperable, de *quién es nuestro prójimo*, y el mandamiento—que no puede ser más que divino, porque no cabe entre las verdades meramente humanas—*amad a nuestros enemigos*, ese es el que nos completó la idea de la Justicia. Los tales conflictos que Cicerón planteaba entre la Sabiduría y la Justicia y no acertó a resolver, los resolvieron los evangelistas en nombre de Cristo, y los moralistas fundados en esa doctrina.

Lo que llamamos *fe* en los asuntos jurídicos, es el dictamen de la conciencia, por donde nos guiamos y determinamos a obrar hacia lo verdadero o hacia lo erróneo, hacia lo justo o hacia lo injusto ; y de ahí la distinción entre la buena y la mala fe. Conviene establecer la salvedad de que el hombre, en cualquiera posición que

como tal hombre ocupe, puede errar de buena fe, esto es, creyendo que acierta, pues que el peligro de equivocarse es inherente a la naturaleza débil e imperfecta de toda persona—*hominum est errare*—; pero esos errores, esas equivocaciones no entran en la cuenta de los actos caracterizados como producto de la antitética mala fe. Por eso, y marcando esa importante distinción, los tratadistas definen la buena fe: *modo sincero y justo, con que una persona procede en sus actos jurídicos y contratos, lealmente y ajena a toda idea de engaño*; y por mala fe entienden *la norma o el procedimiento en que se falta a la sinceridad y a la lealtad y se emplea la malicia, para fines injustos*.

La buena fe es, pues, la rectitud de intención y el respeto al derecho ajeno. Por eso se le equipara, cueradamente, al oro puro y a las piedras preciosas, en toda clase de relaciones humanas, y es una vulgaridad, que corre de boca en boca, la afirmación de que va escaseando en proporción alarmante y con peligro serio y grave de todo lo sano y digno en las sociedades nacionales, modernas. Es tremenda la situación creada por la influencia del cáncer de la mala fe, que pasa por moneda corriente en los tratos de unos hombres con otros, en nuestros trabajosos y accidentados días, y que se va extendiendo y difundiendo como plaga incoercible y triunfadora. Si quien esto escribe tuviese autoridad doctrinal o de otra clase, para hacerse entender y atender, proclamaría muy alto que el quebranto que padezca la buena fe en las relaciones jurídicas, de índole social y de índole civil, tiene que alcanzar a la economía nacional, pública y privada, porque restringe y dificulta el desarrollo de la riqueza particular en negocios y empresas que sólo pueden vivir y prosperar bajo una atmósfera limpia, en que haya de asentarse la confianza, base necesaria del crédito. La mala fe es el arma felonía que se alza amenazadora contra la buena y la persigue con toda especie de insidias y enredos; así es, que los diccionarios le asignan las cualidades características de *doblez, alevosía, falacia, engaño*, mientras que a la buena fe le asignan los títulos de *rectitud y honradez*.

Ya lo dejamos establecido y asentado antes: de la conciencia recta es de esperar como resultado el imperio del Derecho y de la Justicia; de la conciencia deformada o corrompida, por cualquiera

especie de adulteración o impureza, no es de esperar otro resultado que la iniquidad.

Y a los Tribunales vienen traídas esas heces fermentosas, en forma de pedimentos, demandas, excepciones, recursos, y se aquila-
ta y apura el artificio ingenioso e ilustrado, para disfrazarlas de
bondades, de modo que así lo parezcan.

Entré, poco tiempo hace, en el estudio de un compañero de toga, y al encontrarme sobre su mesa de trabajo dos libros que tratan de esa materia de dolo, fraude y simulación, era él mismo quien llama-
ba mi atención sobre una nota que había escrito, en la primera pá-
gina de ambos, a modo de guía interpretativa y de criterio para su
estudio, la que copié literalmente por lo transcendental y profun-
do de sus conceptos, que bien merece la consigne aquí, por ser aca-
so lo mejor que este discurso contiene, y decía así: «*Los hijos de
este siglo (o de este mundo) son más sagaces en sus negocios que
los hijos de la luz.—Evangelio de San Lucas, cap. XVI, v. VIII*»—
«Conviene no perder de vista esa divina máxima o norma de crite-
rio, para leer con provecho este libro y cuantos traten de la misma
materia en el examen de los negocios temporales, y aun para in-
tervenir en los tales negocios, y adviértase que el clásico romano
Tácito, contemporáneo de San Lucas y más enemigo que partida-
rio del Cristianismo, escribió en su libro *De moribus Germanorum*,
que lo que por entonces y en ese sentido se entendía por *siglo* y
por *mundo*, es el consentir en corromperse y el corromper a los
demás.»

A mi humilde juicio—y éste es achaque secular y universal y
será perdurable—, todo pedimento judicial, los de proposición de
pruebas inclusive, y todo acto, contrato o documento, en que se
trate de establecer o crear derechos u obligaciones civiles y en que
se puedan eventualmente fundamentar los pedimentos judiciares,
resulta operación de la mala fe, puesta en ejercicio y más o menos
hábil y artificiosamente presentada—y por tanto, más o menos
grave y dañosa—, si conspira contra la verdad, ocultándola, adul-
terándola o soslayándola. El Juez, por la honra, la dignidad y la
delicadeza de su función, sin contar con lo que también es debido
a las de su persona, necesita que se le expongan los hechos como
son en su realidad perfecta, para que, así, el derecho pueda tener
aplicación acertada y segura. No reparará demasiado en el modo

en que se le expresen, que puede ser atildado, y por ende, más meritorio, o puede ir a la rústica decorosa; pero su posición de autoridad, regentante y resolutoria de la litis, merece y requiere, para el buen desempeño del cargo, que se le exponga la verdad, tal como sea y deba de ser y con la mayor claridad posible, ayudada por el método adecuado, que ya las leyes suelen marcar.

El artículo 2.^o del nuevo Código civil federal suizo de 10 de Diciembre de 1907, que tanta resonancia ha adquirido, asienta el principio de que *toda persona está obligada a ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe, y que el abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley*. Principio sabio, ciertamente, clasificable entre los preceptos de la moral, que tan perfectamente sientan en lo que constituye el espíritu de todos los Códigos y de todas las leyes.

Su índole y su esencia están marcando el carácter procesal que le corresponde, lo mismo que le ocurre al artículo 1.^o del propio Código; es más adaptable a las contiendas que puedan plantearse acerca de la interpretación y al cumplimiento de los actos y contratos, que a su celebración, aunque mire a los dos campos a la vez, como queriendo significar que, el que con buena fe contrata, con buena fe litiga. Y el mérito mayor del referido precepto moral, convertido en ley civil, abarcadora de las dos ramas del Derecho, sustantiva y adjetiva, reside en que ha venido a dar expresión imperativa y sancionadora a un sentimiento, a un culto profesado en aquella nación excepcional y entrañado en las costumbres de sus ciudadanos, a cristalizar ese sentimiento y ese culto y esas costumbres, para robustecerlos e impedir que se pierdan o que decaigan. En los caminos de Suiza, un viandante pierde un objeto; otro viandante le encuentra y cuida mucho de recogerle y colocarle en sitio donde quede muy visible, aunque haya nieve, para que su dueño pueda volver y recuperarle sin más trabajo ni reclamaciones, y se tiene por indigno de convivir en aquella sociedad, encantadoramente pacífica, al que así no proceda. Allí no es conocido el caso, por lo mismo, de pérdida de equipajes de viajeros. En los templos se recolecta la limosna pasando la cestilla los fieles, de uno en uno, sin ninguna intervención de postulantes, y cada asistente cumple su deber de conciencia con la mayor exactitud y sin que se dé el caso de faltar a él, aunque nadie se le im-

pone, porque le costaría la misma incapacitación para la convivencia ciudadana. Al menestral de la esquina se le confiere un cargo de autoridad con manejo de fondos públicos, y a ese funcionario le pide cuenta y razón intervencionista cualquiera de sus subordinados y administrados, y no cabe negársela, sin correr el peligro de caer en el mismo anatema. A un ciudadano se le eleva el tributo por encima del tipo, siempre mórbido, señalado para los de su categoría y que se relaciona con el interés del dinero; y así como él ha de esmerarse en voluntad para pagarle, así también encuentra remedio inmediato, expedito y sin dispendios para la reparación del error. Todo es obra de la buena fe, obligatoria y mutuamente profesada; y así ha de entenderse que esa norma haya sido convertida en precepto legal, fundamentalísimo, en una especie de obligación general e inexcusable.

Y como el abuso calificado, *manifesto*, en el ejercicio de cualquier derecho, tiene que ser algo que choque contra esa norma y que subvienta el buen orden de la justicia, se refuerza y completa el tal precepto con el segundo inciso del artículo, que establece lo que constituye una presunción *juris et de jure*, o sea la declaración de que la ley no protege esos abusos. De donde se sigue la consecuencia de que, en caso de duda o conflicto entre el abuso y el derecho, la buena fe dicta que se resuelva contra la posibilidad del abuso, aunque provenga de alguna autoridad. Tales son el arraigo y el respeto adquiridos por la buena fe en aquella nación, para haber merecido la consagración de institución jurídica y precepto primordial en su Código civil, como imponiendo a todo habitante de su corto territorio el deber efectivo de ser bueno y honrado, para poder convivir allí, como ya lo proclamaba la primera de las Constituciones españolas.

En el prólogo que la reconocida autoridad de Maestro entre los juristas españoles, D. Gumersindo de Azcárate, puso al frente de la celebrada y meritísima Memoria doctoral de D. José Calvo Sotelo, titulada *La doctrina del abuso del derecho*, recoge del Código civil suizo el tal precepto, como suceso legislativo de alto relieve y notoria trascendencia, ponderando cuánto importa el convertir, o haber convertido, en deber jurídico y obligatorio lo que antes tenía sólo carácter de regla de moral, no exigible, sino libre de ser o no cumplida; y por comentario explicativo, recuer-

da que «tenía razón Roosevelt cuando dijo, siendo Presidente de la República de los Estados Unidos, que sería quizá necesario intervenir en las transacciones privadas, más de lo que se ha hecho hasta aquí, para atar corto a la astucia, al modo que se ha atado corta a la violencia».

La realidad histórico-jurídica es que en los Estados Unidos fueron dictadas, consecutivamente y después de ese texto, varias disposiciones legales, dirigidas a imponer la intervención de la autoridad pública, en la constitución y en el régimen de Sociedades, que necesitaban que se las purgase de ciertos vicios, de índole artifiosa y fraudulenta, donde, como en una sutilísima red invisible, algebraicamente calculada, caían incautos y por millares los hombres sencillos y confiados—la buena fe personificada, precisamente—; y lejos de relegar y abandonar, como alguien propone de buena fe en nuestros días y para España, a la esfera de la contratación notarial, los negocios en que, sin ofrecer en su iniciación aspecto contencioso, deba el Estado ejercitar, en evitación del peligro de fraude, su acción tutelar y vigilante, por medio de sus órganos adecuados, uno de ellos la Administración de Justicia, lo que ha hecho aquella gran nación americana es reforzar la tal intervención garantizadora y *atar corto la sagacidad* de los manipuladores de ciertos negocios que se relacionan con el derecho.

Donde la buena fe constituya un imperativo de conducta ciudadana, una especie de decoro agregado a la bandera nacional, los organismos de todo linaje de la Administración pública, y *especialmente los pertenecientes a la Justicia, habrán de desollar y distinguirse por un fino lustre de ciencia y prudencia en el alto nivel que alcancen sus cargos.*

Al abrigo y bajo la égida de esa policía de saneamiento de las costumbres, ha de evitarse el espectáculo repugnante de tantos actos, contratos, actitudes que, desde su nacimiento constitutivo, están anunciando la futura lucha litigiosa, porque vienen a la vida entre nieblas, obscuridades, contradicciones, giros mendosos, incertidumbres, aversión a la verdad y a su exposición sencilla y clara.

Es la epidemia del dolo, enfermedad que ataca a las conciencias inconsistentes y débiles; y no del dolo *bueno*, que inventó

la sutileza infantil de los antiguos glosadores, sino del malo y del pésimo, que siempre son fraudulentos y perjudiciales.

El dolo *bueno*, si atentamente se le considera, no existió nunca en el sentido que desde hace mucho tiempo tiene la palabra. Antiguamente se establecía la distinción entre dolo o engaño *bueno*, significativo de algún acto inocente, apartado de toda maldad, en que se disfrazaba la realidad o verdad, para evitar un mal o defenderse de él o llevar a cabo una obra digna y buena, y el dolo o engaño *malo*, significativo de un acto jurídico, transcendental y causador de perjuicios. Jorge Giorgi, en su magistral «Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno», tomo IV, página 116, califica de sofística esa distinción, y no sin motivo, porque el vocablo *bueno* representa idea antagónica y pugnante con el esencial significado de la palabra dolo o engaño, ya que éste entraña, naturalmente, una violación de la buena fe, y esto no puede ser bueno nunca.

Entre las variedades del dolo contractual, recogen de la práctica judiciaria universal los tratadistas, la del caso del demandante que pide la efectividad y cumplimiento de un aparente contrato que, por la índole de la materia sobre que recae, por la importancia de los intereses que crea y son objeto de él y por la transcendencia jurídica, moral y social, de las estipulaciones que entraña, debiera, según el orden regular de proceder los hombres honrados en la población de que se trate, revestir la solemnidad y la garantía de instrumento público, para que no ofrecieran duda el concurso de la voluntad cierta y libre de las personas que figuren obligadas, la causa justificativa y razón de ser de la obligación que se establece y hasta la fecha en que eso hubiera de haber ocurrido, cuando esta circunstancia, prevista ya en todos los Códigos civiles y consignada en el artículo 1.227 del nuestro, pueda ser determinante de la verdad, eficacia o falsedad de los actos y estipulaciones, en cuanto al interesado que no haya intervenido personalmente en ellos, máxime si se hubiera atravesado clandestinidad en la confección del tal documento y ocultación de su existencia, para que ese interesado no le conociese hasta la hora precisa y fatal de ponerle en práctica y dar el golpe doloso y aleve, preparado por la mano habilidosa de la mala fe calculadora y sagaz.

En materia de Sociedades mercantiles, terrible es la experiencia reciente, que nos ha enseñado a padecer los efectos bochornosos de la misma lepra del dolo y de la mala fe, desarrollados con desaprensión y habilidad magistrales. La prensa periódica, y algún que otro folleto substancioso y muy leído, han escrito mejor y más extensamente que cuanto aquí pudiéramos decir, y sobre el telar de la reforma del Código de Comercio están hoy las labores que es de esperar remedien algunos de los peligros y abusos pasados; lo cual ya hemos avisado que nos veda entrar en ese terreno, y sólo apuntaremos que es preciso acabar con la tolerancia de que se constituyan, al amparo de repliegues legales, entidades dirigidas a conseguir que unos cuantos audaces y apadrinados cobren altos sueldos o emolumentos y coloquen a sus amigos para que vivan a costa de la credulidad de las muchedumbres ignoratas, atraídas al engaño por cualquier hábil reclamo. De las Sociedades con responsabilidad limitada escribió el competentísimo señor Roig y Bergadá, en calidad de comentario explicativo al proyecto de ley, que preparó en el breve tiempo en que fué digno Ministro de Gracia y Justicia, y sus palabras son una llamada de atención acerca de los peligros que la institución entraña, por no haber ley que regule sus movimientos, ni otra autorización que la haga admisible y la considere lícita, que el Reglamento de 20 de Septiembre de 1919, para su Registro mercantil, reforzado por el Real decreto-ley de 3 de Diciembre de 1926. Eso significa que la buena y la mala fe juegan importante papel en todo lo referente a esas sociedades y que los Tribunales han de estar alerta y muy sobre aviso para impedir que se conviertan en instrumento de agio, en que la sagacidad y la audacia se apoderan artificiosamente de lo ajeno, burlando a los acreedores confiados y aun a los socios desprevenidos; pues que no es nuevo, sino muy repetido, el fenómeno de que algunas sociedades de esa especie se constituyan y adquieran géneros a crédito para la explotación de una determinada industria, y no sea esa la realidad práctica, sino que resulte que la industria no se estableció ni aun se planteó, o que desapareció como por escotillón, y que la constitución aparente de la sociedad ha servido para que unos se lucren a costa de la confianza y buena fe de otros, aunque sea a título de aportaciones figuradas.

En las letras de cambio, utilizadas como instrumentos de crédito o declaraciones de deudas, tan en boga en la actualidad y prohibidas antiguamente, ocurren anomalías en que el dolo puede intervenir con eficacia de veneno activísimo, porque sabido es que suelen girarse—o, mejor dicho, negociarse, pues que el giro mercantil legítimo, verdadero, es otra cosa distinta y no admite el absurdo de que la aceptación se anteponga al libramiento o creación y emisión de la cambiaria—después de aceptadas, y esta aceptación puede ser condicional, sujeta al cumplimiento del envío de una mercancía o a la prestación de un servicio, que no se realizan, o puede también ser firmada por dos aceptantes, aunque uno solo sea el verdadero futuro pagador, convenido entre los que en la cambiaria intervienen: pero llega el vencimiento, y como el documento tiene fuerza ejecutiva, en cuanto se hace protestar por falta de pago y sin necesidad de la previa presentación, ordinaria o regular, en que hubiera cabido la tacha de la falsoedad contra la aceptación genuinamente cambiaria, se dan casos de sorpresa, en que resulta deudor ejecutivo uno que, por no ser perito en la materia, no lo sabía, o que racionalmente y con la vista puesta en la verdad y realidad del *animus contrahendai*, no lo esperaba; y es claro, que estos casos no podrían darse, si la buena fe presidiera las operaciones contractuales, efectuadas para llegar a ese estado, y no se la sustituyese con una especie de maniobra dolosa y fraudulenta, que luego ha de necesitar, con las enormes dificultades consiguientes, un pleito ordinario o un proceso criminal, para intentar deshacerla. Y aún se complica más el resultado, cuando ocurre que la acción ejecutiva se dirige contra el librador, que intervino para sólo suplir el defecto de garantía del endosante, el cual, siendo prestatario y receptor del dinero, se reservó ese lugar astutamente y abusando de la confianza de aquél, y entrega la cambiaria al Banco, que se la admite a descuento y la negocia si lo necesita para sus atenciones. Ese primer endosante, receptor bajo factura, del dinero que da el Banco a calidad de reembolso y que él devuelve en este concepto, como obligación natural suya, de estricta conciencia, recogiendo la cambiaria que, para eso mismo, dejó al Banco prestamista, se constituye en acreedor ejecutivo de todos los prefirmantes de dicha letra de cambio, por virtud de la maniobra dolosa, dirigida contra la

buenía fe de éstos, y cobra o exige su importe íntegro, fingiéndose acreedor ejecutivo y tenedor cambiario.

Y aquí, por concatenación natural de las ideas, nos encontramos con una clave normativa para discernir acerca del difícil problema procesal de la imposición de costas, en los casos en que no existe precepto sancionador que la establezca especialmente. El simple sentido común marca que, quien emplea y ayuda a emplear la mala fe para conseguir algo injusto, obra con intención maligna, perpetra un daño intencionado, pues que la intención es el esencial elemento de la mala fe. Que todo dañador pague los efectos o consecuencias del daño que perpetra, es razonablemente elemental y llano, y tal es el espíritu del artículo 1.902 de nuestro Código civil, aun para los casos en que no hubo intención de dañar ni perjudicar; precepto ese que, por la economía y el exoticismo de su redacción no aventaja, sino que desmerece, en casticismo y alcance de fondo y vigor jurídico, respecto a las sabias leyes 1.^a y 3.^a, título XV de la Partida 7.^a; y ese principio se encuentra condensado magistralmente, como en ningún otro sitio, en la página 527 del tomo V, sexta edición, del gran Diccionario de Martínez Alcubilla, maestro de todos los juristas españoles contemporáneos, en estas sencillas palabras: «El que causa un daño o irroga un perjuicio, debe repararlo e indemnizarlo. De otra suerte, la restauración del derecho, cuando ha sido perturbado, encaminada únicamente a corregir la voluntad rebelde, sería ineficaz». Las leyes de Partida y Recopilada, establecían reglas generales para la imposición de costas al litigante de mala fe, pero en la actualidad se viene aplicando el expresado artículo 1.902 del Código civil, por analogía con el acto de causar daño o perjuicio, *interviniendo culpa o negligencia*. El Tribunal Supremo ha dado ejemplo en la aplicación del principio de justicia de corregir los abusos de la mala fe, cuando ha impuesto las costas de las instancias a los litigantes que atravesaron incidentes de competencia, sin motivo racional, por el solo propósito de estorbar el curso de la acción y cansar con dilaciones y gastos al adversario, y hasta se las ha impuesto a los Jueces que han tolerado y auxiliado esa maniobra, y más de una vez ha pensado en si sería prudente resolver, en algunos casos que estuvieren en sa-

zón de ello, por contar con los elementos necesarios, la cuestión principal del pleito.

Por eso mismo, precisamente, otro ilustre jurista, Bedarride, francés, plantea el supuesto hipotético de que también hay dolo en los actos del Juez, cuando empleare maquinaciones o artificios en la violación de la ley, para favorecer a una de las partes en perjuicio de la otra. Nuestras leyes no llaman a eso dolo, pero hay que reconocer que tiene su contacto con el dolo y que entraña mala fe un acto de esa naturaleza, lo mismo aquí que en Francia.

El reciente Código del Trabajo, de 23 de Agosto de 1926, artículo 479, ha dedicado la imposición de multa de 50 a 500 pesetas, al litigante que hubiera procedido con mala fe o temeridad notoria, a juicio del Juez.

Y ahora que vamos llegando al término final del desarrollo del tema estricto, vemos más claro el enlace lógico de esas observaciones, nacidas de la experiencia de la vida judiciaria, con las todavía más experimentales, relativas al Procedimiento judicial, que haya de ser más a propósito y conducente a conseguir el triunfo de la buena fe, que tanto vale decir como el triunfo de la Justicia, en los debates forenses.

Dos sistemas se disputan lá palma en ese terreno doctrinario de proyectos, en las naciones más cultas, pero no iguales en carácter y costumbres y organización social, y, por tanto, no igualmente dispuestas a ser regidas por unas mismas normas, lo cual es muy interesante: el sistema en que predomina la oralidad, en instancia única, ante Tribunal compuesto de varios Jueces, y en el que predomina el modo escrito, con dos instancias o recurso de apelación, según ahora se halla planteado en España.

La ley de Enjuiciamiento civil fija el modo especial, forense, en que han de ser esencialmente formulados los escritos fundamentalísimos de demanda y contestación, y también los de réplica y dúplica, cuando los hay. No reparamos aquí en las minucias de que a esos escritos se les dote de algún proemio explicativo, que puede ser elemento auxiliatorio para mejor entender lo esencial, que son los hechos concretos y numerados y las pretensiones, ni menos en que, en la réplica, se haya de pedir el recibimiento a prueba por medio de otrosí, o baste que eso se haga en

el suplico del mismo escrito, economizando el otrosí y mejorando, por tanto, la manera de cumplir el precepto, lo cual ha sido siempre loable en la buena práctica forense, y sólo un prurito quimerista, y de notoria mala fe tolerada, ha podido suscitar disputas incidentales y dispendiosas en oposición a una cosa tan justa y digna. Pero hay en gran número demandas y contestaciones, réplicas y dúplicas, que no cumplen lo esencial del precepto y no debieran ser admitidas a sustanciación, sin purgarlas previamente de ese radical vicio, porque, a través de esa irregularidad, burlan la buena fe del que no la comete, permiten que se filtre artificiosamente la mala fe en el debate, trastornan los términos de la discusión y dificultan grandemente las probanzas y la operación de juzgar, cuando no ocasionen, además, algún aventurado incidente dilatorio.

Es, en efecto, corriente ver que en una demanda o contestación se pone, por mera fórmula, el epígrafe HECHOS, para señalar los que han de ser objeto del debate, y luego se establecen varios números, y bajo cada uno se albergan varios párrafos y subpárrafos, seccionados éstos por letras, algunas veces mayúsculas y minúsculas, para aumentar la confusión y el enredo, y en cada sección se exponen disertaciones divagatorias y hasta dialogadas con interrogaciones y admiraciones, que son otras tantas preguntas y respuestas, que se dirige a sí mismo el propio expositor.

Esa manera no es forense, no es legal, sino anárquica, obscurizada, dolosa ciertamente, fuera de lo que también tiene de invitadora a que se le atraviese la excepción dilatoria sobre defecto legal, que sólo suele servir para prolongar el padecimiento del hombre justo y duplicar los gastos. Contra la contestación a la demanda, afectada de ese vicio, ni aún eso del incidente es posible.

Cuando el Juez tenga que proveer acerca de la admisión de las pruebas, en tales casos, irá desorientado, porque, no habiendo materia concreta para el debate por esa parte, no se sabe a qué han de referirse aquéllas; pero lo peor del conflicto ocurre al establecer en los Resultados los hechos fundamentales de la discusión y sobre los cuales ha de dictar el fallo, porque realmente no puede saber cuáles son esos hechos, sino que tiene que entresa-

car o extractar, o dejar que el Secretario entresaque o extracte, los que le parezca que deben figurar en ese principal lugar de la sentencia, o insertar toda aquella jerga prohibida, y esa no es su función de juzgador, como ya apuntamos en páginas anteriores, y, además, no cabe duda de que la otra parte que haya cumplido los preceptos legales, queda defraudada por la mala fe y en situación desigual y desventajosa respecto a su burlador; y si el asunto es traído a casación, llega plagado de sombras y dificultades, que explican el por qué de las perplejidades que algunas veces surgen al plantearle, y que expone y desarrolla con gran brillantez, en la tercera de las admirables conferencias, antes citadas, el maestro de Magistrados y querido Jefe mío, don Eduardo Ruiz y García de Hita.

En la réplica y en la dúplica el abuso y la irregularidad son mucho más corrientes y graves, y acaso provenga de ahí, tanto como de la dificultad de redactarlos en regla, la opinión extendida de que sobran y estorban.

La importancia y el principal mérito de los escritos de réplica y de dúplica no están en la gran dificultad positiva que ofrece su redacción, cuando es ajustada a la ley, sino en que deben servir de garantía, por la que se demuestre la razón y la buena o mala fe de cada parte, y especialmente la de sus directores. En esos escritos tiene que puntualizar concretamente, cada parte, qué hechos y qué documentos acepta o rechaza de la contraria, y por qué, para fijar el terreno y el objeto de las futuras pruebas, circunscribiéndolas y ciñéndolas a lo que haya quedado inaceptado y en disconformidad, pues que eso es lo que manda la ley y dicta la razón. El pleito en que esos traslados se evacúen con la precisión y el orden que la ley manda, quedará casi resuelto definitivamente, y la resolución será relativamente fácil y segura, y, en muchos casos, las pruebas quedarán muy limitadas, si es que no suprimidas. Es la ocasión en que mejor aplicación puede tener el principio justísimo, informativo del artículo 2.^o del Código civil suizo, comenzando por invitar, al que haya incumplido la obligación procesal, a que la cumpla, y acabando por devolver y declarar inútil y como no presentado, el escrito en que no se guarde ese respeto, que entraña el de la buena fe en los debates.

No es lo mismo llamar demanda, contestación, réplica, dúplica,

ca, a determinados escritos que se presentan con ese nombre, que serlo efectivamente y con arreglo a la ley. No se nos oculta que las demandas, por regla general, no pueden ser rechazadas *a lamine*, y que, contra ciertos vicios de forma, existe el remedio de la promoción del incidente dilatorio susodicho; pero también dejamos demostrado que no es ese el verdadero problema y que la buena fe no se satisface con ese subterfugio.»

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XXX

Hipotecas. Herencia y Gananciales. No está sujeta al impuesto nacional de Derechos reales la transmisión de un crédito hipotecario dimanante de hipoteca impuesta sobre finca sita en territorio exento, y transmitido a favor de la viuda, la mitad como herencia y como gananciales la otra mitad.

La Delegación de Hacienda se fundó en que lo adquirido por la viuda como herencia era un crédito hipotecario, en el cual ha de distinguirse dos conceptos : uno, el crédito mismo, o derecho al cobro de la cantidad prestada, que tiene carácter de cosa mueble, y otro, el derecho real de inmueble, que lo tiene de inmueble, distinción fundada en la naturaleza especial de la hipoteca y demostrada, porque mientras no llegue el vencimiento de la obligación y su incumplimiento, el acreedor no ejerce sobre la finca acto alguno revelador de la hipoteca, y durante ese tiempo el derecho real está inerte y sin vida, y lo que subsiste es únicamente el derecho al cobro del crédito ; y como el documento originario de las liquidaciones transmite sólo el crédito, es título representativo del préstamo hipotecario, el cual es mueble, según el artículo 335 del Código civil, y como mueble no puede gozar de la exención a que se refiere el artículo 2.^º, regla 3.^a del Reglamento, a no ser que el causante tuviera derecho al régimen foral, conforme al artículo 15 del Código civil. *El Tribunal provincial de lo Contencioso Ad-*

ministrativo REVOCA esta doctrina, y el Supremo confirma la sentencia del Provincial.

Conforme a los artículos 1 y 6 del Reglamento, las transmisiones de inmuebles y derechos reales sitos en Vizcaya gozan de la exención del impuesto, y refiriéndose la liquidación impugnada a transmisión de un crédito hipotecario sobre finca sita en dicha provincia, «hay que estimarla comprendido en dicha exención, ya que el artículo 105 de la ley Hipotecaria sujeta directamente los bienes hipotecados a la obligación que garantizan, sea cual fuere su poseedor, y siendo esa la esencia de los derechos reales, como tal hay que calificar el hipotecario; y por otra parte, si bien en todo préstamo hipotecario hay una obligación personal y un derecho real que garantiza a aquella, esa peculiaridad, esencial en toda hipoteca, y en que se basó el fallo de la Delegación, en nada puede afectar al pago del impuesto, puesto que según el artículo 5 y 26 del Reglamento, los préstamos hipotecarios sólo pagan por la hipoteca y no por el derecho personal que se garantiza por ella, y por tanto, carece de fundamento legal la resolución recurrida. (Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de Septiembre de 1926. Gaceta de Madrid de 24 de Marzo de 1927).»

XXXI

El contrato de capitulaciones matrimoniales en el cuál la madre promete al contrayente el abono de una pensión de 12.000 pesetas mensuales durante el tiempo de su matrimonio con su novia y la cesión como vivienda de un piso de una casa (en que la cedente poseía el usufructo y el cessionario la nuda propiedad), no es una simple promesa, sino que está sujeto al impuesto como constitución efectiva de pensión y de cesión de derecho de habitación, tomando como base la capitalización de la pensión de 12.000 y la de la renta de 3.000, comprobada parcialmente al piso, capitalizadas al 5 por 100.

La índole de las capitulaciones matrimoniales y los términos de sus cláusulas revelan la intención de la madre del contrayente de obligarse al pago de la pensión anual y de reconocer el dere-

cho de habitación por cierto tiempo (y no *de constituir simples promesas de pensión o de habitación, no sujetas al pago*, como sostenía el actor), pues el verbo *prometer* no tiene significado distinto gramatical ni jurídicamente del de *obligarse*, y su empleo con preferencia a cualquier otro más expresivo de la idea de *obligación* se halla justificado de la naturaleza de las donaciones por razón de matrimonio, cuya subsistencia queda pendiente de la celebración de éste, no siendo precisa para su perfección la aceptación del donatario (artículos 1.330 y 1.333 del Código civil), ya que de no celebrarse el matrimonio sería aplicable el artículo 40 del Reglamento; la interpretación de las cláusulas de la escritura en sentido de negarles fuerza de obligar, como pretende el recurrente, infringiría el artículo 1.284 de dicho Código, según el que si las estipulaciones de un contrato admiten diversos sentidos, deben interpretarse en el más adecuado para que surtan efecto; tanto la donación de la pensión como la del piso para vivienda quedaron perfectas desde que la donante se obligó para con el donatario, y sujetas por tanto, al pago del impuesto. (Sentencia de 27 de Octubre de 1926; *Gaceta* de 12 de Abril de 1927.)

XXXII.

Las adjudicaciones de bienes hechas al marido en pago de sus aportaciones matrimoniales, al disolverse la Sociedad conyugal por fallecimiento de su mujer, están exentas si se prueba por CUALQUIER medio admisible en derecho, que aquél las adquirió constante del matrimonio por título hereditario, y que ha sido pagado con los mismos bienes, aunque LA APORTACIÓN no conste hecha en documento público, y para ello bastan la certificación del matrimonio del Registro, la partición privada de la herencia del padre del marido, liquidada oportunamente, y la adjudicación en globo de los mismos bienes aportados; no justificado, por el contrario, que se hayan adjudicado al marido los mismos bienes que él aportó, debe satisfacer el 0,25 por la adjudicación.

Este fallo es importante y revoca el número 1.^º del acuerdo del Tribunal Central de 8 de Enero de 1925 (REVISTA CRÍTICA DE DE-

RECHO INMOBILIARIO, de 1925, página 233), único extremo de aquél impugnado ante el Tribunal Supremo, siendo la petición formulada ante éste que los bienes aportados por el recurrente al matrimonio por valor de 93.260 pesetas, no deben adicionarse a los bienes gananciales, sino considerarse como aportaciones matrimoniales y declararles exentos del pago del impuesto.'

El Supremo declaró: Los artículos 6 y 21 del Reglamento eximen del impuesto las adjudicaciones al marido al disolverse la sociedad conyugal, en pago de sus aportaciones si se hacen con los mismos bienes aportados, con tal de que, si se trata de bienes adquiridos ántes de la celebración del matrimonio conste la aportación en capitulaciones matrimoniales, conforme á los artículos 1.321 y 1.324 del Código civil, y si de los adquiridos después, que se justifique la fecha de la adquisición y que fué a título gratuito; por lo tanto, para gozar de la exención al adjudicarse al marido superviviente ciertos bienes en pago de los bienes aportados por él al matrimonio, después de éste, basta probar *por cualquiera de los medios admisibles en derecho que durante su matrimonio adquirió por título hereditario*, bienes muebles o inmueblés, por el importe a que ascienda la adjudicación, y que ha sido pagado al liquidarse la sociedad conyugal con los mismos bienes que a ella aportó, AUNQUE EL HECHO DE LA APORTACIÓN (aprobación dice la Gaceta, sin duda, por error) NO CONSTE EN DOCUMENTO PÚBLICO; y a estos efectos no puede negarse fuerza probatoria a la certificación del Registro civil, que acredita la fecha del matrimonio, ni al documento privado suscrito por los herederos de los padres del marido hoy reclamante (y por éste entre ellos), presentado oportunamente a la liquidación del impuesto de derechos reales para la liquidación provisional, en el cual se le reconoció como herencia la misma participación de que se pretende la exención; y como de una parte en el documento de disolución de la sociedad conyugal se inventarián en una sola partida y bajo una cifra global «las fincas rústicas y urbanas propias del marido que éste adquirió por herencia de sus padres, cuya descripción se omite, porque sólo se inventarián a los efectos fiscales, y en la misma forma serán bajas para la liquidación de la Sociedad conyugal», y de acuerdo con estas declaraciones los mismos bienes, figurando en una sola partida, le fueron adjudicados al marido una vez muerta

su mujer, en pago de sus aportaciones al matrimonio, tal adjudicación está exenta del impuesto, según los preceptos enumerados, y como de otra parte no resulta acreditado en modo alguno que las demás aportaciones, distintas de las englobadas en una sola partida, hechas por el marido a la sociedad conyugal le hayan sido pagadas con los mismos bienes que aportó, la adjudicación de otros bienes en pago debe tributar al 0,25 por 100, según el párrafo 2.º del artículo 21 del Reglamento; y en consecuencia, se revoca el número 1.º de la parte dispositiva DEL FALLO DEL TRIBUNAL CENTRAL, RECURRIDO en cuanto afecta a la determinación de las cuotas, y en su lugar se resuelve que de las 93.260 pesetas aportadas por el recurrente al matrimonio está exenta la adjudicación que para pago de aquéllas se le hace con bienes inmuebles por valor de 50.260 pesetas, y sujetas al 0,25 por 100 las 43.000 pesetas restantes. (Sentencia de 6 de Noviembre de 1926. Gaceta de 14 de Abril de 1927.)

XXXIII

Sociedades. La transformación de una Sociedad regular colectiva en otra de responsabilidad limitada y el aumento de capital de la misma envuelve dos actos liquidables, uno la transformación y otro el aumento de capital, pero debe girarse una sola liquidación «por transformación social» sobre la base de la suma del capital de la regular colectiva, según su último balance, y el nuevamente aportado, como ampliación, por los socios.

La Abogacía giró dos liquidaciones: una por el *aumento de capital*, a cargo de los socios de la regular colectiva al 0,50; y otra por *modificación de Sociedad a nombre de la Sociedad limitada* sobre la suma del *capital aumentado y del antiguo nominal*: el Tribunal Provincial anuló la de *modificación de la Sociedad* y la sustituyó por otra girada sobre el *capital efectivo*, según *balance de 31 de Diciembre anterior a la escritura de transformación*: la Dirección de lo Contencioso interpuso recurso de alzada sosteniendo la procedencia de la liquidación anulada. *El Tribunal Central falló en el sentido expuesto en el epígrafe.*

según certificación del Interventor de la sucursal del Banco de España, habiéndose unido las pólizas de crédito intervenidas por Corredor de Comercio; en el cuaderno particional, además de dichas deudas (que se decía eran de 685.000 pesetas), se rebajaron 45.111 por gastos de entierro, funeral y última enfermedad, y se adjudicaron a los dos hijos dos casas por valor de 800.000 pesetas, completándoles su haber mediante la renuncia por la viuda de parte de gananciales (habiendo renunciado también a su cuota vitalicia), adjudicándose finalmente a la viuda 730.111 pesetas en muebles para pago de deudas y de los gastos de entierro, funeral y última enfermedad. Al hacer la liquidación definitiva el liquidador no admitió la deducción de las 690.000, las cuales adicionó a las adjudicaciones, la mitad como gananciales a la viuda y la otra mitad a los dos herederos; apelado este fallo, el Tribunal lo confirma, y manda además se gire una liquidación complementaria a la viuda por adjudicación para pago de deudas en muebles por el exceso sobre su haber de los bienes muebles que adquiere.

No hay error, como suponen los recurrentes en la suma adicionada en la liquidación definitiva, pues las deudas deducidas no son, como dice la partición, 685.000 pesetas, sino 690.000, y así lo prueba el certificado de la sucursal del Banco de España. Estas deudas no son deducibles, porque el documento para efectuarlo es necesario, según el artículo 95 del Reglamento, que tenga fuerza ejecutoria, a tenor del artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil, y si bien en éste se incluyen las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio y firmadas por los interesados, él mismo exige el requisito de que se comprueben con su registro en virtud de mandamiento judicial, con citación contraria, y que aquél se halle arreglado a las condiciones de la ley; y lo mismo declará el artículo 102 del Reglamento del Banco de España de 19 de Mayo de 1923 al determinar que la certificación librada por el Banco de la liquidación practicada al vencimiento de un crédito hará fe en juicio y se estimará líquida para que en unión de ella lleve aparejada ejecución la póliza vencida *después de comprobada judicialmente ésta con los registros* del Agente mediador; lo mismo se resolvió en acuerdo del Tribunal Central de 2 de Marzo de 1926; no es aplicable la Sentencia del Tribunal Supremo de 1.^º de Abril de 1918, porque por Real orden de 24 de Junio

de 1918 se acordó su total inejecución ; la procedencia de la liquidación por la adjudicación de muebles para pago de deudas se demuestra claramente por cuanto rebajadas del haber hereditario total las dos casas adjudicadas a los hijos por valor de 1.600.000 restan 2.314.230,44, y como la mitad de gananciales sólo es de 1.957.115,22, hay un exceso de adjudicación a la viuda por valor de 357.115,22 pesetas sobre su haber, que, según el artículo 8.^º, párrafo 9.^º del Reglamento, debe tributar en concepto de adjudicación para pago de deudas, por cuanto se trataba de una herencia en que unos herederos reciben bienes de más, sin que sea admisible la alegación de que la viuda no es heredera ni legataria, pues la liquidación de la sociedad legal es una consecuencia del hecho originario de la sucesión hereditaria, y además la viuda, aunque los renunció, tenía en la herencia los derechos derivados de su cuota legal, y por tanto, intervino en la partición como heredera ; siendo, pues, bienes muebles lo adjudicado, debe liquidarse al 1 por 100 sobre dicho exceso como base, sin deducir empero las deudas por lo indicado. (Acuerdo del Tribunal Central de 20 de Octubre de 1926.) 155.

XXXVI

Procedimiento. Recurso de nulidad. No es admisible el interpuesto por unos interesados contra acuerdo del Tribunal Central si no sólo no se ha renunciado a entablar el recurso contencioso-administrativo, en el caso de no haber transcurrido el plazo para ello, como exige el artículo 106 del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924, sino que consta expresamente por la petición misma del expediente por el Tribunal Supremo, que ha sido promovido el recurso contencioso. (Acuerdo del Tribunal Central de 28 de Septiembre de 1926.) 161.

XXXVII

Condonaciones. Como consecuencia de los acuerdos del Tribunal Central de 7 de Abril de 1925 y 15 de Junio de 1926 (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, páginas 735 y 938 de los

años respectivos), se impusieron unas multas de las que los interesados pidieron condonación, la cual es denegada, por no haber causa que la justifique, ya que aquéllas fueron impuestas a consecuencia de un expediente de investigación oficial, y no son motivos de equidad que aconsejen el perdón ni la ignorancia de la ley, ni la de la obligación de declarar la adjudicación de bienes muebles para pago de deudas hecha a virtud de operaciones comerciales, ni el haber exhibido al perito mercantil, al ser girada la visita, el libro Diario, de donde se tomaron los datos de la investigación, pues todo ello fué consecuencia de dicha visita y hubiera habido que exhibirlo necesariamente. (Acuerdo del Tribunal Central de 15 de Octubre de 1926.) 162.

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado.

Notas bibliográficas

Jerónimo García Gallego, canónigo de Osma.—Miscelánea política y religiosa. La organización del Estado del siglo XIX. Balmes y la actualidad española. De los Evangelios. Las cuestiones de hoy.—Prólogo del Excmo. Sr. Vizconde de Eza.—Madrid, 1927. Editorial Reus, S. A., Preciados, 6. CXII + 380 páginas en 4.^o, 8 pesetas.

En este libro se estudian brillantemente y con patriótico criterio los temas más sugerentes e interesantes del momento actual: la revisión de las ideas filosófico-políticas del siglo XIX, Balmes y la actualidad política nacional, la dictadura, la Asamblea consultiva, la reforma constitucional y las soluciones hasta ahora presentadas, la organización del Estado en el siglo XIX, la Monarquía absoluta no debe volver, Mussolini y el cesarismo, hacia el retorno a la normalidad jurídica del país, el filósofo de Vich y Donoso Cortés.

Legislación del impuesto de Derechos reales y sobre transmisiones de bienes y Reglamento para su aplicación.—Real decreto-ley de 28 de Febrero de 1927 y Real decreto de 26 de Marzo de 1927. Edición oficial. Biblioteca oficial legislativa, volumen XXII.—Madrid, Editorial Reus, S. A., Preciados, 1 y 6, 1927. Un vol. en 4.^o, de 248 págs., en rústica, 3 pesetas en Madrid y 3,50 en provincias.

La importancia de esta publicación es fácilmente comprensible, no sólo por contener las últimas disposiciones legislativas so-

bre tan esenciales materias, sino por presentarlas en un texto claro y manejable, accesible y cómodo de adquirir a los Notarios, Registradores, Abogados del Estado, opositores; en general, a todos los Abogados en ejercicio que precisan, para las altas funciones de su cargo, el conocimiento exacto de la legislación sobre Derechos reales.

Nicasio Pou Ribas.—Código de Justicia militar vigente.—Anotado y concordado.—Manuales Reus de Derecho, vol. XLIII. Madrid, Editorial Reus, S. A., Preciados, 1 y 6, 1927.—Un vol. en 8.^º, de 630 págs., en tela, 10 pesetas.

El señor Pou Ribas, ex teniente auditor de Guerra, y Notario, por oposición directa, de Palma de Mallorca, es el autor de la novísima edición del Código de Justicia militar vigente, que, con otras obras como la *Legislación notarial* (publicada por Editorial Reus, 1926), le consagran definitivamente entre nuestros mejores publicistas jurídicos.

El interés de esta publicación reside principalmente, no sólo en la actualidad que le presta la inclusión de las últimas disposiciones y modificaciones referentes a la legislación militar, como en la manera de concordar los artículos y el extraordinario valor de las anotaciones del autor, que hacen esta obra indispensable de todo punto al auditor militar y necesaria para todo Abogado en ejercicio.

Federico Carbonero.—Manual del aspirante a Procurador.—Segunda edición, revisada y adaptada a la legislación actual, por A. Ossorio. Manuales Reus de Derecho, vol. XLIV.—Madrid, Editorial Reus, S. A., Preciados, 6. Apartado 12.250 y Centro de Enseñanza, Preciados, 1, 1927.—Un vol., en tela, de 658 págs., 10 pesetas en Madrid y 10,50 en provincias.

Se trata de una revisión admirablemente hecha de la conocida obra del señor Carbonero, con su pasmosa esencia jurídica, su bien marcado aspecto doctrinal, que sigue paso a paso el índice establecido en nuestras leyes de enjuiciar.

El trabajo de don Agustín Ossorio se halla dividido en tres partes: la primera, dedicada a transcribir la ley, precedida de unas observaciones someras y útiles de carácter doctrinal; la segunda, a exponer brevísimamente ideas de Derecho civil y penal, ya que si desean los Procuradores ejercer con dignidad su profesión es preciso conozcan, ligeramente al menos, lo más trivial del Derecho sustantivo, y la parte tercera o última, incluye formularios de la profesión, constituyendo el conjunto de las tres partes un acabadísimo modelo de manual, base científica de todo aspirante a Procurador y utilísimo a todos los profesionales en ejercicio.

Pascuale Fiore, profesor de la R. Universidad de Nápoles.—De la irretroactividad e interpretación de las leyes.—Estudio crítico y de legislación comparada.—Traducción de don Enrique Aguilera de Paz, Magistrado de Audiencia provincial.—Madrid, Editorial Reus, S. A., Preciados, 1 y. 6. (Biblioteca jurídica de Autores españoles y extranjeros.) Un vol. en 4.^o, de 636 págs., 16 pesetas en Madrid y 16,50 en provincias.

La tercera edición de este importante tratado estudia la no retroactividad de las leyes en general; la irretroactividad de las leyes penales; la retroactividad e irretroactividad de las leyes de procedimiento en los juicios civiles, la retroactividad e irretroactividad de las leyes de procedimiento en el proceso penal, y, por último, dedica una sección a la aplicación e interpretación de las leyes.